



Visítanos en ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

VINCENZO ROPPO

EL CONTRATO

GACETA
JURIDICA

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

VINCENZO ROPPO

EL CONTRATO

BIBLIOTECA
ARMANDO VILLAFUERTE CLAROS
La Paz -- Bolivia

Traducción a cura de
EUGENIA ARIANO DEHO

GACETA
JURIDICA

GACETA JURÍDICA S.A.
AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES - LIMA - PERÚ
☎ 710-8900 / TELEFAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

GACETA JURIDICA

EL CONTRATO

TÍTULO ORIGINAL EN ITALIANO

IL CONTRATTO

Giuffrè, Milano, 2001

ISBN: 88-14-08617-6

PRIMERA EDICIÓN PERUANA

ENERO 2009:

1,050 Ejemplares

© *Vincenzo Roppo*

© *Gaceta Jurídica S.A.*

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL

DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ

2008-10476

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED

ISBN: 978-612-4038-04-4

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501220800633

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Michael H. Lozano Chahua

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Henry Marquezado Negrini

GACETA JURIDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

LIMA 18 - PERÚ

CENTRAL TELEFÓNICA

0710-89000

E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Imprenta Editorial El Búho F.A.R.L.

San Alberto 201 - Surquillo

Lima 34 - Perú

TRADUCCIÓN DE
NÉLVAR CARRETEROS TORRES

TRADUCCIÓN A CURA DE
EUGENIA ARIANO DEHO

VINCENZO ROPPO (1947) es profesor ordinario de Derecho Civil en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Génova.

Anteriormente enseñó Instituciones de Derecho Privado en la misma Facultad (1982-2000); y antes, en las Universidades de Urbino-Ancona (1975-1980) y de Pavia (1980-1982).

Es autor de tres monografías: *Contratti standard*, Milano, 1975; *Il contratto*, Bologna, 1977; *Il giudice nel conflitto coniugale*, Bologna, 1981. Y de un manual: *Istituzioni di diritto privato*, 3ª ed., Bologna, 1998.

Además, ha escrito más de 200 ensayos y notas, que indican la variedad de sus intereses científicos: orientados —en el campo del Derecho Civil clásico— sobre todo en materia de la obligación y del contrato, de la familia, de la responsabilidad civil; y —fuera de ese campo— en sectores emergentes como el derecho de las comunicaciones de masa y el derecho del mercado financiero.

Participa en la dirección de numerosas revistas jurídicas, entre las cuales: *Contratto e impresa*; *Danno e responsabilità*; *la nuova giurisprudenza civile commentata*; *Politica del diritto*; *Rivista di diritto privato*.

*A Emanuele, preciosa vida nueva;
y a la querida memoria de Baldo*

PREFACIO DE LA EDICIÓN PERUANA

El estudio del Derecho comparado que, evidentemente, no se limita al “formante”¹ legislativo, hace forzoso analizar la doctrina y la jurisprudencia de la experiencia jurídica elegida. El Código Civil peruano de 1984, al regular el acto jurídico (entendido como sinónimo de negocio jurídico) y el contrato, ha seguido muy de cerca la regulación normativa del contrato del Código Civil italiano de 1942.

La descomposición y relación existente entre los “formantes” de los diversos ordenamientos jurídicos nos permite un conocimiento más preciso de la realidad², la cual se puede presentar como un sistema “difuso”, en el que los “formantes” resultan distantes y diferentes, o como un sistema “compacto”, cuya característica es la similitud entre los “formantes” o componentes³ que integran el mismo. A nivel de doctrina, podremos encontrarnos con modelos “informativos”, propios de los manuales, o con modelos “persuasivos”, que corresponden a los ensayos con carácter de originalidad, “los cuales están regularmente acompañados por modelos argumentativos”⁴. El estudio exegético de las leyes de diversos ordenamientos jurídicos no garantiza un resultado óptimo, por cuanto requiere ser complementado con un análisis jurisprudencial y doctrinal. La capacidad de diálogo entre los distintos operadores jurídicos (legislador, juez y jurista, entre otros) se reflejará en el resultado de este análisis.

El libro “El Contrato”, que el profesor Vincenzo Roppo ha presentado a la comunidad académica, es justamente un ejemplo de modelo persuasivo, al no limitarse a realizar una amplia reseña del formante legislativo, jurisprudencial y doctrinario de la experiencia jurídica italiana, lo cual ha sido realizado de una manera impecable y precisa, sino que propone interpretaciones y formula aportes originales en esta materia. Si bien

1 La expresión ha sido tomada de Rodolfo SACCO, *Introduzione al Diritto Comparato*, en *Trattato di Diritto Comparato*, dirigido por Rodolfo SACCO, UTET, Torino, 1992, 44. El autor distingue dentro de los “formantes” o componentes del Derecho, a las reglas legales, las reglas doctrinales, las reglas que pueden ser extraídas de los ejemplos de la doctrina, las reglas que las cortes enuncian en la máximas y las reglas que las cortes aplican (*cit.*).

2 Es cierto cuando se afirma que “la pura ley no es todo el Derecho. La pura definición doctrinal no es todo el derecho. La pura máxima no es todo el Derecho. Ni tampoco la serie exhaustiva de todas las *ratio decidenda* es todo el Derecho” (Ibídem. Pág. 53).

3 Ibídem. Pág. 61.

4 Ibídem. Pág. 63.

el autor manifiesta que su trabajo, en verdad, se trata de dos libros en uno, quisiera poner en relieve que el operador jurídico peruano puede encontrar un libro más: el de acto jurídico.

Recordemos que el negocio jurídico aparece como un supraconcepto⁵. El negocio jurídico "es un concepto coextensivo al de la autonomía privada; reduce a una unidad conceptual toda posible manifestación de esta, tanto del derecho de familia (acto de matrimonio, reconocimiento del hijo natural, etc.) y del derecho sucesorio (testamento), cuanto del derecho patrimonial (contratos, promesas unilaterales, etc.)"⁶. Se afirma que los juristas piensan en diversos grados de abstracción;⁷ así, al nivel de Derecho comparado: "[...] el *common law* se ha detenido en el primer grado de abstracción: *contract* es solamente aquello que en el *civil law* se define como contrato a título oneroso. El lenguaje jurídico corresponde al lenguaje 'de las cosas'; para el *common law*, es contrato lo que es tal según el sentido común, es decir, el acuerdo para el intercambio de

5 Se sostiene que "la teoría del Derecho se mueve a impulsos de sucesivas abstracciones y de sucesivas generalizaciones. Cada concepto procede de una abstracción de experiencias concretas" (Luis DÍEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*. Volumen 1, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1982, 500).

6 Francesco GALGANO, *Il negozio giuridico in Germania e in Italia*, en Francesco GALGANO y Franco FERRARI, *Atlante di diritto privato comparato*, Zanichelli, Bologna, 1992, 53. En este sentido, se sostiene que el negocio jurídico "es un poco como el hijo de un clima cultural particularmente sensible a las conceptualizaciones y a las sistematizaciones, derivadas de esfuerzo de introducir elementos de racionalización en el tronco del método iusnaturalístico" (Giovanni Battista FERRI, *El negocio jurídico*, en Emilio BETTI, Francesco GALGANO, Renato SCOGNAMIGLIO y Giovanni Battista FERRI, *Teoría general del negocio jurídico* 4. Estudios fundamentales, Traducido por Leysser LEÓN HILARIO, Ara Editores, Lima, 2001, 190).

7 Proponiéndose el siguiente esquema:

-Primer grado de abstracción:

La compraventa y el arrendamiento son acuerdos para el intercambio de prestaciones siempre y cuando se trate de prestaciones distintas una de la otra; de ambos se puede obtener, por abstracción, el concepto de contrato como acuerdo para el intercambio de prestaciones;

-Segundo grado de abstracción:

La donación tiene en común con la compraventa el hecho de ser un acuerdo para la ejecución de una prestación; pero en la primera no existe intercambio con una contraprestación. De ello se obtiene, por abstracción, un concepto de contrato que prescinde del intercambio de prestaciones y que presenta dos subespecies: el contrato a título oneroso, basado en el intercambio, y el contrato a título gratuito, no basado en el intercambio;

-Tercer grado de abstracción:

La compraventa, la donación y el testamento tienen en común el hecho de ser declaraciones de voluntad con las cuales se dispone de derechos propios; pero el testamento no requiere, como sí lo hacen la compraventa y la donación, de dos declaraciones de voluntad concordantes, destinadas a conformar un acuerdo: basta la voluntad del solo disponente. Por abstracción puede obtenerse, entonces, el concepto de declaración de voluntad, o negocio jurídico, del cual son subespecies, a su vez, tanto el contrato a título oneroso cuanto el contrato a título gratuito" (Francesco GALGANO, *El crepúsculo del negocio jurídico*, en Emilio BETTI, Francesco GALGANO, Renato SCOGNAMIGLIO y Giovanni Battista FERRI, *Teoría general del negocio jurídico* 4. Estudios fundamentales. *Ibidem*. Págs. 103-104).

una prestación con una contraprestación. El sistema romano-francés se ha detenido en el segundo grado de abstracción: el contrato puede ser a título oneroso o gratuito. El sistema romano-alemán ha llegado hasta el tercer grado de abstracción: el negocio jurídico puede ser unilateral o bilateral”⁸. Ahora bien, el grado de abstracción del Código Civil italiano ha llegado al contrato, mientras que el del Código Civil peruano, al de acto o negocio jurídico.

Es importante advertir que el autor ubica sistemáticamente la categoría del contrato dentro de la organización jurídica. Pone en evidencia la “crisis” del negocio jurídico, al observar que “en la segunda mitad del novecientos la doctrina italiana comienza a reconsiderar críticamente la teoría del negocio jurídico, que se encamina a perder la importancia y la centralidad de las décadas precedentes. La doctrina cuestiona ambas funciones que habían justificado la creación.

La función práctica es puesta en discusión porque se evidencia que justamente la generalidad de la categoría determina excesiva generalidad y abstracción de sus contenidos, escasa adherencia a los problemas específicos y a los intereses concretos que se manifiestan en relación a los distintos actos de la autonomía privada. Con la pretensión de considerar y tratar de manera unitaria actos tan diversos (como ventas y matrimonios, letras de cambio y testamentos, donaciones y adopciones, aceptaciones de herencia y constituciones de sociedades comerciales, etc.) se cae en el riesgo de perder aquella adherencia a la específica realidad socioeconómica, que es necesaria para individualizar soluciones jurídicas adecuadas.

Se pone en discusión también la función ideológica del negocio: en el cuadro del mismo proceso político-cultural que acompaña las crecientes restricciones públicas de la libertad contractual (...). Además los procesos de objetivación del contrato —tanto en su dimensión empírica (estandarización, adhesión, despersonalización), cuanto en la dimensión de las reglas de tratamiento (teoría de la declaración) marginan ese dogma de la voluntad individual, con el cual la teoría del negocio se identificaba: aunque no haya faltado— merced a la obra de Emilio Betti (1890-1968), un notable intento de recuperación del negocio en clave objetiva, y precisamente en la clave de la doctrina preceptiva (...).

La idea de negocio jurídico se encuentra así ocupando un espacio severamente redimensionado en la moderna cultura del Derecho privado”.

Temas del campo del acto jurídico (dentro de la experiencia jurídica nacional) que se tratan en este trabajo son la manifestación de voluntad (Capítulo IX), la forma (Capítulo X), la representación (Capítulos XI, XII y XII), la interpretación (Capítulo XX), la integración (Capítulo XXI), la condición (Capítulo XXVII), el plazo (Capítulo XXVIII), la simulación (Capítulo XXXI), la invalidez —dentro de la cual están la nulidad y la anulabilidad— (Capítulos XXXIII y XXXIX), la capacidad (Capítulo XXXIV), el error (Capítulo XXXV), el dolo (Capítulo XXXVI), la violencia (Capítulo XXXVII), la convalidación, confirmación y la conversión (Capítulo XXXVIII).

Viene a comentario que, al tratar del objeto (Capítulo XV), lo hace entendiéndolo en sentido genérico (el bien) y en sentido específico (la prestación). Se debe tener en cuenta que, como el grado de abstracción (al cual me he referido anteriormente) en el Código civil italiano es el contrato, el objeto resulta ser la prestación, mas no así el objeto del acto jurídico que, según el Código Civil peruano, es la relación jurídica. Lo mismo sucede con la causa (Capítulos XVI y XVII), cuando afirma que "el prototipo de las teorías abstractas es la teoría —elaborada por Emilio Betti (1890-1968)— que define la causa como función económico-social del contrato, y precisamente como su función económico-social típica. Conforme a ella, causa de la compraventa es el intercambio entre cosa y precio, porque lo que define el tipo contractual de la compraventa es precisamente la función de intercambiar cosa y precio, y toda compraventa tiene siempre esta causa. Así la causa termina por aplanarse en el tipo (...): con la precisión de que puede tratarse de tipo legal, si está nombrado y regulado por el legislador; pero también de tipo social, si, aunque en ausencia de previsión legislativa, es empleado y de hecho codificado en la praxis de los tráficos.

Esta teoría (o al menos la fórmula definitoria que la sintetiza) ha tenido suerte en el mundo jurídico italiano. Sin embargo, ella merece críticas, que se han hecho cada vez más decisivas y difundidas, hasta erosionar gran parte del crédito de la cual gozaba.

Concebir la causa de manera tan abstracta y tipificada tiene un primer inconveniente; si la causa es la función típica, cuando esta sea en general aprobada por el legislador que nombra y regula el correspondiente tipo contractual —venta, locación, contrata, etc.— derivaría la impensable consecuencia de que los contratos legalmente típicos tienen siempre, por definición, causa lícita; y que la posible ilicitud de la causa se refiere solo a los contratos innominados. Pero existe otro inconveniente: dejar fuera del horizonte de la causa todo lo que —en relación al particular contrato del cual concretamente se discute— excede las líneas estándar del tipo e individualiza la específica operación perseguida, significa empobrecer e inflexibilizar la consideración del contrato, esterilizar elementos que en cambio merecen relevancia, y así impedir el más adecuado tratamiento de los supuestos de hecho.

Hoy se considera más adherente a las exigencias de una evolucionada teoría y disciplina del contrato concebir la causa como causa concreta: no como razón que abstractamente justifica todo contrato perteneciente al tipo del contrato examinado (intercambio entre cosa y precio, si se trata de venta); sino como razón que concretamente

justifica el particular contrato examinado, a la luz de las especificidades relevantes que lo caracterizan (el intercambio entre la cosa y el precio, en el particular contexto de circunstancias, finalidades e intereses en los cuales tales partes lo han programado)". Mueve a comentario el hecho de que muchos autores al desarrollar el concepto de causa del negocio jurídico, siguiendo el modelo doctrinario que la entiende como función económico-social, se olvidan de que existen negocios no patrimoniales carentes de una función económica.

El profuso estudio que nos presenta el profesor Vincenzo Roppo es una prueba tangible de que se puede (y se debe) abordar el negocio jurídico de una manera concreta: su lectura nos va a permitir abordar esta apasionante categoría jurídica a través del contrato.

Esta fina investigación no hubiera sido posible sin la paciente, dedicada y seria labor de traducción que realizó la profesora y amiga Eugenia Ariano Deho. He sido testigo de las horas que ha empleado para transmitir exactamente lo que se propuso el autor. No se limitó a traducir palabras, sino toda una cultura para hacerla entendible a la nuestra. En efecto, Eugenia Ariano cumplió la difícil tarea de asumir "la búsqueda del significado de la frase a traducirse y la búsqueda de la frase apta para expresar el significado de la lengua de la traducción"⁹.

Saludo con beneplácito esta nueva traducción que entra en circulación en la comunidad científica peruana, la cual acrecienta y fortifica los lazos existentes entre los civilistas peruanos y los italianos, en especial, los pertenecientes a la escuela genovesa.

JUAN ESPINOZA ESPINOZA

Hallstahammar, 22 de diciembre de 2006

INTRODUCCIÓN

1. DOS LIBROS EN UNO

La obra ha sido concebida y realizada en dos distintos niveles, con el juego gráfico de la alternancia entre texto (letra grande) e infratexto (letra pequeña): así que bien puede decirse que contiene dos libros en uno.

Existe un libro más breve, esencial: el que se lee limitándose al texto, y omitiendo el infratexto. Las separaciones entre texto e infratexto y el sucesivo retorno al texto no perjudican, sin embargo, la continuidad, coherencia y autosuficiencia de la lectura del mero texto. Cuantitativamente, el texto abarca alrededor de los dos tercios de todo el volumen. En el plano cualitativo, el libro que le corresponde ofrece una representación del contrato completa y profunda en lo necesario, pero no excesivamente detallada y sofisticada: idónea, probablemente, para los cursos de pregrado trienal (el denominado "tres").

Entrelazado con este existe un libro más largo y complejo, que corresponde a la lectura ordenada del texto e infratexto. A los conocimientos de base, este agrega sucesivamente: ejemplificaciones ulteriores, cuestiones más específicas y de detalle, precisiones metodológicas, tecnicismos más sutiles, referencias históricas, cuestiones problemáticas, reflexiones críticas, curiosidades. Se le puede imaginar como idóneo a los cursos de pregrado especializados (el denominado "dos más") así como a los cursos de posgrado de nivel más avanzado (como los de preparación para las profesiones legales); y, quizá, también para satisfacer algunas de las exigencias de la práctica.

2. MÉTODO Y TÉCNICA DE LAS INDICACIONES BIBLIOGRÁFICAS

A fin de no quebrar y abrumar la lectura, se ha preferido excluir totalmente las notas.

En cambio, se hace un uso amplio de la remisión a otros lugares del texto, en cuanto relevantes para los temas tratados: el primer (o único) número indica el capítulo; el segundo (eventual) número indica el apartado.

La bibliografía (que comprende también las reseñas de jurisprudencia) está indicada al final de cada capítulo, con referencia a las materias del capítulo y de cada apartado de este: los números o las secuencias de números que preceden a cada bloque de

indicaciones bibliográficas remiten precisamente a los apartados, a cuyas materias el bloque se refiere.

Las bibliografías no aspiran de ninguna manera a la plenitud, y ni siquiera desean ser “razonadas”. Se proponen la más modesta finalidad de ofrecer —en un espacio muy breve— indicaciones inmediatamente útiles para realizar las profundizaciones que se deseen.

En esta lógica de marcada economía de las citas, el criterio dominante de selección no es ni siquiera la importancia objetiva y el valor objetivo de las contribuciones, sino —más banalmente— la fecha reciente de los mismos: bajo el presupuesto de que partiendo del trabajo más “fresco” el consultante podrá obtener, de las remisiones contenidas en este, un cuadro más completo de las contribuciones doctrinales y de los precedentes jurisprudenciales en la materia sobre la que apunta su interés.

Los escritos son indicados en orden cronológico inverso: de los más recientes a los más antiguos.

En cada bibliografía de fin de capítulo no aparecen las obras generales sobre el contrato (o sobre el negocio jurídico): estas están indicadas, de una vez por todas, en la bibliografía general. Ocupándose de todas (o casi todas) las materias y las cuestiones consideradas en el libro, las obras generales se consideran idealmente citadas —en la parte correspondiente— en relación a cada capítulo.

3. CITAS DE NORMAS Y ABREVIACIONES

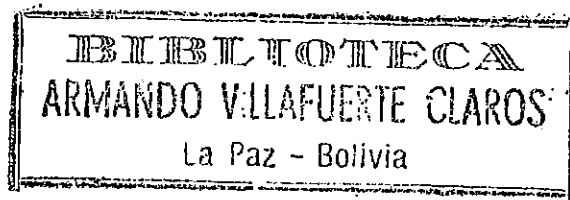
Cuando un artículo legal es citado sin otra indicación —directa o de contexto— que lo refiera a un distinto texto normativo, se considera que es un artículo del Código Civil.

Los textos normativos distintos del Código Civil están citados con las abreviaciones que resultan de la lista de las fuentes indicada después de la bibliografía general.

4. AGRADECIMIENTOS

Agradezco a los amigos y colegas a los que he participado tantas dudas que me han acompañado en el encuadramiento y en la elaboración del trabajo, y de los cuales he recibido a menudo ideas y sugerencias fecundas.

Un agradecimiento particular al doctor Alberto María Benedetti, por la preciosa contribución en la recopilación de las bibliografías, de la lista de las fuentes y del índice analítico.



BIBLIOGRAFIA GENERAL

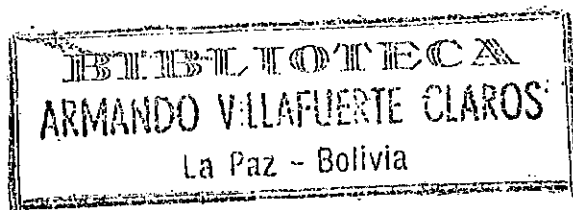
M. BIANCA, *Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2000; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, reimp. 2000; F. GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, en *Diritto civile e commerciale*, II, 1, 3ª ed., Padova, 1999; S. MAIORCA, *Il contratto. Profili della disciplina generale*, 2ª ed., Torino, 1996; G. CRISCUOLI, *Il contratto. Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali*, Padova, 1996; R. SACCO y G. DE NOVA, *Il contratto*, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por P. Rescigno, Torino, Reimp. 1995; R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I-II, en *Trattato di diritto civile*, dirigido por R. Sacco, Torino, 1993; E. ROPPO, *Contratto*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, IV, Torino, 1989, *ad vocem*; P. RESCIGNO, *Contratto, I, In generale*, en *Enciclopedia giuridica*, VIII, Roma, 1988, *ad vocem*; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, en *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1988; F. GAZZONI, *Il contratto in generale*, Napoli, 1987; F. CARRESI, *Il contratto*, I-II, en el *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1987; E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, en *Trattato Grosso-Santorò Passarelli*, 3ª ed., Milano, reimp. 1975; L. FERRI, *Lezioni sul contratto*, Bologna, 1975; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, en *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1972; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I-II, Milano reimp. 1973-1972. G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, 2ª ed., Torino 1967; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, 2ª ed., II, *Le fonti*, Milano, reimp. 1964; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, Reimp. 1961; F. MESSINEO, *Contratto (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, *ad vocem*; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, en *Trattato Vassalli*, 2ª ed., Torino, reimp. 1960; G. OSTI, *Contratto*, en *Novissimo digesto italiano*, IV, Torino, 1959, *ad vocem*; M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, 2ª ed., Torino, 1955; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, *Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, 1953; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.f. pero 1948; M. FRAGALI, *Dei contratti in generale*, en *Commentario D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1948.

Desde ya se indican también cuatro obras colectivas, de las que se citarán, en los lugares pertinentes por materia, particulares contribuciones de cada autor: AA.VV., *I contratti in generale*, I-IV, dirigido por G. Alpa y M. Bessone, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fundada por W. Bigiavi, Torino, 1991 (en adelante "Giurisprudenza Alpa-Bessone"); AA.VV., *I contratti in generale (Aggiornamento 1991-*

1998), I-III, dirigido por G. Alpa y M. Bessone, *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fundada por W. Bigiavi, Torino, 1999 (en adelante "*Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*"); AA.VV., *I contratti in generale*, I-II al cuidado de E. Gabrielli, en el *Trattato dei contratti*, dirigido por P. Rescigno, Torino, 1999 (en adelante "*Trattato contratti Rescigno*"; AA.VV., *I contratti in generale*, I-XIV, en *Il diritto privato nella giurisprudenza*, al cuidado de P. Cendon, Torino, 2000 (en adelante: "*Contratti Cendon*").

Luego, merece mención especial el no reciente pero siempre capital libro de G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I-II, Milano, 1955: una amplia investigación que, con el auxilio de la historia y de la comparación, indaga las raíces culturales y las aplicaciones jurisprudenciales de muchos dogmas y principios, reglas del derecho de los contratos.

Finalmente, se indican dos revistas que programáticamente dedican atención exclusiva o especial a las materias del contrato: *Contratto e impresa*, Cedam, Padova (cuatrimestral desde 1985); y *Contratti*, Ipsoa, Milano (bimestral desde 1993, mensual desde 1999).



LISTA DE FUENTES

<i>C</i>	Constitución
<i>CCom.</i>	Código de Comercio (1892)
<i>CN</i>	Código de la Navegación
<i>CP</i>	Código Penal
<i>CPC</i>	Código de Procedimiento Civil
<i>CPP</i>	Código de Procedimiento Penal
<i>C. der.</i>	Código Civil derogado (1865)
<i>Directiva Europea 99/93</i>	Directiva 1999/93/CE del 13 diciembre 1999 (relativa a un cuadro comunitario para las firmas electrónicas)
<i>Directiva Europea 99/44</i>	Directiva 1999/44/CE del 25 mayo 1999 ("sobre algunos aspectos de la venta y de las garantías de los bienes de consumo")
<i>Directiva Europea 93/13</i>	Directiva 1993/13/CE del 5 abril 1993 (concerniente a las cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores)
<i>Disp. Act. CPC</i>	Disposiciones de actuación del Código de Procedimiento Civil
<i>D. Leg. 84/2000</i>	Decreto Legislativo N° 84, del 25 febrero 2000 (Actuación de la Directiva 98/6/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de indicaciones de los precios a ellos ofertados)
<i>D. Leg. 342/1999</i>	Decreto Legislativo N° 342, del 4 agosto 1999 (Modificaciones al Decreto Legislativo N° 385, del 10 de septiembre 1993, que contiene el texto único de las leyes en materia bancaria y crediticia)

- D. Leg. 185/1999* Decreto Legislativo N° 185, del 22 mayo 1999 (Actuación de la Directiva 97/7/CE, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia)
- D. Leg. 427/1998* Decreto Legislativo N° 427, del 9 noviembre 1998 (Actuación de la Directiva 94/47/CE concerniente a la tué-la del adquirente en relación a algunos aspectos de los contratos relativos a la adquisición de un derecho de goce a tiempo parcial de bienes inmuebles)
- D. Leg. 213/1998* Decreto Legislativo N° 213, del 24 junio 1998 (Disposiciones para la introducción del Euro en el ordenamiento nacional, conforme al artículo 1, párrafo primero de la Ley N° 433, del 17 diciembre 1997)
- D. Leg. 114/1998* Decreto Legislativo N° 114, del 31 marzo 1998 (Reforma de la disciplina relativa al sector del comercio, conforme al artículo 4, cuarto párrafo de la Ley N° 59, del 15 marzo 1997)
- D. Leg. 158/1995* Decreto Legislativo N° 158, del 17 marzo 1995 (Actuación de las directivas 90/531/CEE y 93/38/CEE relativas a los procedimientos de contratos en los sectores excluidos)
- D. Leg. 111/1995* Decreto Legislativo N° 111, del 17 marzo 1995 (Actuación de la directiva N° 90/314/CEE concerniente a los viajes, las vacaciones y los circuitos "todo incluido")
- D. Leg. 29/1993* Decreto Legislativo N° 29, del 3 febrero 1993 (Racionalización de la organización de las administraciones públicas y revisión de la disciplina en materia de empleo público, conforme al artículo 2 de la Ley N° 421, del 23 octubre 1992)
- D. Leg. 74/1992* Decreto Legislativo N° 74, del 25 enero 1992 (Actuación de la directiva 84/450/CEE, tal como fue modificada por la directiva 97/55/CE en materia de publicidad engañosa y comparativa)
- D. Leg. 50/1992* Decreto Legislativo N° 50, del 15 enero 1992 (Actuación de la directiva N° 85/577/CEE en materia de contratos negociados fuera de los locales comerciales)

LISTA DE FUENTES

- DPCM 8 febrero 1999* Decreto del Presidente del Consejo de Ministros 8 febrero 1999 (Reglas técnicas para la formación, la transmisión, la conservación, la duplicación, la reproducción y la validación, también temporal, de los documentos informáticos conforme al artículo 3, párrafo primero, del Decreto del Presidente de la República del 10 noviembre 1997, N° 513)
- DPR 554/1999* Decreto del Presidente de la República, del 21 diciembre 1999, N° 554 (Reglamento de actuación de la ley marco en materia de trabajos públicos N° 109, del 11 febrero 1994 y sucesivas modificaciones)
- DPR 513/1997* Decreto del Presidente de la República, 10 noviembre 1997, N° 513 (Reglamento que contiene los criterios y modalidades para la formación, archivamiento y la transmisión de documentos informáticos y telemáticos, conforme al artículo 15, segundo párrafo 2, de la Ley N° 59, del 15 marzo 1997)
- DPR 1063/1962* Decreto del Presidente de la República, 16 julio 1962, N° 1063 (Aprobación del capitulado general de la contrata para las obras de competencia del Ministerio de los Trabajos Públicos)
- Ley 91/1999* Ley N° 91, del 1 abril 1999 (Disposiciones en materia de tomas y transplantes de órganos y de tejidos)
- Ley 431/1998* Ley N° 431, del 9 diciembre 1998 (Disciplina de las locaciones y desalojo de los inmuebles para uso de vivienda)
- Ley 281/1998* Ley N° 281, del 30 julio 1998 (Disciplina de los derechos de los consumidores y de los usuarios)
- Ley 269/1998* Ley N° 269, del 3 agosto 1998 (Normas contra el aprovechamiento de la prostitución, de la pornografía, del turismo sexual en daño de menores, cuales nuevas formas de reducción a la esclavitud)
- Ley 192/1998* Ley N° 192, del 18 junio 1998 (Disciplina de la subprovisión en las actividades productivas)
- Ley 196/1997* Ley N° 196, del 24 junio 1997 (Normas en materia de promoción de la ocupación)

- Ley 59/1997* Ley N° 59, del 15 marzo 1997 (Delegación al Gobierno para el otorgamiento de funciones y tareas a las regiones y a entes locales, para la reforma de la Administración Pública y para la simplificación administrativa)
- Ley 30/1997* Ley N° 30, del 28 febrero 1997 (Conversión en Ley, con modificaciones del Decreto Ley N° 669, del 31 diciembre 1996, conteniendo disposiciones urgentes en materia tributaria, financiera y contable completando la maniobra financiera pública para año 1997)
- Ley 675/1996* Ley N° 675, del 31 diciembre 1996 (Tutela de las personas y de los otros sujetos respecto al tratamiento de los datos personales)
- Ley 108/1996* Ley N° 108, del 7 marzo 1996 (Disposiciones en materia de usura)
- Ley 218/1995* Ley N° 218, del 31 mayo 1995 (Reforma del sistema italiano de Derecho Internacional Privado)
- Ley 301/1993* Ley N° 301, del 12 agosto 1993 (Normas en materia de tomas e injertos de córneas)
- Ley 260/1993* Ley N° 260, del 14 julio 1993 (Ratificación y ejecución de la Convención UNIDROIT sobre el *factoring* internacional, adoptada en Otawa el 28 mayo 1988)
- Ley 259/1993* Ley N° 259, del 14 julio 1993 (Ratificación y ejecución de la Convención UNIDROIT sobre el *leasing* financiero internacional, adoptada en Otawa el 28 mayo 1988)
- Ley 183/1993* Ley N° 183, del 7 junio 1993 (Normas en materia de utilización de los medios de telecomunicaciones para la transmisión de actos relativos a procedimientos jurisdiccionales)
- Ley 359/1992* Ley N° 359, del 8 agosto 1992 (Conversión en Ley, con modificaciones del Decreto Ley N° 333, del 11 julio 1992, conteniendo medidas urgentes para el saneamiento de la finanza pública)
- Ley 154/1992* Ley N° 154, del 17 febrero 1992 (Normas para la transparencia de las operaciones y de los servicios bancarios y financieros)

LISTA DE FUENTES

<i>Ley 52/1991</i>	Ley N° 52, del 21 febrero 1991 (Disciplina de la cesión de los créditos de empresa)
<i>Ley 287/1990</i>	Ley N° 287, del 10 octubre 1990 (Normas para la tutela de la competencia y del mercado)
<i>Ley 241/1990</i>	Ley N° 241, del 7 agosto 1990 (Nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de acceso a los documentos administrativos)
<i>Ley 108/1990</i>	Ley N° 108, del 11 mayo 1990 (Disciplina de los despidos individuales)
<i>Ley 107/1990</i>	Ley N° 107, del 4 mayo 1990 (Disciplina para las actividades de transfusión relativas a la sangre y a sus componentes para la producción de derivados del plasma)
<i>Ley 364/1989</i>	Ley N° 364, del 16 octubre 1989 (Ratificación y ejecución de la Convención sobre la ley aplicable a los <i>trusts</i> y su reconocimiento, adoptada en La Haya el 1 julio 1985)
<i>Ley 765/1985</i>	Ley N° 765, del 11 diciembre 1985 (Ratificación y ejecución de la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, adoptada en Viena el 11 de abril de 1980)
<i>Ley 47/1985</i>	Ley N° 47, del 28 febrero 1985 (Normas en materia de control de la actividad urbanístico-edil, sanciones, recuperación y subsanación de las obras ediles)
<i>Ley 975/1984</i>	Ley N° 975, del 18 diciembre 1984 (Ratificación y ejecución de la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, con protocolo y dos declaraciones comunes, adoptada en Roma el 19 de junio de 1980)
<i>Ley 203/1982</i>	Ley N° 203, del 3 mayo 1982 (Normas sobre los contratos agrarios)
<i>Ley 392/1978</i>	Ley N° 392, del 27 julio 1978 (Disciplina de las locaciones de inmuebles urbanos)
<i>Ley 1084/1977</i>	Ley N° 1084, del 27 diciembre 1977 (Ratificación y ejecución de la Convención Internacional relativa al contrato de viaje (CCV), firmada en Bruselas el 23 abril 1970)

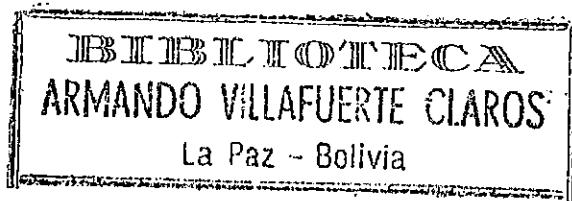
<i>Ley 10/1977</i>	Ley N° 10, del 28 enero 1977 (Normas para la edificación de suelos)
<i>Ley 11/1971</i>	Ley N° 11, del 11 febrero 1971 (Nueva disciplina del alquiler de fundos rústicos)
<i>Ley 458/1967</i>	Ley N° 458, del 26 junio 1967 (Transplante del riñón entre personas vivas)
<i>Ley 604/1966</i>	Ley N° 604, del 15 julio 1966. (Normas sobre los despidos individuales)
<i>L 590/1965</i>	Ley N° 590, del 26 mayo 1965 (Disposiciones para el desarrollo de la propiedad cultivada)
<i>Ley 756/1964</i>	Ley N° 756, del 15 setiembre 1964 (Normas en materia de contratos agrarios)
<i>Ley 1369/1960</i>	Ley N° 1369, del 23 octubre 1960 (Prohibición de intermediación e interposición en las prestaciones de trabajo y nueva disciplina del empleo de mano de obra en las contrataciones de obras y de servicios)
<i>Ley cheq.</i>	Real Decreto N° 1736, del 21 diciembre 1933 (Disposiciones sobre el cheque bancario, cheque circular y sobre algunos títulos especiales del Instituto de emisión, del Banco di Napoli y del Banco di Sicilia)
<i>Ley camb.</i>	Real Decreto N° 1699, del 14 diciembre 1933 (Modificación de las normas sobre la letra de cambio y el vale cambiario)
<i>Ley quiebra</i>	Real Decreto N° 267, del 16 marzo 1942 (Disciplina de la quiebra, del concordato preventivo, de la administración controlada y de la liquidación coactiva administrativa)
<i>Ley marcas</i>	Real Decreto N° 929, del 21 junio 1942 (Texto de las disposiciones legislativas en materia de marcas registradas)
<i>Ley not.</i>	Ley N° 89, del 16 febrero 1913 (Ordenamiento del notariado e de los archivos notariales)
<i>Prel.</i>	Disposiciones sobre la ley en general (que precede al texto del Código Civil)

LISTA DE FUENTES

<i>RD 1326/1914</i>	Real Decreto N° 1326, del 10 setiembre 1914 (Aprobación del reglamento para la ejecución de la Ley N° 89, del 16 febrero 1913, relativa al ordenamiento del notariado y de los archivos notariales)
<i>Reg. CEE 295/1991</i>	Reglamento (CEE) N° 295/91 - 4 febrero 1991 (Normas comunes a un sistema de compensación por negativa de embarque en los transportes aéreos de línea)
<i>Reg. Consob 11971/1999</i>	Reglamento que contiene normas de actuación del Decreto Legislativo N° 58, del 24 febrero 1998, en materia de emitentes (adoptado por la Consob por acuerdo N° 11971 del 14 mayo 1999 y sucesivamente modificado por acuerdo N° 12475 del 6 abril 2000)
<i>Reg. Consob 11522/1998</i>	Reglamento de actuación del Decreto Legislativo N° 58, del 24 febrero 1998, concerniente a la disciplina de los intermediarios (adoptado por la Consob por acuerdo N° 11522 del 11 julio 1998 y sucesivamente modificado por acuerdos N° 11745 del 9 diciembre 1998, N° 12409 del 10 marzo 2000 y N° 12498 del 20 abril 2000)
TUB	Decreto Legislativo N° 385, del 1 setiembre 1993 (Texto único de las leyes en materia bancaria y crediticia)
TUBCA	Decreto Legislativo N° 490, del 29 octubre 1999 (Texto único de las disposiciones legislativas en materia de bienes culturales y ambientales, conforme al artículo 1 de la Ley N° 352, del 8 octubre 1997)
TUF	Decreto Legislativo N° 58, del 24 febrero 1998 (Texto único de las disposiciones en materia de intermediación financiera, conforme a los artículos 8 y 21 de la Ley N° 52, del 6 febrero 1996)

PRIMERA PARTE

LA FIGURA



CAPÍTULO I

LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO Y LAS RELACIONES JURÍDICAS PATRIMONIALES

1. La definición del contrato.— 2. La materia del contrato y los supuestos de hecho limítrofes: patrimonialidad del contrato.— 3. Los acuerdos lícitos sobre materias no patrimoniales.— 4. La patrimonialización lícita de acuerdos sobre materias no patrimoniales.— 5. Los acuerdos ilícitos sobre materias no patrimoniales.— 6. La juridicidad del contrato: intención "jurídica" e intención "empírica".— 7. Las relaciones de cortesía.— 8. Los pactos de honor (*gentlemen's agreements*).— 9. Otros acuerdos en los márgenes del contrato.— 10. Contrato: polisemias y sinonimias.— *Bibliografía.*

1. LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO

En la definición del código, el contrato es "el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial" (art. 1321). El área del contrato es, en palabras más empíricas, el área de los compromisos económicos concordados y legalmente vinculantes (es decir, coercibles con los medios legales): área estratégica en cualquier organización social, y particularmente en las sociedades desarrolladas.

Definición

Como toda definición, la definición de contrato sirve para individualizar dos clases de fenómenos o, como dicen los juristas, supuestos de hecho: por un lado, los que corresponden a la definición; por el otro, los que no le corresponden. Y como (casi) toda definición jurídica, también la nuestra sirve esencialmente para determinar la aplicabilidad de una disciplina jurídica: a los supuestos de hecho acordes a la definición del art. 1321 se aplican las normas sobre los contratos, las que, en cambio, no son (directamente) aplicables a los supuestos de hecho discordes.

Un supuesto de hecho es acorde a una definición si presenta, en concreto, todos los elementos que componen la definición misma. Es discordes, si le falta incluso uno solo de sus componentes. Los componentes de la definición de contrato son esencialmente tres.

Componentes:

... acuerdo

El primer componente es el acuerdo de los interesados (técnicamente de las "partes"). El contrato es pues un acto consensual.

...relación
jurídico
patrimonial

El segundo componente atiende al objeto del acuerdo: una relación jurídico-patrimonial. El contrato es pues un acto jurídico-patrimonial.

...voluntad
enderezada a
un fin

El tercer componente atiende al modo cómo opera el acuerdo respecto a su objeto: no descriptivo o valorativo, sino más bien finalista o, dicho de otro modo, voluntarista. Lo indica la preposición "para": las partes no llegan al acuerdo sobre un juicio (de hecho o de valor), sino con una finalidad, que es incidir sobre una relación jurídica patrimonial; ellas concordemente quieren constituirla, regularla o extinguirla. El contrato es pues un acto de voluntad.

Solo un acto que sea al mismo tiempo acto de voluntad, acto consensual y acto jurídico patrimonial es un contrato. No es un contrato el supuesto de hecho en el que falte uno o más de estos elementos.

Examinaremos más de cerca los tres componentes del contrato, y —en sus grandes líneas— las principales cuestiones teóricas y prácticas que a ellos se relacionan. Con una advertencia: el significado y el valor de los tres componentes —acuerdo, materia jurídico-patrimonial, voluntad enderezada a un fin— se perciben plenamente solo si cada uno es considerado no aisladamente, sino en conexión con los demás. Y una advertencia ulterior, aún más obvia. El problema de diferenciar entre el no-contrato y el contrato es muy fácil en los supuestos de hecho que no presenten ninguno de los componentes de la definición: la creación o declamación de una poesía no tiene ningún componente del contrato. Fácil también cuando presenten uno de tres: el juicio coincidente entre dos personas sobre un evento político o sobre un hecho estético tiene, del contrato, solo el elemento del acuerdo pero no los otros dos elementos. Menos fácil, como veremos, ante los que, presentando dos, pueden dejar la duda de si el tercero esté presente o falte.

La tradición sugeriría iniciar con el elemento estructural, es decir, con el acuerdo: el primer elemento de la definición, el que parece connotarlo con más fuerza. En cambio, se prefiere partir del elemento funcional, es decir de la relación jurídico-patrimonial, que constituye materia del contrato. En efecto, este se presenta más inmediatamente significativo para la colocación y la individualización del contrato en el universo de los actos humanos regulados o contemplados por el Derecho.

2. LA MATERIA DEL CONTRATO Y LOS SUPUESTOS DE HECHO LIMÍTROFES: PATRIMONIALIDAD DEL CONTRATO

El territorio habitado por el contrato es el de las relaciones jurídicas patrimoniales: el único género de relaciones sobre las cuales el contrato incide (constituyéndolas, regulándolas, extinguiéndolas). Fuera de este territorio el contrato no opera: no constituye ni regula ni extingue ni, por lo demás, afecta a las relaciones que no sean al mismo tiempo jurídicas y patrimoniales.

Ello plantea el problema de distinguir el contrato de aquellos supuestos de hecho que con el contrato comparten el elemento del acuerdo y la dimensión finalista o voluntarista; pero que no son contratos porque la materia sobre la que inciden no es jurídica o no es patrimonial.

Comencemos con la patrimonialidad.

La vocación del contrato de operar en el campo patrimonial emerge claramente de las normas que indican las dos funciones del contrato que (por ser, además, las únicas tan puntualmente explicitadas) deben ser consideradas como las principales funciones del mismo. El contrato sirve para transmitir y adquirir la propiedad (art. 922): y las relaciones de propiedad son, por antonomasia, patrimoniales. El contrato sirve para crear obligaciones (art. 1173): y la obligación tiene por objeto una prestación con "carácter patrimonial" o, dicho de otra manera, "susceptible de valoración económica" (art. 1174, sumilla y texto).

Patrimonialidad

Transmisión de la propiedad
Creación de obligaciones

La *ratio* que normalmente se indica para justificar la patrimonialidad de la obligación es la misma que explica la necesaria patrimonialidad del contrato. La obligación y el contrato se caracterizan por el vínculo legal y por la coercibilidad legal: el deudor y el contratante no son libres de desatender el compromiso o de revocarlo (23); si lo violan, se desencadena en su contra la actuación específica del compromiso violado, o el resarcimiento por equivalente. A las relaciones no patrimoniales no se concilian estos mecanismos, que respecto a ellas la ley no quiere o no puede desencadenar. No quiere, porque considera que los comportamientos y las actitudes de la esfera personal no deben quedar sujetos a un vínculo legal de irrevocabilidad y, mucho menos, a su coercibilidad en forma específica. No puede, por la dificultad de monetizar —con la finalidad del resarcimiento por equivalente— la violación de compromisos por definición no susceptibles de valoración económica.

Ratio de la patrimonialidad

Los supuestos de hecho que el intérprete debe considerar tomando como metro el requisito de la patrimonialidad del contrato, se sitúan esencialmente en el campo de la familia, de los derechos de la personalidad, de las actividades ajenas a la esfera de lo económico. Son supuestos de hecho muy distintos entre ellos, merecedores, por tanto, de consideraciones y tratamientos bastante diferenciados.

Los campos problemáticos

3. LOS ACUERDOS LÍCITOS SOBRE MATERIAS NO PATRIMONIALES

En una primera serie de casos, encontramos acuerdos sobre materias puramente no patrimoniales: acuerdos que la misma ley establece y promueve, o, en todo caso, no desaprueba. El hecho de que sean tolerados o

aprobados por la ley los hace lícitos, y puede hacerlos incluso productores de consecuencias jurídicas. El hecho de que consistan en materias absolutamente no patrimoniales impide calificarlos como contratos, y de aplicarles las consecuencias jurídicas de los contratos: el compromiso que se origine no tiene la fuerza del vínculo contractual, y no es legalmente coercible como tal.

Matrimonio

En el área de la familia se encuentra en primer lugar el matrimonio: que es un acuerdo, pero por su naturaleza esencialmente no patrimonial no es un contrato. Luego se encuentran los acuerdos sobre la orientación de la vida familiar, que los cónyuges "conducen entre sí" (art. 144¹); y aquellos sobre las decisiones inherentes a la potestad familiar, que los padres ejercitan "de común acuerdo" (art. 316²). Fijación de la residencia, distribución de los papeles del cuidado doméstico y trabajo extradoméstico, tenor de vida, decisiones sobre la educación de los hijos (escolar, religiosa, deportiva, etc.) son algunas de las posibles materias.

Acuerdos sobre la vida familiar

La ley los ve con favor, porque realizan los dos valores perseguidos por la reforma de 1975 (cuya bandera, en el campo del gobierno de la familia, es precisamente el "principio del acuerdo"): autonomía de la familia, en contra las injerencias autoritarias del poder público; e igualdad de los cónyuges, contra los viejos privilegios del varón. Y ve con favor que conformen efectivamente la vida familiar: "A cada uno de los cónyuges corresponde (...) realizar la orientación concordada" (art. 144²). Hay pues una juridicidad de estos acuerdos: estos legitiman los comportamientos de actuación de los cónyuges, y hacen a los comportamientos no conformes valorables como presupuestos de medidas judiciales, por ejemplo, en sede de separación o de control sobre el ejercicio de la potestad, o, en el extremo, a los fines de un juicio de responsabilidad. Pero es una juridicidad no contractual: no surge el vínculo irrevocable típico del contrato; no tienen espacio los típicos remedios contractuales.

ojo

Acuerdos de convivencia

Idénticas consideraciones pueden extenderse a los acuerdos —sobre las mismas materias— adoptados entre los *partner* de una convivencia extramatrimonial: los denominados acuerdos de convivencia.

Convenciones matrimoniales

Son, en cambio, contratos, por su objeto eminentemente patrimonial, las convenciones matrimoniales, con las cuales los cónyuges acuerdan el régimen de sus adquisiciones derogando el régimen legal de comunión (arts. 159 y ss.).

Actos de "consentimiento" sobre derechos de la personalidad

Fuera del ámbito de la familia, encontramos los actos de "consentimiento" (o "asentimiento") relativos a los derechos de la personalidad, cuya función es legitimar intrusiones en la esfera personal, que sin la voluntad conforme del interesado serían ilícitas. Pensemos en el consentimiento informado del paciente en razón del tratamiento médico; en el consentimiento del *partner* a la relación sexual, que impide la configuración del delito ex art. 609-bis CP; en el consentimiento para el tratamiento, especialmente informático, de los propios datos personales (arts. 11-12; 22¹; 23¹; Ley 675/

1996); en aquel que la ley llama "asentimiento para la donación" de los propios órganos después de la muerte (art. 4 de la Ley 91/1999), e incluso el consentimiento para la extracción de sangre destinada a transfusiones (Ley 107/1990), o del propio riñón (Ley 458/1967) o de la córnea del familiar fallecido destinado al trasplante (Ley 301/1993). Pertenecen a análogo orden conceptual la cuestión del "consentimiento" del marido a la inseminación heteróloga de la mujer; y la —cargada de aspectos más delicados y problemáticos— del "consentimiento" preventivo de no recibir, en caso de enfermedad irreversible, prácticas de persistencia terapéutica (denominadas *living will*).

Estos actos responden sustancialmente al esquema del "consentimiento del derechohabiente" (art. 50 CP). Pero la calidad y el valor jurídico de ellos son asimilables a los de los acuerdos familiares: son actos lícitos (más bien, idóneos para prevenir la ilicitud), y jurídicamente relevantes; pero no son contratos, y no tienen la relevancia jurídica del contrato. Además de la patrimonialidad, del contrato falta probablemente también la estructura del verdadero "acuerdo", resultante de la combinación de dos voluntades conformes; estos expresan más bien la voluntad unilateral del directo interesado. Sobre todo falta la irrevocabilidad del consentimiento prestado, típica del contrato: vale para estos la posibilidad de arrepentirse y revocar lo que anteriormente se había dispuesto en forma voluntaria. En esto se acercan al testamento (arts. 587¹; 679 y ss.).

En el área de los acuerdos lícitos, que no tienen naturaleza de contrato, recaen, finalmente, los compromisos acordados que se refieran exclusivamente a prestaciones o intereses del *homo non oeconomicus*, que pertenecen de manera exclusiva a la esfera del gusto, de la sensibilidad, de los afectos, de los placeres: A pide a B acompañarlo a esquiar el próximo sábado, y B acepta; K pide a J leer un libro apenas publicado para comentarlo juntos, y J acepta; X pide al vecino de enfrente Y (que acepta) no tocar el piano después de las 22 horas para no perturbar el sueño del niño, y para corresponder a la gentileza se compromete a retirar del balcón la bandera del Milán, que perturba la sensibilidad de Y, hincha del Inter.

Aquí existe acuerdo, pero la naturaleza no patrimonial de los compromisos impide que exista un contrato. Además, a diferencia de los casos precedentes, no existe siquiera relevancia jurídica del acuerdo: salvo los casos —absolutamente extremos— en los cuales el compromiso haya generado una confianza muy fuerte, y haya sido desatendida de manera tan injustificadamente ofensiva, como para que se pueda pensar en una responsabilidad (extracontractual) *ex art. 2043*.

4. LA PATRIMONIALIZACIÓN LÍCITA DE ACUERDOS SOBRE MATERIAS NO PATRIMONIALES

En una segunda serie de casos, encontramos acuerdos sobre materias no patrimoniales que, sin embargo, se patrimonializan por la introducción

Prestaciones o intereses de la esfera no económica

Patrimonialización indirecta

de elementos económicos destinados a acompañar a los no económicos. Esta patrimonialización indirecta, o parcial, hace patrimonial todo el acuerdo: y hace un contrato. En efecto, es principio comúnmente aceptado en jurisprudencia que una prestación en sí no patrimonial pueda derivar en contrato, si frente a ella está establecida una contraprestación patrimonial (un precio en dinero, la atribución de un bien); o si por su incumplimiento se establezcan consecuencias económicas (por ejemplo, el pago de una suma a título de penalidad).

Utilización económica de los derechos de la personalidad

Por ejemplo, piénsese en A, que a cambio de la compañía de B en las pistas de esquí le proporciona un par de esquís nuevos; o en X e Y, que acompañan a su acuerdo sobre el piano y la bandera con una penalidad de 5,000 euros para quien violara primero su compromiso.

og Para citar ejemplos social y económicamente más significativos, se observan los usos económicos de los derechos de la personalidad para fines de marketing. La publicidad de productos de gran consumo utiliza a menudo atributos personales de *testimonials* (el nombre, la imagen, la voz de hombres o mujeres célebres) como medios para la promoción de las ventas; y es obvio que el personaje célebre sea pagado por esto. La retribución económica, acordada frente a prestaciones de por sí no patrimoniales, le da, en su conjunto, al acuerdo naturaleza patrimonial: el acuerdo es un contrato. Y no existe razón para no considerarlo un contrato lícito: aquel no lesiona intereses generales ni principios o valores fundamentales.

5. LOS ACUERDOS ILÍCITOS SOBRE MATERIAS NO PATRIMONIALES

La tercera serie de casos se refiere a acuerdos sobre materias no patrimoniales, cuya característica dominante es la de ser (prescindiendo de la naturaleza contractual o no) acuerdos ilícitos, es decir desaprobados por el ordenamiento jurídico. La desaprobación puede depender de diversos factores.

Valores no disponibles

Puede depender del hecho de que el acuerdo afecta directamente un valor fundamental de la persona humana, en relación al cual el ordenamiento no tolera de manera absoluta lesiones o manipulaciones. Por ejemplo, la integridad física: están siempre y en todo caso prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo, "cuando provoquen una disminución permanente de la integridad física" (art. 5). O bien el principio que vincula indisolublemente la maternidad (natural) al embarazo y al parto: de allí la prohibición de los "acuerdos de subrogación" (los denominados "úteros de alquiler"), en base a los cuales una mujer acepta recibir

por implante el embrión resultante del óvulo fecundado de otra mujer, de llevar el embarazo hasta el parto y, por lo tanto, “entregar” al nacido a la primera mujer como hijo de ella y no de aquella que lo ha parido. Aquí es cuestión de *indisponibilidad* del bien: el acuerdo es ilícito en sí, prescindiendo de la circunstancia de que establezca o no una contrapartida patrimonial (y por consiguiente que sea o no sea un contrato).

En otros casos no es cuestión de indisponibilidad, sino de *no comerciabilidad*: la desaprobación deriva precisamente de la existencia de una retribución patrimonial frente a la prestación no patrimonial. Los actos de disposición del cuerpo están prohibidos, sin más, si lesionan de manera permanente la integridad física. Si no ocasionan una lesión tan grave, no está dicho que estén prohibidos: pueden serlo, por ejemplo, si establecen una retribución económica, y ser en cambio permitidos si no la establecen. A veces ello resulta expresamente de la ley: para la “donación” de sangre (art. 1^o de la Ley 107/1990), de riñón (art. 1^o de la Ley N^o 458/1967), de la córnea de un familiar fallecido (art. 1^o de la Ley 301/1993). Otras veces se extrae de principios no escritos: la ley no desaprueba que dos personas acuerden tener sexo; desaprueba que acuerden tener sexo a cambio de dinero (este sería un contrato, pero un contrato ilícito). En todos estos casos la ley desea proteger no el valor de la persona en sí y por sí considerado, sino más bien la no comerciabilidad del valor; el titular del valor puede disponer de él, pero solo si no se deriva de un intercambio económico.

Estamos en un campo en el cual los límites entre los diversos supuestos de hecho son fugaces. No siempre es fácil descifrar si el acuerdo sobre materias no patrimoniales está prohibido o permitido; prohibido en sí (indisponibilidad), o solo en cuanto patrimonializado (no comerciabilidad). Lo testimonian las persistentes incertidumbres sobre la naturaleza y la disciplina de los acuerdos entre cónyuges a raíz de la separación o del divorcio.

6. LA JURIDICIDAD DEL CONTRATO: INTENCIÓN “JURÍDICA” E INTENCIÓN “EMPÍRICA”

Para ser contrato, el acuerdo debe referirse a relaciones patrimoniales. Pero no todos los acuerdos sobre relaciones patrimoniales son contratos. Para ser materia de contrato la relación debe presentar dos características: debe ser no solo una relación patrimonial, sino aún antes una relación jurídica (art. 1321). Y entonces, el ámbito de los acuerdos patrimoniales se divide en dos sectores: el sector (más extenso y significativo) de los acuerdos enderezados a una relación jurídica, que son contratos; y el sector (menos amplio y relevante) de los acuerdos que no son contratos, porque buscan una relación no jurídica sino puramente social.

Valores no
comerciables

Acuerdos
patrimoniales:

Sobre
relaciones
jurídicas...

...y sobre
relaciones
sociales

Relación

“Relación” es un concepto prenormativo, que la ley no define sino presupone, y emplea con diversos significados: los diversos significados atinentes por ejemplo a las “relaciones” patrimoniales entre cónyuges (art. 161), a las “relaciones” entre la sociedad y los terceros (arts. 2297¹; 2317¹), a las “relaciones” entre las partes del contrato simulado y sus acreedores (art. 1416). En el art. 1321, “relación jurídica” significa *relación que implica un específico compromiso legal a la actuación de lo concordado, cuya violación atrae sobre el violador consecuencias legales ajustadas al resultado que en base a la relación debía realizarse*. El problema es distinguir los casos en los cuales el acuerdo sobre materias patrimoniales crea un tal compromiso, de los casos en los cuales no lo crea.

Relación jurídica

Intención de las partes:

Es decisivo, al respecto, el modo en el cual las partes entienden su acuerdo: vale decir, es decisiva la intención de las partes (en el *common law*, *l'intention to create a legal relationship* es habitualmente indicada como elemento constitutivo del contrato).

"jurídica"...

...y "empírica"

Pero ponga atención. Para crear la relación jurídica contractual no es necesario una verdadera y propia “intención jurídica” de las partes, es decir *la clara y completa representación de los compromisos legales que derivan de la relación, y la específica voluntad de asumirlos*. Basta la denominada “intención empírica”: *la representación del resultado económico que se desea conseguir con la relación, y la genérica conciencia que ese resultado implica la activación de mecanismos legales* (aunque falte el puntual conocimiento de tales mecanismos). Si A y B concuerdan en comprar y vender una cosa, el comprador puede no saber en qué consistan los remedios legales a su favor, si la cosa comprada se revela defectuosa o no le es entregada: pero sabe que podrá contar con algún remedio legal; puede no saber, en el plano de los tecnicismos jurídicos, todo a lo que se expone si no paga el precio al vendedor: pero sabe que se enfrentará a alguna consecuencia jurídica. Y así, recíprocamente, el vendedor.

Juridicidad socialmente típica

El acuerdo vierte sobre una relación jurídica también si las partes ignoran los precisos compromisos legales que de ella se derivan: ellas saben que derivan compromisos legales y eso basta. Decisivo, para esta conclusión, es que la juridicidad de la relación se presente como socialmente típica, en relación al contexto y al contenido del acuerdo: en nuestra organización social es normal y obvio para la generalidad de las personas —es decir, justamente, es socialmente típico— que comprar y vender una cosa signifique entrar en el mundo de la ley. Y en este punto deviene irrelevante que —en un caso raro y extraño, pero siempre posible— una parte, concretamente, lo ignore. A no puede decir que su acuerdo de compraventa con B no es un contrato porque él no sabía que asumía con este compromisos

legales, sino imaginaba y deseaba una relación inscrita en una dimensión puramente social y no jurídica: admitirlo decepcionaría injustamente la confianza de B, quien, en cambio, consideraba (razonando según el esquema socialmente aceptado) que su acuerdo de compraventa con A se refería a una relación jurídica.

El problema de separar los acuerdos (patrimoniales) no jurídicos de los jurídicos se hace más difícil en dos órdenes de casos: cuando el contexto y el contenido del acuerdo son tales por los cuales la juridicidad de la relación no es (o no es con igual evidencia) socialmente típica (1.7); y cuando existe —explícita o implícita— la común intención de las partes de sustraer su acuerdo, y su correspondiente relación, de la esfera de la ley (1.8).

7. LAS RELACIONES DE CORTESÍA

El elemento más fuerte para ver la *juridicidad de la relación* de compraventa como un dato socialmente típico, es el hecho de que este realiza un intercambio de ventajas y sacrificios: vale decir, el hecho de ser una *relación onerosa y no gratuita* (18.9). En nuestra sociedad —por razones que pasan de la antropología cultural a la historia de las estructuras económico-sociales— lo “jurídico” se asocia más fácilmente al intercambio que al regalo, de manera que es fácil que en el área de lo “no jurídico”, es decir el de las relaciones puramente sociales, recaiga el regalo más que el intercambio. Si se exceptúan los casos en los cuales el regalo está muy formalizado (como sucede en el contrato de donación, cuya juridicidad está marcada por la ceremonia de la escritura pública que se escenifica ante el notario), normalmente el acuerdo gratuito no sugiere su propia juridicidad con la misma fuerza que el acuerdo oneroso.

Ello no significa que el acuerdo gratuito cree, como regla, relaciones no jurídicas (es verdad, en cambio, que muchos acuerdos gratuitos crean relaciones jurídicas). Significa solo que el acuerdo gratuito puede crear relaciones no jurídicas, mucho más fácilmente que con acuerdos onerosos.

El ejemplo que más claramente ilustra la problemática es el del transporte. Como las mismas normas sugieren, el transporte puede ser de tres tipos: oneroso (art. 1678); gratuito (art. 1681³; arts. 413 y 947 CN); o amistosos o de cortesía (arts. 414 y 949 CN). En los primeros dos casos da lugar al contrato, jurídicamente comprometedor para el transportista: si este no realiza o realiza mal el transporte, responde, como responde quien viola el compromiso contractual. En el tercer caso, transportista y pasajero no se vinculan en un contrato porque la relación entre sí no es jurídica: sino que se coloca exclusivamente en el plano social de la cortesía, de la benevolencia,

Transporte:
oneroso...

... gratuito,...

...de cortesía

de la amistad, al cual repugnan los vínculos y los instrumentos coercitivos de la ley.

Así, el acuerdo entre el automovilista y el autostopista aceptado a bordo no es un contrato de transporte, sino un transporte ofrecido a título de cortesía. Ello no excluye cualquier consecuencia jurídica que derive de la inejecución o mala ejecución de la prestación de transporte: piénsese en el accidente causado por la imprudencia del transportista amigable, en el cual el pasajero queda herido; o en la bizarría del automovilista, que a mitad de camino sin motivo alguno deja a su huésped en un lugar y en una hora en la cual resulta imposible encontrar un transporte alternativo. En tales casos el transportista puede ser llamado a *responder por el daño* sufrido por el pasajero: pero *no por violación de un compromiso contractual, sino más bien por violación del más genérico deber de no dañar injustamente a los otros*, y por lo tanto en las condiciones y en los límites del art. 2043 (responsabilidad extracontractual).

Distinción
entre contrato
gratuito y
relación de
cortesía

Dicho esto, el problema es: ¿cómo distinguir, en el ámbito de las prestaciones prometidas o realizadas sin retribución, aquellas que dan lugar al contrato gratuito (pero contrato) y aquellas que no dan lugar a un contrato, porque la relación entre las partes es entendida como relación no jurídica? Una respuesta esquemática puede apoyarse en la distinción entre prestaciones consistentes en actividades personales, y prestaciones que implican la entrega de cosas.

Actividades
personales:
criterio del
interés de
quien presta

En el área de las prestaciones sin retribución, que consisten en actividades personales, el criterio para discriminar entre contrato gratuito y relación de cortesía es el interés de quien se compromete a prestar.

Si este se compromete a prestar sin retribución, pero porque está interesado en *alguna ventaja objetiva y externa que, aunque sea indirectamente, puede esperarse de la prestación realizada*, entonces existe contrato (gratuito): piénsese en el transporte ofrecido por A a B para probar el auto que querría venderle; o por el hotel a sus clientes, para promover su imagen a la clientela; o por el cliente al profesional, para llevarlo a la reunión a la cual debe participar en interés del cliente; piénsese en la consulta hecha de manera gratuita por el profesional en una lógica "promocional", o sea, en la esperanza de acreditarse para una futura relación estable de consultoría retribuida. En cambio, si la prestación sin retribución es fin en sí misma, es decir, no está sostenida por algún interés que no sea el interés puramente subjetivo de dirigir al beneficiario una señal de cortesía, amistad o benevolencia, entonces la relación no es jurídica y el acuerdo no es un contrato. Hay que evidenciar lo inseguro e incierto del límite: puede ser arduo valorar, en cada caso, si el interés de quien presta sin retribución tenga el peso objetivo necesario para atraer el acuerdo al campo de las relaciones jurídicas contractuales, o si en cambio se reduzca a aquella pura subjetividad que lo relega a la esfera de lo que, no siendo jurídico, no es contrato.

En el área de las prestaciones sin retribución, que implican la entrega de cosas, el criterio puede ser el de la realización de la entrega.

Entrega de cosas: criterio de la entrega

Si A le pide a B que le preste gratuitamente una cosa y B acepta, el acuerdo crea entre ellos una relación social de cortesía, pero no una relación jurídica: no existe contrato; el contrato (de comodato) existe en el momento en el cual A entrega a B la cosa que le había prometido en préstamo. Lo mismo vale para el depósito gratuito, que da lugar a una relación jurídica contractual solo en el momento en el que el promitente efectivamente recibe la cosa que se había comprometido a tomar gratis en depósito.

La entrega (o recepción) efectiva de la cosa es acto de ejecución del compromiso. Y la relevancia de la ejecución, con el fin de consolidar la juridicidad de la relación, está confirmada por la disciplina de la obligación natural (ausencia de la obligación legal de prestar, pero no repetición de aquello espontáneamente prestado: art. 2034¹).

Relevancia general de la ejecución

Se podría obtener una indicación útil también en cuanto a las prestaciones de desarrollar una actividad, que no implica la entrega de cosas. Existe diferencia, con el fin de valorar el grado de juridicidad de la relación, entre *prestaciones prometidas y prestaciones ejecutadas o en vía de ejecución*. Si A promete a B un transporte desinteresado a realizar en 10 días, hasta aquí la relación es de pura cortesía, con una tasa de juridicidad cero: la violación del compromiso (5 días antes de la fecha prevista, A le dice a B que ha cambiado de idea y no le dará más el transporte prometido) podrá desencadenar una reacción jurídica débil si no nula. Pero si en la fecha prevista A comienza el transporte y después lo interrumpe dejando a B a mitad de camino, la violación afecta una relación de intensidad jurídica superior: no quiere decir que la relación de cortesía se ha transformado en contrato de transporte; más ciertamente las consecuencias de la violación serán, respecto al caso precedente, menos lejanas de aquellas relativas a la violación de una obligación contractual.

La valoración de la relación como jurídico-contractual en lugar que de simple cortesía puede ser influenciada por la *calidad profesional del sujeto que presta*. Subirse a un taxi es diferente que hacer autostop: significa pedir una prestación a quien usa proveerla por oficio o por dinero; significa entrar en una relación onerosa y, por lo tanto, típicamente jurídica. Ello no quita que las peculiaridades de cada caso justifiquen soluciones diferentes: si la mujer pide un consejo legal a su marido que es abogado, la *relación familiar* entre las partes sugiere que la prestación sea hecha por cortesía y afecto, y no en ejecución de un contrato de obra profesional.

Calidad de las partes

Los razonamientos desarrollados aquí serán retomados en seguida, desde otros puntos de vista: en particular, desde los puntos de vista de la *causa del contrato* (16), de la distinción entre *contratos onerosos y gratuitos* (18.9-10), de la distinción entre *contratos consensuales y reales* (6.8-9).

8. LOS PACTOS DE HONOR (*GENTLEMEN'S AGREEMENTS*)

Los acuerdos de cortesía están excluidos del campo jurídico-contractual porque las partes se mueven en un terreno extralegal: simplemente,

ellas no piensan de ninguna manera en el derecho. En otros casos, las partes del acuerdo (patrimonial) piensan en el derecho: pero en negativo, para excluirlo. Ellas consideran que su relación podría ser una relación jurídica, y desean precisamente evitarlo: *prefieren no crear vínculos legales sometidos a las reglas y a los mecanismos del derecho de los contratos, sino simples compromisos de conciencia y de honor "entre caballeros"*; estos no están destinados a ser llevados ante el juez, y su respeto es confiado no a los resguardos jurídicos, sino al descrédito social que afectaría a quien los viola.

El fenómeno tiene una característica general: se manifiesta al interior de *comunidades esencialmente restringidas y homogéneas*, caracterizadas por una fuerte comunión de intereses y valores: en particular, la comunidad de los negocios (*business community*). Por otro lado, presenta diferentes aspectos.

Residualidad/
marginalidad
del derecho

En la forma más blanda y genérica, no es tanto el rechazo del derecho, sino más bien la consideración del mismo como factor residual, de última instancia, para el acomodo de relaciones que primaria y normalmente se acomodan fuera del derecho. Es esta, como nos dicen las investigaciones sociológicas, la actitud dominante entre los operadores económicos del mundo anglosajón: para realizar negocios estos hacen contratos entre sí; pero prefieren pensar —y habitualmente piensan— que el buen funcionamiento del negocio no tendrá necesidad del contrato, entendido como un instrumento legal; que el contrato se volverá superfluo por una conducta de los interesados que la ética profesional, y no la amenaza de la ley, la hará conforme a los compromisos asumidos.

Fuga del
derecho

Otras veces, el fenómeno indica una marcada y específica voluntad de fuga del derecho. Ello sucede con los acuerdos que las partes decidirán mantener ocultos frente a la competencia, al público o, incluso, a la ley (por ejemplo, porque son acuerdos de los que se puede sospechar su ilicitud). Aquí la fuga del derecho está enderezada a evitar la divulgación del acuerdo, o la sanción legal que podría afectarlo: son ejemplos los pactos parasociales, con los cuales los socios regulan más allá de las previsiones estatutarias el ejercicio de sus poderes respecto a la sociedad; y las concertaciones reguladoras de la competencia entre empresas.

Pactos
parasociales

Concertaciones
competenciales

Antes que se afirmaran en la materia principios de transparencia (especialmente con respecto a las sociedades cotizadas: art. 122 TUF), los pactos parasociales estaban destinados al secreto; en todo caso, en ellos es frecuente la invocación al compromiso "de honor" que los socios asumen suscribiéndolo; y es raro verlos ejercitados ante jueces o árbitros. Las concertaciones *reguladoras* de la competencia entre empresas frecuentemente están en riesgo de ser consideradas concertaciones *restrictivas* de la competencia, y como tales ilícitas (art. 2 de la Ley 287/1990). También por ello las empresas que las estipulan son reacias a

“contractualizarlas”: el ropaje de contrato exaltaría la evidencia de ilicitud, que puede mejor ocultarse si la concertación permanece en el terreno de las relaciones que no tienen carácter jurídico-contractual. Asimismo el aparato de conceptos y el lenguaje del derecho *antitrust* parecen tomar nota de ello, indicando que las concertaciones prohibidas pueden presentarse en dos variantes (art. 2^o de la ley n. 287/1990): la variante de los “acuerdos” que ya en el uso de la misma palabra clave del art. 1321 evoca la categoría de contrato; y la variante de las “prácticas concordadas”, alusiva a cualquier cosa que se acuerda, pero que no se quiere que sea un contrato.

La intención de excluir la juridicidad de la relación puede tener otras razones. Si la sociedad controlante garantiza con contrato de fianza al banco que financia a la sociedad controlada, grava en demasía sus propias cuentas por la correspondiente deuda potencial; puede evitarlo (con la ventaja de un mejor orden en su estado patrimonial) si se limita a enviar al banco una carta de *patronage*, con la cual, en sustancia, garantiza sin asumir un pleno vínculo contractual. Otro. Si la tratativa sobre un negocio está bastante avanzada, las partes pueden fijar los puntos ya acordados en una “carta de intención”, que establece además la continuación de la tratativa: en este punto ellas están comprometidas, como “caballeros”, a retomar y desarrollar la negociación; pero excluyen el haber entrado ya en una relación jurídica-contractual, porque consideran que este no se active hasta que la tratativa no haya concluido en todos sus detalles y los puntos aún abiertos (6.12).

Cartas de
patronage

Los acuerdos “entre caballeros” se sitúan así en una zona gris entre lo “jurídico” y lo “no jurídico”. Son ajenos a lo “jurídico” en cuanto no crean una relación jurídica en el sentido del art. 1321: y, en efecto, no son contratos. Pero por otro lado le pertenecen, porque la relación entre las partes está siempre regulada jurídicamente. Si el acuerdo persigue fines reprochables, el tratamiento jurídico consiste en *impedir la aplicación* (además que, eventualmente, en sancionar a las partes): resultado posible, aunque no se le califique como contrato (ilícito). Si el acuerdo es lícito, se deben *regular las posiciones recíprocas de los interesados*: que no son partes de una relación contractual, pero tampoco son extraños, sino que están recíprocamente involucrados en una relación intensa y calificada.

Relevancia
jurídica

A la luz de ello, el fundamental principio regulador de sus comportamientos es el de la corrección o buena fe objetiva: principio-puente, como veremos, entre las esferas de lo contractual y de lo extracontractual (8.1). La aplicación del principio tiene como consecuencia típica el surgimiento de *responsabilidad y obligaciones resarcitorias* a cargo de la parte que frustre injustificadamente las expectativas y confianzas nutridas por la otra en base a la relación (sin bien no contractual) que las liga.

Buena fe

9. OTROS ACUERDOS EN LOS MÁRGENES DEL CONTRATO

La pregunta “¿Es un contrato o no es un contrato?” puede suscitar respuestas perplejas frente a muchos otros acuerdos, en razón de su particular materia. Entre el ámbito de los acuerdos que son ciertamente contratos

y la de los acuerdos que ciertamente no lo son, se extiende una amplia zona gris de acuerdos "paracontractuales" o "semicontractuales" que no se dejan calificar con facilidad y seguridad.

Pago...

Para percibir lo inseguro del límite entre contrato y no-contrato, se considera pago hecho (por el deudor) y recibido (por el acreedor). La situación parece muy lejana del contrato: el pago es un acto no autónomo pero debido por el deudor; prescinde del acuerdo del acreedor, que no puede rechazarlo salvo que cuestione su conformidad con la obligación. Pero en realidad basta poquísimo para que la relación tome los matices del contrato: si la prestación realizada por el deudor y aceptada por el acreedor es "diferente de aquella debida", se desencadena entre ambos un contrato de *datio in solutum* (prestación en lugar del cumplimiento: art. 1197). El límite entre contrato y no-contrato es señalado por un criterio delgado, evanescente, opinable como lo es la "diversidad" de la prestación realizada respecto a aquella debida.

... y *datio in solutum*

Acuerdos...

La exploración de la zona gris puede continuar. Bajo la premisa de que el contrato se refiere a una "relación jurídica", desencadena el reflejo condicionado de que este se refiera a un derecho subjetivo (considerado, por costumbre, como término que no se puede eliminar de la relación). Y entonces: ¿son contratos los acuerdos que se refieren no a derechos sino a situaciones de hecho, como la posesión o la detentación (por ejemplo, el acuerdo con el que se establece que la posesión de la cosa —sin tocar el derecho correspondiente— pase de A a B en un determinado momento y en determinadas condiciones)?

... sobre la posesión,...

... de fijación,...

...de tolerancia,...

La relación y el derecho que está contenido en ella son materia de contrato en cuanto el acuerdo apunte a constituirlo, regularlo o extinguirlo (art. 1321). Y entonces: ¿son contratos los acuerdos que se limitan a reconocer y fijar, sin modificarlo, derechos ya existentes? Es uno de los problemas que se ponen respecto al contrato de fijación (22.9). Y aún más: ¿son contratos los acuerdos con los cuales, sin constituir un derecho a favor de la contraparte ni a renunciar al propio, se limita a autorizar determinados actos incompatibles con el propio derecho (denominados acuerdos de tolerancia)?

... sobre posiciones procesales,...

... sobre funciones

Quando se habla de relaciones y derechos, se piensa esencialmente en relaciones y derechos sustanciales, que atribuyen directamente al titular algún bien de la vida. Y entonces: ¿son contratos los acuerdos que se refieren a relaciones y posiciones instrumentales? Y, ¿qué decir de los acuerdos sobre relaciones y posiciones procesales (por ejemplo, renuncia a una llamada de tercero a cambio de una fianza)? ¿Qué decir de los acuerdos no sobre derechos sino sobre funciones (por ejemplo, renuncia negociada a un cargo administrativo; compromiso de votar X y no Y para el cargo a cubrir)? Y ¿qué consideración merece (también a los fines de un eventual juicio de ilicitud) la circunstancia que se trate de funciones en organizaciones *non profit* y no lucrativas? ¿O en organizaciones públicas y no privadas? ¿Cómo valorar en esta perspectiva los acuerdos entre entes públicos para el ejercicio coordinado de las respectivas funciones (3.9)?

El dilema de la relevancia jurídica

Quando la duda sobre la naturaleza del acuerdo (no ilícito) se resuelve en el sentido de su no configuración como contrato, surge otro dilema. ¿El acuerdo que no es contrato (ni corresponde a otro acto legalmente tipificado)

cae por ello en el abismo de lo jurídicamente irrelevante? ¿O bien llega a crear entre las partes alguna relación (no contractual, pero) legalmente apreciable? La respuesta depende de las *especificidades de los distintos casos concretos* (cfr. atrás, 1.3; 1.7-8). Pero depende también de un comportamiento general del intérprete: de su *mayor o menor simpatía por la autonomía de los particulares*; de su concepción de las relaciones entre esta y el derecho del Estado.

10. "CONTRATO": POLISEMIAS Y SINONIMIAS

La palabra contrato no tiene (en el lenguaje común, y en el legislativo) un único significado, sino que tiene varios. Los encontraremos todos: el uno u el otro, según las materias y los problemas que entren en cuestión.

A la firma del *contrato* se ha llegado tras 3 meses de tratativas: aquí se entiende el contrato como supuesto de hecho (concreto), es decir, como conjunto de hechos y comportamientos humanos que la ley califica como "acuerdo" logrado entre las partes; vale decir, como acto históricamente realizado por las partes.

Supuesto de
hecho
(acto)

El *contrato* se ha disuelto por la separación de una parte: aquí se entiende el contrato como relación, es decir, como el conjunto de las posiciones recíprocas (derechos y obligaciones) de las partes.

Relación

El *contrato* no es claro: aquí se entiende el contrato como texto contractual, es decir, como conjunto de palabras (o más en general de signos) con las cuales las partes han manifestado su acuerdo respecto a su relación.

Texto

El *contrato* compromete a las partes a determinadas prestaciones: aquí se entiende el contrato como el reglamento contractual, es decir, como el conjunto de los vínculos que las partes asumen para arreglar sus intereses (14).

Reglamento

Por otro lado, los mismos significados de la palabra "contrato" están a veces expresados con palabras diferentes.

Un sinónimo puede ser "pacto": los pactos sucesorios son contratos (art. 458); así también los pactos de no competencia (art. 2596). Más a menudo "pacto" indica la cláusula singular insertada en un más amplio contrato (por ejemplo, el pacto que excluye o limita la garantía en el contrato de compraventa: art. 1490²). Si el pacto de no competencia agota el acuerdo entre las partes, es un *contrato*; si se inserta en un acuerdo más amplio, es la *cláusula* de un contrato (19.3).

Pacto

Convención Otro sinónimo puede ser "convención": las convenciones matrimoniales son contratos; así también las convenciones urbanísticas entre municipio y un particular interesado en construir en actuación de un instrumento urbanístico.

Uno más: "tratado". Los "contratos generales de reaseguro relativos a una serie de relaciones de seguro" (art. 1928) se llaman comúnmente "tratados de seguro".

Acuerdo,
concertación

Otros sinónimos (o cuasisinónimos) están diseminados aquí y allá, sobre todo en la legislación especial: por ejemplo, "acuerdo" o "concertación".

BIBLIOGRAFÍA

1. F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, en *Contratto e impresa*, 2000, p. 919; G. ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, I, Torino, 1999, p. XLV; P. RESCIGNO, *Premessa*, en *Trattato dei contratti*, I, Torino, 1999, p. XXIII; G.B.FERRI, *La nozione di contratto*, en *Trattato contratti Rescigno*, I, Torino, 1999, p. 3; A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977; L. FERRI, *Definizione giuridica e significato di contratto*, en *Giurisprudenza italiana*, 1970, IV, c. 25.
- 2-5. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, al cuidado de G. Iudica y P. Zatti, Milano, 1991, p. 36; G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (Valore normativo dell'art. 1174 c.c.)*, en *Rivista di diritto civile*, 1968, I, p. 197.

Sobre los acuerdos relativos a derechos de la personalidad: G. SAVORANI, *La notorietà della persona da interesse protetto a bene giuridico*, Padova, 2000; G. RESTA, *Diritti della personalità e diritti patrimoniali sull'identità della persona*, en AA.VV., *I precedenti*, al cuidado de G. Alpa, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fundada por W. Bigiavi, I, Torino, 2000, p. 173; S. PATTI, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, en *Rivista di diritto civile*, 1999, II, p. 455; I. NICOTRA GUERRERA, *Il silenzio legale informato nella recente legge sui trapianti*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1999, p. 829; D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1998, p. 339; V. CARBONE, *Vip, cessione del ritratto, limiti del consenso*, en *Danno e responsabilità*, 1997, p. 579; V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, en *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1993, p. 545; M. RICOLFI, *Questioni in tema di regime giuridico dello sfruttamento commerciale dell'immagine*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1992, I, p. 51; A. ORESTANO, *Immagine, persona e relazioni di mercato*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1991, p. 913.

Sobre los acuerdos en el ámbito familiar: G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza: esperienze a confronto*, en *Rivista critica del diritto privato*, 2000, p. 163; M. COMPORI,

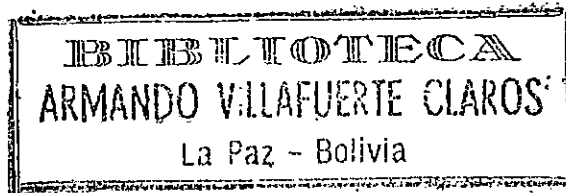
Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, II, Torino, 1999, p. 1683; C. CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, Padova, 1999; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I-II, Milano, 1999; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997; C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, en *Rassegna di diritto civile*, 1997, p. 494; C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, trad. it., Roma, 1997; G. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996; M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi "more uxorio"*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, p. 737; M. FERRARI, *Gli accordi relativi ai diritti e doveri reciproci dei coniugi*, en *Rassegna di diritto civile*, 1994, p. 776; V. CARBONE, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)*, en *Famiglia e diritto*, 1994, p. 141; M. CASOLA, *Convenzioni patrimoniali tra coniugi in vista dell'annullamento del matrimonio: nuove aperture della Cassazione all'autonomia negoziale dei privati*, en *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, 1, p. 1671; M. BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio. Tra contratto e relazione sentimentale*, Padova, 1992; L. RUBINO, *Gli accordi familiari*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, II, 2, Torino, 1991, p. 1160; A. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, en *Giurisprudenza italiana*, 1990, I, 1, p. 1319.

Sobre los acuerdos de procreación: A. ANSALDO, *Contratti di maternità*, en AA.VV., *I precedenti*, al cuidado de G. Alpa, *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fundada por W. Bigiavi, II, Torino, 2000, p. 1031; M. DOGUOTTI y G. CASSANO, *Maternità "surrogata": contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, en *Famiglia e diritto*, 2000, p. 151; G. CASSANO, *L'accordo sulla nascita dell'embrione: logiche proprietarie, negoziali, esistenziali*, en *Contratti*, 2000, p. 958; A. MIRANDA, *"Tragic choice in Italy": brevi note in tema di esecuzione post mortem del contratto di procreazione medicalmente assistita*, en *Diritto e famiglia*, 1999, p. 235; M. MORETTI, *Contratti di procreazione assistita e morte di uno dei contraenti*, en *Contratti*, 1999, p. 529; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999; E. PALMERJNI, *Consenso del marito alla fecondazione eterologa: profili di responsabilità*, en *Danno e responsabilità*, 1998, p. 77; L. LENTI, *Genoma della persona, paternità e procreazione "artificiale"*, Padova, 1993; G. PONZANELLI, *California e vecchia Europa: il caso del contratto di maternità surrogata*, en *Il Foro italiano*, 1993, IV, p. 338; C. SHALEV, *Nascere per contratto*, trad. it., Milano, 1992; G. PALMIERI, *Maternità surrogata: la prima pronuncia italiana*, en *Giurisprudenza italiana*, 1990, I, 2, p. 295.

- 6-9. M. ATELLI, *Gentlemen's agreement*, en *Contratti Cendon*, II, Torino, 2000, p. 69; R. TORINO, *I contratti parasociali*, Milano, 2000; A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, en *Corriere giuridico*, 1999, p. 446; G. ACERBIS, *Le lettere di patronage*, en *Contratti*, 1999, p. 234; G. CRESCI, *Intese restrittive della concorrenza e abuso di posizione dominante (L. 10.10.1990, n. 287)*, en AA.VV., *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, al cuidado de G. Vettori, Padova, 1999, p. 375; R. SACCO, *Alla ricerca dell'origine dell'obbligazione*, en *Rivista di diritto civile*, 1999, I, p. 609; M. LIBERTINI,

Pratiche concordate e accordi della disciplina della concorrenza, en *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, p. 443; F. GALGANO, *Lettere di patronage e promesse unilaterali atipiche*, en *Contratto e impresa*, 1996, p. 9; G. CHINE, *I confini del patronage: un istituto ancora in cerca di autore*, en *Giurisprudenza italiana*, 1996, I, 2, p. 257; C. STINGONE, *Lettera di patronage: dichiarazione a contenuto impegnativo e qualificazione contrattuale della fattispecie*, en *Corriere giuridico*, 1996, p. 301; G. CHINE, *La Cassazione sul patronage: una voce fuori dal coro*, en *Giurisprudenza italiana*, 1996, I, 1, p. 737; G. MARINI, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995; C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, en AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147; F. CAMILLETTI, *Le convenzioni di voto negli orientamenti della giurisprudenza*, en *Rassegna di diritto civile*, 1995, p. 844; G. SBISA, *Il definitivo riconoscimento dei patti parasociali nell'attuale legislazione*, en *Contratto e impresa*, 1995, p. 69; R. PARDOLESI, *Intese restrittive della liberta di concorrenza*, en AA.VV., *Diritto antitrust italiano*, al cuidado de A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi y L.C. Ubertazzi, I, Bologna, 1993, p. 145; R. MARTINI, *Gentlemen's agreement*, en *Digesto delle discipline privatistiche*, VIII, Torino, 1992, *ad vocem*; B. TEDeschi GARDELLA, *Gentlemen's agreement*, en *Rivista di diritto civile*, 1990, 11, p. 730; F.D. BUSNELLÌ, *Itinerari europei nella "terra di nessuno" fra contratto e atto illecito: la responsabilita da informazioni inesatte*, en *Contratto e impresa*, 1991, p. 539; A. MAZZONI, *Le lettere di patronage*, Milano, 1986; C. MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, en *Contratto e impresa*, 1985, p. 909; A. CECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, 1977.

10. P. RESCIGNO, *Consenso, accordo, convenzione, patto*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1988, p. 3; P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del contratto e unità del negozio contrattuale*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1964, p. 1352.



CAPÍTULO II

EL CONTRATO COMO ACUERDO: VOLUNTAD Y LIBERTAD CONTRACTUAL

1. El valor del acuerdo.— 2. El contrato y los actos unilaterales.— 3. *Sigue*: actos unilaterales con intrusión y con no intrusión.— 4. *Sigue*: las promesas.— 5. Los actos de las organizaciones: deliberación, voto, acuerdo.— 6. El acuerdo, la voluntad, la libertad.— 7. El dogma de la voluntad y su crisis.— 8. La objetivación del contrato: teoría de la declaración y las relaciones contractuales de hecho.— 9. Contrato personalizado y contrato estandarizado; contrato negociado y contrato por adhesión.— 10. Autonomía individual, autonomía colectiva y autonomía asistida.— 11. Las restricciones públicas de la libertad contractual.— 12. El contrato impuesto.— *Bibliografía*.

1. EL VALOR DEL ACUERDO

“El contrato es el acuerdo (...)” (art. 1321): en la definición legal, el acuerdo es el primero y el más caracterizador de los elementos constitutivos del contrato.

El contrato es
acuerdo

Pero para entender el sentido y el valor del acuerdo como elemento constitutivo del contrato es necesario enlazarlo con los otros elementos de la definición: el contrato es acuerdo “para constituir, regular o extinguir (...) una relación jurídica patrimonial”. El “para” indica tendencia hacia el logro de una finalidad, intencionalidad, voluntad. El acuerdo del art. 1321 es pues voluntad común de las partes, enderezada a afectar las relaciones (jurídicas, patrimoniales) de las partes mismas. Ahora invirtamos la definición: *las relaciones jurídicas de los sujetos resultan afectadas por la voluntad común de los sujetos mismos, a ella enderezada*. Así leída, la definición del art. 1321 hace más explícito el sentido y valor del acuerdo.

Voluntad

El principio del acuerdo expresa dos valores primarios.

En primer lugar, indica la existencia de una esfera de libertad de los sujetos *ante el poder público y la ley*: significa que existe un ámbito dentro del cual la suerte de las posiciones jurídicas patrimoniales de los sujetos depende de las elecciones voluntarias y libres de los mismos sujetos

Libertad

interesados, y no por factores externos que se superponen a su voluntad y libertad.

El sistema legal establece casos en los que las relaciones y posiciones de los sujetos resultan conformadas o afectadas por factores externos a la libre elección voluntaria de los interesados: la obligación fiscal del contribuyente no nace de su voluntad, sino del surgimiento del presupuesto impositivo; la obligación resarcitoria del dañante nace del daño por él cometido, y no de la voluntad de obligarse; la pérdida de la propiedad del material empleado por otros "para formar una nueva cosa" no es querida por el propietario, sino que es consecuencia del hecho material de la especificación (art. 940); ídem, en relación a la pérdida de la propiedad de la cosa expropiada, como consecuencia de un acto de autoridad del poder público. Bien: el principio del acuerdo contractual indica que existe otro ámbito, dentro del cual los sujetos asumen obligaciones solo si quieren asumirlas, y pierden su propiedad solo si quieren perderla.

Autonomía

El concepto que mejor expresa este significado es "autonomía": es decir poder de darse por sí las propias reglas (en nuestro contexto las reglas relativas a las propias relaciones jurídicas patrimoniales), antes que vérselas imponer desde el exterior. Autonomía contractual es sinónimo de libertad contractual. El principio del contrato como acuerdo es por consiguiente principio de salvaguarda y valorización de la autonomía (libertad) contractual. Es más: la centralidad del contrato en la organización jurídica moderna indica que la autonomía (libertad) de los interesados es la modalidad que el sistema considera central para la conformación de sus relaciones jurídicas patrimoniales.

Salvaguarda de las esferas jurídicas en contra de las intrusiones ajenas

El segundo valor del acuerdo es una especificación del primero: el principio del acuerdo protege la autonomía y la libertad de los sujetos contra los ataques provenientes de otros sujetos; es decir, contra las intrusiones de otros en su esfera jurídica.

Más precisamente, garantiza a todo sujeto que sus posiciones jurídicas no serán afectadas por decisión unilateral de otro sujeto contrainteresado, sin la correspondiente voluntad (sin el acuerdo, justamente) del sujeto interesado. Fuera de los casos en los cuales la ley crea obligaciones de A hacia B o dispone transferencias de propiedad de A a B en virtud de hechos externos a la libre elección voluntaria de A, la obligación y la pérdida de la propiedad a cargo de A a favor de B no pueden derivar de la voluntad unilateral de B, sino requieren también la voluntad de A, es decir el acuerdo entre A y B.

Desarrollaremos el discurso con referencia, primero, al valor del acuerdo como específica garantía de los sujetos contra las intrusiones de otros en su esfera jurídica (2.2-5); después al valor del acuerdo como un más general reconocimiento de la autonomía de los sujetos (2.6-12).

2. EL CONTRATO Y LOS ACTOS UNILATERALES

El acuerdo es voluntad común de las partes de la relación que forma su objeto; por consiguiente el acuerdo es bilateral; y el contrato, en cuanto acuerdo, es acto bilateral. Pero existen también actos unilaterales: es decir, actos que no consisten en un acuerdo, sino más bien en la *decisión solitaria del sujeto, no compartida con ningún otro sujeto*.

Bilateralidad
del contrato

Actos
unilaterales...

Los actos unilaterales pueden afectar posiciones y relaciones jurídicas patrimoniales, tal cual como los contratos. Se considere esa particular tipo de afectación que es la disolución de la relación contractual existente entre A y B: aquel se puede derivar tanto de un contrato entre A y B (*mutuo disenso*: 24.2), como de un acto unilateral de A o de B (*separación unilateral*: 24.3-11). Entonces es necesario definir los respectivos territorios de los contratos y de los actos unilaterales: ¿en qué casos las posiciones y relaciones patrimoniales pueden resultar afectadas por actos unilaterales? Y, ¿en cuáles otros, en cambio, no pueden resultar afectadas por actos unilaterales sino solo por contratos?

... y contratos:
definición de
los territorios

Existen actos que repercuten exclusivamente la esfera jurídica del sujeto que los realiza, y de ningún otro: el voluntario abandono de la cosa mueble (*derelictio*) hace perder la propiedad; la ocupación de la cosa abandonada hace adquirir la propiedad; la aceptación de la herencia hace adquirir la herencia. Todos estos son actos unilaterales, para los cuales basta la voluntad solitaria del sujeto cuya esfera es tocada por el acto: no es necesario el acuerdo de ningún otro, por la simple razón que la esfera de ningún otro es tocada por el acto (de manera que no existe esfera alguna a proteger contra las intrusiones ajenas).

Actos
unilaterales
con
repercusión
en la esfera
del autor...

Podría objetarse que en realidad también estos actos tocan (y con efectos desfavorables) esferas diversas de la del autor: el abandono de un bien quita a los futuros herederos la posibilidad de heredar el bien abandonado; la ocupación priva a todos los otros de la posibilidad de ocupar y adquirir el bien; la aceptación de la herencia impide a los llamados sucesivos de devenir herederos. La respuesta es que las posiciones de estos sujetos son tocadas no en sentido jurídico, sino en sentido solo empírico; a ellos no se les sustraen derechos, sino meras expectativas de hecho: y el principio del acuerdo protege de las intrusiones *las esferas jurídicas, no las esferas de los intereses materiales* que no tienen cobertura jurídica.

El problema se plantea en relación a los actos que afectan las esferas jurídicas de dos sujetos. Y aquí el discurso debe diferenciarse, en relación a la diversa calidad y gravedad de la afectación que el acto produce: a la luz de este dato, en efecto, se determina si el acto no requiera acuerdo y, por consiguiente, sea unilateral; o en cambio sea un contrato, en cuanto requiera acuerdo.

... y con
repercusión
sobre las
esferas ajenas

Actos que imponen sacrificios

La graduación de las afectaciones más graves ve en la *franja alta* los actos que descargan sobre la esfera jurídica de los sujetos un sacrificio fuerte y cierto: *imponen obligaciones; quitan o disminuyen derechos*. Estos actos requieren el acuerdo de todos los sujetos afectados tan duramente: son necesariamente *contratos*. Caso típico la compraventa: no se puede quitar la propiedad al vendedor atribuyéndole un precio, si él no está de acuerdo en perder la propiedad por ese precio (caso contrario sería una expropiación); no se puede asignar al comprador la obligación de pagar un precio obteniendo en cambio una cosa, si él no está de acuerdo en pagar ese precio por esa cosa (caso contrario sería una imposición fiscal).

Donación

Tenemos luego una *franja intermedia*, en donde se coloca un acto como la donación. El sentido común no tiene una percepción inmediata del por qué la donación sea un contrato, que además de la voluntad del donante requiere también el acuerdo del donatario: ¿qué necesidad existe de proteger la esfera jurídica de este último frente a un acto que, siendo gratuito, no le atribuye ningún sacrificio sino solo ventajas (le da un crédito hacia el donante o le transfiere un derecho del donante)? La respuesta es que también estos efectos implican al menos la *potencialidad de algún sacrificio del donatario*: empírico, pero también jurídico.

La peculiar regulación de la donación hace ciertamente que el donatario esté notablemente expuesto a perder los beneficios de la donación: revocación por ingratitud o por el sobrevenir de hijos (art. 803); reducción para integrar legítimas afectadas (art. 555). Además la titularidad del derecho real constituye al titular en una posición jurídica que puede conllevar molestias empíricas, pero también cargas y responsabilidades legales (por ejemplo, obligación de resarcir los daños derivados de la cosa), capaces de eliminar el beneficio de la atribución gratuita. Finalmente, recibir una donación puede crear implicaciones de la esfera personal desagradables al donatario (cuyo orgullo, o cuya antipatía hacia el donante podría hacer embarazoso para él ser beneficiado). Una atribución gratuita sí pero *precaria, potencialmente onerosa, moralmente implicante*: a la luz de estas características, negativas para el donatario, también la donación realiza una intrusión en la esfera jurídica de este, que requiere de la protección del donatario mismo. Y la protección se realiza estableciendo que no existe donación sin acuerdo del donatario; o sea, que la donación es un contrato.

Actos que atribuyen ventajas

Finalmente encontramos la *franja baja*, ocupada por actos que atribuyen a un beneficiario *solo ventajas y ningún sacrificio: ni siquiera aquellos sacrificios potenciales e indirectos que están insitos en la donación*. Allí se encuadran la *remisión*, con la cual el acreedor cancela la deuda del deudor; y los *actos con los cuales solo una parte asume obligaciones frente a la otra*, la que por su lado no promete ni da, ni pierde nada (fianza, opción y prelación gratuitas, expromisión y asunción de deuda ajena no liberatorias). Aquí la intrusión es solo beneficiosa para el destinatario, que en virtud de ella no pierde ni arriesga nada. Simplemente es liberado de la deuda; simplemente tiene un nuevo crédito (el que no lo expone, a diferencia de la

donación, a ninguna de las cargas y responsabilidades inherentes a la propiedad de un bien).

Pero *es siempre una intrusión y podría no ser querida*. El deudor orgulloso o extravagante puede no desear la liberación de la deuda, o una liberación impuesta: ¡decide él si es liberado, o no! El acreedor que desprecia al fiador puede encontrar intolerable tenerlo al frente como garante: ¡decide él quien lo garantiza! La ley tutela la autonomía de las esferas jurídicas en 360 grados: no solo contra las intrusiones actuales o potencialmente gravosas, sino también contra aquellas objetivas y seguramente ventajosas: *por el simple hecho de que son intrusiones*. Por lo tanto, no tolera ni siquiera que alguien sea liberado gratuitamente de la deuda o reciba gratuitamente un crédito, si el beneficiario no está de acuerdo: con esta clave se explica por qué también la remisión y los actos con los cuales una sola parte asume obligaciones frente a la otra sean contratos. Se expresa esta idea hablando de soberanía formal de los sujetos sobre la propia esfera jurídica: en donde "formal" indica precisamente la irrelevancia de la sustancial ventaja o desventaja de la intrusión.

Soberanía formal sobre la propia esfera jurídica

Todas las intrusiones en la esfera jurídica requieren acuerdo. Pero las intrusiones tienen distinta importancia: en relación a ello el principio del acuerdo tiene razón de operar con fuerza variable; y de manera correspondiente varían la estructura y la intensidad del acuerdo requerido para el contrato (6.4-5; 9.5).

Graduación de la intrusión

Graduación del acuerdo:

Para las intrusiones más graves es necesario un acuerdo fuerte, de estructura pesada: la parte afectada en su esfera jurídica debe *manifestar la voluntad de aceptar* la afección. Tanto el vendedor como el comprador deben manifestar la voluntad de comprar y vender; tanto el donante como el donatario deben manifestar la voluntad de realizar y respectivamente recibir la donación. Para estos contratos el acuerdo se estructura por ello como manifestación de la voluntad de hacer el contrato: el principio del acuerdo significa aquí que ninguno puede sufrir intrusiones en su esfera, actual o, también, solo potencialmente desventajosas, *sin su voluntad*.

de estructura pesada

Para las intrusiones más blandas (las "meras" intrusiones de la tercera franja, que objetivamente conllevan solo ventajas a quien las sufre), se requiere de un acuerdo más débil, de estructura ligera: el deudor al cual se le remite la deuda, el acreedor al cual le es ofrecida la fianza, etc., no tienen necesidad de manifestar la voluntad de aceptar el beneficio; es suficiente que frente a la oferta callen. Para ellos el acuerdo puede estructurarse como *una ausencia de rechazo* del contrato: el principio del acuerdo significa aquí que nadie puede sufrir intrusiones en su esfera jurídica, aunque objetivamente resulten ventajosas, *contra su voluntad*. Pero el discurso será retomado y desarrollado más adelante (6.4-5; 9.5).

... y de estructura ligera

3. SIGUE: ACTOS UNILATERALES CON INTRUSIVOS Y NO INTRUSIVOS

Consideremos a este punto los actos unilaterales. En la perspectiva aquí seguida, podemos distinguirlos en dos clases. Por un lado, actos que no realizan ninguna verdadera y propia intrusión en la esfera jurídica de sujetos diferentes del autor (aunque de alguna manera la tocan): actos no intrusivos. Por el otro, actos que realizan una tal intrusión (actos intrusivos): pero autorizada, o, en todo caso, justificada.

Actos
unilaterales no
intrusivos

A la primera clase pertenecen, por ejemplo, el *testamento*, la *renuncia a la herencia*, el *poder*, actos unilaterales respectivamente del testador, del llamado a la herencia, del representado. En verdad estos tocan, modificándola, la esfera jurídica de sujetos distintos del autor: el testamento atribuye al designado la posición jurídica de llamado a la herencia, insertando en su esfera jurídica el derecho de aceptarla; la renuncia a la herencia produce el mismo efecto frente al llamado sucesivo; el poder constituye en el representante el poder jurídico de representación. Pero estas modificaciones de la esfera jurídica no pueden llamarse "intrusiones", porque *no quitan a quien las sufre el poder de autodeterminarse totalmente respecto de ellas*. Quien sin desearlo se encuentra llamado a la herencia puede elegir: si tiene interés en adquirirla, la acepta (y entonces la relevante modificación de su esfera jurídica, que le sigue, depende de su propia voluntad manifestada en el acto unilateral de aceptación); en caso contrario simplemente... *no acepta*, y su esfera jurídica queda tal cual. Análogamente, el representante puede simplemente... *no ejercitar la representación*, y para él la situación será como si no tuviera el correspondiente poder (pero v., para una precisión, 11.8).

El hecho es que estos actos *no atribuyen posiciones sustanciales, sino simples poderes prodrómicos e instrumentales*, que se traducirán en resultados sustanciales solo en virtud de un *sucesivo y autónomo acto de voluntad del interesado*. He aquí por qué no existe necesidad de proteger su esfera jurídica, requiriendo su acuerdo: su esfera es protegida por su propio poder (negativo) de impedir, con el simple no hacer, que la posición instrumental se traduzca en un resultado sustancial. Es clara la diferencia con los contratos de la tercera franja, los cuales producen directamente, en la esfera del sujeto, *irreversibles resultados sustanciales*: la remisión de por sí cancela la deuda; la fianza de por sí crea la relación de garantía.

Actos
unilaterales
intrusivos:

A la segunda clase pertenecen actos unilaterales que realizan indiscutibles intrusiones en la esfera de un sujeto distinto del autor, modificando directamente sus posiciones sustanciales. La razón por la cual el acto es admitido para producir tales efectos también sin acuerdo de quien las recibe puede ser doble.

El acto unilateral intrusivo puede estar previamente autorizado por el mismo destinatario de sus efectos.

autorizados
por el
destinatario...

Quien se separa del contrato realiza un acto unilateral que por sí solo destruye la posición contractual de la contraparte, de cuyo acuerdo sin embargo se prescinde (24.3). Pero si la separación está prevista por una cláusula del contrato (separación convencional), se trata del *ejercicio unilateral de un poder acordado*: el acuerdo de quien sufre la intrusión precede al acto unilateral de aquel que lo realiza, de manera que en definitiva el principio del acuerdo no es lesionado. Ídem para la modificación unilateral de contenidos contractuales, fundada en cláusula atributiva de *ius variandi* (24.12-13); o para la unilateral declaración de valerse de la cláusula resolutoria expresa (43.8).

O bien el acto unilateral intrusivo puede estar justificado por intereses o valores que el ordenamiento considera, en el caso específico, preeminentes a los intereses y los valores sometidos al principio del acuerdo.

... o justificado
por intereses
preeminentes

En las relaciones a plazo indeterminado la parte puede separarse unilateralmente aunque el poder de separación no haya sido concordado con la contraparte: sobre la preservación de la esfera jurídica de esta, prevalece la exigencia de salvaguardar espacios de libertad del que se separa en contra de la perspectiva de un vínculo eterno (24.8). Sobrevenida la excesiva onerosidad del contrato, la parte gravada puede pedir la resolución, pero la contraparte puede oponer una modificación del contrato capaz de equilibrarlo (46.9): aquí el acto unilateral intrusivo es justificado en cuanto sirve para salvar el contrato, sobre la base de una razonable composición de los intereses en juego.

4. SIGUE: LAS PROMESAS

La promesa es el acto voluntario con el cual el autor asume una obligación frente al sujeto al cual la promesa está dirigida (promisario). Existen promesas contractuales y promesas unilaterales: por ello el tema de la promesa es central en el discurso sobre las relaciones entre contrato y acto unilateral.

Promesa

En algunos casos no quedan dudas sobre la naturaleza contractual y no unilateral de la promesa: cuando esta es *hecha a condición de, o en vista de, una contraprestación del promisario*. Si A promete a B 12.000 euros a cambio del auto de B, el acto de A no es una promesa unilateral de la cual surja la obligación del promitente, sino una oferta contractual de compraventa: si con la aceptación de B se forma el acuerdo y con este el contrato (5), solo entonces surge la obligación de A conforme a la promesa; la cual surge del contrato, el cual contiene la promesa (contractual) de A.

Promesa
contractual

Cuando la promesa *no es hecha en vista de una contraprestación del promisario*, el problema de distinguir entre promesas contractuales y unilaterales se complica. A tal propósito, son importantes las normas (arts. 1987-1991) comprendidas en el Título IV del libro cuarto del código, intitulado

Promesa
unilateral

Art. 1987:
tipicidad de las
promesas
unilaterales

“De las promesas unilaterales”. Desde la norma de apertura: “La promesa unilateral de una prestación no produce efectos obligatorios más allá de los casos admitidos por la ley” (art. 1987). La disposición, fijando el principio de tipicidad de las promesas unilaterales, tiene una clara *intención restrictiva*: limita a casos taxativos la admisibilidad de las promesas unilaterales, productoras de efectos obligatorios por la solitaria voluntad del promitente; excluye, sobre la materia, el poder creativo de la autonomía privada. Más allá de este dato indiscutible, el significado de la disposición es muy controvertido, y suscita encendidos debates doctrinales.

Una tesis señala la *ratio* de tutelar al promitente contra el riesgo de empobrecerse prometiendo de manera imprudente o irrazonable, sin obtener nada a cambio. La tesis no convence. La exigencia de tutela del promitente contra semejantes riesgos vale también para las promesas contractuales, y se logra con otros instrumentos: la forma necesaria para las promesas gratuitas que integran la donación (10.4); y la causa, que permite controlar si los movimientos voluntarios de riqueza están razonablemente justificados (16).

Razones de la
tipicidad

A la norma pueden atribuirse dos significados.

Principio del
acuerdo

El primer significado es reafirmar el valor general del acuerdo, vale decir el *principio de soberanía formal del sujeto sobre la propia esfera jurídica*. En el plano técnico, este significado se toma concordando el art. 1987 con los arts. 1333 y 1334, en los modos que veremos mejor a su debido tiempo (6.4). Ahora, el sentido de la norma es: en vía general las promesas (también aquellas sin retribución) son contractuales y no unilaterales; estas tienen necesidad del acuerdo del promisorio (también en la variante débil de la falta de rechazo). Solo en vía excepcional, en los *casos taxativamente tipificados por la ley*, las promesas pueden prescindir del acuerdo del destinatario, y configurarse como unilaterales: promesa de pago y reconocimiento de deuda; promesa al público; títulos de crédito. Y son todos *casos en los cuales la eficacia de la promesa en virtud de la sola voluntad del promitente, prescindiendo del acuerdo del promisorio, no es una intrusión particularmente grave en su esfera*.

Promesas de
pago y
reconocimiento
de deuda
Promesa al
público

En efecto, promesa de pago y reconocimiento de deuda (17.10) no tienen el efecto sustancial de crear deudas y créditos, sino *solo el efecto procesal de invertir a favor del destinatario la carga de la prueba* respecto al fundamento causal de la atribución de la promesa (art. 1988). La promesa al público crea inmediatamente el vínculo del promitente, pero *no inserta un crédito correspondiente en el patrimonio de otro sujeto* (precisamente porque no está dirigida a otro sujeto, sino a una colectividad indeterminada). Cada individuo perteneciente a la colectividad destinataria de la promesa no es tocado en su esfera por esta, en el sentido de que tiene el poder de activar la promesa a su favor, y adquirir el crédito correspondiente, si realiza la acción o se encuentra en la posición contemplada en la promesa: pero esta es una libre elección. No estamos lejos de aquella atribución de simples poderes instrumentales, que caracterizan a los actos unilaterales no intrusivos haciéndolos compatibles con el principio del acuerdo (2.3).

En los títulos de crédito se destacan sobre todo la *incorporación* y la *legitimación ligada a la posesión*. La atribución del derecho cartular al tomador está ligada a la existencia física del documento; y solo poseyendo el documento existe legitimación al ejercicio. Quien está indicado por el emitente como beneficiario de la letra de cambio y no desee el crédito cartular correspondiente, tiene así modos empíricos para neutralizar la atribución jurídica a su favor: rechazar la entrega del documento; destruirlo (y abstenerse de iniciar el procedimiento de ineficacia). Si él recibe y conserva el título sin destruirlo significa, definitivamente, que existe su acuerdo.

Títulos de crédito

El segundo significado del restrictivo principio de tipicidad de las promesas unilaterales es *salvaguardar la aplicación de la disciplina del contrato, como disciplina equitativa y racional de las operaciones económicas y de las correspondientes relaciones entre sus protagonistas*. Y, en efecto, admitir en vía general las promesas unilaterales (incluso atípicas) provocaría el riesgo de vaciar o resquebrajar la disciplina del contrato: en particular la de los remedios contractuales.

Disciplina de los remedios contractuales

Si X e Y hacen un contrato del cual nacen obligaciones contrapuestas, y X no ejecuta la suya, se activan a favor de Y justos remedios que se basan precisamente en el nexo de interdependencia de las dos obligaciones (*remedios sinalagmáticos*: 42.5). En cambio, imaginemos que en lugar del contrato, X prometa unilateralmente a Y su prestación; y así lo haga, en sentido inverso, Y hacia X. La situación puede parecer idéntica desde el punto de vista económico, pero desde el punto de vista jurídico sería muy diferente: *los dos desplazamientos patrimoniales se presentarían aislados y no correlativos entre ellos*; sería disuelto el nexo que los liga, y no se aplicarían los remedios que lo presuponen. Pero así la disciplina de la circulación de la riqueza —que las reglas del contrato, y en particular los remedios sinalagmáticos, buscan construir en términos de justicia y eficiencia— resultaría subvertida.

5. LOS ACTOS DE LAS ORGANIZACIONES: DELIBERACIÓN, VOTO, ACUERDO

Las figuras del contrato y del acto unilateral reciben aplicaciones particulares en el campo signado por la acción de grupos y de organizaciones.

Característica de este campo es la presencia de varios sujetos, a los cuales les corresponde un interés común: por ejemplo los copropietarios de un bien, los socios de una asociación o sociedad. La decisión sobre el interés común *pasa necesariamente a través de las decisiones de los componentes singulares del grupo o de la organización*: los copropietarios singulares, los socios singulares. O bien a través de las decisiones de los componentes de un más restringido grupo, competente para decidir por todo el

Interés común

grupo organizado: por ejemplo el consejo de administración, formado por los administradores de la sociedad.

Decisiones del
interés común

El acto con el cual el individuo decide sobre el interés común, manifiesta su voluntad respecto a una iniciativa o una materia susceptible de afectar tal interés. La manifestación de voluntad puede ser hecha en una *sede no formalizada* (como sucede en las sociedades de personas, que no tienen una verdadera y propia asamblea); o bien en una *sede formalizada*, caracterizada por la unidad de tiempo y de lugar dentro de las cuales todos los individuos partícipes o portadores del interés común manifiestan su voluntad al respecto (asamblea, consejo de administración). En este último caso, el acto del individuo se llama voto: y el voto es el paradigma de la manifestación de voluntad del miembro del grupo en orden al interés común.

Voto

El voto es un *acto unilateral* de cada miembro: expresa su voluntad individual; y en base a esta sola produce sus efectos. Los efectos del voto conciernen al interés común, y por consiguiente tocan las esferas de los otros sujetos, en cuanto partícipes del mismo interés. ¿Es que el voto realiza entonces una intrusión en las esferas ajenas, incompatible con el principio del acuerdo? La respuesta es no: el voto del individuo por sí solo no afecta directamente las esferas de los otros titulares del interés común, porque por sí solo no tiene la competencia y la fuerza para disponer de ese interés. Aquel puede simplemente concurrir, con los votos de los otros titulares, a crear el acto —lógicamente sucesivo y distinto respecto a los singulares actos de voto— que podrá disponer del interés común: tal acto se llama acuerdo.

Acuerdo:

“Acuerdo” indica *un cierto resultado del concurso de los votos singulares*. El resultado depende de un *dato empírico*, es decir, del modo en el cual los titulares singulares del interés votan; y por un *dato jurídico*, es decir, por el modo en el cual las normas regulan la formación del acuerdo. Bajo este último perfil, los posibles modelos son dos. El modelo de la unanimidad, cuando es necesario que los votos (las voluntades) de todos los titulares del interés común estén a favor del acuerdo, cuya formación es impedida por el voto contrario incluso de uno solo: por ejemplo, para decidir la venta de la cosa común es necesario el voto favorable de todos los copropietarios. O bien el modelo mayoritario, cuando el acuerdo se forma si los votos favorables son más numerosos que los votos contrarios, y eventualmente alcanzan un cierto porcentaje del conjunto de los votos, variadamente fijado según los casos.

Modelo de la
unanimidad...

... y modelo
mayoritario

Una vez formado, el acuerdo dispone del interés común. La razón, dicha en lenguaje metafórico, es que este expresa la voluntad del grupo o

de la organización; dicho en lenguaje más real, *el resultado del concurso de los votos singulares, conforme al modelo que rige al acuerdo, es imputado al grupo o a la organización.*

En el caso de un acuerdo aprobado por mayoría y no por unanimidad, esta imputación (en virtud de la cual *el acuerdo "vincula" incluso la minoría disidente*) puede parecer repugnante al principio del acuerdo, como salvaguarda de las esferas jurídicas contra las intrusiones ajenas. Y en un cierto sentido lo es. Pero inevitablemente: porque el criterio de la mayoría es el único que permite la acción de los grupos organizados, que el criterio de la unanimidad podría paralizar. Por otro lado, también el criterio de la unanimidad determina intrusiones (en negativo) en la esfera ajena: quien disiente de la acción deseada por todos los demás impide a todos los demás determinar en el sentido querido la situación y el interés del cual son (co)titulares.

Relación con el principio del acuerdo

El acuerdo implica *voluntades acordes*: las voluntades (los votos favorables) de todos, si se toma por unanimidad; de la mayoría, si se toma por mayoría. Pero este "acuerdo" entre los que han votado a favor no forma un contrato entre ellos. El acuerdo *no es un contrato* porque no es un acuerdo entre varias partes, sino que expresa (por efecto de la imputación convencional de la cual se ha hablado) la voluntad de una sola parte: el grupo o la organización, considerados como un todo.

Acuerdo y contrato

El acuerdo *puede ser el presupuesto de un contrato*: un elemento que, en concurso con otros, dará lugar al contrato. La mayoría de los administradores de la sociedad X votan a fin de que se realice un determinado contrato entre X e Y. El acuerdo de X, así formado, es solo un acto *interno* de X (un tanto como sería la decisión interna de un individuo, relativa al contrato que se propone realizar con alguien). En base al acuerdo, es necesario después que quien esté habilitado para manifestar *hacia el exterior* la voluntad de la organización (por ejemplo el presidente, o el administrador delegado) realice un ulterior acto —también él imputado a la organización, pero distinto del acuerdo— que sirve precisamente para comunicar a la contraparte la voluntad de la organización de realizar el contrato. Y solo cuando la contraparte, a su vez, manifiesta a la organización su voluntad conforme, se forma aquel acuerdo entre la organización y la contraparte, que es el contrato entre ellos.

Los contratos de las organizaciones (privadas o públicas) soportan por ello algunas *complicaciones respecto a los contratos de los individuos*. Primera complicación: el procedimiento con el cual el individuo forma su voluntad contractual interna no está regulado por el derecho (salvo en la medida en la que intervengan factores patológicos, como los vicios de la voluntad: 35.1); en cambio el procedimiento de formación de la voluntad contractual de las organizaciones está sujeto a reglas jurídicas —las reglas sobre los acuerdos—. Segunda complicación: el individuo puede manifestar directamente al exterior su voluntad contractual, sin la intermediación de otros sujetos; en cambio la organización tiene necesidad de que su voluntad (mejor, la voluntad imputada a esta en base al acuerdo) sea llevada al

Contratos de las organizaciones

exterior por otro sujeto habilitado para hacerlo, y esta duplicidad de sujetos crea a su vez problemas regulados jurídicamente —los problemas de la denominada representación orgánica (13.1)—. Tercera complicación: el momento del acuerdo y el de la representación son efectivamente distintos, pero al mismo tiempo entrelazados entre ellos, de manera que el uno puede interferir con el otro —y también esta interferencia recíproca es fuente de problemas (3.8; 13.1).

6. EL ACUERDO, LA VOLUNTAD, LA LIBERTAD

Acuerdo y
voluntad

El acuerdo contractual, en cuanto enderezado (a incidir sobre relaciones), es acuerdo entre voluntades: las voluntades (acordes) de las partes del contrato. La voluntad de las partes es, por consiguiente, fundamento y sustancia del contrato.

Voluntad y
libertad

En cuanto fundado en la voluntad, el contrato es también expresión de libertad. En una primera aproximación, decir que las esferas jurídicas de las partes están afectadas solo si, y en el modo en el cual, las mismas partes desean que sean afectadas, significa decir que las partes son libres de decidir si, y en qué modo, sus esferas jurídicas serán afectadas por el contrato: significa evocar el principio de libertad (autonomía) contractual.

Respecto a esto, el principio del acuerdo puede presentarse a primera vista como un límite: la libertad del sujeto de conformar a su gusto su esfera jurídica (por ejemplo, adquiriendo en propiedad un bien) encuentra su límite en el hecho de que él no puede hacerlo sin el acuerdo del distinto sujeto, que es la otra parte de la relativa relación (el actual propietario del bien). Pero, precisamente, el ejemplo dice que el principio del acuerdo es en realidad funcional a la autonomía, y su esencial protección: precisamente porque garantiza a todo sujeto (en el ejemplo, el propietario) que la esfera de sus posiciones y de sus relaciones jurídicas no podrá ser afectada por decisión ajena (del sujeto que desea adquirir su bien), pero sólo por la libre elección del interesado.

El significado del contrato como voluntad, es decir, el sentido y el papel de la voluntad de las partes en el contrato, se ha profundamente transformado en la evolución histórica. Y así también la historia ha transformado el sentido del contrato como libertad, los modos y los límites en los cuales el contrato expresa la autonomía de los contratantes. De las principales transformaciones, a grandes rasgos, se da ahora cuenta.

7. EL DOGMA DE LA VOLUNTAD Y SU CRISIS

El recorrido histórico entre el ochocientos y el novecientos marca el paso de una concepción preponderantemente subjetiva a una concepción preponderantemente objetiva del contrato. El modo de concebir y tratar la voluntad de los contratantes está en el centro de esta transición.

En el siglo XIX domina una concepción totalmente subjetiva del contrato. Es decisivo el influjo de las doctrinas jusnaturalistas (junto con la enseñanza de la "escuela histórica"): la voluntad humana es la fuerza creadora de los efectos jurídicos; y en el contrato la voluntad de los individuos contratantes es todo. "Dogma de la voluntad" es la fórmula que expresa este papel totalizador de la voluntad del contrato.

Concepción subjetiva del contrato

Dogma de la voluntad

El dogma de la voluntad tiene un notable significado ideológico y político. Y tiene precisas consecuencias en el plano técnico, para la solución de importantes problemas de tratamiento en el contrato.



El significado ideológico y político se encuentra en la *conexión entre voluntad y libertad*. Exaltar la voluntad del individuo significa exaltar la libertad individual. Exaltar la libertad individual es precondition cultural para la fundación del modelo socioeconómico que se afirma en gran parte de occidente a partir de los primeros años del ochocientos: el modelo de la sociedad burguesa y de la economía capitalista, contrapuestas a la sociedad y a la economía del *ancien régime*.

Significado ideológico y político

Aquella era una sociedad estratificada y rígida: los individuos pertenecían por nacimiento a "clases" u "órdenes", y la pertenencia a uno u otro de estos -el *status de la persona*- determinaba indeclinablemente el destino social, económico, jurídico; que no estaba, sino en pequeña parte, en la esfera de libertad del sujeto. La moderna sociedad burguesa libera a los individuos del vínculo de los *status*: independientemente del nacimiento cada hombre, si es capaz y tiene suerte, puede voluntaria y libremente construir su propia posición en la sociedad, en la economía, en el Derecho. El contrato libre y voluntario es el instrumento para la identificación de los destinos individuales. Así se entiende la clásica fórmula de Henry S. Maine (1822-1888) que indica el itinerario desde la vieja hacia la nueva sociedad: "del *status* al contrato". Por otro lado, al modelo de la economía precapitalista (proteccionismo, fuerte injerencia del poder público) la economía capitalista opone un modelo de políticas liberales (*laissez-faire*) que dejan grandes espacios a la iniciativa privada y a los procesos de autorregulación de las fuerzas del mercado (comenzando por el mercado laboral), y mínimos espacios a intervenciones de regulación pública.

Del *status* al contrato

1279

El dogma de la voluntad trae también notables consecuencias prácticas: cualquier hecho problemático, que afecte la voluntad del contratante, pone en discusión el contrato y sus efectos. Si la voluntad nace de una esfera fisiopsíquica deteriorada o no madura (por ejemplo, porque es la voluntad de un sujeto por cualquier razón incapaz "de entender y de querer"), el contrato debe siempre cancelarse. Si la voluntad se forma bajo la influencia de factores psíquicos que perturban el regular procedimiento de formación (por ejemplo, un error del sujeto), el contrato debe siempre cancelarse. Si la manera en la cual la voluntad del sujeto es manifestada al exterior y declarada a la contraparte no coincide con el efectivo comportamiento psíquico del sujeto mismo (por ejemplo, por su *lapsus*), la divergencia entre voluntad declarada y voluntad real lleva siempre a la cancelación

Consecuencias prácticas

del contrato, etc. A estos criterios se informaba el derecho decimonónico de los contratos.

Crisis del
dogma de la
voluntad

Hacia fines del ochocientos el dogma de la voluntad entra en crisis y con esta la teoría subjetiva del contrato. Son decisivas, sobre todo, las exigencias de un mercado capitalista ya más maduro. En fase de capitalismo emergente, era esencial que los *animal spirits* de la iniciativa económica se desencadenarán en su trascendente subjetividad. En la fase del capitalismo más evolucionado y asentado, deviene importante la certeza de las relaciones jurídico-económicas, cuya ausencia puede desalentar o frenar las iniciativas. Pero el dogma de la voluntad es enemigo de la certeza de las relaciones jurídico-económicas: si el contrato puede ser cancelado por factores que pertenecen a la esfera psíquica de las partes, cada parte en todo contrato corre el riesgo de que sus derechos contractuales sean eliminados por factores impalpables, incontrolables, no conocibles; cada parte vive su contrato en la desagradable y desalentadora dimensión de la incertidumbre. Esto, probablemente, deprime su deseo de emprender. Pero una depresión de la iniciativa es intolerable para el desarrollo del capitalismo.

Certeza de las
relaciones

Concepción
objetiva del
contrato

Se explica así la transición de la concepción subjetiva del contrato —fundada en el dogma de la voluntad, y por esto generadora de incertidumbre— a concepciones objetivas, idóneas para colocar la actividad y las posiciones de los contratantes en una dimensión de mayor certeza.

8. LA OBJETIVACIÓN DEL CONTRATO: TEORÍA DE LA DECLARACIÓN Y RELACIONES CONTRACTUALES DE HECHO

Teoría de la
declaración

Paradigmática de las concepciones objetivas del contrato es la "teoría de la declaración", que se difunde en el novecientos. Por esta, en el contrato es importante no solo la *efectiva voluntad individual*, por como se forma en la esfera psíquica del sujeto, sino también *su proyección social externa*, y en particular el modo en el cual la voluntad de la parte es percibida por la contraparte. Esta percepción está determinada esencialmente por el modo en el cual la voluntad, objetivamente, es manifestada externamente; por consiguiente del *tenor objetivo de la declaración de voluntad*.

Confianza

La teoría de la declaración se funda en el valor de la confianza. Quien recibe la declaración contractual ajena la percibe en su *significado socialmente típico*, y en base a este significado otorga su confianza: es decir, organiza sus posiciones, iniciativas, expectativas en función de un contrato estable entre él y el declarante, provisto de ese significado. Decirle luego que ese contrato no vale, porque el significado objetivo de la declaración es contradicho por el efectivo psiquismo del declarante, significa defraudar su

confianza. Y entonces: si quien recibe la declaración contractual confía en esta, porque su autor no *parece* ni incapaz de entender y de querer, ni caído en error, ni víctima de un *lapsus*, entonces el contrato rige incluso si la voluntad del declarante está realmente viciada por la incapacidad o por el error o por el *lapsus*.

Tener a este sujeto vinculado al contrato puede ser severo, pero no injusto. Lo justifica un principio de responsabilidad (mejor: autoresponsabilidad) del declarante: quien introduce una declaración contractual en el tráfico jurídico asume *el riesgo de la confianza que la declaración crea*; y si su declaración refleja una voluntad viciada él debe afrontar las consecuencias, soportando el contrato (que no podría cancelarse, sin defraudar la confianza creada en la contraparte).

La moderna disciplina del contrato, sensible a la exigencia de tutelar la confianza, sigue la teoría de la declaración. Ello no significa de ningún modo anular el valor de la voluntad, que permanece siempre fundamental en el contrato.

Las reglas inspiradas en la teoría de la declaración dejan siempre amplios espacios a la posibilidad de que el contrato sea cancelado por debilidad o turbaciones en la esfera volitiva del contratante. Y, en todo caso, la posible preeminencia de la declaración (y de su percepción) respecto a la voluntad encuentra dos límites insuperables. Primeramente, la declaración es irrelevante si no es atribuible al sujeto que parece el autor: si A recibe una declaración contractual con firma de B, pero la firma es falsa, la declaración no puede valer como declaración de B aunque A haya confiado en su proveniencia de B. Además, la declaración es irrelevante cuando su autor no tenga la voluntad de emplearla como declaración contractual, destinada a la formación de un contrato: si X escribe y firma una oferta contractual dirigida a Y, pero sin la intención de utilizarla efectivamente para un contrato con Y, y por error o malicia alguien la transmite a Y, este confiará en el contrato entre él y X; y sin embargo, no hay contrato válido entre X e Y. Por el papel que la voluntad tiene en el contrato, no se considera justo que la auto-responsabilidad del declarante y la tutela de la confianza de la contraparte lleguen más allá de estos límites.

La tendencia a una concepción objetiva del contrato se manifiesta también en la denominada teoría preceptiva, cultivada en Italia hacia la mitad del novecientos. A diferencia de la teoría de la declaración, esta tiene un valor doctrinal más que operativo. Considera que la esencia del contrato no es el fenómeno psicológico de la (acorde) voluntad de las partes, sino *el fenómeno (social, aun antes que jurídico) de la autoreglamentación de los intereses de las partes*. La concepción es discutible. Poner énfasis en la regla (el precepto) que el contrato impone a las partes es útil (y nosotros mismos emplearemos la idea de "reglamento" contractual: 14) pero sin olvidar que la *regla contractual deriva fundamentalmente del acuerdo contractual, y sin tal acuerdo no subsistiría*. Por lo demás, la misma teoría preceptiva habla de *autoreglamento* de intereses, es decir, de reglamento basado en la autonomía: *¿pero qué, sino la voluntad de las partes, es el instrumento de su autonomía?*

Otro producto de la concepción objetiva del contrato es la teoría de las relaciones contractuales de hecho: según ella, *una relación contractual puede*

Autoresponsabilidad del declarante

Límites

Atribución al sujeto de la obligación...

...y su empleo como declaración contractual

Teoría preceptiva

Relaciones contractuales de hecho

Contacto social

constituirse entre dos partes incluso en ausencia de sus (válidas) manifestaciones de voluntad contractual, simplemente en virtud del contacto social establecido entre ellas. El contacto social, generador de la relación contractual, puede establecerse fundamentalmente de dos maneras, a las cuales corresponden los dos filones de supuestos de hecho que habitualmente se vinculan a la figura (y sobre la que regresaremos): el filón de los denominados negocios de actuación y el filón del contrato nulo ejecutado.

Negocios de actuación

En los denominados negocios de actuación (que se refieren además a la provisión de bienes o servicios de masa), el contacto social se establece porque el sujeto interesado en la prestación se apropia directamente de esta; el cliente del supermercado toma el producto que quiere adquirir y lo lleva a la caja junto con el dinero; el pasajero sube al autobús para utilizar el servicio de transporte; el automovilista entra en el estacionamiento automatizado y allí deja el auto; etc. En todos estos casos surge una relación contractual: pero no a través de la comunicación lingüística (verbal o escrita) que es el vehículo normal de la declaración contractual, sino a través de un comportamiento que se revela no tanto como manifestación de la subjetiva voluntad de contratar, cuanto más bien como objetivo contacto entre la esfera del usuario y la esfera del proveedor (9.6).

Contratos nulos de trabajo y sociedad, efectivamente ejecutados

En el filón del contrato nulo (que se refiere a los contratos de trabajo y de sociedad) el contacto social entre las partes se establece porque el contrato entre sí, aun cuando nulo, ha sido efectivamente ejecutado: por ejemplo, el trabajador ha trabajado efectivamente para el empleador. Veremos que en tal caso las consecuencias jurídicas son sustancialmente las mismas que se producirían en base al contrato, si este fuera válido (38.13).

Comparación con las relaciones de cortesía

Aquí la objetivación es más fuerte que en la teoría de la declaración: no se limita a decir que la declaración de voluntad prevalece sobre la voluntad efectiva; se dice que puede prescindirse de la (válida) declaración de voluntad. El fenómeno es, en un cierto sentido, inverso al de las relaciones de cortesía. En las relaciones de cortesía, lo que *prima facie* se presenta como una relación contractual (porque existe acuerdo sobre una materia patrimonial), no lo es porque falta la intención de vincularse jurídicamente. En las relaciones de hecho, lo que *prima facie* no se presenta como una relación contractual (porque parecen faltar acordes declaraciones de voluntad de las partes, o porque falta un contrato válido) en realidad lo es, o al menos es tratado como tal: porque el efectivo contacto entre las esferas de las partes tiene la fuerza de subrogar esas ausencias.

Responsabilidad médica

Esta misma *ratio* inspira a la jurisprudencia que califica la responsabilidad médica como contractual, incluso en ausencia de un formal contrato entre médico y paciente: lo que cuenta es el contacto social —la relación para curar— efectivamente establecido entre las partes.

La ley sobre locación para uso de vivienda evoca “la instauración de una relación de locación de hecho” (art. 12^o de la Ley 431/1998); pero se refiere al contrato celebrado en forma no escrita.

9. CONTRATO PERSONALIZADO Y CONTRATO ESTANDARIZADO; CONTRATO NEGOCIADO Y CONTRATO POR ADHESIÓN

El desarrollo de la economía y, más complejamente, de la sociedad capitalista lleva consigo los fenómenos de la masificación y de la estandarización. Ellos gravitan fuertemente en la moderna figura del contrato.

Masificación y estandarización

La economía y la sociedad de masa inducen necesidades estandarizadas. Esto implica la estandarización de los bienes y de los servicios ofrecidos por las empresas en el mercado, la cual a su vez determina la estandarización de los correspondientes contratos: para la venta de sus bienes y la erogación de sus servicios, cada empresa utiliza un contrato estándar que es uniformemente aplicado en las relaciones con todos sus clientes.

Contratos estándar

El fenómeno de la estandarización implica los ulteriores fenómenos de la predisposición unilateral y de la adhesión. Los contratos de la moderna economía de masa están unilateralmente predispuestos: ello significa que *el texto contractual no surge de una tratativa entre la empresa y el cliente, en la cual este pueda hacer valer sus razones e intereses, y en relación a estos conformar el contrato; sino más bien viene elaborado por la misma empresa interesada, que presenta al cliente un contrato completamente confeccionado y no modificable. Por esto los contratos de la economía moderna de masa son contratos "por adhesión": el cliente se "adhiera" al contrato estándar, vale decir, lo acepta sin discutirlo o sin llegar a gravitar, con su voluntad, sobre su contenido.*

Predisposición unilateral

Adhesión

El fenómeno plantea una cuestión teórica: si el contrato, en el cual la voluntad de una parte no llega a influir de manera significativa, pueda decirse que está fundado sobre el acuerdo de esta; y por consiguiente si sea un verdadero contrato. La respuesta es sí.

Naturaleza contractual

Una corriente de pensamiento responde negativamente, sosteniendo que en estas condiciones el "contrato" tiene más bien el valor de "norma" que una parte, dotada de poder, impone a la otra, que por su ausencia de poder debe sufrirla. Además, al igual que la norma, el contrato estándar presenta los caracteres de la generalidad y de la abstracción.

Pero para un correcto encuadramiento del discurso, deben tenerse lógicamente diferentes el perfil de la adhesión y el de la estandarización. El perfil de la adhesión (ausencia de tratativa sobre contrato, su imposición unilateral) deriva fundamentalmente de la *desigualdad de poder contractual de las partes*: el contratante más fuerte "dicta ley" al contratante más débil. Este es un *dato fisiológico del contrato*. Ello prescinde de la estandarización: se manifestaba también en épocas que no eran de economía masificada, y hoy se manifiesta también fuera de la contratación estandarizada, en relación a contratos personalizados. La desigualdad de poder contractual, que "constriñe" a una parte a adherirse al contrato propuesto por la otra, depende por lo general de las diversas posiciones económico-sociales de las partes; pero puede también prescindir de ello: quien, por gusto o capricho personal tiene el incontenible deseo de un objeto que desea comprar, se encuentra en una posición de

debilidad respecto al propietario-vendedor, y sufrirá las condiciones contractuales impuestas por él.

No por esto puede decirse que falta "acuerdo" de la parte "débil", en el sentido del art. 1321; no por esto el contrato deja de ser un contrato. Es legítimo distinguir los *contratos negociados* (entre partes con igual poder contractual, ambas en grado de hacer pesar en la contratación la propia voluntad y sus propios intereses) de los *contratos no negociados*, o por adhesión; y veremos que la distinción puede tener valor no solo descriptivo, sino también normativo. Y sin embargo, debe reafirmarse que también los contratos por adhesión, en los cuales la voluntad de la parte contractualmente débil no influye sobre el contrato, son contratos.

Relevancia
formal

A los fines de la configuración del supuesto de hecho como contrato, el acuerdo y la voluntad de la parte son relevantes en un plano formal: lo que cuenta, es que *no exista una constricción formal-legal* de la parte a sufrir una cierta conformación de su relación, como sucedería, por ejemplo, con una expropiación; cuenta que la parte sea formalmente (legalmente) libre de hacer o no hacer el contrato.

Relevancia
sustancial

Ello no significa irrelevancia del aspecto sustancial: ¿la parte es *efectivamente* libre de elegir en orden al contrato? ¿Cuál es el *efectivo* aporte de su voluntad al contrato? Significa solo que el aspecto sustancial no es relevante para la configuración del supuesto de hecho como contrato. En cambio sí *es relevante, y mucho, para el tratamiento del contrato, que es materia de políticas del legislador.*

El fenómeno levanta así también una *cuestión política*: cuál particular tratamiento el legislador considere aplicar a los contratos caracterizados por la desigualdad de poder contractual de las partes, o en todo caso por la circunstancia de que el acuerdo (la voluntad) de una parte, si bien formalmente presente, no tiene un papel efectivo o tiene un papel reducido en la determinación del contrato. Existen respuestas legislativas tradicionales y respuestas más innovadoras.

Disminuciones
del papel
volitivo

...con base
individual

Las *respuestas tradicionales* prescinden del fenómeno de la estandarización, y de la circunstancia de que la disparidad de los papeles volitivos de las partes se ligue a la pertenencia de estas a categorías socioeconómicas contrapuestas: en otras palabras, se aplican también a los contratos personalizados. Estas consisten en dar a la parte con papel volitivo reducido la posibilidad de cancelar el contrato (compatible, como visto en el 2.8, con la exigencia del tutelar la confianza de la contraparte), cuando la disminución del papel volitivo dependa de factores con connotación más o menos marcadamente patológica, pero siempre individual: error, amenaza, engaño (vicios de la voluntad: 35-37); estado de peligro o de necesidad (40).

Las *respuestas más innovadoras* están específicamente dirigidas a los casos en los cuales la disminución del papel volitivo de una parte, la naturaleza más formal que sustancial de su acuerdo, pertenecen a la fisiología de las relaciones sociales, teniendo por así decirlo base de masa: son los casos en los cuales el contrato por adhesión no es un contrato personalizado, sino es —por el fenómeno de la estandarización— un contrato uniformemente impuesto a una multitud de contratantes; en el cual la adhesión se remonta a una debilidad contractual de la parte que se adhiere, determinada por su *pertenencia a una categoría socioeconómica* contrapuesta a la más fuerte categoría socioeconómica a la cual pertenece la contraparte.

... y con base social

Es claro que también estos fenómenos exigen *respuestas políticas*: más bien, las exigen con particular fuerza justamente por su carácter de masa; por el hecho de comprometer no a individuos singulares, sino enteras categorías sociales. El problema se ha planteado en primer lugar para la categoría social afectada por su propia debilidad contractual de la manera más dura, por la incidencia del contrato en la esfera personal de los contratantes: los trabajadores subordinados, parte del contrato de trabajo. Luego, también, para otras categorías socioeconómicas: los inquilinos frente a los propietarios de las casas; los trabajadores autónomos del agro frente a los propietarios de las tierras; los consumidores de bienes y servicios frente a las empresas que los producen y distribuyen en el mercado. Y la respuesta del legislador ha sido: *disciplinas especiales de los correspondientes contratos, dirigidas a proteger a la parte de la categoría débil* (2.11).

10. AUTONOMÍA INDIVIDUAL, AUTONOMÍA COLECTIVA Y AUTONOMÍA ASISTIDA

Otro dato importante, que marca el itinerario del contrato en la evolución del sistema socioeconómico, es la reducción de la autonomía individual; o mejor, el extraordinario incremento de las manifestaciones de autonomía colectiva.

En el pasado los contratos eran por lo general *contratos entre individuos*, con los cuales cada parte autodeterminaba formalmente su esfera individual (en la medida de efectiva autonomía sustancial consentida por su relación de poder respecto a la contraparte). Hoy no es más así. Obviamente continúan existiendo los contratos entre individuos, manifestación de la autonomía individual; pero ha crecido enormemente la esfera en la cual *el contrato se manifiesta y opera en una dimensión colectiva, despersonalizada*. El fenómeno se presenta con muchos aspectos diferentes.

Autonomía individual

Despersonalización

Algunos se han encontrado ya. Por ejemplo, *los contratos de las organizaciones*, siempre más frecuentes desde el momento que en las sociedades evolucionadas los individuos casi

nunca operan aisladamente, y tienden en cambio a organizarse juntos para la gestión de intereses comunes: los contratos de las organizaciones están hechos de voluntades no individuales sino colectivas (traducidos en los acuerdos); y, en todo caso, expresan una autonomía no individual sino de grupo. Luego, *los contratos estandarizados*: en los cuales la dimensión colectiva se manifiesta ciertamente por el lado del adherente, que, en sustancia, comparte el mismo contrato con la multitud de los otros adherentes; pero puede manifestarse también por el lado de la empresa predisponente, que a menudo usa en las relaciones con los clientes textos contractuales elaborados por la asociación de categoría y, por consiguiente, compartidos por muchas otras empresas del sector. Pero el aspecto quizás más relevante es el de la autonomía colectiva en sentido propio.

Autonomía
colectiva

La autonomía colectiva reacciona a la disparidad de poder contractual entre partes colocadas en contrapuestas categorías socioeconómicas. El contrato es llevado a una dimensión colectiva, porque de este modo *se refuerza la posición de la parte socioeconómica más débil*: esta se mantendría débil si contratara individualmente; recupera fuerza contractual si contrata colectivamente, y esto es, *a través de la propia organización de categoría*. Se afirma por esta razón (superando el duro contraste de la categoría con la contrainterés de los empleadores) la contratación colectiva de las condiciones del trabajo subordinado, por obra de las organizaciones sindicales.

Contrato
colectivo de
trabajo

Autonomía
asistida

Una variante de la autonomía colectiva es la denominada autonomía asistida, vale decir, el fenómeno por el cual el contrato individual es realizado directamente por el individuo interesado que, sin embargo, no está solo, sino que es precisamente *"asistido" en la contratación por la organización que representa y tutela la correspondiente categoría social*. Por ejemplo, las *transacciones sobre controversias de trabajo* se hacen con la asistencia del sindicato (arts. 410 y ss. CPC); los *acuerdos relativos a relaciones agrarias* se hacen en presencia de las organizaciones de los trabajadores agrícolas y de los propietarios (art. 23^o Ley 11/1971).

Locaciones
para uso de
vivienda:
pactos de
derogación...

... y contratos-
tipo

Un mecanismo análogo se aplicaba a las locaciones con fines de vivienda, con la previsión de que las partes pudieran derogar la legislación protectora del conductor siempre que los "pactos de derogación" fueran estipulados con la asistencia de las asociaciones de inquilinos y propietarios edilicios (Ley 359/1992). La nueva disciplina establece en cambio que a la legislación de protección del inquilino pueda derogarse solo si el contrato singular derogatorio esté conforme al *"contrato tipo" concordado en sede local entre las contrapuestas organizaciones de categoría* (art. 2^o Ley 431/1998): de la autonomía asistida a la autonomía colectiva en el sentido más pleno, aquella por la cual las organizaciones colectivas no solo asisten en la contratación, sino que son directamente protagonistas.

En cualquier caso resulta claro que en la dimensión colectiva de la contratación, ejercicio de autonomía no individual pero siempre privada, se

ve un instrumento de protección de la parte débil, *alternativo a la protección publicista realizada por la ley*. De esta se habla enseguida.

11. LAS RESTRICCIONES PÚBLICAS DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL

Otra importante línea de tendencia marca la evolución del moderno derecho de los contratos: la creciente limitación de la libertad contractual por obra del poder público. El fenómeno está ligado a las transformaciones económicas, sociales y políticas que marcan el paso del Estado liberal al Estado social.

En el Estado liberal, el principio de la plena libertad de iniciativa económica traía consigo el corolario de la plena libertad contractual: los particulares eran libres de hacer sus contratos como querían (y como podían) sin que el poder público interviniera para controlarlos o sostenerlos en sus contrataciones. Los únicos límites puestos a la libertad contractual eran funcionales al mantenimiento del orden constituido y de la moral corriente: se prohibían, por ejemplo, los contratos que fueran medio para cometer delitos, o que repugnaran a las buenas costumbres. Pero, por lo demás: *laissez faire, laissez passer*.

La libertad contractual en el Estado liberal...

En un sistema liberal, a causa de las desigualdades económico-sociales, los contratantes más débiles en el plano económico-social gozan, sin embargo, de una libertad solo formal, porque en sustancia su libertad es aplastada de hecho por el superior poder contractual de los contratantes fuertes. Puede pensarse en algún remedio en el plano de la autonomía privada, a través de la autoorganización de los contratantes débiles (por ejemplo, de los trabajadores reunidos en sindicatos) y el consiguiente ejercicio de una autonomía colectiva. Pero en el Estado social se afirma la idea de que corresponde también al poder público intervenir. Se considera que, en efecto, es tarea del poder público asegurar a los ciudadanos *libertad e igualdad no sólo en sentido formal, sino también en sentido sustancial* (art. 3² C.); y, en todo caso, la de impedir que la búsqueda del interés privado dañe el interés general.

art. 1279

... y en el Estado social

Comienzan así a multiplicarse las intervenciones públicas que, para proteger el interés general o el interés de las categorías sociales débiles, limitan la libertad contractual: especialmente con normas legales que prohíben insertar en el contrato determinados contenidos, desventajosos para la parte débil; o imponen insertar en el contrato determinados contenidos, ventajosos para esa misma parte; o incluso, en algún caso, obligan a la parte fuerte a hacer con la parte débil contratos que interesan a esta última, y que la parte fuerte no querría hacer. Gran parte de las nuevas normas sobre los

Restricciones públicas de la libertad contractual en protección de los contratantes débiles

contratos, copiosamente introducidas por las leyes especiales con finalidades de regulación de los varios sectores del mercado y de las correspondientes relaciones económico-sociales, son esencialmente normas que restringen, en el sentido apenas visto, la libertad contractual.

El fenómeno debe verse en conexión con los otros fenómenos que caracterizan la moderna evolución del contrato. La libertad de los contratantes fuertes está limitada por ley, porque ello remedia las sustanciales limitaciones de libertad que los contratantes fuertes imponen de hecho a los contratantes débiles. La misma ambigüedad se encuentra en las tendencias a la despersonalización del contrato, que cada vez menos expresa una autonomía auténticamente individual. Algunas de estas tendencias corroen los espacios de efectiva libertad y autodeterminación de las personas: así la estandarización de los contratos por adhesión entre empresas y consumidores. En cambio, otras expanden, al menos en vía mediata, las posibilidades para las personas de tutelar y perseguir más eficazmente los propios intereses: piénsese en las organizaciones y en sus contratos; piénsese en la autonomía colectiva. Así parece poderse decir, en grandes líneas: aunque nada es jamás todo blanco o todo negro.

Relevancia de la calidad socioeconómica

Tiende así a asumir creciente relevancia (empírica, pero también jurídica) la pertenencia de los sujetos contratantes a una determinada categoría socioeconómica. Relevancia empírica: ser consumidores significa tener posiciones contractuales determinadas por los contratos estándar elaborados por las empresas. Pero también relevancia jurídica: ser consumidores significa disfrutar, en sus relaciones contractuales, de las reglas protectoras establecidas por la ley, mientras ser empresa significa sucumbir a los correspondientes regímenes legales restrictivos. Y así para trabajadores y empleadores, inquilinos y propietarios edilicios, trabajadores agrarios y propietarios de la tierra, subproveedores y comitentes. Para describir el fenómeno se ha invertido la fórmula clásica, hablando de un retorno "del contrato al *status*" (en donde, sin embargo, se presupone una idea de contrato como pura y plena subjetividad del individuo, inmune a cualquier condicionamiento objetivo, fáctico o legal: una idea abstracta, que no encuentra comprobación en la realidad de la historia).

Del contrato al *status*

12. EL CONTRATO IMPUESTO

Algunas restricciones públicas de la libertad contractual son particularmente duras.

Sustitución automática de precios y cláusulas

Veremos más adelante el mecanismo de la sustitución automática de los contenidos contractuales no conformes a los queridos por la ley: si, por ejemplo, las partes hacen el contrato al precio de 120, en presencia de una norma tarifaria que fija el precio máximo en 100, el contrato de las partes no es cancelado, sino queda en pie por el precio de 100 (21.11).

Deber legal de contratar

Aún más duro es el mecanismo de la obligación legal de contratar. Quien ejercita una *empresa en condición de monopolio legal* "tiene la

obligación de contratar con cualquiera que requiera las prestaciones que constituyen objeto de la empresa" (art. 2597), por consiguiente también con sujetos con los cuales —por las razones más variadas— el empresario querría no contratar; y no puede eludir la obligación proponiendo a los *partner* no queridos condiciones contractuales desalentadoras: la obligación de contratar es completada y hecha efectiva por aquello de "la paridad de tratamiento", es decir, de aplicar a todos los clientes idénticas condiciones contractuales. La dureza de la previsión sugiere no extenderla por analogía: así, referida textualmente la norma al monopolista legal, se la considera inaplicable al monopolista de hecho.

Paridad de
tratamiento

Un deber de contratar grava también al empresario de transportes que realiza servicios públicos de línea (art. 1679¹).

Para casos tales se habla de contrato "impuesto" (se entiende: por la ley). Y se plantea una cuestión: el contrato es acuerdo de voluntad de las partes; aquí el contrato puede no tener en su base la voluntad de una de las partes, constreñida al contrato por la ley también contra su voluntad (o clavada a un contrato diferente del querido, por ejemplo, en relación al precio); y entonces, ¿estamos frente a un verdadero contrato? O ¿la ausencia de autonomía de la parte impide ver un contrato?

Algunos niegan que exista aquí un verdadero contrato. Pero la tesis no convence, y es preferible pensar que también el contrato impuesto sea un contrato.

Primeramente, la norma que obliga a contratar no modifica directamente las posiciones de las partes, sino implica que las modificaciones surjan del contrato entre estas, en base a sus manifestaciones de voluntad. Además, la voluntad contractual en general no es jamás del todo libre de condicionamientos empíricos o jurídicos: ningún escándalo encuentra aquí el condicionamiento de un deber legal. Finalmente: es siempre una elección libre y autónoma del sujeto ejercitar la particular actividad económica, a la cual el contrato impuesto es funcional.

BIBLIOGRAFÍA

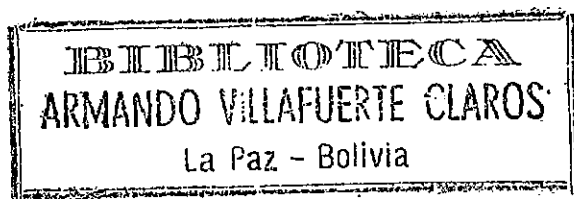
1. N. IRTI, "È vero, ma" (*Replica a Giorgio Oppo*), en *Rivista di diritto civile*, 1999, I, p. 273; G. OPPO, Disumanizzazione del contratto?, en *Rivista di diritto civile*, 1998, I, p. 525; N. IRTI, Scambi senza accordo, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998, I, p. 1; A. TRABUCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, en *Il contratto, Silloge in onore di G. Oppo*, I, Padova, 1992, p. 1; P. RESCIGNO, *Consenso, accordo, convenzione, patto*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1988,

- I, p.3; P.G. MONATERI, *La sineddoche*, Milano, 1984; P. VITUCCI, La "volontà contrattuale": vicende e sviluppo della concezione kantiana del contratto, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1968, p. 148; G. GORLA, *Il dogma del "consenso" o "accordo" e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, in *Rivista di diritto civile*, 1956, p. 923.
- 2-3. M. BALLETTI, *Gli atti unilaterali*, in *Contratti Cendon*, II, Torino, 2000, p. 85; M. MAGGIOLLO, *La concessione di ipoteca per atto unilaterale*, Padova, 1998; A. NEGRI, *L'espressione unilaterale dell'impegno*, I-II, Padova, 1998; T. MONTECCHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, Milano, 1998; G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997; T. MONTECCHIARI, *I negozi unilaterali a contenuto negativo*, Milano, 1996; N. IRTI, *Per una rilettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Rivista di diritto civile*, 1994, I, p. 559; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio giuridico unilaterale*, Milano, 1969; F. CARRESI, *Contratti e atti unilaterali (note critiche)*, in *Studi in memoria di F. Vassalli*, Torino, 1960, p. 269.
4. G.F. BIASINI, *Le promesse premiali*, Milano, 2000; L. MOCCIA, *Promessa e contratto*, in *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, I, Torino, 1999, p. 297; G. SBISÀ, *Promessa al pubblico*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XV, Torino, 1997 *ad vocem*; And. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *el Commentario. Codice civile*, dirigitto por P. Schlesinger, Milano, 1996; And. D'ANGELO, *Promesse unilaterali*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XV, Torino, 1996, *ad vocem*; G. MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995; L. MOCCIA, *Promessa e contratto (Spunti storico-comparativi)*, in *Rivista di diritto civile*, 1994, I, p. 819; And. D'ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo*, Torino, 1992; C.A. GRAZIANI, *Promessa unilaterale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIV, Roma, 1991, *ad vocem*; A. DI MAJO, *Promessa unilaterale (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988, *ad vocem*; G. SBISÀ, *La promessa al pubblico*, Milano, 1974; Salv. ROMANO, *Proposta irrevocabile e promessa unilaterale (Studio sulla formazione del contratto ex art. 1333 c.c.)*, in *Studi in memoria di Ascarelli*, IV, Milano, 1969, p. 1905; G. GORLA, *Promesse condizionate ad una prestazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1968, I, p. 431; C. FALQUI-MASSIDDA, *Le promesse unilaterali*, in *Novissimo digesto italiano*, XIV, Torino, 1967, *ad vocem*; G. BRANCA, *Delle promesse unilaterali*, in *el Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966; G. GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1956, I, p. 18; G. MIRABELLI, *Promessa unilaterale e mediazione*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1953, II, p. 165; V. SCIALOJA, *La dichiarazione unilaterale di volontà come fonte dell'obbligazione*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1904, I, p. 370.
5. R. BARBANERA, *In tema di delibera assembleare: diritto di partecipazione e di voto*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1999, 1, p. 955; G. MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1999; AA.VV. (al cuidado de B. Quatraro y A. Fumagalli), *Le deliberazioni assembleari e consiliari*, Milano, 1996; F.M. DI MUNDO, *Inesistenza delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1993, II, p. 449.

- 6-7. A. SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*, Milano, 1999; U. RUFFOLO, *Principio di sussidiarietà e autonomia privata*, en *Responsabilità, comunicazione, imprese*, 1999, p. 371; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, en *Giurisprudenza italiana*, 1999, IV, p. 229; R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, en *Diritto privato*, 1997, III, *L'abuso del diritto*, p. 217; G.B. FERRI-C. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997; L. FRANZESE, *Contratto negozio e "lex" mercatoria tra autonomia ed eteronomia*, en *Rivista di diritto civile*, 1997, I, p. 771; A. DI MAIO, *Libertà contrattuale e dintorni*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1995, p. 5; P. BARCELLONA, *Libertà contrattuale*, en *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, 1974, *ad vocem*; P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, en *Iustitia*, 1967, p. 3.
8. L. STANCHELUNI, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Milano, 1997; V. FRANCESCHELLI, *Rapporti contrattuali di fatto*, en *Contratti*, 1994, p. 799; C. ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, en *Enciclopedia giuridica*, XXV, Roma, 1991, *ad vocem*; V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Milano, 1984; G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977, p. 151; N. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia (Spunti per una teoria del rapporto giuridico)*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1968, p. 411; L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965; C. ZAGO-GARELLI, *I rapporti di fatto con particolare riguardo al rapporto di lavoro*, Padova, 1964; L. CAMPAGNA, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958; E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, en *Jus*, 1957, p. 353; C.A. FUNAIOLI, *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, en *Annali Ferrara*, 1950-1952, p. 103.
9. G. CHINÈ, *La contrattazione standardizzata*, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por M. Bessone, XIII, Torino, 2000, p. 493; G. ALPA-G. CHINÈ, *Contratti di massa*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, 1, Torino, 1999, p. 387; A. TULLIO, *Il contratto per adesione*, Milano, 1997; G. ALPA-M. BESSONE, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1991; E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975; P. C. MAZZONI, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Napoli, 1975.
- V. también 3.5 e 41.2.
10. A. LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano, 2000; F. SCARPELLI, *Autonomia collettiva e autonomia individuale nella regolazione del rapporto dei lavoratori parasubordinati*, en *Lavoro e diritto*, 1999, p. 553; C. SCOGNAMI-GLIO, *L'autonomia privata assistita*, en *Rivista giuridica sarda*, 1999, p. 645; M. ANGIULLI, *Autonomia collettiva e Corte costituzionale*, en *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1999, II, p. 732; AA.VV., *Autonomia collettiva e occupazione*, Milano, 1998; A. TURSI, *L'autonomia collettiva tra promozione e regolazione*, *Lavoro e diritto*, 1997, p. 581; S. LIEBMAN, "Usi aziendali", *volontà negoziale dell'imprenditore e autonomia collettiva*, en *Giustizia civile*, 1997, I, p. 1347; S. GUGLIELMI, *Autonomia privata assistita e diritto del lavoro*, en *Il lavoro nella giurisprudenza*, 1997, p. 323; S. MASINI, *Autonomia privata e autonomia collettiva nei contratti di coltivazione e vendita*, en *Diritto*

e giurisprudenza agraria e dell'ambiente, 1996, p. 733; G. GITTI, *Locazione di immobili urbani: la consulta e l'autonomia contrattuale collettiva*, en *Contratti*, 1996, p. 459; C.M. VERARDI, *La riforma della legge sull'equo canone - La portata ed i limiti dell'"autonomia assistita" nel rapporto di locazione dopo la l. 359/1992*, Rimini, 1993; AA.VV. (al cuidado de E. Casadei y A. Germano), *Autonomia privata assistita e autonomia collettiva nei contratti agrari - Art. 45, l. 3 maggio 1982, n. 203*, Milano, 1992; G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960.

- 11-12. S. MORANDI, *Gli obblighi legali di contrarre*, en *Contratti Cendon*, II, Torino, 2000, p. 117; N. VISALLI, *Il contratto imposto*, en *Rivista di diritto civile*, 1999, I, p. 193; V. RICCIUTO, *Gli obblighi a contrarre*, in *Trattato contratti Rescigno*, I, Torino, 1999, p. 357; F. CORAGGIO, *Abuso di posizione dominante e obblighi legali di contrarre*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1997, II, p. 179; M. LIBERTINI-P.M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XII; Torino, 1997, *ad vocem*; G. GABELLONE, *Contratto imposto e risolubilità del rapporto*, en *Rassegna di diritto civile*, 1992, p. 87; A. DI MAJO, *Obbligo a contrarre*, en *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, 1991, *ad vocem*; L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, Padova, 1990; L. NIVARRA, *La banca tra obblighi di contrarre e regole di trasparenza*, en *Contratto e impresa*, 1988, p. 145; M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi di contrarre*, en *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, dirigido por F. Galgano, IV, Padova, 1981, p. 237; E. ROPPO, *Questioni in tema di formazione del consenso, obbligo legale a contrarre e pari trattamento degli utenti di un'impresa monopolista*, en *Giurisprudenza italiana*, 1979, I, 1, p. 147; P. BARCELLONA, *Obblighi di contrarre, disciplina "anti-trust" e tutela del consumatore-acquirente*, en *Studi in onore di G. Scaduto*, I, Padova, 1970, p. 29; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; P. G. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, 1969.



CAPÍTULO III

EL CONTRATO EN LA ORGANIZACIÓN JURÍDICA

1. Premisa.— 2. El contrato y la obligación.— 3. El contrato y la propiedad (los bienes).— 4. El contrato y la responsabilidad.— 5. El contrato y la empresa.— 6. El contrato y la familia.— 7. El contrato y la sucesión *mortis causa*.— 8. El contrato y la acción pública: contratos de las administraciones públicas.— 9. El contrato como paradigma general de la acción pública.— 10. El contrato y los otros actos jurídicos: la teoría del negocio jurídico.— 11. La crisis del negocio jurídico.— 12. Los actos no negociales.— 13. El contrato y la norma.— 14. El contrato y el análisis económico del derecho.— *Bibliografía*.

1. PREMISA

Este capítulo puede parecer no homogéneo, pero existe un hilo. En él se discute la posición y el papel del contrato en relación a otros fundamentales componentes del sistema jurídico, entendido en sentido lato: componentes que atienden a la organización jurídica, o al análisis jurídico.

Se consideran en primer lugar las relaciones entre el contrato y las otras fundamentales categorías que ordenan las acciones, relaciones y posiciones de interés de los particulares, al mismo tiempo núcleos significativos de disciplinas jurídicas: obligación, bienes, responsabilidad, empresa, familia, sucesión por causa de muerte (3.2-7).

En seguida, saliendo de las relaciones entre particulares, se consideran la posición y el papel del contrato en la esfera de la actividad pública, y especialmente administrativa (3.8-9).

Posteriormente también, pasando del terreno de las categorías de la organización jurídica, se consideran las relaciones del contrato con las categorías del negocio jurídico (3.10-12) y de la norma jurídica (3.13).

Finalmente, se considera la aplicación del método del análisis económico del derecho al contrato (3.14).

2. EL CONTRATO Y LA OBLIGACIÓN

La intensidad de la ligazón entre contrato y obligación se manifiesta desde la colocación de las reglas codicísticas sobre el contrato dentro del libro (cuarto) "De las obligaciones": colocación justificada por el papel del contrato como fuente de la obligación (art. 1173). Y por otra parte, la asociación entre los dos términos resuena continuamente en la endiádis "obligaciones y contratos", tan familiar al oído de los juristas.

Primacía del contrato obligatorio:

La ligazón especial entre contrato y obligación tiene raíces en la historia y encuentra coincidencias en la comparación. Es necesario partir de la idea de *promesa*, tomando no la estructura, es decir, la posible unilateralidad susceptible de contraponerla al contrato (en cuanto acto bilateral fundado sobre el acuerdo); sino el contenido, que es la creación de una obligación. En este último sentido, el contrato no se contrapone a la promesa, sino al contrario se identifica con esta.

en la historia...

Ello es verdad históricamente. A partir de la estación del derecho común, el problema fundamental del contrato ha consistido en la individualización de las condiciones para el carácter vinculante de la promesa, es decir, *las condiciones a las cuales la promesa genera la obligación del promitente, demandable en juicio por el promisario*: es un problema que evoca las categorías de la causa y de la forma, de la retribución y de la gratuidad; pero siempre encuentra su núcleo conceptual dominante en el valor obligatorio de la promesa. Dicho de otra forma (aunque de manera simplificada): en la perspectiva del derecho occidental, existe una ideal primacía del contrato con efectos obligatorios sobre el contrato con efectos reales (22.3), del contrato, justamente, como fuente de obligaciones antes que como medio para transferir la propiedad.

... y en la comparación

El dato encuentra coincidencias en los ordenamientos extranjeros. En Francia, la transferencia de la propiedad parece requerir la intermediación de la relación obligatoria: es "*l'obligation de livrer la chose*" lo que "*rend le créancier propriétaire*" (art. 1138 *code civil*). En Alemania el contrato, aunque preordenado a la transferencia, de por sí no la realiza: crea el deber de transferir y opera como causa de la transferencia; pero esto presupone un ulterior y distinto acto ejecutivo (17.8). A su vez, el *common law* no engloba en la noción de *contract* aquellos que nosotros llamamos los efectos traslativos del contrato, vinculables al distinto concepto de *conveyance* (o a la figura del *trust*, en el cual los *common lawyers* no reconocen ningún significativo parentesco con el *contract*); y efectivamente la definición corriente explicita el nexo exclusivo con la promesa (obligación) ya que el *contract* está habitualmente definido como "*a promise or a set of promises which the law will enforce*".

Obligación y contrato en la cultura jurídica italiana

Regresando a Italia. Hasta el periodo inmediatamente sucesivo a la entrada en vigor del código de 1942, el estudio del contrato y el estudio de la obligación estaban muy integrados: aun en los años '50 y '60 se producían "teorías generales de las obligaciones", en cuyo ámbito encontraba naturalmente lugar el tratamiento del contrato. Después, en nuestra civilística, la cultura de la obligación y la cultura del contrato han comenzado a divergir; y desde

hace algún tiempo están separadas: de manera que domina ahora la convención de considerar ajenas al contrato (y separada pertinencia de la obligación) materias como el cumplimiento, el incumplimiento, los remedios contra el incumplimiento, que en los principales sistemas extranjeros el estudio del contrato no se permite ignorar. **Sería deseable, también entre nosotros, una recuperación de la conexión entre las culturas del contrato y de la obligación.**

3. EL CONTRATO Y LA PROPIEDAD (LOS BIENES)

En aparente contratendencia respecto a la línea apenas indicada, **la sistemática del código napoleónico (y, sobre sus huellas, del código italiano de 1865) colocaba el contrato en posición subordinada e instrumental a la propiedad.** El contrato estaba regulado en el libro (tercero) dedicado a los “diversos modos en los cuales se adquiere la propiedad”: se veía, por consiguiente, como medio para transferir bienes antes que para crear obligaciones (aunque la obligación se tomaba una revancha, como necesario factor de intermediación de la transferencia).

Esta concepción reflejaba **una economía preponderantemente agrícola, en la cual la tierra era el recurso productivo fundamental.** En tal contexto era la propiedad —la propiedad del bien-tierra— la que determinaba todo el proceso económico, mientras al contrato se reconocía el papel complementario de medio para su ocasional circulación.

Las cosas cambian con el progreso del modo de producción capitalista: con el desarrollo de la industria, basado en la innovación tecnológica; con la expansión de los mercados y de las actividades distributivas; con la creciente dimensión financiera de las actividades productivas. **Se abre una fase en la cual la riqueza y los recursos productivos no se identifican más con (la propiedad de) cosas inmuebles, y tampoco materiales: ello corroe la tradicional supremacía de la propiedad, y exalta el papel del contrato.** **En efecto, en los sistemas económicos evolucionados la riqueza económica y los recursos productivos consisten mucho más que en cosas en relaciones —en pretensiones vinculadas a obligaciones ajenas: y pretensiones y obligaciones que nacen de los contratos. Los modernos complejos productivos son no tanto stock de bienes cuanto conjunto de relaciones contractuales— con trabajadores subordinados, proveedores de materias primas, energías, tecnologías, medios financieros, finalmente con los clientes. Y es claro que el fenómeno va de la mano con el desarrollo creciente del sector terciario de la economía, que rediseña el mercado corroyendo los espacios de la producción de bienes físicos para ampliar los espacios ocupados por la prestación de servicios.**

Code
Napoleón
CC 1865

Desarrollos
del sistema
económico

El contrato como creador de "propiedad"

En la economía moderna, pues, *es sobre todo el contrato el que crea riqueza* —las nuevas formas de riqueza productiva—. Vale decir, si se mantiene la ecuación que asimila a "propiedad" todo valor económico fuertemente tutelado por el derecho: *el contrato crea propiedad, y sobre todo "nuevas propiedades"* —las *new properties* de la economía de los servicios y de los bienes inmateriales—.

Instrumentos financieros

El fenómeno está particularmente marcado en el sector de los bienes financieros. Los "instrumentos financieros" —que son la "mercadería" intercambiada en los mercados de las finanzas— implican todos, un contrato. Así es en relación a los instrumentos más tradicionales, como acciones (contrato de sociedad), obligaciones societarias o de entes (contrato de préstamo), cuotas de fondos comunes (contrato de gestión). Así es, con mayor razón, en relación a los instrumentos más innovadores, como los denominados "derivados financieros" (*futures, swaps, options*): es significativo que en la lista de los tipos de instrumentos financieros legalmente reconocidos, las voces correspondientes a los "derivados" hablen sin más de "contratos" (cfr. art. 1², letras de la *f*) a la *j*) TUF). Vale decir: *aquellos bienes particulares, susceptibles de ser comprados o vendidos, que son los instrumentos financieros, pueden ser... contratos. Estamos más allá del contrato como medio para transferir bienes preexistentes; estamos también más allá del contrato como medio para crear indirectamente nuevos bienes: el contrato se configura en sí mismo, directamente, como bien.*

Multipropiedad

Hay más. El contrato conforma los bienes también en el sector aparentemente más ligado a la figura tradicional de la propiedad, como el inmobiliario: *las nuevas técnicas de valorización de los inmuebles pasan a través de la conformación contractual de las tradicionales facultades de disposición y goce. Piénsese en la multipropiedad y en la circulación de las correspondientes "cuotas": comprar y vender cuotas de multipropiedad significa comprar y vender no tanto entidades inmobiliarias, cuanto posiciones contractuales.*

4. EL CONTRATO Y LA RESPONSABILIDAD

No se alude a la responsabilidad por incumplimiento *ex art. 1218*, cuyo nexo con el contrato se hace evidente por la misma locución —responsabilidad "contractual"— con la cual habitualmente se la designa; sino a la responsabilidad por ilícito ("extracontractual") *ex art. 2043*.

Perspectiva histórica: surgimiento de la responsabilidad "contractual"

La relación entre los dos institutos se aprecia ante todo en perspectiva histórica. *Históricamente, la conquista de un valor autónomo del contrato como fuente de obligaciones (es decir, la afirmación del valor vinculante de la promesa) se identifica con la emancipación de la responsabilidad *ex contractu* de la responsabilidad *ex delicto*. Se identifica, más precisamente, con el surgimiento de la posibilidad de accionar legalmente —frente a la ruptura de la promesa— una específica responsabilidad "contractual", más allá de la responsabilidad por ilícito que originalmente agotaba toda forma de responsabilidad. Esta línea de desarrollo aúna el área del Derecho Romano y la del *common law*: también en esta última la responsabilidad por (y la figura del) *contract* surge de un proceso de emancipación respecto a la primigenia responsabilidad por (y figura del) *tort*.*

Hoy las interferencias entre contrato y responsabilidad extracontractual se aprecian en diversos planos.

En primer lugar, la responsabilidad extracontractual subroga o integra los remedios contractuales a favor de quien —parte en un contrato— haya visto lesionado su derecho, comprometido en el contrato mismo. **Ello puede verificarse cuando la lesión proviene de quien es contraparte en la relación contractual con la víctima: es el problema del concurso y acumulación entre acciones de responsabilidad contractual y extracontractual, posibles todas las veces que el incumplimiento de una obligación implique al mismo tiempo la violación de un derecho absoluto de la víctima,** relevante como ilícito *ex art. 2043*. Puede verificarse también cuando la lesión de la posición contractual proviene de un tercero: es el problema de la responsabilidad (extracontractual) del **tercero “cómplice” del incumplimiento contractual;** o con fórmula más amplia, de la **tutela aquiliana de las posiciones contractuales.**

Tutela
extracontractual
de posiciones
contractuales

Además, la responsabilidad extracontractual entra en competición con la responsabilidad contractual, cuando se trata de ofrecer tutela a posiciones de interés que, aunque no siendo propiamente contractuales, por la peculiar intensidad de la relación entre las partes se acercan al área de las relaciones contractuales. Piénsese en la **controvertida naturaleza de la responsabilidad precontractual** (8); **y en el área gris de las situaciones en las cuales la incertidumbre sobre la intención de las partes de contraer un vínculo jurídico puede dejar dudas sobre la naturaleza plenamente contractual de su relación, mas no sobre la exigencia de una fuerte tutela de las confianzas lesionadas** (1.7-8).

Zona gris
entre
“contractual”
y “extra-
contractual”

5. EL CONTRATO Y LA EMPRESA

Muchas de las consideraciones desarrolladas sobre el contrato y propiedad ilustran también las relaciones entre contrato y empresa.

La evolución del sistema económico desplaza el centro de gravedad del momento *estático* de la inmediata utilización física de los factores productivos al momento *dinámico* de su organización y de su empleo en actividades más complejas de producción y de intercambio en el mercado. Es la misma línea de desarrollo que emancipa el contrato de la decimonónica subordinación a la propiedad. Y los dos fenómenos son interdependientes: si el contrato no está ya subordinado a la propiedad y tiende más bien a dominarla, es también porque el contrato constituye el instrumento esencial para el ejercicio de las actividades económicas organizadas. Dicho de otro modo: *de mecanismo esencialmente funcional a la propiedad, el contrato deviene mecanismo esencialmente funcional a la empresa.*

De la
propiedad a
la empresa

Centralidad
del contrato
para la vida
de la empresa

Y en efecto. El contrato (de sociedad) define y funda la estructura jurídica de la empresa, que por lo común es estructura societaria. El contrato gobierna la organización y el funcionamiento de la empresa, que se presenta como una densa red de relaciones contractuales: con trabajadores y colaboradores, con proveedores de bienes y servicios instrumentales, con adquirentes de los productos finales. No es casual que los nuevos contratos, surgidos en la praxis al exterior de los típicos codificados (como el *leasing*, el *factoring*, el *franchising*, el *engineering*, el contrato autónomo de garantía, etc.), sean contratos de las empresas; y que sean contratos de las empresas los numerosos contratos que reciben especial regulación en las leyes del sector (como se dirá en breve).

Abrogación
del Código de
Comercio

La ligazón entre contrato y empresa es una de las claves para entender el proceso legislativo que conduce, hacia la mitad del siglo XX, a la abrogación del Código de Comercio, y a la reunificación del derecho privado dentro de un único código (civil). Este regula también las actividades económicas organizadas: la categoría de referencia no es más la del comerciante y de los actos de comercio, sino la del empresario y de la empresa. No existen ya dos regímenes jurídicos de las obligaciones y de los contratos ("comerciales" y "civiles"), diferenciados según que la parte sea o no operador económico profesional. El derecho de las obligaciones y de los contratos se reunifica formalmente, pero al mismo tiempo —en la práctica— se "comercializa": porque las reglas escritas en el nuevo Código Civil son en gran parte tributarias de aquellas que, en el viejo Código de Comercio, regulaban obligaciones y contratos de los "comerciantes".

Reunificación
del derecho
de los
contratos

Contratos de
las empresas

Sin embargo, la formal unificación del derecho no elimina totalmente el problema de los "contratos de las empresas", y de su disciplina de algún modo especial. La "especialidad" de los contratos de las empresas se aprecia hoy en dos planos.

Reglas
especiales

Un plano es el de las reglas sobre el contrato en general, algunas de las cuales conocen variaciones o integraciones de la disciplina común cuando una parte sea empresario, y el contrato se refiera a la empresa. Veremos que ello se verifica en los campos de la *representación* (en particular de la representación del factor: 13.2); de la *celebración del contrato* (supervivencia de ofertas y aceptaciones también en caso de muerte o incapacidad sobrevinida del declarante: 7.3); de la *interpretación* (las denominadas prácticas generales interpretativas: 20.8).

Tipos y clases
de contratos
de empresa

El otro plano es el de la disciplina de determinados tipos o clases de contratos, de los cuales sean partes las empresas. Algunos tipos contractuales, disciplinados ya en el código, presuponen necesariamente a la empresa como una de las partes: por ejemplo, el seguro, la contrata, los contratos

bancarios. La constatación tiene valor empírico; pero tiene también relevancia jurídica, en la medida que las normas que integran la regulación de dicho contrato tengan en cuenta tal calidad del contratante (por ejemplo, regulando en un cierto modo determinados riesgos contractuales).

La relevancia jurídica de la naturaleza empresarial del contratante se hace aún más intensa, en relación a recientes disciplinas sectoriales, las cuales encuadran toda la regulación de la relación contractual sobre la especificidad dada por el hecho de que (al menos) una parte es empresario.

La especificidad puede consistir en el hecho de que una parte es empresario, y la otra no. A esta se conectan las nuevas y especiales disciplinas de los contratos entre empresas y consumidores (*business-to-consumer*): contratos bancarios (arts. 115 y ss. TUB), de crédito al consumo (arts. 121 y ss. TUB) y de intermediación financiera (arts. 23 y s. TUF); contratos con cláusulas vejatorias no negociadas (arts. 1469-*bis* y ss.); contratos negociados fuera de los locales comerciales (D. Leg. 50/1992) y contratos a distancia (D. Leg. 185/1999); contratos para la venta de paquetes turísticos (D. Leg. 111/1995); contratos para la venta de cuotas de multipropiedad (D. Leg. 427/1998).

Contratos
entre
empresas y
consumidores

O bien la especificidad puede consistir en el hecho de que una parte es empresario con una cierta posición de mercado, y la otra es empresario con una diversa posición de mercado (*business-to-business*): allí se reconducen las nuevas y especiales disciplinas de los contratos de subprovisión (Ley 192/1998), y de los contratos para la cesión de créditos de empresa (Ley 52/1991).

Contratos
entre
empresas

6. EL CONTRATO Y LA FAMILIA

En el pasado las relaciones entre contrato y familia eran relaciones antagónicas. Hasta que la familia conservaba rasgos de su antigua naturaleza de organización también político-económica, o en todo caso de comunidad ordenada jerárquicamente, dentro de la cual los individuos debían sacrificar su autonomía individual a favor del grupo personificado por el "jefe" (y a la autoridad de este), el *status* familiar constituía también legalmente un obstáculo a la libertad contractual de los sujetos, de su poder de autorregular con el instrumento del contrato la esfera de las propias relaciones jurídicas patrimoniales. Un clarísimo ejemplo es la regla según la cual la mujer casada no podía celebrar una serie de importantes contratos (por ejemplo, vender inmuebles y celebrar mutuos), sin la autorización del marido (art. 134 CC der., suprimido recién en 1919).

Autorización
marital

Con el progresivo declive de las funciones político-económicas de la familia, con la tendencia a concebirla como "comunidad de afectos" libre de vínculos jerárquicos y abierta a la valorización de las esferas individuales de sus miembros, el *status* familiar ha cesado de constituir un límite a la libre participación de los sujetos en el tráfico contractual: del *status* al contrato, justamente.

Con esta premisa, hoy las relaciones entre contrato y familia se expresan fundamentalmente de tres maneras.

Por un lado, *el contrato ayuda a la familia*. Se hace referencia a la posibilidad de los cónyuges de conformar el régimen patrimonial de la familia según esquemas distintos del régimen legal (comunidad), y más adherentes a las exigencias del núcleo singular y de sus miembros. El instrumento para realizarlo son las convenciones matrimoniales, que son verdaderos y auténticos contratos (su denominación tradicional —conservada todavía en algún lugar del código, como por ejemplo, el art. 166— es "contrato de matrimonio").

Convenciones
matrimoniales

Por el otro lado, *la familia ayuda al contrato*. Se alude a las funciones de representación legal y asistencia de los menores y de los otros incapaces para obrar: estas son atribuidas preferiblemente a familiares del sujeto, que sustituyen o integran la actividad del incapaz en las contrataciones que le conciernen (34.3-4). De tal manera la familia no limita la libertad y la capacidad contractual del sujeto (que las ve limitadas por sus condiciones psico-físicas); al contrario, suple su natural imposibilidad de contratar de por sí, haciendo posibles contratos que de otra manera estarían precluidos.

Contratos de
los incapaces
para obrar

Pero también, por otro lado, *la familia amenaza al contrato*. Los contratos celebrados por miembros de la familia pueden por esta razón estar amenazados (es decir, presentarse inestables) en dos perfiles. El primer perfil se refiere a los sujetos casados en régimen de comunidad legal (o también en otro régimen convencional que no sea el de la separación de bienes): si el sujeto casado contrata con un tercero, el contrato está sujeto a reglas algo diferentes de las aplicables al correspondiente contrato del sujeto no casado: reglas que multiplican las posibilidades de invalidarlo (art. 184¹). El segundo perfil se refiere a los sujetos que tengan o puedan tener legitimarios (tales en virtud de la estrecha relación familiar): las donaciones o las otras liberalidades del sujeto están expuestas al riesgo de devenir ineficaces por el ejercicio de la acción de reducción por obra de los legitimarios lesionados (art. 555).

Contratos de
cónyuges en
comunidad

Contratos
liberales
lesivos de
legítima

7. EL CONTRATO Y LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA*

La relación entre contrato y sucesión *mortis causa* es, en nuestro actual Derecho, en línea de tendencia antinómica.

El contrato es admitido para dar una ordenación, libremente elegida por los interesados, solo a las sucesiones ya abiertas: tanto en las relaciones entre coherederos (con el contrato de división de la comunidad hereditaria); como en las relaciones entre herederos y terceros ajenos a la sucesión (a los cuales los coherederos pueden, con contrato, vender su herencia *ex arts. 1542 y ss.*).

División
hereditaria

Venta de la
herencia

En cambio, está precluido el empleo del contrato como medio para dar una ordenación a las sucesiones futuras, en virtud de la prohibición general de los pactos sucesorios (art. 458). La prohibición cubre los pactos de institución, con los cuales el sujeto dispone anticipadamente de su herencia: aquí la *ratio* es la salvaguarda de la libertad de disponer por causa de muerte hasta el último instante de su vida, también en no conformidad a precedentes determinaciones (libertad que sería lesionada si la precedente determinación se convirtiera en compromiso contractual); la misma *ratio* conduce a considerar la inadmisibilidad de la donación *mortis causa*. La prohibición cubre también los pactos de disposición y de renuncia, con los cuales el sujeto se vincula en relación a los derechos que podrá tener en el futuro sobre la herencia ajena: aquí la *ratio* es más bien la exigencia de ligar las elecciones jurídico-económicas a presupuestos de seriedad, certeza, no precariedad.

Prohibición de los pactos sucesorios: de Institución,...

...de disposición, ... de renuncia

En conclusión, con respecto a las sucesiones futuras la autonomía privada está vinculada al empleo exclusivo de actos legalmente típicos, todos unilaterales: testamento, aceptación de la herencia, renuncia a la herencia. No era así en el Derecho italiano medieval. No era así en el vigente Derecho alemán, donde con el *Erbvertrag* (contrato hereditario) está codificada la posibilidad de disponer contractualmente de la propia sucesión.

Pero también entre nosotros se aprecian señales de relajamiento de las rígidas mallas de la prohibición. Por un lado florecen multiformes figuras de "sucesiones anómalas": atribuciones de riqueza *mortis causa* según esquemas diversos de los legalmente típicos, y canalizados a través de actos entre vivos —muy a menudo a través de contratos—. Por otro lado, en sede de debate político-cultural aumentan las críticas a una prohibición que parece comprimir de manera excesiva la autonomía privada; y se asoman propuestas para superarla o atenuarla.

Perspectivas de superación

Un diverso perfil de interferencia entre contrato y sucesión *mortis causa* se refiere a la sucesión del heredero en la relación contractual en la que era parte originariamente el *de cuius*. Este se desdobra en dos cuestiones principales. La relación contractual ¿es transmisible a los herederos, o se extingue con la muerte del titular originario? En el primer caso, si los herederos son más de uno, ¿cómo administrar (por ejemplo a los fines de la impugnación) la sobrevenida pluralidad de cotitulares de la relación, que vienen ahora a constituir una parte compleja en lugar de la originaria parte unisubjetiva? Tendremos ocasión de ocuparnos de ello más de una vez.

Sucesión en la relación contractual

8. EL CONTRATO Y LA ACCIÓN PÚBLICA: CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Los entes públicos tienen potestades públicas, ajustadas a la naturaleza y a las funciones del ente, reguladas por el Derecho Público. Pero a la par tienen también capacidad jurídica de Derecho Privado, en cuyo ejercicio

Capacidad de
Derecho
Privado

pueden realizar actividades reguladas por el Derecho Privado: este se configura, en efecto, como "derecho común" de la generalidad de los sujetos del ordenamiento, públicos o privados que sean.

Contratos de
los entes
públicos

Por lo tanto, los entes públicos (y en particular las administraciones públicas) pueden realizar contratos. La disciplina de estos contratos es, en línea de principio, la misma disciplina del código (arts. 1321 y ss.) que se aplica a los contratos entre particulares. Sin embargo, una visión ampliada del fenómeno pone en evidencia algunas especificidades.

Acuerdos

La más importante tiene naturaleza estructural, y se refiere al peculiar modo de formación de las decisiones (de la voluntad) de los entes públicos. Recuérdese lo ya dicho respecto a la *formación de la voluntad de las organizaciones*, que se produce con modalidades más complejas de aquellas que rigen las decisiones de los individuos (acuerdos). Ello vale naturalmente también para las organizaciones públicas, pero aquí con una complicación más: los acuerdos de los entes públicos, a través de los cuales se forma su voluntad de contratar, dan lugar a un procedimiento administrativo, formado por una *serie de actos administrativos que encuentran su regulación en el Derecho Administrativo*. Así, por ejemplo, el acuerdo de contratar, tomado por el órgano competente según los específicos procedimientos, puede ser ineficaz hasta que no sea sometido a un acto de control con resultado favorable; el ente que quiere contratar puede no ser libre en la elección del contratante, porque la ley le impone individualizarlo a través de una licitación o de un concurso o de un procedimiento de evaluación comparativa, que a su vez implica un ulterior procedimiento administrativo compuesto de ulteriores actos administrativos.

Procedimiento
administrativo

Influencia
sobre el
contrato

Agotados los procedimientos administrativos que preceden el contrato, este puede ser celebrado; y una vez celebrado, es un *contrato regulado por el Derecho Privado*: los derechos y obligaciones de las partes se establecen en base a los arts. 1321 y ss. Pero con esta persistente peculiaridad: *eventuales defectos del procedimiento administrativo previo, producto de violaciones de normas publicísticas, pueden refluir sobre el contrato subsiguiente, poniendo en discusión su validez o su eficacia también en el plano del Derecho Privado*. Si por ejemplo es anulado el acuerdo con el cual el ente ha decidido contratar o ha elegido el contratante, esta vicisitud de Derecho Administrativo determina, en el terreno privatístico, la anulación también del contrato cuyo acuerdo defectuoso era funcional.

Superación
de los viejos
privilegios de
la
administración
pública

Otra especificidad tiene más bien carácter coyuntural: se puede hablar de ella especialmente en relación al pasado, como un dato en vía de superación. Esta deriva de una discutible concepción de la esfera pública, y de sus relaciones con los particulares. Hasta hace un tiempo no muy lejano, una cierta idea de "supremacía" del Estado y de los entes públicos en cuanto portadores de intereses de la colectividad, de legitimidad presunta de sus comportamientos

y actos, de incontrolabilidad de estos por parte del juez ordinario, conducía a considerar que a los contratos de las administraciones públicas le fueran inaplicables una serie de reglas de la disciplina común de los contratos: por ejemplo, respecto a la responsabilidad precontractual (8); a la ejecución específica *ex art. 2932* de la obligación de contratar, nacida de contrato preliminar (29.8-10); a la específica aprobación escrita *ex art. 1341²* de las cláusulas onerosas contenidas en contratos estándar (41.3); a la reducción equitativa de la penalidad (44.7).

Pero con la afirmación de una más evolucionada concepción del Estado y de sus relaciones con el particular, estos injustificados "privilegios" han sido progresivamente desmantelados. Contrariamente al pasado, hoy la jurisprudencia reconoce que las reglas citadas se aplican también al Estado contratante. De este modo el Derecho Privado de los contratos es en verdad —plenamente, sin las reservas y las ambigüedades del pasado— un derecho "común" a los operadores particulares y públicos.

9. EL CONTRATO COMO PARADIGMA GENERAL DE LA ACCIÓN PÚBLICA

Según una visión "jacobina" de la acción pública, solo en el campo de las relaciones internacionales (en donde falta un ente con soberanía universal) es admisible el recurso al paradigma consensual: las "convenciones" entre Estados, vistas como la sola posible alternativa a la guerra. El paradigma consensual —o sea el modelo del contrato, fundado en el acuerdo— está, en cambio, excluido al interior del singular Estado: en donde se considera que el máximo de eficacia, racionalidad y justicia pueda alcanzarse solo si la acción pública procede a través de decisiones unilaterales no negociadas; y la "contratación" de las políticas públicas es vista como un atentado a valores no negociables, como la universalidad de la ley, la racionalidad del saber científico, la responsabilidad de los gobernantes.

Visión
"jacobina" ...

Esta visión es puesta en crisis por líneas generales de desarrollo de la sociedad contemporánea, y por más específicos procesos que involucran los modos de producción de las políticas públicas por obra de las administraciones públicas.

En un plano general, la afirmación de un modelo de sociedad "neocorporativa" extiende el área dentro de la cual las decisiones formalmente públicas son, en realidad, negociadas informalmente con sus destinatarios (las más variadas clases y grupos de interés y de presión). El fenómeno involucra a la misma actividad legislativa: se habla de *ley "contratada"*, precisamente para indicar que a menudo el contenido de las normas producidas por el Parlamento refleja tratativas y acuerdos que tienen lugar, fuera de la sede formal parlamentaria, con las categorías sociales o con los centros de interés que serán tocados por las normas mismas. Pero el jurista es envuelto también en un fenómeno aún más específico: la creciente "contractualización" de la acción administrativa.

... y la sociedad "neocorporativa"

Se difunde cada vez más el recurso, por parte de las administraciones públicas empeñadas en la aplicación de políticas públicas, a instrumentos modelados sobre el paradigma del contrato antes que sobre el tradicional paradigma del acto administrativo como acto unilateral autoritativo.

Contractualización de la acción administrativa

El fenómeno involucra, para comenzar, las relaciones entre la administración pública y sus dependientes: antes la relación de empleo público se

Empleo público

basaba en actos administrativos; hoy se modela como *contrato entre la administración y el dependiente*, fuente de posiciones subjetivas que se pueden tutelar ya no ante la jurisdicción administrativa sino ante el juez ordinario de trabajo (D. Leg. 29/1993, cuyo art. 2º precisa que "Las relaciones individuales de trabajo [...] son reguladas contractualmente").

Acción
externa de la
administración
pública

Pero la contractualización de la acción administrativa se manifiesta con fuerza sobre todo en las relaciones entre la administración pública y sus interlocutores externos. Se multiplican los casos en donde las decisiones públicas son tomadas, y políticas públicas son logradas, en base a un *acuerdo formal entre la administración competente y otros sujetos cointerésados o coninterésados*. El campo dentro del cual la tendencia ha comenzado históricamente a manifestarse de manera significativa es el de la urbanística, con las convenciones urbanísticas entre la autoridad pública competente (por lo general el Municipio) y los particulares interesados en la utilización edilicia de los suelos: la fórmula "urbanística contratada" designa precisamente el fenómeno por el cual *el contrato sustituye al plan* como instrumento de gobierno público del territorio.

Convenciones
urbanísticas

Ley 241/1990

Acuerdos
entre la
administración
pública y los
particulares...
... y entre
administraciones
públicas

Sobre todo, a partir del último decenio del siglo XX, la tendencia se expande: sale del campo de la urbanística para involucrar muchas otras esferas de la acción pública; no se refiere ya solo a las relaciones entre una administración y un particular, sino también las relaciones entre (dos o más) distintas administraciones públicas, así como las relaciones multilaterales que envuelven tanto a varias administraciones públicas y conjuntamente a particulares. La tendencia encuentra un reconocimiento general en la Ley 241/1990: las administraciones públicas pueden celebrar "acuerdos con los interesados con el fin de determinar el contenido discrecional de la resolución final o también, en los casos previstos por la ley, en sustitución de esta" (art. 11¹), y pueden también "celebrar entre sí acuerdos para disciplinar el desarrollo en colaboración de actividades de interés común" (art. 15). Leyes posteriores dan cuerpo a estos principios, estableciendo una gran cantidad de supuestos de hecho y figuras, que bajo los nombres más variados (concertaciones, protocolos, contratos o acuerdos de programa, conferencias de servicios, contratos de área, pactos territoriales, contratos de barrios, etc.), y con referencia a los más diversos sectores (instalaciones industriales, infraestructuras y obras públicas, desarrollo económico local, políticas ambientales, recalificación urbana, hasta seguridad y orden público), variadamente "contractualizan" el logro de políticas públicas.

Politólogos y sociólogos indagan los reflejos de estos instrumentos y métodos sobre la organización y sobre el funcionamiento de los aparatos públicos. Los juristas se preguntan en qué medida, más allá del *nomen*

legal, estos den lugar a verdaderos contratos en el sentido del art. 1321: en los años '70 del siglo XX se había intentado una respuesta con la categoría del denominado "contrato de Derecho Público", luego abandonada. Y sobre todo se preguntan si estén sometidos a las reglas de los arts. 1321 y ss. (pero cfr. 4.6).

10. EL CONTRATO Y LOS OTROS ACTOS JURÍDICOS: LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO

En una línea de pensamiento jurídico dominante por más de un siglo, el contrato es subcategoría de una categoría más amplia y más elevada. La categoría del negocio jurídico.

Según la definición más difundida, el negocio jurídico es la manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos (consistentes en el constituir, regular, extinguir una relación jurídica). La definición recuerda la del contrato, con prescindencia de dos elementos —el acuerdo y la patrimonialidad de la relación afectada—, cuya irrelevancia para el negocio es precisamente lo que determina la superior generalidad de la figura. Es negocio también el acto que no sea acuerdo, sino acto unilateral: separaciones, poderes, testamentos, etc. Es negocio también el acto que no sea patrimonial: por ejemplo, el matrimonio.

Negocio
jurídico

El origen de la categoría no es legislativa, sino doctrinal; no es italiana, sino alemana. La teoría del negocio jurídico (*Rechtsgeschäft*) es elaborada en Alemania, en el siglo XIX, por juristas pertenecientes a la escuela "pandectista" (llamada así porque se proponía volver a utilizar en clave moderna el derecho romano justiniano, recogido en el *Digestum seu Pandectae*). El principal exponente de esta es Bernhard Windscheid (1817-1892).

Origen

Pandectística

La teoría del negocio jurídico tiene una función práctica y una función ideológica.

La función práctica es crear un concepto y un término capaces de racionalizar y simplificar el razonamiento y el discurso jurídico. La categoría del negocio se funda en la individualización —a través de un proceso lógico de *abstracción y generalización*— de elementos, problemas y reglas comunes a una pluralidad de actos diversos, unificados por ser todos manifestaciones de voluntad dirigidas a producir efectos jurídicos. Y entonces: si la venta, la promesa al público, el testamento, el matrimonio, etc., son todos negocios jurídicos, en lugar de multiplicar las explicaciones que describen separadamente elementos, problemas, reglas de cada uno de estos

Función
práctica

actos, es suficiente una única explicación en la cual se hable de elementos, problemas y reglas del negocio jurídico.

Función
Ideológica

Dogma de la
voluntad

La función ideológica se conecta con el papel dominante que la teoría del negocio jurídico asigna a la voluntad humana. En el corazón de la teoría del negocio jurídico existe el dogma de la voluntad; y el sentido ideológico de esta coincide con el del dogma de la voluntad: *exaltación de la libertad individual*, en línea con los principios de la sociedad liberal y de la economía liberal, propias del capitalismo en fase de despegue (2.7).

Desarrollo de
la teoría

En torno al negocio jurídico se desarrolla, en la ciencia jurídica alemana, un complejo imponente de teorías, que ejercita gran influencia también más allá de su ambiente de origen: sobre todo en Italia, en donde la categoría deviene, en la primera mitad del novecientos, elemento central de las elaboraciones científicas del Derecho Privado. En cambio, en otros ambientes jurídicos la categoría no tiene igual fortuna: en el Derecho anglosajón es totalmente desconocida; el francés conoce una categoría asimilable (*acte juridique*), que sin embargo se mantiene marginal.

Con todo, existe una diferencia significativa entre la posición del negocio jurídico en Italia y en Alemania: el BGB de 1900 lo establece y lo regula expresamente, haciéndolo también una categoría legislativa; en Italia, el Código Civil (tanto el de 1865, como el de 1942) lo ignora, dejándolo en la condición de categoría puramente doctrinal.

11. LA CRISIS DEL NEGOCIO JURÍDICO

En la segunda mitad del novecientos la doctrina italiana comienza a reconsiderar críticamente la teoría del negocio jurídico, que se encamina a perder la importancia y la centralidad de las décadas precedentes. La doctrina cuestiona ambas funciones que habían justificado la creación.

Crisis de la
función
práctica

La función práctica es puesta en discusión porque se evidencia que justamente la generalidad de la categoría determina excesiva generalidad y abstracción de sus contenidos, escasa adherencia a los problemas específicos y a los intereses concretos que se manifiestan en relación a los distintos actos de la autonomía privada. Con la pretensión de considerar y tratar de manera unitaria actos tan diversos (como ventas y matrimonios, letras de cambio y testamentos, donaciones y adopciones, aceptaciones de herencia y constituciones de sociedades comerciales, etc.) se cae en el riesgo de perder aquella adherencia a la específica realidad socioeconómica, que es necesaria para individualizar soluciones jurídicas adecuadas.

Se pone en discusión también la función ideológica del negocio: en el cuadro del mismo proceso político-cultural que acompaña las crecientes restricciones públicas de la libertad contractual (2.11). Además los procesos de objetivación del contrato, tanto en su dimensión empírica (estandarización, adhesión, despersonalización), cuanto en la dimensión de las reglas de tratamiento (teoría de la declaración) marginan ese dogma de la voluntad individual, con el cual la teoría del negocio se identificaba: aunque no haya faltado —merced a la obra de Emilio Betti (1890-1968)—, un notable intento de recuperación del negocio en clave objetiva, y precisamente en la clave de la doctrina preceptiva (2.8).

Crisis de la
función
Ideológica

La idea de negocio jurídico se encuentra así ocupando un espacio severamente redimensionado en la moderna cultura del Derecho Privado.

En cuanto al Derecho positivo, las únicas referencias posibles a la categoría parecen encontrarse en las *normas que hablan de "actos" entendidos como actos de autonomía privada*, con los cuales el sujeto dispone voluntariamente de posiciones y relaciones jurídicas: los actos que, según la tradición, se llaman precisamente "negociales". Las normas se reducen a los arts. 2^o y 428^o, sobre los requisitos de capacidad para obrar (legal y respectivamente natural) del autor del acto (34); y el art. 1350, inc. 13 sobre la forma de los actos (10). Este último, por lo demás, no evoca una categoría general, sino que remite a figuras tipificadas por la ley. Además, el valor de la capacidad de entender y de querer, como elemento caracterizador de la categoría de los actos negociales, es ofuscado por el hecho de que el mismo elemento se plantea como requisito general de relevancia jurídica de actos ciertamente no negociales, como los actos dañosos generadores de responsabilidad (art. 2046).

Negocio
jurídico y
Derecho
positivo

Capacidad
para obrar

Forma

Con todo, en el momento mismo en el cual se plantean problemas de regulación distintos de los apenas indicados, la categoría de los actos negociales *pierde su unidad y pide ser descompuesta al menos en tres más restringidas categorías*, cada una de las cuales apreciablemente homogéneas en su interior y sensiblemente diferenciada de las otras en cuanto al régimen de tratamiento jurídico. La primera categoría comprende los actos personales (y en primer lugar familiares), caracterizados por la incidencia sobre situaciones jurídicas no patrimoniales, y de la estrecha conexión con la esfera más íntima de la persona: prototipo el matrimonio. La segunda comprende los actos por causa de muerte realizados en vista del fin de la vida del sujeto y destinados a producir efectos en relación a tal evento: prototipo el testamento. La tercera comprende los actos patrimoniales entre vivos: por un lado el contrato, por el otro los "actos unilaterales entre vivos que tienen contenido patrimonial", evocados por una norma (art. 1324) sobre la cual regresaremos (4.6).

Actos
personales

Actos por
causa de
muerte

Actos
patrimoniales
entre vivos

No se niega que la naturaleza de actos de autonomía privada, que agrupa las tres categorías, haga emerger *exigencias y perfiles de tratamiento lato sensu communes* (más allá de aquellos relativos a la capacidad del autor del acto): en primer lugar, la exigencia de garantizar una apreciable integridad del proceso decisional, por consiguiente una cierta relevancia de los vicios de la voluntad (35-37); luego, la exigencia de cancelar las manifestaciones de autonomía desaprobadas por el ordenamiento, por consiguiente una cierta regulación de la ilicitud de los actos (17.12-18). Y en efecto, el error, la amenaza y el engaño, por un lado, la ilicitud, por el otro, están disciplinados tanto en referencia a los actos personales, como a los actos por causa de muerte, y a los actos patrimoniales entre vivos: pero el punto es que

Vicios de la
voluntad

Ilícitud

cada una de estas categorías, están disciplinadas con *reglas tan distintas*, que deviene artificioso y vacuo cualquier intento de reducción a unidad.

12. LOS ACTOS NO NEGOCIALES

Además del significado *positivo* de identificar actos que presentan elementos constitutivos y perfiles de disciplina comunes (justamente los actos negociales), la teoría del negocio también tiene un significado *negativo*: identificar los actos no negociales, esto es, aquellos que, no presentando los elementos constitutivos de negocio, no están sujetos a la disciplina correspondiente.

Características

El negocio es manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos conformes a la voluntad misma. *Al contrario*, son actos no negociales los *actos no voluntarios*; y además los *actos aunque voluntarios, en los cuales la voluntad no está dirigida a producir conformes efectos jurídicos* o, en todo caso, en lo que los efectos se producen prescindiendo de la voluntad misma: el acto voluntario funciona como simple presupuesto fáctico, al cual se vinculan los efectos establecidos por la ley con total independencia del si y del cómo tales efectos correspondan a las representaciones y a la voluntad del autor.

Actos ilícitos
Actos debidos

Declaraciones
de ciencia
Participaciones

Son actos no negociales los actos ilícitos productores de daño (art. 2043); los actos debidos, como los pagos (arts. 1176 ss.); los actos que consisten en declaraciones de ciencia, como el recibo (art. 1199) y la confesión (art. 2730); las participaciones o comunicaciones, como la notificación al deudor cedido como consecuencia de la cesión del crédito (art. 1264) y la denuncia de los vicios de la cosa comprada o vendida (art. 1495).

Heterogeneidad

Si no tiene gran sentido una categoría unitaria de los actos negociales, tiene aún menos sentido erigir en categoría general los actos no negociales, identificados por el dato solo negativo del no ser actos de autonomía. Sus tratamientos jurídicos son totalmente heterogéneos: sobre todo en cuanto a la relevancia de la capacidad legal y natural del autor, y en cuanto a la relevancia y disciplina de los vicios de la voluntad.

13. EL CONTRATO Y LA NORMA

La categoría del contrato invoca de varias maneras —fecundas de sugerencias para el jurista— la categoría de la norma jurídica, es decir, de la regla de conducta o del vínculo, legalmente protegido, que incide en la esfera de los sujetos.

Contrato
como norma

La invoca por asimilación: el contrato como norma. La perspectiva encuentra apoyo en importantes datos textuales: la definición del art. 1321 asigna al contrato también la función de "*regular (...) una relación jurídica*"; el art. 1372¹ dota al contrato de "*fuerza de ley*



entre las partes" (23.1); el mismo término "*autonomía*" evoca, en el segundo de los étimos que lo componen, la idea de norma.

En el plano del pensamiento jurídico, la idea "normativa" del contrato está fuertemente valorizada por la *teoría preceptiva* (2.8). En una perspectiva teórica aún más autorizada, es puesta como fundamento de las relaciones entre el contrato y el ordenamiento jurídico: en la concepción de Hans Kelsen (1881-1973) el contrato (y más en general el negocio) se coloca dentro de la "*construcción por grados*" del ordenamiento en cuanto produce normas funcionalmente ligadas a normas (legales) de nivel superior que las legitiman. Pero, si bien se ve, la idea misma del contrato como norma es la base de una concepción antitética de la kelseniana, como lo es la concepción de la *pluralidad de los ordenamientos jurídicos*, elaborada por Santi Romano (1875-1947): porque en definitiva es el contrato el que funda muchos de los ordenamientos privados que, junto al ordenamiento estatal y en posición de igual dignidad con este, dan cuerpo a la realidad jurídica en conjunto.

La idea del contrato como norma está apoyada posteriormente, en el plano empírico, por el fenómeno que exalta el valor general o, en todo caso, supraindividual de la regla contractual: los contratos estándar (2.9); los contratos asociativos, que fundan las organizaciones y determinan, con los estatutos, las reglas de vida interna (18.11); los contratos colectivos (2.10), que se vinculan a la figura no por casualidad definida como contrato "normativo" (22.10).

También está sostenida por el fenómeno, siempre más extendido, de la autoreglamentación de categoría. Las asociaciones (privadas) que representan una u otra categoría de operadores profesionales elaboran reglas para regular los comportamientos de los integrantes singulares de la categoría misma en el ejercicio de la actividad profesional, y especialmente en las relaciones con los clientes (denominados códigos de autorregulación); y los singulares operadores de la categoría están sometidos a ellas. El sometimiento a estas normas de producción privada tiene base contractual: el miembro de la categoría está sometido, en cuanto se ha adherido libremente, con el contrato asociativo, a la organización que produce las normas.

Autodisciplina

Pero bajo otro perfil, la invocación del contrato a la norma es una invocación por contraposición: contrato *versus* norma. Los términos se contraponen cuando la "norma" es entendida en la acepción (que corresponde, por lo demás, al sentido común) de norma legal o de norma "pública" y heterónoma, en cuanto puesta por una autoridad pública sin el acuerdo ni siquiera formal del destinatario de esta; mientras del contrato se valoriza la naturaleza de autoreglamento de los intereses de las partes, es decir, de norma puesta por los mismos destinatarios, en lugar de haber sido dictada desde el exterior. La contraposición se aprecia con particular claridad, por ejemplo, cuando se razona sobre las restricciones públicas de la libertad contractual (2.11): restricciones que encuentran en las normas (legales) su principal vehículo.

Contrato
versus norma

Contrato *como* norma, y contrato *versus* norma. Entre estas polaridades ideales se desarrolla —y nutre el pensamiento jurídico-filosófico-político— la *dialéctica entre norma y contrato*: lente con el cual se miran los antiguos nudos de la libertad y de la autoridad, del poder público y de los poderes privados, del Estado y de los grupos intermedios, de las instancias colectivas y de los intereses privados, de la *volonté générale* y de las garantías individuales.

14. EL CONTRATO Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Eficiencia

El análisis económico del Derecho es un método de valoración e interpretación de las reglas jurídicas, fundado en el criterio de la eficiencia, entendida como *la asignación óptima de los recursos* (es decir, la asignación que maximiza las utilidades en conjunto que se pueden recabar de los recursos mismos). En base a ello, una regla (o la posible interpretación de una regla) merece ser aprobada si orienta los comportamientos de los destinatarios de manera que garantiza la máxima eficiencia; es reprobada si legitima comportamientos ineficientes o menos eficientes de aquellos que serían inducidos por una regla (o una interpretación) diversa.

El método emplea sofisticadas categorías del análisis microeconómico. Nace y se desarrolla en los Estados Unidos, pero en las últimas décadas del siglo XX ha encontrado cultores también en Europa. Comprensiblemente, sus aplicaciones se refieren preferentemente a los sectores del Derecho Privado patrimonial: propiedad, responsabilidad, contrato.

Áreas de aplicación

El análisis económico del Derecho de los contratos se ejercita sobre todo en tres áreas. Una es la de los contratos celebrados por una *parte que se encuentra en condiciones disminuidas* (por ejemplo, porque es incapaz de entender y de querer, o porque ha sufrido una amenaza, o porque se encuentra en un estado de peligro, necesidad o dependencia). La segunda área es la de los contratos caracterizados por una *"asimetría informativa"* entre las partes (una de las cuales ha contratado en base a un error suyo o de informaciones falsas o insuficientes). La tercera área se refiere *al cumplimiento y el incumplimiento del contrato*: criterios de la responsabilidad por el incumplimiento; remedios para el caso de incumplimiento (y en particular para la cuantificación del resarcimiento debido); el sobrevenir de hechos que alteran el original equilibrio económico del contrato.

Costos de transacción

Un concepto clave del análisis económico del Derecho, relevante sobre todo en materia de contrato, es el de los "costos de transacción" (*transaction costs*): los costos relativos a la búsqueda de la contraparte, a las tratativas con ella, a la redacción del contrato, a la gestión de la relación contractual. El cálculo de la eficiencia implica no solo el cálculo de los recursos directamente puestos en juego como objeto del contrato, sino también el cálculo de costos de transacción referidos al mismo; para valorar la eficiencia de una regla o solución interpretativa debe también considerarse si esta aumenta o reduce los costos de transacción.

Contrato y operación económica

El análisis económico del Derecho presupone que el contrato sea el ropaje jurídico de una operación económica, o económicamente estimable. De esta misma premisa deriva otra consecuencia: para juzgar una litis sobre un particular contrato, es necesario apreciar la operación económica que le subyace. Solo representándose con claridad y precisión los términos de la operación económica que las partes querían realizar (la que se suele llamar "economía del contrato"), pueden afrontarse conscientemente la gran parte de las cuestiones relevantes para decidir —entre los contratantes en litis— quién tiene razón y quién no.

Economía del contrato

Atención, sin embargo: hacer esto no significa hacer análisis económico del Derecho (de los contratos). Esta última tiene por objeto reglas generales y abstractas: sirve para valorar o construir reglas aplicables en general a todo contrato (o tipo o clase de contratos). La economía del contrato se refiere al particular contrato en relación al cual debe juzgarse; reconstruir la economía de este no sirve para individualizar la regla aplicable, sino —dando por descontado que ya se sepa cuál regla debe aplicarse al contrato en el caso litigioso— sirve para distribuir concretamente, en base a esa regla, la razón y la sinrazón entre las partes.

BIBLIOGRAFÍA

2. R. SACCO, *Alla ricerca dell'origine dell'obbligazione*, en *Rivista di diritto civile*, 1999, I, p. 609; A. DI MAJO, *Una dottrina unitaria della obbligazione civile (a proposito del secondo libro del BGB)*, en *Europa e diritto privato*, 1998, p. 221; A. CHIANALE, *Obbligazione*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XII, Torino, 1995, *ad vocem*; G. GANDOLFI, *Verso il tramonto del concetto di "obbligazione" nella prospettiva di un codice unico per l'Europa?*, en *Rivista di diritto civile*, 1995, I, p. 203; A. DI MAJO, *Obbligazione (teoria generale)*, en *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, 1990, *ad vocem*; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 133; S. MAIORCA, *Le obbligazioni*, Torino, 1982; M. GIORGIANNI, *Obbligazione*, en *Novissimo digesto italiano*, XI, Torino, 1965, *ad vocem*.
3. F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati di credito*, Milano, 1998; AA.VV., *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991.
4. A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa e diritto privato*, 2000, p. 1; A. FIGONE, *La tutela aquiliana del contratto*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, III, Torino, 1999, p. 2417; S. MIRATE, *Responsabilità del vettore ferroviario per danni ai viaggiatori: dal concorso di azioni al cumulo di disciplina contrattuale ed extracontrattuale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1999, p. 748; M. FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto*, en *Trattato contratti Rescigno*, II, Torino, 1999, p. 1597; C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, en *Scritti in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147; M. FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, II, p. 1053; M. FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto nella casistica giurisprudenziale*, en *Rassegna di diritto civile*, 1989, p. 20; D. POLETTI, *Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto*, en *Contratto e impresa*, 1987, p. 139; G. VISINTINI, *La tutela aquiliana delle posizioni contrattuali*, en *Contratto e impresa*, 1985, p. 651; C. ROSSELLO, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1985, II, p. 317; F. ZICCARDI, *L'induzione all'inadempimento*, Milano, 1979; A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Milano, 1972; F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964.
5. V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 1999; G. VECCHIO, *In tema di contratti d'impresa*, en *Giurisprudenza italiana*, 1999, p. 1562; F. DI SABATO, *Contratti dei consumatori, contratto di impresa*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, p. 657; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, en *Giurisprudenza italiana*, 1993, IV, p. 57; AA.VV., *Contratti d'impresa*, Milano, 1993; A. DI AMATO, *Impresa e nuovi contratti*, Napoli, 1991; A. DALMARTELLO, *Contratti d'impresa*, en *Enciclopedia giuridica*, VIII, Roma, 1988, *ad vocem*.
6. U. BECHINI, *Convenzioni matrimoniali*, en AA.VV. (al cuidado de P. Cendon, *La famiglia*, II, Torino, 2000, p. 51; F. BOCCHINI, *La pubblicità delle convenzioni matrimoniali*, en *Rivista di diritto civile*, 1999, I, p. 439; T. MONTECCHIARI, *In tema di forma e contenuto*

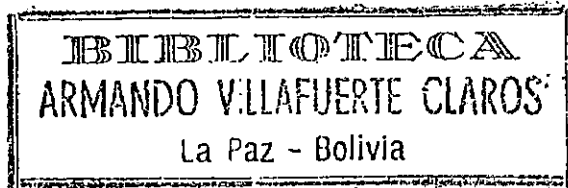
delle convenzioni matrimoniali modificative, en *Diritto e famiglia*, 1997, p. 1328; AA.VV. (al cuidado de G. Fucillo), *Famiglia e circolazione giuridica*, Milano, 1997; G. OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, en *Famiglia e diritto*, 1995, p. 596; E. ROPPO, *Convenzioni matrimoniali*, en *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1988, ad vocem; E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983.

7. G. BONILINI, *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, en *Rivista del notariato*, 2000, p. 789; M.R. MARELLA, *Il divieto di patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, II, Torino, 1999, p. 1709; A. ZOPPINI, *Il patto di famiglia (linee per la riforma dei patti sulle successioni future)*, en *Diritto privato*, 1998, p. 255; M. STELLA RICHTER jr., *Il "patto d'impresa" nella successione nei beni produttivi*, en *Diritto privato*, 1998, p. 267; A. PALAZZO, *Declino del divieto dei patti successori, alternative testamentarie e centralità del testamento*, en *Jus*, 1997, p. 289; C. CACCAVALE y F. TASSINARI, *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, en *Rivista di diritto privato*, 1997, p. 74; V. ROPPO, *Per una riforma del divieto di patti successori*, en *Rivista del diritto privato*, 1997, p. 5; C. CACCAVALE, *Patti successori: il sottile confine tra nullità e validità negoziale*, en *Notariato*, 1995, p. 554; P. RESCIGNO, *Attualità e destino del divieto di patti successori*, en AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, p. 1; D. DI COLA, *Sull'accertamento dei patti successori*, en *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, 1, p. 1807; G. BONILINI, *Il legato di contratto*, en *Contratti*, 1994, p. 627; P. RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, en *Vita notarile*, 1993, p. 1281; G.M. BERRUTI, *Clausole statutarie e divieto dei patti successori*, en *Corriere giuridico*, 1992, p. 1233; N. DI MAURO, *Patti successori, donazioni mortis causa e contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante*, en *Giustizia civile*, 1991, 1, p. 1791; M.R. MARELLA, *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1991, II, p. 91; F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano, 1990; R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, en *Rivista del notariato*, 1988, p. 1209; A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976.
- 8-9 L. BOBBIO, *Produzioni di politiche a mezzo di contratti nella pubblica amministrazione italiana*, en *Stato e mercato*, 2000, p. 111; A. GIADROSSI-A. DAPAS-L. VIOLA, *L'attività negoziale della pubblica amministrazione*, en *Contratti Cendon*, II, Torino, 2000, p. 203; D. MEMMO, *I modelli di amministrazione per contratto nella giurisprudenza (ovvero alla ricerca dei diritti soggettivi perduti)*, en *Contratto e impresa*, 1999, p. 30; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Accordo di programma*, en *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, III, Milano, 1999, ad vocem; D. MEMMO, *Il diritto privato nei contratti della pubblica amministrazione*, Padova, 1999; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998; A. CIMEL-LARO-A. FERRUTI, *La conferenza di servizi e l'accordo di programma*, Rimini, 1998; L. FRANZESE, *Il contratto oltre privato e pubblico-Contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario*, Padova, 1998; P. AMADEI-E. CROCI-G.PESARO, *Nuovi strumenti di politica ambientale. Gli accordi volontari*, Milano, 1998; G. D'AURIA, *Autorità e*

- contratto nell'amministrazione italiana oggi*, en *Politica del diritto*, 1998, p. 201; N. ALCARDI, *La disciplina generale degli accordi amministrativi: fondamenti e caratteri*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, p. 1; L. TORCHIA, *La conferenza di servizi e l'accordo di programma ovvero della difficile semplificazione*, en *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, p. 675; B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, en *Diritto amministrativo*, 1995, p. 483; G. VETTORI, *Accordi "amministrativi" e contratto*, en *Contratto e impresa*, 1993, p. 518; R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII, Torino, 1993, *ad vocem*; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; D. BORTOLOTTI, *Contratti della pubblica amministrazione*, en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV, Torino, 1989, *ad vocem*; F.P. PUGLIESE, *Contratto (contratti della pubblica amministrazione)*, en *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, IX, *ad vocem*; S. BUSCEMA-A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, en *Trattato di diritto amministrativo*, dirigido por G. Santaniello, VII, Padova, 1987; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato-I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986.
- 10-11. G.B. FERRI, *La volontà privata e la teoria del negozio giuridico*, en AA.VV., *Contratto e lavoro subordinato. Il diritto privato alle soglie del 2000*, Padova, 2000, p. 55; V. SCALISI, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal Bgb*, en *Rivista di diritto civile*, 1998, I, p. 535; V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998; A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, en *Rivista di diritto civile*, 1996, I, p. 1; G.B. FERRI, *Negozio giuridico*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XII, Torino, 1995, *ad vocem*; M. FRANZONI, *Il dibattito attuale sul negozio giuridico*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, p. 409; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico e le idee di Luigi Cariota Ferrara*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1995, 1, p. 683; U. SALVESTRONI, *Vita e vitalità del contratto*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1994, p. 167; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1993; L. VALLE, *Il dibattito sul negozio giuridico in Italia*, en *Contratto e impresa*, 1993, p. 566; N. IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica. Letture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991; V. PIETROBON, *Dal negozio al contratto?*, en *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova, 1991, p. 349; C. SCOGNAMIGLIO, *Negozio giuridico (Profili generali)*, en *Enciclopedia giuridica*, XX, Roma, 1990, *ad vocem*; M. COSTANZA, *Contratto e negozio: due non categorie*, en *Vita notarile*, 1988, p. 500; F. GALGANO, *Crepuscolo del negozio giuridico*, en *Contratto e impresa*, 1987, p. 733; S. PATTI, *Il negozio giuridico: e vera "crisi"?*, en *Rivista di diritto civile*, 1987, II, p. 627; AA.VV. (al cuidado de C. Salvi), *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, Milano, 1978; G. MIRABELLI, *Negozio giuridico (teoria del)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1978, *ad vocem*; F. GALGANO, *Il problema del negozio giuridico*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977, p. 449; F. GALGANO, *Negozio giuridico*, en *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano, 1977, *ad vocem*.
- 12: V. PANUCCIO, *Partecipazioni e comunicazioni*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, 1982, *ad vocem*; G. CASTIGLIA, *Sulle anomalie dell'elemento soggettivo nelle partecipazioni*

di volontà, en *Rivista di diritto civile*, 1977, II, p. 139; V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966.

14. G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nell'economia e nel diritto*, Padova, 2000; G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1999, I, p. 67; AA.VV. (al cuidado de N. IRTI), *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, Padova, 1999; G. ALPA-A. GIAMPIERI, *Analisi economica del diritto e analisi del metodo: la questione del danno contrattuale*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, III, Torino, 1999, p. 2409; G. ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999, p. 725; R. COOTER-U. MATTEI-P. G. MONATERI-R. PARDOLESI-T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999; AA.VV. (al cuidado de G. Alpa), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998; P. GALLO, *Analisi economica del diritto*, Torino, 1998; A. SCHWARTZ, *Law ad economics: l'approccio alla teoria del contratto*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1996, p. 427; R. PARDOLESI, *Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1996, p. 451; A. CHIANCONE-D. PORRINI, *Lezioni di analisi economica del diritto*, Torino, 1996; P. G. MONATERI, *Risultati e regole (Un'analisi giuridica dell'analisi economica del diritto)*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1995, p. 605; And. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992; F. COSENTINO, *Autonomia privata e paternalismo del legislatore nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1988, p. 473; F. ROMANI, *Appunti sull'analisi economica dei contratti*, en *Quadrimestre*, 1985, p. 15; R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto dei contratti*, en *Politica del diritto*, 1978, p. 699.



CAPÍTULO IV

LAS FUENTES DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS

1. Premisa.— 2. El contrato y la Constitución: tutela constitucional de la libertad contractual.— 3. La aplicación directa de las normas constitucionales y el principio de igualdad.— 4. El contrato en el Código Civil.— 5. El contrato y las leyes especiales.— 6. Ámbitos de aplicación de la disciplina del contrato.— 7. Derecho Internacional Privado. Uniformación internacional del Derecho de los contratos.— *Bibliografía.*

1. PREMISA

Las reglas sobre los contratos surgen de una variedad de fuentes del Derecho, que componen un cuadro complejo y articulado.

Pluralidad de fuentes

La jerarquía de las fuentes impone partir de la Constitución (4.2-3).

Para pasar inmediatamente después al Código Civil, y examinar el modo en el cual las reglas sobre el contrato resultan organizadas dentro de la estructura del código: en particular, las relaciones entre parte “general”, sobre el contrato “en general”; y parte “especial”, sobre los singulares contratos (4.4).

Luego se considera una fuente del Derecho que tiende a adquirir un papel siempre más importante en la construcción de la disciplina del contrato: la legislación especial (4.5).

Por consiguiente se examina el ámbito de aplicación de las reglas sobre el contrato en general, más allá de la figura estrictamente vinculable a la definición del art. 1321 (4.6).

Finalmente, se consideran las fuentes (y más en general los modos) capaces de propiciar la uniformación internacional del Derecho de los contratos (4.7).

2. EL CONTRATO Y LA CONSTITUCIÓN: TUTELA CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL

Las normas constitucionales operan como fuentes del Derecho esencialmente en dos modos: como parámetros para el juicio de legitimidad de las leyes ordinarias y como reglas directamente aplicables a las relaciones entre sujetos. Ambos modos pueden entrar en juego en la materia del contrato.

Criterio de legitimidad de las leyes

Examinar la manera en la cual las normas constitucionales operan como criterios de legitimidad de las normas ordinarias reguladoras de los contratos significa primeramente afrontar una cuestión: si la libertad contractual está constitucionalmente tutelada. Porque si la respuesta fuera afirmativa, se abriría el problema de la posible inconstitucionalidad de las leyes (numerosas e incisivas: 2.11) que limitan variadamente las libertades contractuales. El debate doctrinal y las contribuciones de la Corte Constitucional sobre el tema se han manifestado con una cierta riqueza sobre todo en los años '60 y '70 del siglo XX, para después decaer.

Tutela constitucional indirecta

La premisa generalmente compartida es que en nuestro sistema la libertad contractual no recibe una tutela constitucional directa, sino solo indirecta: es tutelada en la medida en la cual sea funcional o instrumental a otros valores, ellos sí directamente tutelados por la Constitución.

Así, de la tutela constitucional de la *libertad de asociación* (art. 18 C) derivaría la inconstitucionalidad de normas que restringieran indebidamente la libertad de los ciudadanos de celebrar los contratos que están en la base del fenómeno asociativo (a partir de los contratos constitutivos de las asociaciones). La tutela constitucional de la *libertad de manifestación del pensamiento* (art. 21¹ C) así como del arte, la ciencia y la correspondiente enseñanza (art. 33¹ C) podría considerar constitucionalmente ilegítimas normas que limitaran la libertad de celebrar contratos de edición, que solos garantizan la efectividad de los valores apenas citados. Y una norma que, por absurdo, prohibiera las donaciones estaría en conflicto con la garantía constitucional del *libre y pleno desenvolvimiento de la personalidad humana* (arts. 2; 3² C), que en el acto gratuito puede encontrar un importante modo de realización.

Propiedad privada

Los valores constitucionales directamente tutelados, capaces de fundar la indirecta tutela constitucional de la libertad de contrato, son sobre todo dos: la iniciativa económica privada (art. 41 C) y la propiedad privada (art. 42 C). El contrato es instrumento esencial para ejercitar y valorizar la propiedad, coacervo de *facultades de goce y disposición* (art. 832): disponer de las cosas implica, casi por definición, hacer contratos; pero de contratos se necesita también para realizar muchas oportunidades de goce. Aún más fácilmente se aprecia la necesaria instrumentalidad del contrato para el ejercicio de la iniciativa económica, que sin contratos sería impracticable:

Iniciativa económica

basta citar cuanto se ha dicho sobre las *relaciones entre contrato y empresa* (3.5).

Las normas que restringen la libertad de hacer contratos sobre bienes propios o para el ejercicio de una empresa pueden por consiguiente caer bajo el escrutinio de los arts. 41¹ y 42², primera parte, C. Pero en el momento mismo en el cual garantizan iniciativa económica y propiedad privada, las normas constitucionales las limitan en nombre de otros y superiores valores: la iniciativa económica sufre los límites necesarios para hacerla compatible con la *utilidad social* y la *seguridad, libertad y dignidad humana*, así como con la exigencia de que la actividad económica esté “enderezada y coordinada a *fines sociales*” (art. 41² y 3 C); la propiedad sufre los límites necesarios para “asegurarle la *función social*” (art. 42², segunda parte C). Y entonces el juez de constitucionalidad no debe simplemente preguntarse si la norma que restringe la libertad de contrato impone una significativa lesión a la propiedad o a la iniciativa económica de los contratantes; sino más bien, admitiendo que exista lesión, debe también preguntarse si esta está por ventura justificada a la luz de los valores “sociales” que circunscriben la garantía constitucional de los propietarios y de los empresarios.

Límites

En estos principios y en este método de juicio se inspiran los pronunciamientos hechos sobre la materia por la Corte Constitucional (especialmente en los años ‘60 y ‘70 del siglo XX): pronunciamientos relativos sobre todo a leyes “vinculatorias” en materia de locaciones urbanas y de contratos agrarios (prórrogas coactivas, cánones tarifados por la autoridad). Casi todas han reconocido la constitucionalidad de las leyes restrictivas de la libertad contractual, paulatinamente sometidas a escrutinio.

Corte
Constitucional

En cuanto a las leyes que restringen la libertad contractual en los contratos de trabajo subordinado, éstas encuentran amplia legitimación en los principios constitucionales de protección de los trabajadores (arts. 35 y ss. C).

Finalmente, cuestiones de constitucionalidad de las leyes que regulan los contratos pueden plantearse bajo otros perfiles, no sustanciales sino procedimentales: los perfiles de la reserva de ley y del exceso de delegación, como se verá mejor dentro de poco (4.5).

3. LA APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Llegamos ahora al segundo de los modos en los cuales la Constitución opera como fuente del derecho de los contratos: la aplicación directa de sus normas en las relaciones entre particulares. En este papel, la Constitución no protege la libertad contractual, sino al contrario ella misma la restringe.

Contra los contratos ilícitos, dirigidos a resultados que el ordenamiento desapruera porque afectan valores o intereses que el ordenamiento mismo quiere proteger, se desencadenan reacciones: los contratos son nulos y no producen efectos (38-39). Ello sucede cuando el contrato viola normas imperativas (17.13) o principios de orden público (17.14). Bien: las normas imperativas y los principios de orden público, capaces de determinar la nulidad del contrato singular, pueden resultar no solo de las leyes ordinarias, sino también de la Constitución. Así, por ejemplo, los arts. 36¹ y 37¹ C (principio de la retribución justa y suficiente; principio de paridad entre trabajadoras y trabajadores) han permitido a los jueces declarar nulas —también en ausencia de una expresa ley ordinaria— las previsiones de contratos de trabajo, que atribuían a los trabajadores retribuciones inadecuadas o atribuían a las trabajadoras retribuciones inferiores a las fijadas (frente a similares tareas y calidades) para los trabajadores. Y también: los principios constitucionales de libertad (personal, de opinión, de asociación, etc.: arts. 13 y ss. C) hacen ilícitos los contratos que restringen tales libertades a cargo de los contratantes.

Principio de igualdad .

Un principio fundamental de la Constitución es el principio de igualdad (art. 3 C): ¿Cómo gravita sobre el contrato?

Prohibición al legislador de discriminaciones irrazonables

Como *límite al arbitrio del legislador*, el principio de igualdad prohíbe las discriminaciones irrazonables: es decir, impide al legislador someter las diversas clases de sujetos a disciplinas diferenciadas, cuando la diferencia de disciplina no encuentre una razonable justificación. El principio se aplica a la disciplina de los contratos. Así, la Corte Constitucional (91/1973) ha podido declarar la inconstitucionalidad del art. 781, que prohibía las *donaciones entre cónyuges*, también evidenciando que discriminar entre la clase de los contratantes casados y la clase de los contratantes no casados está, desde el punto de vista de la posibilidad de donar y de recibir por donación, privado de justificación racional. Viceversa, nadie sospecharía la inconstitucionalidad de la disciplina de los contratos entre profesionales y consumidores, que no obstante otorga a estos últimos un tratamiento privilegiado (41.5-12), porque la diferencia está justificada por la necesidad de proteger a los contratantes débiles frente a los contratantes fuertes: igualdad significa no solo tratar en forma distinta situaciones iguales; sino también tratar de manera (razonablemente) distinta situaciones distintas.

Contratos discriminatorios:

... lícitos

¿El principio de igualdad encuentra aplicación directa en las relaciones contractuales? Vale decir: ¿están prohibidos los contratos que realizan desigualdades o discriminaciones? En línea de máxima debe responderse que no: en la medida en la cual es *reino de la libertad*, el contrato puede ser también *reino de la desigualdad y de la discriminación, basadas en libres elecciones de los contratantes*. A es libre de discriminar a B a favor de C, vendiendo su bien a C y no a B (porque este le es personalmente antipático o pertenece a una clase de sujetos por los cuales A no siente, globalmente, simpatía); X es libre de hacer con Y (si este está de acuerdo) un contrato "desigual", por ejemplo vendiéndole por 100 un bien que vale 50.

Ello no quita que, en ciertos casos, los contratos discriminatorios estén prohibidos. Veremos que a veces el legislador, al regular el contenido del contrato se preocupa de la igualdad entre las posiciones contractuales de las partes, entendida como equilibrio o reciprocidad de las posiciones mismas (17.4). El monopolista legal, obligado a contratar con todos, está obligado también a observar con todos "paridad de tratamiento" (2.12). Un marcado desfavor hacia los contratos discriminatorios, en cuanto factor de distorsión de la competencia entre empresas, se manifiesta en la legislación *antitrust*.

... y prohibidos

Legislación *antitrust*

Esta prohíbe los abusos de posición dominante, y uno de los posibles abusos es "aplicar en las relaciones comerciales con otros contratantes condiciones objetivamente distintas por prestaciones equivalentes" (art. 3, letra c) de la Ley 287/1990). Además prohíbe las concertaciones restrictivas de la competencia, entre las cuales se encuentran los acuerdos que comprometen a las partes a "aplicar en las relaciones comerciales con otros contratantes condiciones objetivamente distintas para prestaciones equivalentes" (art. 2², letra d) de la Ley 287/1990). Vale decir: para la empresa en posición dominante, discriminar está prohibido en sí; para la empresa en posición no dominante, no está prohibido en sí discriminar, sino solo concordar con otras empresas, un compromiso recíproco de discriminar sujetos ajenos al acuerdo.

4. EL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL

Dentro de la estructura del Libro Cuarto del código, la disciplina del contrato se presenta organizada en dos partes: la *disciplina del contrato "en general"* está contenida en el título II (arts. 1321-1469-*sexies*); en cambio el título III (arts. 1470-1986) contiene la *regulación de los "contratos singulares"*, es decir, de los diversos tipos contractuales (compraventa, locación, contrata, transporte, etc.), que dan lugar a la denominada parte "especial". De esta hablaremos más adelante (18).

Parte "general" y parte "especial"

En la concepción tradicional, la relación entre parte general y parte especial de los contratos se basaba en las siguientes premisas.

La concepción tradicional

Unidad contra pluralidad/fragmentación. El contrato, por lo general, es una figura unitaria, regulada con una disciplina homogénea. En cambio, la disciplina se fragmenta en relación a los singulares contratos: cada uno de ellos tiene sus propias reglas, diferentes de las de los otros tipos; la parte especial es, por consiguiente, el ensamblaje de una pluralidad de disciplinas heterogéneas, irreducibles a unidad.

Unidad/fragmentación

Regla contra excepción. La disciplina general tiene valor de regla aplicable a todo contrato, sea cual fuere el tipo especial de pertenencia: incorpora esta idea la previsión por la cual "Todos los contratos (...) están sometidos a las normas generales contenidas en este título" (art. 1323). En cambio,

Regla/ excepción

Art. 1323

la disciplina del tipo singular tiene carácter excepcional y alcance circunscrito: puede derogar a la disciplina general solo en cuanto a los puntos en los cuales expresamente se separa; y solo en relación a los contratos pertenecientes a ese tipo, estando excluida su aplicación analógica.

Centralidad/
marginalidad

Centralidad contra marginalidad. Por todo lo dicho, el corazón de la disciplina del contrato está constituido por las normas de parte general; las normas de parte especial tienen una posición de segundo plano.

Nuevos
desarrollos

Alguien niega que estas premisas tuvieran plena validez incluso en el tiempo de la codificación de 1942. Lo que es cierto es que estas están hoy en crisis, por efecto de procesos desarrollados con particular intensidad en la última fase del siglo XX. Casi todas las *nuevas reglas sobre los contratos*, producidas en gran número tras la entrada en vigor del código, no son reglas sobre el contrato en general, sino *reglas sobre singulares tipos (o clases) de contratos*. El dato cuantitativo induce variaciones cualitativas: las nuevas reglas sobre los contratos subvierten la cualidad de las relaciones entre disciplina general del contrato y disciplina de los contratos especiales, como tradicionalmente era concebida.

Fragmenta-
ciones
internas del
contrato en
general

Se ofusca la unidad del contrato en general y la figura conoce inéditas fragmentaciones internas. El elemento que sobre todo las determina es de naturaleza subjetiva, vale decir, la *calificación socioprofesional de los sujetos contratantes*: adquiere siempre mayor relieve la calificación de operador económico, de manera que se perfila con creciente claridad la bipartición entre *contratos de las empresas y contratos "entre particulares"*; y con las crecientes instancias de protección de los consumidores la primera categoría ulteriormente se descompone en las subcategorías de los *contratos entre empresas, y entre empresa y consumidor* (3.5). Pero la fragmentación corre también sobre el hilo de criterios objetivos: crece la relevancia de la distinción entre contratos efectivamente negociados entre las partes, y contratos elaborados e impuestos por una parte a la otra, sin tratativa (2.9).

Nuevas
disciplinas de
los contratos
particulares

Al contrario, las disciplinas especiales relativas a singulares contratos —en el momento mismo en el cual se multiplican, se enriquecen, se complican— adquieren una generalidad y una sistematicidad que en el pasado no tenían. Se organizan en "*microsistemas*"; generan principios dotados de fuerza expansiva, *reglas "transtípicas"* capaces de imponerse también más allá de los estrechos límites del tipo por el cual fueron dictadas; en conclusión, se liberan del estigma de excepcionalidad y la consecuente prohibición de analogía, que tradicionalmente limitaban su alcance.

Centralidad
de la "parte
especial"

Como consecuencia de todo ello, es imposible ver hoy la parte especial, correspondiente a los tipos singulares, como un elemento de segundo

plano de la disciplina del contrato. Ella reivindica un papel creciente en la completa definición de la figura; le disputa a la parte general esa centralidad que antes pertenecía en exclusividad a esta última.

5. EL CONTRATO Y LAS LEYES ESPECIALES

El proceso apenas descrito está determinado esencialmente por el desarrollo de la legislación especial, exterior al código.

Reforma del código

Después de 1942, las novedades legislativas sobre el contrato (es decir, como se ha visto antes, sobre los tipos singulares o clases de contrato) son muchas, pero solo raramente entran a reformar el código: el caso más importante es la nueva regulación de los *contratos entre profesionales y consumidores*, introducida en 1996 (arts. 1469-bis y ss.); en 1992 aparece el nuevo art. 1938 sobre la *fianza omnibus* (15.11); en 1991 y 1999 la nueva regulación de la *agencia* (arts. 1742 y ss.); en 1996 el nuevo art. 1815² sobre los *intereses usurarios en el mutuo* (40.8). Todas las otras numerosísimas normas de reciente producción quedan relegadas en la legislación especial: las más importantes se han citado ya, en cuanto restrictivas de la libertad contractual (2.11).

Legislación especial

Esta legislación especial sobre el contrato presenta algunas características salientes.

La más relevante es una característica de contenido. Las nuevas leyes especiales se refieren particularmente a contratos entre sujetos que se encuentran en el mercado, para intercambiar bienes o servicios que una de las partes produce y/o distribuye profesionalmente, son leyes de regulación del mercado que se establecen con la finalidad, inédita en nuestro sistema, de *corregir o prevenir distorsiones, desequilibrios e ineficiencias del mercado* mismo (41.1). En esta perspectiva, dictan reglas que innovan profundamente los principios tradicionales (41.18).

Regulación del mercado

Una segunda característica se refiere al origen de esta legislación. Casi siempre esta tiene un origen no nacional sino supranacional: actúa directivas europeas recogiendo en el ordenamiento italiano la disciplina elaborada en sede de la Unión Europea.

Matriz europea

Una tercera característica se refiere a las técnicas y fuentes de la regulación, levantando problemas con los cuales el estudioso del derecho de los contratos tiene escasa familiaridad. Es raro que la nueva disciplina de los contratos esté directamente contenida en normas de ley formal, de producción parlamentaria. Más a menudo las leyes en cuestión son leyes delegadas, que se limitan a fijar principios generales cuyo articulado desenvolvimiento es confiado a decretos legislativos (delegados) de producción gubernativa, de manera que es por estos que saldrán las nuevas reglas sobre el contrato: por su valoración (también en

Fuentes de la regulación

decretos delegados...

términos de legitimidad constitucional) deberá por consiguiente verificarse la *conformidad con la delegación*.

... y normas secundarias

Tampoco es infrecuente que la norma primaria (ley o decreto delegado) remita como suplemento de disciplina a fuentes secundarias, y en particular a resoluciones de las autoridades administrativas competentes para el gobierno del mercado al cual pertenecen los contratos a regular: por ejemplo, muchas normas sobre los contratos bancarios y financieros emanan de decretos o reglamentos del Ministerio del Tesoro, del Banco de Italia, de la Consob. Aquí el problema técnico es la *reserva de ley*: si la disciplina de los contratos (especialmente cuando conlleve restricciones de la libertad contractual) está reservada a fuentes primarias; y si la reserva es absoluta o relativa.

Aspectos problemáticos

Las características de la legislación especial sobre los contratos, recién señaladas, dan lugar a ulteriores aspectos problemáticos. Por su origen europeo, ella introduce en nuestro ordenamiento *elementos de derechos extranjeros*, no siempre filtrados o mediados de manera consciente. Por la adherencia a lógicas y finalidades de sector, se registran a menudo *defectos de coordinación* con el planteamiento general del código. Por la dominante vocación de regular específicas realidades de mercado, exhiben gustosos un *lenguaje economista*, sin demasiados escrúpulos de coherencia con la terminología técnica entregada por la tradición.

Leyes regionales

Se indica una última cuestión, en tema de fuentes: si, y en qué medida, las reglas sobre los contratos pueden ser establecidas por las leyes regionales.

6. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA DISCIPLINA DEL CONTRATO

Fuerza expansiva de las reglas sobre el contrato

El crecimiento de la parte especial del contrato, inducida por el desarrollo de la legislación especial de preponderante matriz europea, parece reducir el significado y el alcance que en el sistema competen a la parte general. Pero otros datos indican, al contrario, una fuerza expansiva de la disciplina del contrato en general.

Art. 1324

El primer dato emerge del código mismo, que con la última de las “disposiciones preliminares” introductivas a la disciplina de los “contratos en general”, señala: “Salvo disposición distinta de la ley, las normas que regulan los contratos se observan, en cuanto compatibles, en los actos unilaterales entre vivos que tengan contenido patrimonial” (art. 1324). La previsión, que extiende la disciplina del contrato más allá del contrato, provoca diversos problemas interpretativos.

Aplicabilidad de amplio radio

Un problema se refiere al radio de extensión: y sobre el punto prevalece —en doctrina y en jurisprudencia— una idea no restrictiva. La ultractividad de las normas sobre el contrato no se limita a la sola categoría expresamente indicada en el art. 1324 (actos unilaterales entre vivos con contenido patrimonial), sino va más allá: puede cubrir también actos por causa de muerte (a partir del testamento); puede cubrir también actos no

patrimoniales; se admite incluso que pueda llegarse hasta cubrir *actos no negociales*. En el plano teórico, la cuestión que al respecto se discute es si debe hablarse de aplicación directa o bien de aplicación analógica.

Otros problemas se refieren a la individualización de los límites puestos a la fuerza expansiva de la disciplina del contrato. El art. 1324 indica dos. El primero es la exclusión expresa (“Salvo disposición distinta de la ley [...]”): así, por ejemplo, la disciplina del contrato simulado no se aplica *tout court* a la simulación de todos los actos unilaterales, sino solo a los actos unilaterales recepticios calificados por un acuerdo simulatorio entre autor y destinatario (art. 1414³: 31.13). El segundo límite es la incompatibilidad (“[...] en cuanto compatibles”): a diferencia del primero, puesto directamente por el legislador, el segundo límite debe ser construido por el intérprete. Este debe valorar de manera combinada el acto no contractual en litis y la norma de los contratos, de cuya aplicación se discute, a los efectos de determinar si la segunda se adapta al primero (o si el primero soporta la segunda): es claro, por ejemplo, que la norma interpretativa que impone la búsqueda de la “intención común de las partes” (20.4) no es compatible con la estructura del acto unilateral (en particular si no recepticio: 5.3).

La evocación de una categoría de “actos”, más amplia de la de los contratos, ha llevado a ver en el art. 1324 una base normativa para la figura del negocio jurídico, superior al contrato (3.10). El argumento no prueba; más bien se presenta falaz, tanto por defecto como por exceso: por defecto, por cuanto el acto evocado por el art. 1324 tiene límites bastante más restringidos de los del negocio (dejando fuera los negocios *mortis causa*, y los no patrimoniales); por exceso, si es verdad que la norma, en la interpretación común, no excluye que la disciplina del contrato pueda aplicarse también a los actos no negociales. En conclusión: la teoría del negocio se acepta o se rechaza, con prescindencia del art. 1324. Es conceptualmente imprudente fundarla en una norma, que con una consideración realista no indica nada más que la fuerza expansiva de la disciplina del contrato más allá de los límites propios de la figura.

La fuerza expansiva de las normas sobre el contrato en general proyecta los arts. 1321 y ss. incluso a *áreas que no son las de los actos de Derecho Privado*, estrictamente entendidos. Se ha dicho del acuerdo como paradigma general de la acción pública, y se han evocado los acuerdos entre particular y administración, integrativos o sustitutivos de la resolución administrativa (3.9): bien, a estos se aplican, por expresa disposición de ley, “los principios del Código Civil en materia de obligaciones y contratos en cuanto compatibles” (art. 11² de la Ley 241/1990); y los mismos principios son invocados para disciplinar también los acuerdos entre administraciones públicas (art. 15² de la Ley 241/1990). Ellos penetran incluso en lugares en donde la autonomía privada es ajena, como el proceso penal: la irrevocabilidad del “pacto” propuesto por el imputado y aceptado por el ministerio público (art. 599^{4,5} CPP) se motiva evidenciando que en la materia “no pueden sino aplicarse los criterios establecidos para el contrato por los arts. 1326 y 1328 CC, a entenderse como criterios generales para todo negocio bilateral” (Cas. pen, 13484/1999).

Límites:

exclusión expresa...

... e Incompatibilidad

Art. 1324 y teoría del negocio jurídico

Disciplina del contrato y ...

... acuerdos de las administraciones públicas,...

... pacto en el proceso penal

7. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. UNIFORMACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS

Las normas de Derecho Internacional Privado cumplen una "elección entre leyes": indican cuál ley nacional es aplicable a una relación, en presencia de elementos que lo reconducirían a varios ordenamientos jurídicos distintos.

En materia de contrato vale el art. 57 de la Ley 218/1995, que a su vez remite a la Convención de Roma (1980) sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (ratificada con Ley 975/1984).

La Convención adopta un criterio principal y un criterio subordinado (arts. 3-4). El *criterio principal* es la elección de las partes. Solo si falta la elección de las partes, se acude al *criterio subordinado*: se aplica la ley del país con el cual el contrato presenta la conexión más inmediata. Para individualizarlo, se proponen algunas *presunciones*: si, por ejemplo, el contrato tiene por objeto un inmueble, se presume que esté más inmediatamente conexo con el país en el cual está ubicado el inmueble; en los otros casos la conexión más inmediata se presume con el país en el cual tiene sede la parte que debe realizar la prestación característica (por ejemplo, el servicio o el abastecimiento objeto del contrato). Otros artículos de la Convención se refieren a los tipos singulares o clases de contrato, como los contratos de los consumidores (art. 5) y el contrato de trabajo (art. 6); así como los perfiles particulares de la disciplina del contrato, como la invalidez (art. 8), la forma (art. 9) y la incapacidad (art. 11).

Toda la materia está gobernada por la cláusula general del orden público: la norma extranjera que resultaría aplicable en base a los criterios mencionados, no se aplica si su aplicación es "manifiestamente incompatible con el orden público" italiano (art. 16). Se alude aquí al orden público internacional, que tiene mallas más anchas que el orden público interno (17.14).

El recurso a las normas del Derecho Internacional Privado deviene superfluo cuando no es necesario realizar una "elección entre leyes" nacionales, en cuanto al contrato se aplica una disciplina internacionalmente uniforme.

Ello puede conseguirse a través de convenciones internacionales, con las cuales todos los países adherentes se empeñan en aplicar en su interior la misma disciplina, contenida en la convención. La más importante convención en materia contractual es la Convención de Viena (1980) sobre la venta internacional de bienes muebles, redactada por iniciativa de la ONU (ratificada por Italia con la Ley 765/1985). Pero existen otras: sobre los contratos de viaje (Bruselas, 1970, ratificada con Ley 1084/1977), *leasing* y *factoring* internacionales (Ottawa, 1988, ratificadas con Ley 259/1993 y Ley 260/1993).

Pero la uniformidad internacional puede perseguirse también con instrumentos no jurídicamente vinculantes, que operan más bien en el plano cultural. Se indican dos iniciativas.

Convención de Roma (1980)

Elección de las partes

Conexión más inmediata

Orden público (Internacional)

Disciplina uniforme

Convenciones internacionales

En 1994 *Unidroit* (Instituto internacional para la unificación del Derecho Privado, organización intergubernamental con sede en Roma, fundada en 1926 y actualmente compuesta por 56 Estados) ha producido un texto de “Principios de los contratos comerciales internacionales”, fruto de una elaboración desarrollada en el curso de muchos años con el trabajo conjunto de un gran número de estudiosos, operadores, funcionarios públicos y privados de los países miembros.

Principios
Unidroit

Un área de referencia más limitada —coincidente con los países de la Unión Europea— tienen los “Principios del Derecho europeo de los contratos”, que han sido trabajados, a partir de 1980, por una comisión de estudio formada por juristas de los diversos países de la UE y presidida por el danés Ole Lando. Una primera parte de los “Principios” ha salido en 1995; una versión más completa ha sido producida en 1999.

Principios
europeos
(Comisión
Lando)

Finalmente, debe recordarse que un formidable factor de uniformación sustancial del derecho de los contratos a escala europea está constituido por las directivas de la UE, muy numerosas sobre la materia (4.5). El texto de una directiva refleja reglas, principios, categorías y culturas que no son aquellas de un particular ordenamiento: sino constituyen una mixtura (más o menos equilibrada, según el grado de influencia que los diversos países miembros saben ejercitar en las sedes comunitarias competentes para la redacción del texto) de diversos ordenamientos y de los relativos modelos culturales. Sucede así que, recibiendo las directivas europeas sobre los contratos, el derecho italiano de los contratos incorpore en sí elementos que provienen de otras tradiciones jurídicas; y acoja reglas compartidas con los otros países de la Unión.

Directivas
europeas

BIBLIOGRAFÍA

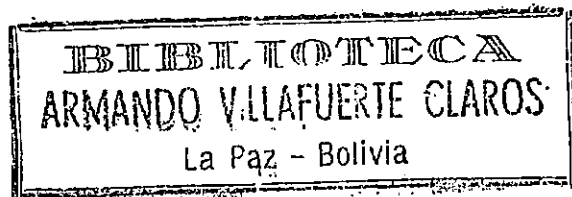
- 2-3. F.S. MARINI, *Il “privato” e la Costituzione*, Milano, 2000; A. SOMMA, *Autonomia privata*, en *Rivista di diritto civile*, 2000, II, p. 597; F. CRISCUOLO, *Autodisciplina, autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000; G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999;; A. BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, en *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 11; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, I, p. 1; S. MORELLI, *L'applicazione diretta della Costituzione nei rapporti interprivati*, en *Giustizia civile*, 1996, II, p. 537; L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica nella costituzione*, en AA.VV. (al cuidado de G. Vettori), *Persona e mercato*, Padova, 1996, p. 33; G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1995, p. 35;

- G. SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, 1, p. 2129; A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, Milano, 1971; M. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Milano, 1970; P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in P. Rescigno, *Persona e comunità*, Bologna, 1966, p. 335; P. RESCIGNO, *Ancora sul principio di eguaglianza nel diritto privato*, in P. Rescigno, *Persona e comunità*, Bologna, 1966, p. 362; P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in P. Rescigno, *Persona e comunità*, Bologna, 1966, p. 379; L. BELVISO, *Il Concetto di iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Rivista di diritto civile*, 1961, II, p. 149.
- 4-5. G. ALPA., *L'evoluzione della disciplina del contratto*, in *Trattato di diritto privato* dirigido por M. Bessone, XIII, Torino, 2000, p. 447; A. BALDASSARI, *Le fonti interne del contratto*, in *Contratti Cendon*, I, Torino, 2000, p. 119; G.B. FERRI, *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi?*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, p. 329; P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 804; G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 327.
6. G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997; N. IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Rivista di diritto civile*, 1994, I, p. 559.
- 7-8. P. BARCELLONA, *Il contratto e l'economia globale*, in AA.VV., *Contratti e lavoro subordinato. Il diritto privato alle soglie del 2000*, Padova, 2000, p. 33; G. CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, in AA.VV. (al cuidado de A. Tizzano), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, in *Trattato di diritto privato*, dirigido por M. Bessone, Torino, 2000, p. 607; G. ALPA, *La seconda versione dei "principles of european contract law"*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, II, p. 121; M. BUSSANI - A. MUSY, *I metodi della comparazione: il "Common Core" dei diritti europei del contratto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2000, p. 537; U. MATTEI, *Il nuovo diritto europeo dei contratti, tra efficienza ed eguaglianza*, allí mismo, 1999, p. 611; H.W. MICKLITZ, *Prospettive di un diritto privato europeo: ius commune praeter legem?*, in *Contratto e impresa. Europa*, 1999, p. 35; AA.VV. (al cuidado de R. Alessi), *Diritto europeo a autonomia contrattuale*, Palermo, 1999; R. ZIMMERMANN, *Lineamenti di un diritto europeo dei contratti*, in *Studium iuris*, 1999, p. 233; G. ALPA, *I principi dell'Unidroit. Quadro di sintesi*, in *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, I, Torino, 1999, p. 197; F. VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (gross disparity)*, in *Rivista di diritto privato*, 1999, p. 40; G. ALPA, *Un codice civile europeo: "e pluribus unum"*, in *Contratto e impresa. Europa*, 1999, p. 695; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il "codice civile europeo", le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo*, in *Il Foro italiano*, 1998, V, p. 60; AA.VV. (al cuidado de N. Lipari), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998; AA.VV., *Contratti commerciali internazionali e principi unidroit*, Milano, 1997; A.M. MANCALEONI, *I principi dei contratti tra equità, diritto direttive comunitarie*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1997, I, p. 283; M.J. BONELL, *I principi Unidroit-Un approccio moderno al*

diritto dei contratti, en *Rivista di diritto civile*, 1997, I, p. 231; G. ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, en *Contratto e impresa*, 1997, p. 961; F. FERRARI, *Principi generali inseriti nelle convenzioni internazionali di diritto uniforme: l'esempio della vendita, del factoring e del leasing*, en *Contratto e impresa. Europa*, 1997, p. 109; L. PONTIROLI, *La protezione del contraente debole nei principles of international commercial contracts di Unidroit: much ado about nothing?*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1997, I, p. 566; A. DI MAJO, *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, en *Contratto e impresa. Europa*, 1996, p. 287; AA.VV. (al cuidado de P. Stein), *Convegni di studio per la redazione del progetto di un codice europeo dei contratti*, Milano, 1996; M. J. BONELL, *Contratti internazionali (principi dei)* [voce nuova 1996], en *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1996, *ad vocem*; G.B. FERRI, *Il rolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei principi dell'Unidroit*, en *Contratto e impresa. Europa*, 1996, p. 825; M.J. BONELL, *Un "codice" internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 1995; G. DE NOVA, *I principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali*, en *Contratti*, 1995, p. 5; P. RESCIGNO, *Per un Restatement europeo in materia di contratti*, en AA.VV. (al cuidado de di L. Moccia), *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milano, 1993, p. 135.

SEGUNDA PARTE

LA FORMACIÓN



CAPÍTULO V

LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO: OFERTA Y ACEPTACIÓN

1. El acuerdo de las partes y la celebración del contrato.— 2. Esquemas normativos para la celebración del contrato.— 3. Oferta y aceptación: actos negociales, unilaterales, recepticios.— 4. El esquema general: oferta aceptada, con aceptación conocida por el oferente (o llegada a su dirección).— 5. La oferta de contrato.— 6. La aceptación: conocimiento y recepción.— 7. Los requisitos de la aceptación: conformidad a la oferta. La contraoferta. El rechazo de la oferta.— 8. *Sigue*: oportunidad y formalidad de la aceptación.— 9. La oferta al público.— 10. Cuestiones particulares de la oferta al público.— 11. Oferta al público y promesa al público.— 12. El lugar de celebración del contrato.— *Bibliografía*.

1. EL ACUERDO DE LAS PARTES Y LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

El contrato es acuerdo (art. 1321); el acuerdo es un requisito del contrato (art. 1325, inc.1). Para que un contrato se forme y exista, es necesario el acuerdo de las partes; sin acuerdo no hay contrato. Los criterios para establecer si existe acuerdo de las partes están contenidos en las reglas sobre la celebración del contrato (arts. 1326-1342): la sección que las aloja se titula justamente “Del acuerdo de las partes”.

Las reglas
sobre la
conclusión
del contrato

La importancia práctica de estas reglas deriva del hecho de que ellas gobiernan cuestiones muy relevantes como el “si”, el “cuándo” y el “dónde” de la formación del contrato.

En base a ellas se decide si el contrato existe o no existe; y por consiguiente si la parte que acciona pretensiones fundadas en el contrato tiene o no tiene los derechos correspondientes. Así, el demandado puede defenderse sosteniendo que la pretensión no existe porque está referido a un “contrato” que, en virtud de las reglas sobre la celebración del contrato, nunca se ha formado.

“si”

Resulta claro que las controversias sobre la celebración o no del contrato puede tener un impacto “dramático” en las posiciones de las partes: quien sostiene que el contrato se ha celebrado —y por consiguiente se organiza y se compromete y hace programas en vista de su actuación— vería su esfera trastornada por una decisión que lo declara no celebrado; contrariamente, quien sostiene que el contrato no se ha celebrado —y por consiguiente no

hace nada por actuarlo— corre el riesgo de verse imputar un incumplimiento total y, como consecuencia, sufrir una pesada carga de deberes resarcitorios, si la decisión dirá que el contrato se ha celebrado.

"Cuándo"

Si el contrato está celebrado, es en base a las mismas reglas que se decide *cuándo el contrato existe*, y por consiguiente a partir de cuál momento se producen sus efectos. Ello puede ser importante desde diversos puntos de vista. A veces los derechos y obligaciones de las partes se conforman por remisión a situaciones existentes "al momento" (por ejemplo, art. 1477¹) o "al tiempo" (por ejemplo, art. 1510¹) del contrato, o se producen "desde el día" del contrato (por ejemplo, art. 1477²). Hasta que el contrato no esté celebrado, se pueden tomar iniciativas para impedir la celebración, y evitar los vínculos que derivarían de este; tras la celebración, esas iniciativas serían ineficaces, porque el vínculo contractual se ha producido ya, a cargo de las partes. Si sobreviene una ley que dicta nuevas reglas para los contratos posteriores a una cierta fecha, establecer si el contrato se ha celebrado antes o después de esa fecha significa establecer si a este se aplican las viejas reglas o las nuevas. Si el contrato transfiere la propiedad de una cosa, puede ser importante por muchas razones saber si el adquirente deviene propietario desde el 15 de octubre o más bien desde un día anterior o desde un día sucesivo (22.5): y también esto depende del momento en el cual el contrato está celebrado, en base a las reglas sobre la celebración del contrato.

"Dónde"

Con las mismas reglas se decide *dónde se forma el contrato*. La "localización" del contrato en el espacio puede ser relevante con el fin de determinar la competencia territorial en las litis sobre el contrato: si "En las causas relativas a derechos de obligación es (...) competente el juez del lugar en el cual ha surgido (...) la obligación" (art. 20 CPC), y puesto que la obligación contractual surge en el lugar donde se forma el contrato que la genera, la competencia pertenece al juez del lugar que las reglas sobre la celebración del contrato indican como el lugar en el que el contrato se ha formado. Y puede ser importante también por otras razones: por ejemplo, si las partes no acuerdan sobre el nombramiento del tercero encargado de fijar el precio de la venta, este nombramiento lo hará el presidente del tribunal "del lugar en el que se ha celebrado el contrato" (art. 1473²); si el texto del contrato es ambiguo, se debe interpretar según las prácticas del "lugar en que (...) haya sido celebrado" (art. 1368¹).

2. ESQUEMAS NORMATIVOS PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

El acuerdo es un hecho calificado por normas: el hecho consiste en comportamientos de las partes; las normas son las reglas legales del derecho

escrito, pero también las reglas jurisprudenciales del “derecho en acción”, sobre la celebración del contrato.

Tales normas tienen en cuenta la gran variedad de supuestos de hecho. Por ejemplo: el acuerdo contractual puede formarse por escrito o bien verbalmente con medios de comunicación diversos; se puede formar entre partes presentes en el lugar o entre partes que se comunican a distancia; puede referirse a operaciones con ciertas características jurídico-económicas u operaciones con características jurídico-económicas bastante distintas. En cada situación, cambia el modo en el cual se presentan los contrapuestos intereses de las partes involucradas en la contratación, y en consecuencia cambia el modo en el cual las normas acomodan tales intereses: así que, a cada situación se adapta una regla sobre la celebración del contrato, que puede resultar no idónea para situaciones distintas, a las cuales se dedican por consiguiente reglas distintas.

Variedad de supuestos de hecho e intereses

Por lo tanto, existe una pluralidad de esquemas normativos para la celebración del contrato. Cada esquema se aplica a una determinada clase de contratos, en razón de algún elemento relevante que caracteriza a la clase. Los mismos comportamientos de las partes que en relación a un determinado contrato son idóneos para determinar la celebración (es decir: valen como “acuerdo”) porque así los califica el correspondiente esquema normativo, pueden no ser idóneos para determinar la celebración de un diferente tipo de contrato (en este caso no valen como “acuerdo”), porque el esquema normativo construido por esta diversa tipología contractual exige comportamientos distintos.

Pluralidad de esquemas normativos

Sin embargo, entre los diversos esquemas normativos para la celebración del contrato existe una jerarquía, o al menos, la ley parece intencionada a establecer una jerarquía. En efecto, de las normas se obtiene un esquema general, destinado a aplicarse en línea de principio a la generalidad de los contratos: el esquema definido por el art. 1326, con la importante integración del art. 1335. Y se obtienen esquemas particulares, que se aplican a particulares clases de contratos en derogación del esquema general.

Jerarquía:

Esquema general...

... y esquemas particulares

3. OFERTA Y ACEPTACIÓN: ACTOS NEGOCIALES, UNILATERALES, RECEPCIONES

El esquema general implica que la celebración del contrato esté determinada por *dos distintos actos, provenientes en secuencia de la una y de otra parte*: la oferta (o propuesta) de contrato, que quien toma la iniciativa del contrato dirige al sujeto con el cual desea celebrarlo (sujeto que, en cuanto blanco de la oferta, se llama destinatario); y la aceptación de la

Oferta

aceptación

oferta por parte de su destinatario. El encuentro entre oferta y aceptación, en los modos normativamente previstos, es el acuerdo contractual.

Como veremos (6), también algunos esquemas particulares de celebración del contrato implican el encuentro entre oferta y aceptación: pero sus modos son definidos de distinta manera respecto a los del esquema general. Otros esquemas particulares, en cambio, prescinden de este, y para ellos el contrato se celebra *sin necesidad de que una oferta encuentre una aceptación*: para la formación del acuerdo se reputa suficiente la oferta, seguida por un comportamiento del destinatario, diferente de la aceptación; o bien el acuerdo se forma en modos que no permiten razonablemente identificar ni una oferta ni una aceptación.

Naturaleza jurídica

Actos negociales precontractuales

La doctrina se pregunta sobre la naturaleza jurídica de la oferta y la aceptación, dividiéndose entre quienes la califican como actos negociales y quienes cuestionan la negociabilidad, definiéndolas como simples actos pre-negociales. El problema no es complicado. Oferta y aceptación no son aisladamente consideradas, el negocio contractual, no son el contrato, sino más bien elementos del contrato en vía de formación; por consiguiente no producen los efectos negociales propios del contrato. No obstante son actos negociales, en cuanto declaraciones de voluntad destinadas a crear un negocio (el contrato); y declaraciones que generan de por sí efectos jurídicos conformes a la voluntad del declarante (aun cuando efectos menores respecto a los que derivarían del contrato). Son actos negociales precontractuales.

Negocios preparatorios

Se ha planteado su inclusión en la categoría, de construcción doctrinal, de los negocios preparatorios: es decir, de los negocios —desde el contrato preliminar hasta la prelación convencional, desde la opción hasta el pacto sobre la forma, desde el poder hasta el contrato normativo— que tienen la característica de ser instrumentales a un sucesivo negocio (final) del cual surgirá el definitivo ajuste de intereses, ajuste que el negocio preparatorio de por sí no realiza. Sobre la homogeneidad y sobre la utilidad de la categoría los estudiosos debaten.

Actos unilaterales

Actos recepticios

Art. 1334

Lo que es cierto, es que oferta y aceptación son actos unilaterales (2.3), y (con la excepción de ese particular tipo de oferta que es la oferta al público: 5.9) actos recepticios. Desde el punto de vista del supuesto de hecho, los actos recepticios son aquellos *dirigidos a una persona determinada*; desde el punto de vista de la disciplina, estos “*producen efecto desde el momento en que lleguen a conocimiento de la persona a la que van destinados*” (art. 1334).

Art. 1335

La regla sobre la receptividad, que liga el efecto de la declaración a su conocimiento por parte del destinatario está, sin embargo, integrada por otra regla, capaz de influenciar profundamente en las aplicaciones operativas: “La oferta, la aceptación (...) y toda otra declaración dirigida a una determinada persona *se reputan conocidas en el momento en que lleguen a la dirección del destinatario*, si este no prueba haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de tener noticia de ellas” (art. 1335).

La *ratio* de la regla es: *certeza de las relaciones y facilidades de los juicios*. En cuanto a los hechos mentales, los modos de ser de la psiquis, los conocimientos y la ignorancia son difíciles de probar y determinar en un juicio. Sustituir a la prueba y a la determinación de tales condiciones psíquicas, cerradas en la esfera subjetiva de la persona, la prueba y la determinación de hechos materiales o en todo caso objetivos y externos —como la llegada de una declaración en un lugar, y la subsistencia de condiciones que hacen imposible el conocimiento de algo— simplifica los juicios y consecuentemente hace más seguras las relaciones. Además, puede servir para un más equilibrado ajuste de los intereses contrapuestos por las partes implicadas en la formación del contrato. Por otro lado, la sustitución no es arbitraria: si una carta llega a la dirección de A y no subsisten particulares factores obstaculizadores, ello equivale generalmente —en la realidad y en la percepción social— a su conocimiento por parte de A.

Ratio del art.
1335

Cual sea el específico efecto producido por el conocimiento por parte del destinatario (o de la llegada a su dirección), esto se verá separadamente para oferta y aceptación; y en cambio la receptividad tiene significado y valor algo diferente para uno y otro acto.

Finalmente, tanto para la oferta como para la aceptación vale el requisito de la direccionalidad voluntaria (5.5).

Direccionalidad
voluntaria

4. EL ESQUEMA GENERAL: OFERTA ACEPTADA, CON ACEPTACIÓN CONOCIDA POR EL OFERENTE (O LLEGADA A SU DIRECCIÓN)

El esquema general para la celebración del contrato resulta, en sus líneas esenciales, de la combinación de lo dispuesto en el art. 1326¹ y en el art. 1335.

Esquema
general

“El contrato queda celebrado en el momento en que quien ha hecho la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte” (art. 1326¹). Pero la ley rinde alternativos el momento en que el oferente tiene tal conocimiento, y aquel en el que la aceptación llega a su dirección (salvo el caso de circunstancias no imputables a culpa del oferente, que hagan imposible tener noticia de ello): art. 1335.

Art. 1326¹

Art. 1335

El esquema general para la celebración del contrato es, por ello, en realidad, un esquema doble —con dos variantes—, puesto que conocimiento de la aceptación y llegada a la dirección del oferente son puestos en alternativa.

Dos variantes:

conocimiento En la variante del conocimiento, el contrato se celebra *cuando el oferente conoce la aceptación del destinatario*, aunque la relativa declaración no haya llegado aún a su dirección.

... o recepción En la variante de la recepción, al contrario, el contrato se celebra *cuando la aceptación llega a la dirección del oferente, aunque este no haya tenido, en concreto, conocimiento* (con una sola vía de escape para el oferente: demostrar haber estado en la imposibilidad de conocer la aceptación, y que tal imposibilidad no haya dependido de su culpa).

5. LA OFERTA DE CONTRATO

La ley no indica los requisitos que la oferta debe presentar para dar lugar —si es aceptada— a la celebración del contrato. De ello se ocupan los intérpretes.

Compleitud La oferta debe ser completa, esto es, contener todos los elementos del futuro contrato, necesarios y suficientes para que con su aceptación pura y simple se pueda decir formado el acuerdo sobre el contrato: cuáles sean estos elementos, resulta de las reglas sobre la formación progresiva del contrato (6.11). La oferta incompleta, aun cuando aceptada por el destinatario de la oferta, no conduce al contrato.

Ausencia de reservas La oferta no debe contener, o estar acompañada de reservas sobre el propio carácter actualmente vinculante. La formulación de una hipótesis de contrato, la cual diga o deje entender que el autor la dirige al destinatario solo para plantear una tratativa o que él no desea exponerse al vínculo contractual si no después de ulteriores pasos valorativos, no da al destinatario el poder de determinar, con la aceptación, la celebración del contrato. En tal caso, no se tiene verdadera oferta, sino una simple invitación a ofrecer: se requiere al destinatario que formule una verdadera oferta contractual sobre la materia indicada en la invitación.

Ídem, si la oferta está condicionada a un hecho futuro e incierto, y por ello es ineficaz hasta la eventual verificación del hecho (diferente de la oferta condicionada es la oferta —incondicionada— de contrato condicionado: 27).

Receptividad de la oferta La oferta es acto recepticio: por consiguiente, produce efectos en cuanto es llevada a conocimiento de su destinatario. Normalmente la receptividad tutela al destinatario del acto unilateral, en cuanto los efectos del acto incidan en la esfera del destinatario (acto intrusivo: 2.3). Sin embargo, aquí el acto *no es intrusivo*, porque la oferta simplemente atribuye a su destinatario el poder de aceptar: un efecto respecto al cual no se manifiesta exigencia de tutela.

El único sentido en el cual la receptividad de la oferta satisface un interés de su destinatario se aprecia en el caso de la oferta que contenga un plazo de eficacia expresado no en una fecha, sino en un número de días: el inicio del decurso del plazo no desde el día de la oferta, sino desde aquel en que el destinatario toma conocimiento de ella, amplía el tiempo que este tiene a disposición para decidir si aceptar.

El sentido de la receptividad de la oferta se aprecia colocándose en la perspectiva del oferente y de su interés: la oferta (al igual que la aceptación) produce efectos *no simplemente en cuanto llegue a conocimiento de su destinatario, sino en cuanto esté por el oferente dirigida voluntariamente al destinatario*. La oferta es acto voluntario en su formación, pero también en su emisión en dirección de su destinatario, y ello tiene consecuencias: si la emisión de la oferta no se produce, o se produce en contra de la voluntad del autor la formación del contrato en base de ella puede excluirse o ponerse en discusión.

Direccionalidad voluntaria

Más analíticamente. Si A forma una oferta con destinatario B, pero la retiene un poco sin enviarla a B, este último —aunque lo sepa, y desearía aceptarla para celebrar el contrato— no tiene el poder de hacerlo: en cuanto no llegada al destinatario, la oferta no produce su efecto que es precisamente hacer posible (con la aceptación) la celebración del contrato. En este sentido, la receptividad de la oferta opera como tutela del oferente y no del destinatario.

Falta de emisión

Si la oferta de A llega a B, pero su expedición no correspondía a la voluntad del oferente (por ejemplo, la secretaria de A, violando la disposición de su jefe que después de haberle dictado le había dicho de tenerla “en suspenso”, la inserta por distracción entre las cartas a enviar), *la tutela del declarante involuntario debe moderarse con la tutela de la confianza del destinatario*: la analogía con la regla del art. 1433 sobre el error obstativo (35.13), sugiere que si la involuntariedad de la transmisión no era reconocible por B, y este acepta, el contrato puede celebrarse; su pretensión a la celebración del contrato será en cambio rechazada, si la involuntariedad le era *reconocible*. En línea de principio, la involuntariedad de la transmisión puede ser más fácilmente reconocible, o sospechable, cuando la oferta llega al destinatario *a través de un tercero*: he aquí por qué la jurisprudencia pone la regla que en tal caso es carga de B verificar que la oferta haya sido voluntariamente confiada por A al tercero para la transmisión a B. Ello no quita que también aquí la involuntariedad pueda resultar no reconocible por las particulares circunstancias del caso: por ejemplo, A y B están desde hace tiempo en relación de negocios y hacen habitualmente contratos sobre la base de ofertas que A dirige a B precisamente a través de ese tercero.

Emisión involuntaria

Oferta llevada por tercero

Si se presentan estas características, la oferta produce el efecto jurídico propio, conforme a la voluntad negocial del oferente: *pone al oferente en un estado de sujeción*, exponiéndolo al “riesgo” de sufrir la *celebración del contrato*, y la constitución del correspondiente vínculo, por efecto de la iniciativa del destinatario que acepte la oferta y le comunique la aceptación (no obstante, este riesgo tiene el mismo contenido del interés que el oferente, con la oferta, ha mostrado perseguir: precisamente el interés en la celebración del contrato).

Efectos de la oferta

En todo caso, el oferente puede condicionar la iniciativa del destinatario, y así limitar su sujeción: imponiendo a la aceptación límites de tiempo (art. 1326²) y cargas de forma (art. 1326⁴), a respetar bajo pena de ineficacia de la aceptación misma (5.8).

Imposibilidad
de cesión

La oferta no se puede ceder. Con mayor precisión, *no se puede ceder la posición del destinatario*, creada por la recepción de la oferta. Enviando la oferta, el oferente se expone a la celebración del contrato: ¡pero del contrato con el destinatario! No se le puede exponer a un contrato con cualquier otro, que él no ha elegido como contraparte contractual. Por ello el destinatario tiene el poder de aceptar, pero no el de transferir dicho poder a otros.

6. LA ACEPTACIÓN: CONOCIMIENTO Y RECEPCIÓN

La aceptación es el *acto unilateral con el cual el destinatario manifiesta su voluntad negocial de celebrar el contrato*. Y su típico efecto jurídico es precisamente este: determinar la celebración del contrato.

Acto
recepticio

Esquema del
conocimiento...

...en tutela de
oferente

La aceptación es acto recepticio: como tal, produce su efecto cuando llega a conocimiento del oferente (art. 1334); y en efecto, por regla, “El contrato queda celebrado en el momento en que quien ha hecho la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte” (art. 1326¹). Mientras la receptividad de la oferta tutela mucho más al autor que al destinatario de esta, la receptividad de la aceptación opera claramente a favor del destinatario de la declaración: garantiza al oferente que el vínculo contractual no surja con su desconocimiento, sino surja solo con su conciencia.

Hipotético
esquema de
la emisión

Teóricamente el legislador habría podido construir la aceptación como acto no recepticio, estableciendo que ella determina la celebración del contrato en el momento en el cual es emitida por el destinatario. Sería un esquema de celebración del contrato diferente del positivamente elegido: esquema de la emisión, en lugar del esquema del conocimiento. Es claro que el esquema de la emisión estaría *más inclinado a favor del destinatario aceptante, y menos favorable al oferente*: el destinatario tendría el poder de determinar la celebración del contrato con un acto que está completamente bajo su control (la emisión), antes que confiarla a un evento que está fuera de su control (la toma de conocimiento por parte del oferente); el oferente sufriría la celebración del contrato, y el surgimiento del vínculo, sin tener inmediata conciencia.

Esquema de
la recepción...

... en tutela
del
destinatario
aceptante

Pero la elección de tutela del oferente, que la ley hace con el esquema del conocimiento (art. 1326¹), es luego moderada —en dirección de una tutela del aceptante— con la introducción de un esquema alternativo: el esquema de la recepción. Y en realidad, como se ha visto, al efectivo conocimiento de la declaración recepticia (hecho síquico) la ley equipara el hecho material de que llegue la declaración a la dirección del destinatario (en nuestro caso del oferente): art. 1335. Es claro que este temperamento

favorece al destinatario aceptante: para quien es más fácil controlar e influenciar la llegada de la aceptación a la dirección del oferente, que no el conocimiento de la misma por su parte. En este sentido, el *esquema que equipara conocimiento y recepción* sirve no solo a la simplicidad de los juicios y a la certeza de las relaciones, sino también a un *ajuste más equilibrado de los intereses en juego*.

El esquema de la recepción implica que la aceptación llegue a la dirección del oferente. Puede llegar de muchos modos, en relación a la elección del aceptante. Según el modo de transmisión elegido, puede ser más o menos fácil probar que la aceptación “ha llegado” a su destino. Así cuando el aceptante use el *servicio postal*, puede ser relevante si la aceptación es expedida por correo ordinario o certificado; y, en este último caso si ha sido entregada o rechazada o puesta como no reclamada con relativo aviso, no habiéndose encontrado a nadie en la dirección; e incluso, si ha sido entregada directamente al destinatario o a otra persona presente en la dirección: casuística sobre la cual los intérpretes discuten y se orientan variadamente. La aceptación debe llegar “a la dirección” del oferente: palabra que se tiende a interpretar *en sentido amplio*, comprendiendo la morada, la residencia, el domicilio, o también otra dirección que pueda considerarse habitualmente frecuentada por el oferente o bajo su control. Si el oferente ha señalado un particular lugar donde dirigir la aceptación, dependerá del carácter más o menos rígido y vinculante de tal indicación (a determinarse en concreto) establecer si es eficaz la aceptación dirigida y llegada a un lugar diferente.

Aceptación
llegada...

... a la
dirección

El esquema de la recepción atempera el esquema del conocimiento en ventaja del aceptante; pero a su vez es atemperado, en ventaja del oferente, con una regla capaz de ponerlo fuera de juego. Es la regla puesta por el párrafo final del art. 1335: aunque la aceptación llegue a la dirección del oferente, ello no equivale a tomar conocimiento por su parte —y el contrato por ello no se celebra— si el oferente se encuentra, “sin su culpa; en la imposibilidad de tener noticia de ello”. El contrato queda celebrado solo en el momento (sucesivo a la llegada de la aceptación) en el que la imposibilidad cese, o, de no culpable, se transforme en culpable.

Imposibilidad
no culpable
de
conocimiento

La regla *favorece al oferente*, pues permite negar la celebración del contrato, o al menos de posponerla a un momento (la efectiva toma de conocimiento, o el venir a menos de la imposibilidad no culpable) sucesivo al de la llegada de la aceptación; y la carga de probar la imposibilidad no culpable le corresponde. En cambio, la circunstancia no podría ser invocada por el aceptante al cual le haya sobrevenido el interés en negar o postergar la celebración del contrato: la regla no está hecha para él. Si la aceptación es ignorada por el oferente por imposibilidad debida a su culpa, el contrato está sin más celebrado: la falta de celebración del contrato, bajo el perfil de la falta de conocimiento de la aceptación, no podría ser invocada ni por el oferente (porque está en culpa, *ex art. 1335*), ni por el aceptante (porque el nexo que liga la celebración del contrato y el conocimiento de la aceptación —art. 1326¹— es puesto en tutela del oferente, y no del aceptante).

Utilización de
la regla

Imposibilidad no culpable es cualquier factor que impida al oferente conocer la aceptación que ha llegado a su dirección y no pueda serle reprochado *según razonabilidad y buena fe, teniendo en cuenta su organización*

Criterios de
juicio

y toda otra circunstancia relevante. En efecto, sería reductivo pretender que se identifique exclusivamente con un factor ajeno a su esfera de organización o a su hecho voluntario. Si la aceptación llega por correo certificado y el oferente rechaza el sobre, la imposibilidad de conocerla es ciertamente culpable. Pero si llega mientras el oferente está ausente porque está de viaje o en una estancia en el extranjero, o internado en el hospital para una operación desde hace tiempo programada, la imposibilidad de tener noticias sin duda depende de un hecho voluntario y/o de su esfera de organización, pero no parece imputable a su culpa (siempre que su ausencia no sea irrazonablemente larga, o incluso caprichosa).

Sin embargo, depende. Si, por ejemplo, el oferente es un sujeto no profesional y no organizado, es normal y "no culpable" que solo al regreso del viaje o del periodo de reposo él pueda tomar conocimiento de la correspondencia llegada en el entretanto a su dirección. Si en cambio, tiene una organización no elemental, el aceptante puede confiar con el hecho de un colaborador suyo que cuide de llevar la aceptación a su conocimiento, aunque se encuentre de viaje o internado en un hospital (salvo, quizá, que en este último caso sus condiciones de salud no le permitan por ese periodo ocuparse de sus negocios): cuando ello no suceda, este defecto organizativo puede serle reprochado y por consiguiente imputado.

La imposibilidad culpable de conocer la aceptación no impide la celebración del contrato, por un principio justo de autoresponsabilidad del oferente: pero es autoresponsabilidad que la norma liga a la culpa, y que el intérprete no puede arbitrariamente convertir en autoresponsabilidad "objetiva" (sin culpa).

Autoresponsabilidad (por culpa)

7. LOS REQUISITOS DE LA ACEPTACIÓN: CONFORMIDAD A LA OFERTA. LA CONTRAOFERTA. EL RECHAZO DE LA OFERTA

Para determinar la celebración del contrato la aceptación debe presentar algunos requisitos.

El primero, es la conformidad a la oferta. La aceptación disconforme no determina la celebración del contrato, sino "equivale a nueva oferta" (art. 1326⁵), o bien es una contraoferta: el originario oferente, que la recibe, asume la condición de destinatario, y el contrato se celebra —bajo las condiciones de la contraoferta— si este manifiesta una aceptación conforme. Conformidad y no conformidad son entendidos aquí *en sentido objetivo (textual)*, y *no subjetivo*: si la aceptación corresponde textualmente a la oferta, pero en su foro interno el aceptante atribuye a algún elemento de esta un significado diferente de aquel referido a la oferta, o atribuido por el oferente, el contrato se celebra, y podrá en caso ser impugnado bajo el perfil del disenso (33.10) o del error (35.13).

Aceptación disconforme

Contraoferta

Criterios de la conformidad/no conformidad

Sobre el grado de no conformidad necesaria y suficiente para impedir la celebración del contrato, la jurisprudencia aparentemente considera (aunque con alguna oscilación) una línea muy rígida: la conformidad debe ser total y absoluta; cualquier no conformidad —referida no solo a elementos esenciales sino también a elementos secundarios— impide la celebración del contrato. Parece preferible una postura más flexible, iluminada por el principio de buena fe.

Grado de
disconformidad

Imagínese que la aceptación contiene variantes del todo marginales, claramente inocuas para el interés del oferente; o variantes que consisten en cancelar de la oferta alguna cláusula bajo el presupuesto (explicitado por el aceptante) de su nulidad; o en el agregar la remisión a alguna norma dispositiva, que de todas maneras sería aplicada; o la precisión de que una cierta cláusula de la oferta sea interpretada en un determinado sentido. En casos así parece excesivo decir que el contrato no está celebrado. Admitir que el aceptante lo diga, significaría consentirle una desleal marcha atrás (*venire contra factum proprium*); admitírsele al oferente, podría significar una injusta frustración de la razonable confianza de la contraparte respecto a la celebración del contrato, especialmente si la excepción de falta de celebración sea levantada a una cierta distancia de tiempo. Puede pensarse que la regla de buena fe imponga al oferente —frente a una “ligera” no conformidad de la aceptación como la ejemplificada— una *carga de réplica inmediata y motivada*, con la cual él diga que no acepta las modificaciones aun cuando marginales, o cuestione que las cláusulas tachadas sean nulas, o proteste por no compartir la interpretación de la cláusula dada por el aceptante: una réplica tal impide la celebración del contrato; su ausencia precluye al oferente el hacer luego valer la falta de celebración.

Modificaciones
inocuas o
irrelevantes

Una aceptación expresada en idioma diferente al de la oferta, incluso textualmente disconforme, no necesariamente es disconforme en el sentido del art. 1326⁵. Si ella traduce los términos de la oferta, fielmente y sin ambigüedades en un idioma extranjero que no resulte estrafalario a la luz de las condiciones de las partes, no existe razón para considerarla disconforme.

No
conformidad
de idioma

Si, como sucede a menudo, el destinatario declara aceptar la oferta, pero contemporáneamente proyecta el deseo de modificar algún término, la *ambigüedad* de su declaración requiere un *trabajo interpretativo* (20): que podrá considerarse como una contraoferta, obstativa de la celebración del contrato si no aceptada por el originario oferente; o bien como una aceptación conforme, que por mientras celebra el contrato en los términos de la oferta, acompañada de una oferta de modificación del contrato mismo (que podrá ser aceptada o no por el originario oferente). Análoga incertidumbre, y duplicidad de soluciones, puede acompañar la aceptación “de conjunto”, calificada por la remisión a un acto ulterior (por ejemplo, “sigue carta”).

Aceptación
con reserva

El destinatario puede que responda a la oferta sin una aceptación conforme o sin una contraoferta, sino más bien con un simple rechazo de la oferta misma. Aquí es obvio que el contrato no se celebra. El problema es

Rechazo de la
oferta

otro: ¿puede el destinatario arrepentirse del rechazo, y sucesivamente aceptar la oferta? O bien ¿el rechazo *hace decaer la oferta*, impidiendo al destinatario determinar la celebración del contrato con una sucesiva aceptación? Los intérpretes propenden justamente por esta última tesis.

En efecto, el rechazo dice al oferente que el contrato no se celebra y lo impulsa a organizarse y a actuar bajo este presupuesto; la sucesiva, inesperada celebración del contrato podría ser para él una sorpresa negativa, que es justo ahorrarle. Diferente sería, si el rechazo fuese calificado con una apertura a repensarlo ("por ahora rechazo; pero si tal situación cambiara, podría también aceptar"): aquí, el oferente que desea cerrar el discurso tiene la carga de revocar la oferta.

Diferencia
con la
contraoferta

Respecto al rechazo, la contraoferta es otra cosa: tiene el sentido de no cerrar, sino más bien de tener abierto el discurso del contrato. Ella, por eso, *no hace decaer la oferta originaria*: el contraoferente puede regresar sobre sus pasos, y con una aceptación conforme celebrar el contrato (salvo, quizás, que la contraoferta fuera tan radicalmente disconforme como para tener el sentido, y generar la percepción de un sustancial rechazo).

8. *SIGUE*: OPORTUNIDAD Y FORMALIDAD DE LA ACEPTACIÓN

Plazo de la
aceptación

La aceptación debe ser oportuna, esto es, debe llegar al oferente dentro de un cierto plazo. El plazo puede estar indicado por el mismo oferente; en ausencia, es "aquel ordinariamente necesario de acuerdo con la naturaleza del negocio o según los usos" (art. 1326²).

Vencimiento
Ineficacia de
la oferta

El plazo para la aceptación coincide con el plazo de eficacia de la oferta: vencido el plazo, la oferta deviene ineficaz, y una aceptación posterior (por consiguiente tardía) es inadecuada para celebrar el contrato. La *ratio* es clara: se desea *tutelar al oferente contra la eventualidad de quedar por un tiempo indeterminado "suspendido" en su oferta*, expuesto a sufrir un poder de aceptación del destinatario sin ninguna certeza sobre el sí y sobre el cuándo de la eventual celebración del contrato; se le quiere restituir, después de un cierto tiempo, la libertad y el dominio pleno de las propias iniciativas contractuales.

Renunciabili-
dad

Carga de
aviso

Por el principio que habilita a cada uno disponer de su interés, el oferente puede renunciar a hacer valer la tardanza de la aceptación, y considerarla —aunque tardía— idónea para celebrar el contrato. Sin embargo, si quiere hacerlo tiene la carga de darle "inmediatamente aviso a la otra parte" (art. 1326³): carga en tutela del destinatario, que sabiendo de haber aceptado tardíamente será llevado a pensar —en el silencio del oferente— que el contrato no se haya celebrado, y a regularse en consecuencia. Naturalmente también él puede disponer de su interés: frente a un aviso no inmediato del oferente, puede rehusar la celebración del contrato; pero puede también

considerarla, renunciando a la excepción de no inmediatez del aviso (teniendo entonces a su vez, por analogía, la carga de avisar inmediatamente a la contraparte).

Nos podemos preguntar si la discrecionalidad del oferente de imponer al destinatario el tiempo de la aceptación sea ilimitada, o en cambio tenga límites. Si imaginamos que el oferente fije al destinatario un plazo absurdamente breve, imposible de respetar, y que el destinatario acepte con la máxima celeridad posible, pero siempre después de ese plazo: la jurisprudencia considera que el contrato no se celebre; pero que el oferente pueda ser llamado a responder por su incorrección a título de *responsabilidad precontractual* (8).

Plazo
brevísimo

Se imagine que el oferente fije para la aceptación del destinatario no ya (como supone la norma) un plazo máximo, sino más bien un plazo mínimo, *antes del cual no se puede aceptar*. La jurisprudencia se ha pronunciado por la inadmisibilidad de un tal término *a quo*, que contrastaría con el efecto legal de la oferta (consentir al destinatario determinar con su aceptación, la celebración del contrato), por el cual también con la aceptación "precoz" el contrato estaría celebrado. La tesis debe desaprobarse. Fijar para la aceptación un término *a quo* —vale decir: añadir a la oferta un término inicial de eficacia— puede corresponder a un *razonable interés del oferente* (por ejemplo, reservarse un espacio de segura revocabilidad de la oferta, sin temor de que en el intervalo la revocación pueda ser precedida y neutralizada por la aceptación, así como cultivar en el periodo tratativas paralelas), y no lesiona ningún interés prevaleciente del destinatario: más bien, lo advierte de manera transparente que durante la pendencia del plazo él puede ejercer la revocación de la oferta. Por consiguiente, es justo que la aceptación anticipada no celebre el contrato; o bien, a lo más, que valga para celebrarlo pero con efecto postergado y condicionado: solo en el momento en el que empieza a transcurrir el plazo; y solo si antes de ese momento la oferta no haya sido revocada.

Plazo mínimo

Si conformidad y oportunidad son requisitos necesarios de la aceptación, es solo eventual el tercer requisito: la formalidad.

En línea de principio (dejados a salvo los contratos formales), la aceptación es *acto con forma libre, sin vínculo de simetría con la oferta*: la aceptación verbal de una oferta escrita celebra eficazmente el contrato. Sin embargo, puede suceder que la aceptación requiera ser expresada en una forma determinada: *la forma que el mismo oferente haya impuesto al destinatario* para la aceptación. En tal caso, la aceptación que sea expresada en forma diferente no es eficaz, y no vale para celebrar el contrato (art. 1326⁴). Al oferente se le atribuye este poder, en su interés: y su ejercicio no parece controlable. Ni es necesaria simetría con la forma de la oferta: se puede imponer al destinatario aceptar por escrito una oferta verbal; o aceptar con declaración recogida o certificada por notario una oferta hecha por simple documento privado. Si el destinatario desea celebrar el contrato, es su carga adecuarse.

Forma de la
aceptación

Ineficacia de
la aceptación
informal

Debería valer también aquí el principio de la *disponibilidad del interés*: el oferente puede considerar eficaz la aceptación no hecha en la forma

indicada (a condición de que dé inmediato aviso al aceptante, como sugiere la analogía con el art. 1326³, párrafo final).

Forma del contrato

Es claro que la forma de la aceptación de la que se habla aquí está en un plano diverso respecto a la forma del contrato (sea esta legal o convencional) a la cual se refieren los arts. 1350-1352. La inobservancia de ésta última hace inválido un contrato que se ha celebrado y existe (10.15); la inobservancia de la primera impide la celebración misma del contrato.

9. LA OFERTA AL PÚBLICO

Oferta individualizada...

...y oferta al público

Hasta aquí se ha presupuesto que la oferta contractual esté dirigida a un destinatario determinado (oferta individualizada). Pero puede suceder que la oferta esté dirigida no a un destinatario determinado, sino "al público". Del supuesto se ocupa —bajo el nombre de "oferta al público"— el art. 1336: que sin embargo la presupone, limitándose a indicar su régimen jurídico. La tarea de definirla recae así sobre los intérpretes.

Tipologías

Al público se puede dirigir *con varios medios*: pegado de avisos, prensa, radio, televisión, Internet, exposición de mercaderías en un supermercado. Y pueden variar amplitud y composición del "público": puede ser, indiferenciadamente, todo el público que se puede alcanzar con el medio de comunicación elegido; o puede ser un público calificado y circunscrito (por ejemplo, una oferta pública de adquisición (OPA) está dirigida a los accionistas de la sociedad blanco). Lo que se destaca para calificar la oferta al público no es el número más o menos grande de los destinatarios, ni el hecho de que estos sean conocidos o desconocidos por el oferente: sino solo el hecho de que *el oferente se dirija a una platea de destinatarios de manera no individual sino colectiva, utilizando un medio de comunicación de masa*.

Criterio de identificación

Oferta *ad incertam personam*

En base a estos criterios, es oferta al público la OPA lanzada impersonalmente a los 200 accionistas de una sociedad. No lo es la oferta contractual (por ejemplo, para la adquisición de un producto de serie, para la suscripción a una revista) enviada con carta estándar a 200,000 destinatarios, tomados de una *mailing list* y no personalmente conocidos al oferente; ni la oferta dirigida *ad incertam personam*, como aquella con la cual el oferente deja en blanco el nombre del destinatario, y encarga a un tercero la tarea de identificarlo y de hacérsela llegar; en ambos casos, en efecto, el medio de comunicación es individual y no de masa. Al contrario, una oferta transmitida por un medio de comunicación de masa puede ser una oferta individualizada, si se dirige a un destinatario determinado: como aquella dirigida específicamente al señor XY a través de un periódico o la televisión.

No parece, por lo demás, que calificar una oferta como oferta al público en lugar que individualizada tenga gran relevancia práctica: en el sentido de que determine grandes diferencias de disciplina. En realidad por muchos aspectos el régimen de la oferta al público dictado por el art. 1336 coincide con el de la oferta individualizada. Así, “La oferta al público (...) *vale como oferta*” (con la consecuencia de determinar la celebración del contrato, si sobre esta se forma el acuerdo según el art. 1326¹ o según algún otro de los esquemas normativos previstos a tal fin): pero la cosa es obvia, desde el momento que la oferta al público indiscutiblemente es (tiene naturaleza de) oferta contractual *ex art. 1326¹*.

Oferta al público y oferta individualizada: Identidad de disciplina

La norma, sin embargo, precisa que ella vale como oferta solo con dos condiciones. La primera es *que contenga “los elementos esenciales del contrato a cuya celebración está dirigida”*: pero ella se identifica con el requisito de la “completitud” que se ha visto valer también para la oferta individualizada. La segunda condición es *que no “resulte diversamente de las circunstancias o de los usos”*: pero también una oferta individualizada no “vale” como oferta (y por consiguiente no da al destinatario el poder de determinar, aceptándola, la celebración del contrato) si resulta —de la misma declaración del oferente, o también de otros elementos— que ella no tiene ese valor vinculante. La calificación negativa puede resultar *ope legis*: las comunicaciones pegadas en los locales del banco, que publicitan las condiciones de los servicios ofrecidos a la clientela, “no constituyen oferta al público de conformidad con el art. 136 del Código Civil” (art. 116⁴ TUB).

Condiciones del valor de oferta

Una oferta incompleta, una oferta aunque completa pero que por expresa voluntad del oferente o por datos externos (tales como las circunstancias o los usos) no compromete aún al oferente, pueden valer como *simple invitación a ofrecer*, como mero estímulo para abrir una tratativa: y esto es verdad de la misma manera tanto para la oferta al público como para la oferta individualizada.

Los dos tipos de oferta se diferencian bajo otro perfil. La oferta individualizada es recepticia, con las consecuencias vistas (5.5). En cambio, la oferta al público es acto no recepticio: por consiguiente es *eficaz desde el momento en el que es (voluntariamente) emitida*.

Acto no recepticio

Debe recordarse cuanto dicho antes respecto a la receptividad de la oferta (individualizada). Por un lado, ella tutela al declarante, implicando la ineficacia de la oferta que no sea por él voluntariamente emitida en dirección al destinatario o a los destinatarios. No existe razón para negar esa tutela al autor de una oferta al público: la cual, bajo este perfil, presenta un elemento de receptividad. Por otro lado, ella tutela al destinatario de la declaración, en los (raros) casos en los cuales esté en su interés el que la eficacia de la oferta comience solo desde el conocimiento que este tenga. Esta tutela parece difícilmente extensible a los

destinatarios de una oferta al público. Si ella indica la duración de su eficacia en 15 días, no parece razonable hacer iniciar el plazo —para cada uno de los sujetos que, en cuanto comprendidos en el “público”, son destinatarios de la oferta— desde el día en el cual cada uno de ellos haya tenido conocimiento: también porque aquí no surge —a reequilibrar la tutela del oferente— la presunción de cognoscibilidad de la declaración llegada a la dirección del destinatario, *ex art. 1335* (aplicable solo si la declaración está “dirigida a una determinada persona”).

Receptividad
de la
aceptación

Ciertamente recepticia es en cambio la aceptación de la oferta al público: el relativo contrato se forma por ello cuando ella llega a conocimiento (art. 1326¹) o a la dirección (art. 1335) del oferente.

Revocación
de la oferta al
público

El régimen de la oferta al público es completado por el segundo párrafo del art. 1336, bajo el perfil de la revocación: pero con una regla que, una vez más, no llega a disociarlo del régimen de la oferta individualizada. Allí se dice que “La revocación de la oferta, si es hecha en la misma forma que la oferta o en forma equivalente, es eficaz también frente a quien no ha tenido noticia”: pero, como veremos, también la revocación de la oferta individualizada es eficaz (impide la celebración del contrato) en virtud de la emisión, prescindiendo del conocimiento/cognoscibilidad por parte del destinatario (7.6).

10. CUESTIONES PARTICULARES DE LA OFERTA AL PÚBLICO

Si es verdad que la homogeneidad de la disciplina desdramatiza el problema de distinguir los supuestos de hecho de oferta al público de los de oferta individualizada, se mantiene la curiosidad del intérprete respecto a la utilidad práctica de una norma como la del art. 1336, que sustancialmente confirma para la oferta al público el régimen general de la oferta (individualizada). No es que la oferta al público no ponga, respecto a esta última, cuestiones peculiares: simplemente, son *cuestiones para cuya solución no ayuda la norma del código sobre la oferta al público*.

Rechazo

Así para la cuestión del rechazo. Contrariamente al rechazo de la oferta individualizada, puede admitirse que el rechazo de un exponente del “público” al cual se dirigía la oferta no haga caer esta última, sino que la deja con vida no solo —como es obvio— para los otros exponentes, sino también para quien rechaza, el cual *puede arrepentirse del rechazo y sucesivamente aceptar*.

Ofertas de
toma directa

Así para las cuestiones ligadas al medio de comunicación o a las modalidades materiales que se emplean para formular la oferta. Si la oferta al público no es expresada verbalmente, pero de la exhibición de la prestación deducida en ella, y la aceptación consiste en apropiársela (llevar a la caja y pagar mercaderías expuestas en los mostradores del supermercado; subir a un medio de transporte público: las llamadas ofertas de toma directa), los problemas que nacen encuentran respuesta en los principios relativos a la manifestación de la voluntad contractual, y en particular en las doctrinas del comportamiento concluyente y de

los negocios de actuación (9.6). Si la oferta al público tiene la forma de la denominada subasta televisiva y de la denominada televenta, el legislador se ocupa específicamente, sobre todo, para tutelar a los destinatarios de la oferta (41.14).

Subastas
televisivas y
televentas

Así para la cuestión de las aceptaciones incompatibles. El problema no se plantea para las ofertas al público susceptibles de ser aceptadas sin limitación, y que dan lugar a un número de contratos ilimitados, relativamente al "público" al cual la oferta se dirige: en una OPA para el 100% de las acciones de una sociedad, todos los accionistas pueden eficazmente aceptar, y con todos puede hacerse el contrato.

Aceptaciones
incompatibles

El problema se plantea para las *ofertas al público que pueden dar lugar solo a un número limitado de contratos, con la eventualidad de dejar fuera a algún exponente del "público" que también podría aceptar la oferta*: piénsese en una OPA no totalitaria; piénsese en una oferta pública para la venta de bienes existentes en número elevado pero no ilimitado. El criterio para resolver el conflicto entre aceptaciones excedentes a la oferta puede ser dictada por la oferta misma (como sucede comúnmente con las OPA, que disponen de *mecanismos de reparto*). En ausencia, vale la regla de la *prioridad de la celebración del contrato*: prevalecen los aceptantes cuya aceptación haya determinado la celebración del contrato (según el esquema en cada caso aplicable) en tiempo anterior. En el caso (meramente académico) de simultaneidad entre aceptaciones incompatibles, se deja al oferente escoger con cuál aceptante considera celebrado el contrato. Si el oferente olvida advertir que su oferta dará lugar a un número de contratos no ilimitado (por ejemplo con la fórmula "hasta el agotamiento de las existencias", o similares), puede incurrir en responsabilidad precontractual frente a los aceptantes frustrados, que en base a las circunstancias hubieran razonablemente confiado en la posibilidad de celebrar el contrato.

Así, finalmente, para la interpretación de la declaración contractual: que por su carácter "anónimo" no podrá tener en cuenta los elementos individualizadores en razón del destinatario, que normalmente tienen importancia en las declaraciones a persona determinada.

Interpretación

Por la importancia económico-social del bien que constituye su objeto, una particular clase de ofertas al público recibe una expresa disciplina en la legislación especial: las ofertas públicas de adquisición de acciones de sociedades cotizadas en los mercados regulados (OPA), al cual se dedican los artículos 102 y ss. TUF, y el Reg. Consob 11971/1998.

Opa

11. OFERTA AL PÚBLICO Y PROMESA AL PÚBLICO

La oferta al público debe conceptualmente distinguirse de la promesa al público (arts. 1989-1991). La oferta al público *no crea de por sí la obligación*: la obligación es creada por el contrato, que se forma solo con la aceptación de la oferta. En cambio, la promesa al público, como acto unilateral (no intrusivo: 2.3), opera ella misma como fuente de la obligación, sin necesidad de acuerdo de los promisarios: "Aquel que, dirigiéndose al público, promete una prestación a favor de quien se encuentre en una determinada situación o cumpla una determinada acción, está *vinculado por la promesa apenas esta sea hecha pública*" (art. 1989¹).

Diferencia

Dificultad de distinguir	<p>Ello es bastante claro en teoría. En la práctica, la distinción puede resultar difícil. Ello depende de la previsión de esquemas particulares para la formación del contrato (sobre lo cual regresaremos), que se conforman con un acuerdo "débil", con "estructura ligera" sin exigir el intercambio de la oferta y la aceptación requerida por el esquema general de los arts. 1326¹ y 1335.</p>
Promesas...	<p>Consideremos las dos variantes de la promesa al público.</p>
... a quien se encuentra en una situación...	<p>La primera variante es la promesa de prestar a cualquiera que "se encuentre en una determinada situación": por ejemplo, la agencia local de promoción turística promete una semana gratis en Cortina en la próxima estación veraniega, a favor de quien salga sorteado, entre todos aquellos que se hospeden en los hoteles de Cortina la noche de fin de año. Una promesa tal se superpone al esquema del contrato con obligaciones del solo oferente, que se forma <i>ex art.</i> 1333 con base en la ausencia de rechazo del destinatario (6.4): en lugar de considerarla como promesa unilateral de la agencia local de promoción turística, el supuesto de hecho podría reconstruirse como su oferta al sorteado, cuya ausencia de rechazo indica el acuerdo que forma el contrato.</p>
...y de quien cumple una acción	<p>La segunda variante es la promesa de prestar a cualquiera que "cumpla una determinada acción": por ejemplo la empresa A promete un "obsequio" a todos los adquirentes de sus productos, que le envíen un cierto número de <i>stickers</i> desglosados de los envases de los productos mismos, donde estaban adheridos. Aquí la promesa se superpone al esquema del contrato que se forma <i>ex art.</i> 1327 sin respuesta preventiva del destinatario, simplemente por el hecho de que este realiza la prestación indicada en la oferta (6.2-3): el supuesto de hecho podría reconstruirse como oferta de A relativa a un contrato en el cual la prestación a cargo de A es el obsequio prometido, y el envío de los <i>stickers</i> es la prestación a cargo de la contraparte.</p>
Escasa relevancia práctica	<p>No parece que calificar los supuestos de hecho en un modo en lugar de otro haga una enorme diferencia. A la prestación prometida <i>se aplican siempre las normas sobre el contrato que tienen como objeto típico la prestación</i> misma (por ejemplo, contrato de transporte, si se promete un transporte; contrato de venta de paquete turístico, si esta es la promesa; etc.), prescindiendo del hecho de que la prestación sea debida en base a un contrato o a una promesa unilateral: en efecto, la disciplina de los contratos típicos es, más que cualquier cosa, disciplina de prestaciones típicas, aplicable sea cual fuere el título por el cual la prestación es debida. [Otra cuestión es si la prestación prometida deba considerarse a título oneroso o bien gratuito: cosa importante, por ejemplo, por la distinta amplitud de la garantía debida al promisorio, en uno y en otro caso, por los vicios de la cosa prometida (y luego atribuida)].</p>
Revocación de la oferta al público (remisión)	<p>La diferencia de tratamiento entre oferta y promesa al público (y por consiguiente la importancia de la calificación en un sentido o en otro) atiende sobre todo a un punto: la revocación (7.6).</p>

12. EL LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

Definir en qué lugar el contrato se celebra es un problema de importancia general (5.1). Por ello sorprende que la ley no se ocupe de ello en el ámbito del esquema general de la celebración del contrato, sino en el ámbito de un esquema particular: art. 1327.

De la norma se obtiene un principio, que parece aplicable —y la jurisprudencia aplica— a todos los contratos, cualquiera sea el esquema para su celebración: el lugar de celebración del contrato es aquel en el cual se produce el último hecho que completa el supuesto de hecho de la celebración (y que por lo general asume importancia para establecer el *tiempo* de la celebración). Así, para el art. 1327, “el contrato se celebra en el momento y en el lugar en que ha tenido inicio la prestación” requerida por el oferente (6.2). En los casos en los cuales se aplica el esquema general, el contrato se celebra en el lugar en el cual el oferente tiene conocimiento de la aceptación (art. 1326¹): por ejemplo, el lugar en el cual este se encuentra cuando el oferente le comunica por teléfono que acepta; o, en la variante del art. 1325, el lugar en el cual está ubicada la dirección del oferente en donde ha llegado la aceptación. Y así, esquema por esquema.

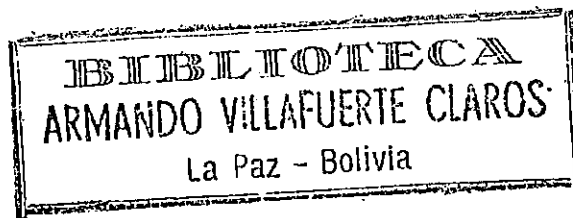
criterio del
último hecho
constitutivo

BIBLIOGRAFÍA

- 1-8. F. REALMONTE, *Accordo delle parti e rapporti giuridici preparatori, responsabilità precontrattuale*, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por M. Bessone, XIII, II, Torino, 2000, p. 3; A.M. BENEDETTI-M. GRONDONA, *La conclusione del contratto*, en *Contratti Cendon*, III, Torino, 2000, p. 1; R. SACCO, *La conclusione dell'accordo*, en *Trattato contratti Rescigno*, Torino, 1999, p. 61; N. IRTI, *Scambi senza accordo*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998, I, p. 1; G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, en *Rivista di diritto civile*, 1998, I, p. 525; N. SCANNICCHIO, *Il perfezionamento del contratto*, en *Diritto privato europeo*, al cuidado de N. Lipari, II, Padova, 1997, p. 554; G.B. FERRI, *Contratto e accordo*, en *Studi sull'autonomia dei privati*, al cuidado de G.B. Ferri y C. Angelici, Torino, 1997, p. 49; A. PELLICANÓ, *I requisiti del contratto. Le applicazioni nella giurisprudenza*, I, *L'accordo e la forma*, Bologna, 1996; M. MELANDRI, *Formazione e perfezionamento del contratto*, en *Il Foro padano*, 1995, I, p. 149; R. SACCO, *Conclusione del contratto (sintesi di informazione)*, en *Rivista di diritto civile*, 1995, II, p. 201; F. FERRARI, *Formazione del contratto*, en AA.VV. (al cuidado de F. Galgano y F. Ferrari), *Atlante di diritto comparato*, Torino, 1992, p. 135; F. CAMERIERI, *La conclusione del contratto. Parte prima*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, III, Torino, 1991, p. 53; B. INZITARI, *La formazione del contratto nella vendita porta a porta dei valori mobiliari*, en *Contratto e*

- impresa*, 1992, p. 75; G.C.M. RIVOLTA, *Proposte ed accettazioni contrattuali nell'esercizio dell'impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 1991, I, p. 1; E. ROPPO, *Contratto (formazione del)*, in *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1988, *ad vocem*; P. RESCIGNO, *Consenso, accordo, convenzione, patto*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1988, I, p. 3; E. ROPPO, *Questioni in tema di formazione del consenso, obbligo legale a contrarre e pari trattamento degli utenti di un'impresa monopolista*, in *Giurisprudenza italiana*, 1979, I, 1, p. 147; G. STOLFI, *In tema di formazione del contratto*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1972, 11, p. 240; G.B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1969, I, p. 187; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969; P. VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968; G. GORLA, *La "logica-illogica" del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Rivista di diritto civile*, 1966, I, p. 255; A. RAVAZZONI, *La conclusione del contratto*, I, Milano, 1966; P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1964, p. 1342; G. GORLA, *Il dogma del "consenso" o "accordo" e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, in *Rivista di diritto civile*, 1956, p. 923.
3. M. GRONDONA, *Le dichiarazioni recettizie*, in *Contratti Cendon*, III, Torino, 2000, p. 129; R. BONSIGNORE, *Recezione della dichiarazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVI, Torino, 1997, *ad vocem*; A. ZOPPINI, *Sul controllo di validità dell'atto recettizio da parte del destinatario*, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, 1, p. 489; V. CARBONE, *Proposta ricevuta e proposta accettata*, in *Corriere giuridico*, 1990, p. 1276; G. CASTIGLIA, *Manifestazione (diritto civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, XIX, Roma, 1990, *ad vocem*; E. FERRERO, *Dichiarazione recettizia*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, V, Torino, 1989, *ad vocem*; G. CASTIGLIA, *Dichiarazione*, in *Enciclopedia giuridica*, X, Roma, 1988, *ad vocem*; M. COSTANZA, *Atto recettizio: volontarietà della trasmissione e degli effetti*, in *Giurisprudenza italiana*, 1983, I, 1, p. 1733; V. PANUCCIO, *Partecipazioni e comunicazioni*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, 1982, *ad vocem*; G. CASTIGLIA, *Sulle anomalie dell'elemento soggettivo nelle partecipazioni di volontà*, in *Rivista di diritto civile*, 1977, II, p. 139; O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1976, I, p. 189; G. BENEDETTI, *Dichiarazioni recettizie e dichiarazioni indirizzate. Postille a un testo giuridico*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, I, Napoli, 1972, p. 225; G. GIAMPICCOLO, *Dichiarazione recettizia*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, *ad vocem*; L. CARRARO, *Dichiarazione recettizia*, in *Novissimo digesto italiano*, V, Torino, 1960, *ad vocem*; G. GIAMPICCOLO, *Dichiarazione recettizia*, Milano, 1959.
- 6-8. M. COSTANZA, *La dichiarazione di accettazione fra regola di forma e principio di conformità*, in *Giustizia civile*, 1997, I, p. 1068; A. BELLELLI, *Il principio di conformità tra proposta e accettazione*, Padova, 1992; U. MORELLO, *In tema di controproposta e rifiuto implicito dell'offerta*, in *Il Foro italiano*, 1966, I, p. 118; A. GENOVESE, *La rinuncia del proponente ai requisiti formali dell'accettazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 1966, I, 1, p. 615; A. GENOVESE, *Le formalità dell'accettazione stabilite dal proponente*, in *Rivista di*

- diritto civile*, 1966, I, p. 365; L. CAMPAGNA, *Conseguenze del carattere recettizio dell'accettazione contrattuale*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, p. 673.
- 9-11. N. GRONDONA, *L'offerta al pubblico*, en *Contratti Cendon*, III, Torino, 2000, p. 137. V. SANTASIERSE, *Concorso privato per l'allestimento di filmati quale promessa al pubblico*, en *Archivio civile*, 1998, p. 842; G. SBISÁ, *Promessa al pubblico*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XV, Torino, 1996, *ad vocem*; G. OBERTO, *Offerta al pubblico*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, Torino, XIII, 1995, *ad vocem*; And. D'ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo. I. Profilo storico e comparativo*, Torino, 1992; G. SBISÁ, *Promessa al pubblico*, en *Enciclopedia giuridica*, XXIV, Roma, 1991, *ad vocem*; P. RUSSO, *Promessa, od offerta, al pubblico avente per oggetto l'obbligo di concludere un contratto*, en *Giustizia civile*, 1984, I, 813; E. ROPPO, *Offerta al pubblico di valori mobiliari e tecniche civilistiche di protezione dei risparmiatori-investitori (in margine all'art. 12 l. 23 marzo 1983, n.77)*, en *Giurisprudenza italiana*, 1983, IV, p. 201; A. DI MAJO, *Offerta al pubblico (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979, *ad vocem*; G. SBISÁ, *La promessa al pubblico*, Milano, 1974; M. DOSSETTI, *Lo schema della promessa al pubblico e i concorsi privati*, en *Rivista di diritto civile*, 1972, I, p. 429; G. GORLA, *Promesse "condizionate" ad una prestazione*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1968, I, p. 431; P. FORCHIELLI, *Offerta al pubblico*, en *Novissimo digesto italiano*, XI, Torino, 1965, *ad vocem*.
12. A. DIANA, *Brevi osservazioni in tema di luogo di conclusione del contratto e competenza per territorio*, en *Rivista giuridica sarda*, 1994, p. 378; G. GREGO, *Competenza per territorio e luogo di perfezione del contratto*, en *Il nuovo diritto*, 1965, p. 865.



CAPÍTULO VI

ESQUEMAS PARTICULARES PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

1. Premisa.— 2. El contrato celebrado mediante inicio de la ejecución: área de aplicación del esquema.— 3. *Sigue*: inicio de la ejecución y deber de aviso.— 4. El contrato celebrado mediante oferta no rechazada oportunamente.— 5. *Sigue*: problemas aplicativos.— 6. La celebración de los contratos plurilaterales.— 7. La adhesión al contrato abierto.— 8. El contrato celebrado mediante entrega de la cosa: contratos reales y consensuales.— 9. *Sigue*: la justificación de la realidad.— 10. Otros supuestos de hecho: aceptación de la donación; elaboración común del contrato; presentación en juicio de la oferta contractual.— 11. La formación progresiva del contrato.— 12. Las cartas de intención.— *Bibliografía*.

1. PREMISA

En el capítulo precedente se ha ilustrado el esquema general de celebración del contrato (oferta aceptada, con aceptación conocida por el oferente o llegada a su dirección): lo que se aplica a todos los contratos para los cuales no esté previsto un esquema diferente. En este capítulo se examinan justamente los esquemas distintos, previstos en vía particular para la celebración de determinadas clases de contratos.

Algunos de ellos simplifican, otros agravan el esquema general, en función del modo en el cual —en los varios supuestos de hecho— consideran ajustar los intereses de las partes, envueltos en la celebración del contrato.

Los esquemas particulares son en primer lugar, esquemas legales: previstos o en el código, o en leyes especiales. Pero pueden ser también esquemas jurisprudenciales, que se extraen de las decisiones de los jueces.

Esquemas particulares

...simplificadores y agravantes...

... legales y jurisprudenciales

2. EL CONTRATO CELEBRADO MEDIANTE INICIO DE LA EJECUCIÓN: ÁREA DE APLICACIÓN DEL ESQUEMA

Art. 1327

El art. 1327 dicta un esquema particular de celebración para aquella clase de contratos en los que “la prestación deba ejecutarse sin una respuesta preventiva”. El esquema es: oferta enviada y alcanzada al destinatario, seguida de inicio de la prestación del destinatario. Y en efecto: “el contrato se celebra *en el momento y en el lugar en que ha tenido inicio la ejecución*” (art. 1327¹). Presupuesto para que el esquema opere es que la oferta tenga todos los requisitos ya vistos (5.5); y podrá ser también una oferta al público.

Ratio

El esquema *simplifica* la celebración del contrato (en la lógica de las relaciones comerciales: en realidad tiene como antecedente el art. 36² C. Com.). Su *ratio* es: derogar el requisito del conocimiento/cognocibilidad de la aceptación por parte del oferente, normalmente previsto en el interés del oferente mismo, en casos en los cuales prevalezca su interés a una más rápida celebración del contrato. En otras palabras: *se quita al oferente la garantía del esquema general, dándole en cambio una mayor velocidad de la operación*, para él más ventajosa. Por otro lado, no se perjudica al destinatario (salvo en el limitado sentido de una menor posibilidad de revocación de la aceptación: 7.4): una vez que él, iniciando la prestación requerida en la oferta, manifiesta la voluntad de aceptar, no está en su interés el que el contrato se celebre en un momento sucesivo, en lugar que en ese mismo momento.

Aceptación
por
comporta-
miento
concluyente

El esquema implica el acuerdo de las partes sobre la oferta: acuerdo que el destinatario manifiesta con claridad, comenzando a ejecutar la prestación en ella prevista. No es forzado equiparar este comportamiento del destinatario a la aceptación de la oferta: simplemente, la voluntad de aceptar es manifestada no con una declaración expresa, sino con un comportamiento concluyente (9.6); y la manifestación produce efecto no en el momento en el cual llega a conocimiento o a la dirección del oferente, sino en el momento en el cual es realizada por el destinatario. Bajo este perfil, es *acto no recepticio*.

Una distinta orientación doctrinal niega, en cambio, que la ejecución por parte del destinatario pueda calificarse como manifestación de voluntad: con ese comportamiento la voluntad contractual no sería manifestada, sino directamente actuada; el supuesto de hecho recaería así en la categoría de los negocios de actuación (9.6).

Prestación a
ejecutarse sin
respuesta
preventiva

El área de aplicación del art. 1327 coincide con la clase de contratos en los cuales “la prestación deba ejecutarse sin una respuesta previa”. A su vez, la clase está identificada por tres elementos: la superfluidad de la respuesta preventiva puede depender del requerimiento del oferente, de la naturaleza del negocio, o de los usos (art. 1327¹). Estos elementos son alternativos entre sí: basta uno para hacer aplicable el esquema. Pero para la jurisprudencia son también taxativas, en cuanto reflejan una excepción a la regla general sobre la celebración del contrato.

El esquema del art. 1327 puede ser activado por la voluntad del oferente, que requiera la inmediata ejecución sin previa respuesta: coherentemente al hecho de que el esquema responde, como se ha visto, a su interés. El requerimiento puede ser expresado también con fórmulas indirectas tipo “pronta entrega”, o similares.

por
requerimiento
del oferente...

Tal voluntad encuentra *límites*. Pese a la contraria pretensión del oferente, el art. 1327 es inaplicable a los contratos que establezcan a cargo del destinatario prestaciones de no hacer, o prestaciones cuya ejecución quede cerrada en la esfera del destinatario mismo: también porque la actividad correspondiente no es idónea para manifestar el acuerdo del destinatario sobre la oferta. Idóneas a ello son solo las actividades correspondientes a *prestaciones positivas, destinadas a salir de la esfera del destinatario para entrar en la esfera del oferente* (típicamente, procurarle bienes o desplegar servicios a su favor): son estas las prestaciones que definen el campo del art. 1327.

Los límites mencionados responden a la exigencia de *no perjudicar injustamente la posición del destinatario*: más precisamente, de no hacerlo incurrir en la celebración de un contrato que él no desea. Imaginemos que A dirija a B una oferta para un contrato que establezca a cargo de B una prestación de no hacer (por ejemplo, no pedir en el futuro concesiones edilicias sobre su terreno, colindante con el de A), pidiéndole la inmediata ejecución *ex art. 1327*: si B, recibida la oferta, permanece en la situación de quien no pide ninguna concesión (porque en el momento no le interesa), A no puede pretender que tal comportamiento de B valga como inicio de la prestación requerida, y así ¡celebre el contrato! Imaginemos una oferta de A a B, igualmente calificada, para un contrato que establezca a cargo de B la prestación de tomar 20 trabajadores nuevos: si poco después de haberla recibido B toma 5 trabajadores nuevos (porque este es el número que le sirve), A no puede pretender que con este “inicio de ejecución” el contrato se haya celebrado, y B sea condenado —en virtud de aquel— a tomar ¡otros 15 trabajadores!

En el silencio de la oferta, la aplicabilidad del esquema simplificado puede resultar de la “naturaleza del negocio”: como, típicamente, cuando la prestación requerida sea útil para el requirente solo si es ejecutada con la máxima urgencia; o cuando se requieran bienes estándar a precios estándar y condiciones estándar, de manera que queda excluida cualquier utilidad de una tratativa. También en ausencia de estos datos objetivos, la “naturaleza del negocio” puede ligarse a la peculiar situación de los sujetos interesados: imaginemos que estos tengan desde hace tiempo una relación comercial, y que en el ámbito de esta se introduzca entre ellos la práctica de contratar de ese modo.

...por la
naturaleza del
negocio...

Finalmente, la ejecutabilidad de la prestación sin previa respuesta a la oferta que la requiere puede desprenderse de los usos.

... por los
usos

Inicio de la ejecución fuera del campo del art. 1327

Fuera de estos casos, si el destinatario comienza a ejecutar la prestación requerida sin comunicar antes al oferente que acepta, el contrato no se celebra con el inicio de la ejecución *ex art.* 1327. Ello no quiere decir que absolutamente no se celebre. Simplemente, se celebra *ex arts.* 1326¹ y 1335: vale decir, cuando el inicio de ejecución (que por hecho concluyente manifiesta la aceptación del destinatario) llega a conocimiento del oferente o a su dirección; en el lugar en el que ello se verifica (lugar de pertenencia del oferente, en lugar que de pertenencia del destinatario como tiende a ser el lugar de inicio de la ejecución).

Contratos formales

El esquema del art. 1327 no puede operar para los contratos formales, en los cuales la aceptación debe expresarse en la forma vinculada y no puede manifestarse por hecho concluyente (9.6; 10). Sin embargo, una notable excepción resulta de una ley especial: el contrato de subprovisión requiere forma escrita, pero si el oferente-comitente dirige al subproveedor una oferta escrita, el contrato se considera válidamente celebrado por escrito cuando el subproveedor, sin responder por escrito, inicia la provisión o las manufacturas requeridas (art. 2¹ Ley 192/1998).

Aceptación expresa del destinatario

¿Puede el destinatario de una oferta *ex art.* 1327 celebrar el contrato según el esquema general de los arts. 1326¹ y 1335? (Imagínese que el destinatario haga llegar inmediatamente al oferente su aceptación expresa, antes aun de iniciar la ejecución, y pretenda que el contrato se haya celebrado prescindiendo de ella). No se ven razones para excluirlo, todas las veces que ello no perjudique el interés del oferente, tutelado por el art. 1327.

3. SIGUE: INICIO DE LA EJECUCIÓN Y DEBER DE AVISO

Dadas las condiciones de aplicabilidad del art. 1327, "el contrato se celebra en el momento y en el lugar en el que ha tenido inicio la ejecución".

Actividades preparatorias

Inicio de la ejecución no se tiene sino hasta cuando el destinatario se limita a desarrollar actividades preparatorias, internas a la propia esfera: en dependencia de estas, es justo no vincular al destinatario, y dejarlo libre de arrepentirse y no dar más curso a la ejecución (pero otros sostienen que ellas son suficientes para vincular al oferente, haciendo ineficaz la sucesiva revocación de la oferta). Típico inicio de la ejecución, recurrente en la casuística jurisprudencial, es la entrega al transportista de las mercaderías requeridas por el oferente.

Disconformidad

El inicio de la ejecución celebra el contrato si está conforme a lo que requiere la oferta. Si no lo es, en cuanto aceptación disconforme, ella vale como contraoferta, *ex art.* 1326⁵. Por lo común, podrán existir dificultades para distinguir entre los casos en los cuales una ejecución no conforme al requerimiento impide la celebración del contrato, y casos en los que configura incumplimiento de un contrato ya celebrado. Contratantes incorrectos podrían especular deslealmente, dada la incertidumbre: el principio de buena fe puede neutralizarlos.

El inicio de la ejecución celebra el contrato solo si proviene del destinatario, y no ciertamente si proviene del oferente (como en el caso de quien envía una orden de mercaderías, acompañada por el pago de las mercaderías ordenadas). Caso contrario, el destinatario sufriría un contrato impuesto por iniciativa unilateral del oferente, sin ningún concurso de la propia voluntad: faltaría el acuerdo de las partes.

Ejecución por el oferente

El destinatario tiene en sus manos la posibilidad de determinar la inmediata celebración del contrato, sin que deba esperarse el conocimiento o la recepción por parte del oferente. En cambio, tiene un deber: celebrado el contrato con el inicio de la ejecución, de ello “debe dar prontamente aviso a la otra parte”, bajo pena del resarcimiento del daño (art. 1327²).

Deber de aviso a cargo del destinatario

El deber *tutela al oferente en su interés de saber si el contrato está celebrado o no*: si recibe el aviso, sabe de la celebración y evita dirigirse a otro para la prestación; si no lo recibe, está legitimado para pensar que el destinatario no considere proporcionar la prestación requerida, y la buscará en otro lugar. Si esta es la *ratio*, el aviso es superfluo cuando la prestación llega al oferente en tiempos más rápidos de los que emplearía el aviso; en cambio, para ser “pronto” (como desea la norma) el aviso debe ser enviado apenas sea posible, tras el inicio de la ejecución; sin embargo, si la oferta tiene un plazo de eficacia, puede considerarse pronto el aviso que llegue al oferente antes del vencimiento.

Prontitud

Suele decirse que el aviso no interfiere con la celebración del contrato. Conviene distinguir: si la ejecución es iniciada, el aviso no produce, y la falta de aviso no perjudica, una celebración ya producida; pero si no existe aún inicio de ejecución, el aviso que la precede y la preanuncia puede valer como aceptación expresa de la oferta, susceptible de celebrar el contrato conforme a ella.

Aviso y celebración del contrato

La ausencia de aviso o la ausencia de prontitud del aviso determinan responsabilidad (*precontractual*: 8) del destinatario hacia el oferente. El daño resarcible está constituido por los costos no recuperables, que el oferente —confiando en la falta de celebración del contrato— haya sostenido para procurarse en otro lugar una prestación que después resulte inútil, ya que el contrato estaba, en cambio, celebrado.

Responsabilidad del destinatario

4. EL CONTRATO CELEBRADO MEDIANTE OFERTA NO RECHAZADA OPORTUNAMENTE

También este esquema proviene del C.Com. (art. 36⁴). Este se aplica a los contratos “del cual deriven obligaciones solamente para el oferente” (art. 1333¹); y realiza, respecto al esquema general, una *simplificación aún más marcada* del procedimiento de celebración. El destinatario que recibe la oferta puede rechazarla “en el plazo requerido por la naturaleza del negocio o por los usos”; “En ausencia de tal rechazo, el contrato se celebra”

Art. 1333

(art. 1333²⁻³). Por consiguiente, *el contrato se celebra sin aceptación del destinatario*.

Ratio

La *ratio* es simple: visto que el contrato está destinado a establecer vínculos y cargas solo sobre el oferente, mientras el destinatario recibe solo ventajas, se considera *superfluo esperar la aceptación del destinatario, que se da por descontada considerando que el contrato se presenta, sin más, en su interés*.

Contratos con obligaciones del solo oferente (contratos unilaterales)

En efecto, este esquema de celebración se aplica a los contratos con obligaciones solamente por parte del oferente (a veces llamados: contratos unilaterales). La categoría comprende —en línea de principio— los *contratos gratuitos*, en virtud de los cuales solo el oferente se compromete sin retribución a cargo del destinatario. Pero *no todos* los contratos gratuitos: queda excluida la donación formal, que requiere aceptación del destinatario, y otras modalidades calificadas de aceptación (6.10); quedan excluidos los contratos gratuitos con *modus* a cargo del beneficiario, porque de estos nacen siempre obligaciones también a cargo del destinatario. Los intérpretes reconocen contratos con obligaciones solamente a cargo del oferente, susceptibles de celebrarse *ex art. 1333*: en la fianza gratuita, en el mandato de crédito, en la atribución de opción o prelación sin retribución, en la expromisión y en la asunción de deuda no liberatorias. Alguien inserta el mandato gratuito: inserción dudosa, vistos los compromisos que nacen para el mandante.

Ejemplos

Tesis del acto unilateral

El art. 1333 da lugar a elaboraciones y debates muy intensos por parte de la doctrina, que se pregunta sobre el *sentido de la "falta de rechazo"*, productiva del contrato. Según una tesis extrema, la norma, no obstante su letra, no se referiría en realidad a contratos, sino a actos unilaterales: el simple hecho de que estos se formen con la declaración de una sola parte vendría a colocarlos fuera del campo de los contratos, concebidos como actos con formación necesariamente bilateral, es decir, basados en la aceptación de una oferta; sin aceptación, no existiría contrato. Pero la tesis es minoritaria. Prevalece la orientación que reconoce a los actos *ex art. 1333* la naturaleza de contratos: pero al interior de esta, las variantes doctrinales son muchas, en función del diverso valor atribuido al rechazo y a la ausencia de rechazo del destinatario.

Tesis del contrato:

... aceptación tácita...

Según una primera variante, aquí existe contrato porque existe aceptación, aunque tácita. Ella da por irrenunciable el esquema oferta-aceptación, y atribuye a la ausencia de rechazo del destinatario el valor de aceptación manifestada por su silencio. Puede objetarse que un mero silencio no calificado, cual es la pura y simple ausencia del rechazo, no es comportamiento concluyente idóneo para manifestar, aunque tácitamente, una voluntad de aceptar (9.6).

Para una segunda variante, aquí existe contrato porque —no siendo el mero silencio del destinatario aceptación, aunque tácita— el art. 1333, con un mecanismo de tipificación legal, lo califica y lo trata como aceptación, vinculándole los efectos correspondientes: también esta variante se preocupa por salvar la presencia de la aceptación, que —negada en el plano fenoménico— es recuperada en el plano normativo.

... silencio legalmente tipificado, como aceptación, ...

Más lineal y persuasiva es la tesis según la cual no existe aquí aceptación, y sin embargo existe contrato. Para ella, puede haber contrato sin aceptación: la formación bilateral, según el esquema oferta-aceptación, es una característica normal de los contratos, pero no rigurosamente necesaria y exclusiva, existen contratos con formación unilateral, basados —como en el caso del art. 1333— en un esquema que prescinde de la aceptación y se conforma con la ausencia de rechazo, que aceptación no es.

... contrato sin aceptación ...

Al interior de esta dirección, algunos se lanzan a agregar que contrato sin aceptación significa contrato sin acuerdo: el art. 1333 derogaría por ello no solo el esquema de los arts. 1326¹ y 1335, sino también el del art. 1325, en el que se indica el acuerdo de las partes como uno de los “requisitos” del contrato. Esta posición no se puede compartir. La aceptación de la oferta es el modo más directo y usual para crear el acuerdo, pero no es el único. El acuerdo puede tener una estructura más “ligera”, como precisamente la que se basa en la ausencia de rechazo de la oferta. Depende de la tipología de contrato, y de *lo que socialmente (y por consiguiente legalmente) se considera suficiente para manifestar acuerdo sobre ese determinado tipo de contrato*: para el acuerdo sobre una *venta*, se considera necesario que a la oferta del comprador le siga la aceptación del vendedor (o viceversa); para el acuerdo sobre una *fianza*, se considera suficiente que a la oferta del fiador no le siga el rechazo del acreedor garantizado. En el segundo caso, a diferencia del primero, el destinatario que no rechaza la oferta está —en la percepción social y, por lo tanto, en la valoración legal— de acuerdo con la oferta misma. Y en verdad, puede existir contrato sin aceptación, pero no contrato sin acuerdo.

... pero no sin acuerdo

Acuerdo con estructura ligera: la ausencia de rechazo

El esquema del art. 1333 —acto formado mediante oferta no rechazada— se encuentra en el art. 1236, a propósito de la remisión. Así pues también la remisión, pese a ser un acto con formación unilateral, que no requiere aceptación del deudor liberado, implica el acuerdo de este. A la luz de ello, en el debate entre sostenedores de su naturaleza de acto unilateral y partidarios de su *naturaleza contractual*, puede tomarse partido por estos últimos.

Remisión

El art. 1333, en conexión con el art. 1334, ayuda a entender el sentido del principio de tipicidad/excepcionalidad de las promesas unilaterales *ex art. 1987 (2.4)*. El art. 1334 establece en vía general que el acto unilateral recepticio produce efectos en el momento en que

Arts. 1333-1334 y promesas unilaterales (art. 1987)

llega al destinatario (5.3): aplicada a las promesas, la regla significaría que estas crean la obligación del promitente y el crédito del promisorio apenas llegadas a este último, sin necesidad de su aceptación; y ello pondría fuera de juego el principio del acuerdo.

El art. 1987 impide este resultado, disponiendo que la regla no se aplica, en general a toda promesa, sino solo a las promesas taxativamente indicadas por la ley. Para todas las otras promesas, en lugar del art. 1334 se aplica el art. 1333, que restaura el principio del acuerdo (si bien en la variante débil del rechazo ausente): la promesa no produce efectos (no crea la obligación) cuando llega al destinatario, porque es necesario darle el tiempo de valorarla y rechazarla, si no está de acuerdo; produce efectos solo cuando —transcurrido un adecuado periodo desde la recepción, sin rechazo del destinatario— puede pensarse que esté de acuerdo. Las promesas que producen efectos en base al art. 1334 son unilaterales; las que producen efectos en base al art. 1333 son contractuales.

5. SIGUE: PROBLEMAS APLICATIVOS

Irrevocabilidad

La oferta de contrato con obligaciones solo del oferente es irrevocable (7.8); y tratándose de *acto recepticio*, el efecto de la irrevocabilidad se produce en el momento en que la oferta “llega a conocimiento de la parte a la que está destinada” (art. 1333¹); o bien en el momento en que llega a la dirección del destinatario, por la equivalencia establecida, en general, por el art. 1335.

Plazo para el rechazo

La recepción de la oferta determina solo el efecto de hacer a la oferta irrevocable, pero no aún el de celebrar el contrato. En efecto, desde el momento de la recepción el destinatario tiene a disposición un plazo —el “requerido por la naturaleza del negocio o por los usos”— para decidir si rechazar: y en pendencia de este plazo es obvio que el contrato no comprometa y, por lo tanto, no esté celebrado. El contrato se celebra, por tanto, *en el momento en que el plazo vence, sin que haya sido rechazado por el destinatario* (o aun antes si —como es posible, aunque no necesario— el destinatario ha declarado aceptar).

Celebración del contrato

Lugar de la celebración

Si el lugar de celebración del contrato sigue el tiempo de esta (5.12), entonces el contrato *ex art. 1333* debe localizarse no en el lugar del oferente, sino del destinatario. Un abstracto rigor induciría a precisar: en el lugar en que el destinatario se encuentra en el momento en que vence el plazo para el rechazo no emitido. Pero por obvias exigencias de certeza y prevención de comportamientos evasivos, es más razonable decir: en el *lugar de recepción de la oferta*.

Valor del rechazo ...

El rechazo de la oferta tiene aquí un *valor más intenso* que el rechazo de una oferta no *ex art. 1333*: a diferencia de este último, impide la celebración de un contrato que se habría de otro modo formado. De aquí la mayor relevancia (al menos teórica, visto que la jurisprudencia no ha tenido manera

de ocuparse de ello) del debate respecto a la impugnabilidad del rechazo por defecto de forma, vicios del consentimiento e incapacidad del declarante.

El rechazo tiene *el efecto de bloquear la celebración del contrato* solo si es oportuno, esto es, si respeta el plazo requerido por la naturaleza del negocio o de los usos. Un rechazo tardío no impide la celebración del contrato. Pero, para ser oportuno, ¿el rechazo debe haberse formulado dentro del plazo, o bien debe haber llegado a conocimiento a la dirección del oferente dentro del plazo? La naturaleza recepticia del acto y la analogía con el régimen de la revocación de la aceptación (7.4) inducen a preferir la segunda respuesta.

... oportuno

Acto
recepticio

Al rechazo debe equipararse, en su efecto impeditivo del contrato, la contraoferta del destinatario.

El esquema del art. 1333 se aplica también a los contratos formales (10), siendo suficiente que la oferta revista la forma prescrita. La solución, acogida en la jurisprudencia, es coherente con la reconstrucción que niega a la ausencia de rechazo el valor de aceptación tácita (la cual sería incompatible con el vínculo de forma).

Contratos
formales...

¿Puede encontrar aplicación también en los contratos con efectos reales a exclusivo cargo del oferente (bajo el obvio presupuesto de que no sean contratos con *causa donatio-nis*)? La jurisprudencia parece admitirlo, con respecto, por ejemplo, a la declaración de atribución gratuita de un inmueble, dirigida por el padre al hijo en cumplimiento de lo pactado con el otro cónyuge en sede de separación. Pero puede dudarse que por un *efecto "pesado"* como la atribución de derechos reales sea suficiente un *acuerdo "ligero"* como el que se reduce a la ausencia de rechazo del beneficiario (26.1).

... y con
efectos reales

6. LA CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS PLURILATERALES

Para el art. 1321, el contrato puede ser acuerdo entre más de dos partes: los *contratos con más de dos partes* se llaman usualmente contratos plurilaterales (pero algunos prefieren llamarlos contratos con formación plurilateral). Son contratos plurilaterales, por ejemplo: la división entre 5 copropietarios; la transacción entre 3 litigantes, o que, con todo, implica compromisos de 3 sujetos; el contrato con el cual el propietario de un terreno lo cede al constructor a cambio de extensiones de la futura edificación, y un inversionista financia al constructor frente a la fianza prestada por el propietario del terreno; los contratos constitutivos de asociaciones, sociedades, consorcios; etc. En síntesis: los *contratos que contextualmente generan obligaciones para varias partes, o ajustan intereses de varias partes, entre sí interdependientes* (con exclusión del contrato a favor de tercero, que tiene solo dos partes: 26.1).

Contratos
plurilaterales

Se trata de adaptar los esquemas de celebración del contrato, previstos

Pluralidad de
aceptaciones

para la hipótesis de contrato con dos partes, a los casos de contratos con más de dos partes. Asumamos como situación-base la de un contrato que sigue el esquema general. La oferta es enviada por un oferente a varios destinatarios: obviamente, para que el contrato se celebre es necesario que todos los destinatarios acepten. Pero el problema es: ¿basta que la aceptación de cada destinatario llegue al oferente, o bien es necesario que llegue también a cada una de las otras partes (por consiguiente, a todos los otros destinatarios)? En línea de principio *es necesario que todas las partes reciban noticia de la aceptación de todas las otras*, porque es interés de cada una saber que el supuesto de hecho de celebración del contrato está perfeccionado.

Atenuación
de la
direccionalidad
voluntaria

Sin embargo, conviene introducir un temperamento, para evitar abusos y distorsiones: normalmente la aceptación no es eficaz si no está voluntariamente dirigida al destinatario (5.3; 5.5); pero aquí puede admitirse que si un aceptante dirige la aceptación a alguna de las otras partes solamente, cada una de estas está legitimada para transmitirla eficazmente también a las otras, omitidas por el aceptante (siempre que la direccionalidad solo parcial no deba considerarse como aceptación disconforme, esto es, contraoferta dirigida a excluir del contrato a algunas de las partes contempladas en la oferta).

Pluralidad de
ofertas

La situación-base puede conocer variantes. Por ejemplo: dos oferentes envían conjuntamente la misma oferta a un destinatario; o bien dos oferentes la envían a dos destinatarios. También ellas parecen gobernables con el criterio expuesto antes. La situación-base puede ser complicada por el hecho que entren en juego contratos a los cuales se aplican esquemas de celebración particulares: por ejemplo, oferta contractual unilateral *ex art. 1333*, dirigida a varios destinatarios; oferta contractual con obligaciones a cargo del destinatario X (de la cual se requiere aceptación *ex art. 1326¹*, o tal vez ejecución sin respuesta previa *ex art. 1327*), pero sin obligaciones a cargo del otro destinatario Y (respecto al cual el contrato debería por tanto celebrarse *ex art. 1333*). En el caso de contrato para cuya celebración se entrelazan diversos esquemas, el criterio es que el contrato se celebra solo cuando el último de los esquemas implicados es satisfecho.

Esquemas
particulares ...

... en
concurso
entre ellos

Contrato con
parte
compleja

Del contrato plurilateral hay que distinguir el contrato bilateral con parte compleja, en el que una parte está constituida por más de un sujeto: por ejemplo, la compraventa entre un comprador y una parte vendedora compuesta por los cinco copropietarios del bien. Ello no quita que también para los contratos con parte compleja puedan plantearse delicadas cuestiones de celebración del contrato, es decir de formación del acuerdo entre todos los sujetos implicados.

Otros
problemas:
remisión

Además del problema de la celebración, los contratos plurilaterales plantean otros problemas: los veremos más adelante (18.12; 39.3; 43.15; 45.1).

7. LA ADHESIÓN AL CONTRATO ABIERTO

Hasta aquí se han considerado contratos con más de una parte, de tipo “cerrado”: aquellos para cuya celebración es necesario el acuerdo de todas las partes, en donde la ausencia de acuerdo de una sola impide que el contrato se celebre también para las otras. Pero los contratos plurilaterales pueden presentarse como “abiertos”: son aquellos *celebrados y operantes entre dos o más partes originarias, pero susceptibles de acoger también a otros sujetos, que se adhieren sucesivamente*, y con la adhesión devienen estos partes de ese mismo contrato.

Contratos abiertos

Para la celebración de los contratos abiertos, en relación a las partes que se adhieren sucesivamente, vale el particular esquema del art. 1332. La norma contempla tres hipótesis, las cuales pueden corresponder a diferentes esquemas de celebración.

Art. 1332

La primera hipótesis es que el contrato contemple particulares modalidades para las adhesiones posteriores: y entonces son estas modalidades las que gobiernan la celebración.

Modalidades previstas por el contrato

La segunda hipótesis es que tales modalidades no estén previstas, y exista un “órgano (...) constituido por la actuación del contrato” (por ejemplo, el consejo de administración de la asociación o del consorcio, creados con el contrato): en tal caso, la adhesión va dirigida al órgano, y siendo recepticia deviene eficaz cuando le llega.

Adhesión dirigida al órgano

Si en cambio —es la tercera hipótesis— no existe tal órgano, la adhesión va dirigida (y debe llegar) a todos los contratantes originarios: que es el *esquema común* de celebración de los contratos plurilaterales.

Adhesión dirigida a todos los contratantes

Si la cláusula de apertura tiene valor de oferta (según los casos, dirigida al público o a determinados destinatarios), la adhesión tiene valor de aceptación, y puede por sí sola celebrar el contrato. Pero, en cambio, puede establecerse que la adhesión pase al examen de los contratantes originarios o del órgano de actuación del contrato, que se reservan de acogerla o no: en tal caso la cláusula es invitación a ofrecer, y la adhesión es oferta que espera una aceptación.

Cláusula de apertura...

... como oferta...

... o como invitación a ofrecer

Los contratos abiertos se identifican habitualmente con los contratos con comunidad de fin, en los cuales las partes cooperan en un interés común valiéndose de una estructura más o menos compleja creada con tal propósito (estructura evocada por el órgano del cual habla el art. 1332): 18.11-12. Ahora, es verdad que *los principales contratos abiertos son contratos con comunidad de fin*: asociaciones, consorcios, sociedades cooperativas. Pero la identificación no es perfecta. Existen *contratos con comunidad de fin que no son contratos abiertos*: las sociedades lucrativas. Y la casuística exhibe *contratos abiertos sin comunidad de fin*: por ejemplo, una transacción o una división convencional originariamente estipuladas entre algunos litigantes o copropietarios, y estructuradas de una manera tal como para poder extenderse a otras partes que deseen luego adherirse, pero al mismo tiempo como para ser autosuficientes y operativas también sin estas sucesivas adhesiones.

Relación con los contratos con comunidad de fin

8. EL CONTRATO CELEBRADO MEDIANTE ENTREGA DE LA COSA: CONTRATOS REALES Y CONSENSUALES

Contratos
reales

Los contratos reales son contratos que implican la entrega de cosas de una parte a la otra, y cuyo esquema de formación establece que *el contrato se celebre precisamente con la entrega de la cosa*; sin entrega, el contrato no se forma. A esta categoría se reconducen figuras como: depósito, comodato, mutuo, donación manual, prenda, reporte, contrato estimatorio, secuestro convencional. Pero decimos rápidamente que el problema de la realidad no se plantea al mismo nivel para todos estos tipos.

Contratos
consensuales

A los contratos reales se contraponen los contratos consensuales, *que se forman con el simple consentimiento (acuerdo) de las partes, sin necesidad de entrega de la cosa que forma su objeto*: por ejemplo la venta, la locación, el transporte de cosas. En estos la entrega se refiere no a la celebración del contrato, sino a la ejecución del contrato (ya celebrado).

Papel del
acuerdo en
los contratos
reales

Estas definiciones no deben llevarnos a engaño. No es que en los contratos reales la entrega de la cosa sustituya el consentimiento de las partes, y que este sea superfluo. Como todos los contratos, también los contratos reales requieren del consentimiento, es decir del acuerdo de las partes, sin el cual ningún contrato se forma. En algún caso *entrega y acuerdo se confunden*, porque es la entrega misma —con valor de comportamiento concluyente— la que manifiesta el acuerdo: piénsese en la silenciosa entrega de la maleta al depósito de equipajes de la estación. Más a menudo están *separados y distintos*: el mutuo se perfecciona con la entrega del dinero prestado, pero el acuerdo resulta de la suscripción del texto contractual que regula la relación, o por las palabras intercambiadas entre mutuante y mutuario.

La mera
entrega

La mera entrega de la cosa *no es idónea para celebrar el contrato* también porque —en su simplicidad— no indica la razón del contrato, es decir su *causa* (16): el mero hecho de que A entregue un auto a B no dice si la entrega es a título de depósito o de comodato; esto podrá saberse solo en base a elementos externos a ella (el contexto en el que sucede, un acuerdo verbal, la firma de un documento) que manifiesten el acuerdo de las partes sobre el sentido de la entrega, y por consiguiente sobre el contrato al cual esta da vida.

Normas que subordinan la celebración del contrato a la entrega de la cosa (es decir algo que se agrega al acuerdo de las partes) podría parecer fruto de un arbitrio del legislador: una lesión del *principio de autonomía*, a la luz del cual *el acuerdo es necesario, pero debería ser también suficiente*, para formar el vínculo contractual. De aquí el interés por indagar cual sea la *ratio* de ellas, o la justificación de la realidad. La indagación se liga a la cuestión fundamental en materia: cuál consideración y tratamiento deban recibir acuerdos sobre

contratos correspondientes a algún tipo de contrato real, pero no acompañados de la entrega de la cosa.

9. SIGUE: LA JUSTIFICACIÓN DE LA REALIDAD

Una convincente justificación de la realidad es que en ciertos contratos *solo la entrega de la cosa indica la voluntad de asumir un vinculante compromiso jurídico* (como el que nace de contrato), en lugar de un compromiso solo moral o social, o en el límite ningún serio compromiso.

Ratio

Se considere la donación manual, es decir la donación de módico valor para cuyo perfeccionamiento no se requiere la estipulación de la escritura pública, sino la "tradición" (la entrega) de la cosa mueble donada (art. 783). Lo que la diferencia de la ordinaria donación, que requiere de la escritura pública, es precisamente la ausencia de forma; y esta diferencia explica la realidad. En la donación ordinaria es la *forma solemne* la que hace confiar en la voluntad del donante de asumir el vínculo jurídico que deriva del contrato de donación. En la donación manual, que *no reviste forma solemne*, este papel de señal de la seria voluntad de comprometerse jurídicamente puede ser desplegada solo por un acto fuertemente significativo en tal sentido, como la *entrega de la cosa*, mientras un acto diverso y menos "fuerte" (así fuera también un explícito consentimiento de asumir el compromiso) no se considera suficiente.

Donación...

... y donación manual

Consideremos ahora algún contrato real no necesariamente gratuito, como el mutuo (art. 1813). Si la realidad del mutuo debiera considerarse de manera rígida, se obtendría que el acuerdo entre A y B, por el cual A entregará a B una suma de dinero que B después restituirá a A en las modalidades convenidas (acuerdo no seguido de la efectiva entrega), no forma contrato: con la consecuencia de que no nacen compromisos jurídicos para nadie. Pero una solución así no corresponde al derecho italiano: ella es desmentida por la doctrina, por la jurisprudencia y por la misma legislación, que en diverso modo concurren a limitar fuertemente el sentido y alcance de la realidad del mutuo.

Mutuo...

El mismo legislador admite la promesa de mutuo, eficaz y vinculante prescindiendo de la entrega del dinero (art. 1822).

... y promesa de mutuo

La jurisprudencia concibe el requisito de la entrega en términos muy amplios, avistándolo también en una entrega no material sino "simbólica" (depósito de la suma a un tercero, su abono en un banco indicado por el mutuuario, o incluso en el mismo banco mutuante, que de este modo entrega... a sí mismo). Además, frente a acuerdos de mutuo no acompañados por una entrega ni siquiera simbólica, ella la califica de buena gana no ya

Entrega simbólica

Contratos
(atípicos) de
financiamiento

como contratos no celebrados y por tanto privados de cualquier eficacia vinculante, sino como contratos atípicos diferentes del mutuo (a veces llamados contratos de financiamiento), salvándose así su valor vinculante.

Gran parte de la doctrina, con motivaciones y construcciones bastante variadas, a su vez reconoce que *un acuerdo de mutuo sin entrega del dinero puede bien ser un contrato existente y vinculante*.

Depósito...

Un discurso no muy diferente puede hacerse para el depósito (art. 1766): si A y B acuerdan en el sentido de que A depositará mercaderías propias a B, que a tal fin se compromete a predisponer y acondicionar específicos almacenes, ¿por qué negar que este sea un contrato vinculante, aunque no haya sido aún efectuada la entrega? O mejor: seremos llevados de buena gana a considerarlo como tal, en cuanto se establezca una compensación para B (depósito oneroso). En cambio, si el compromiso de B fuera por un depósito gratuito, podremos dudar que este merezca ser tratado como un vínculo jurídico, antes que como un mero gesto de cortesía extralegal; duda eliminada si B, además de declarar que se compromete por el depósito gratuito recibe efectivamente las cosas que A le entrega. Consideraciones análogas valen para el mutuo: ninguna dificultad en admitir el valor vinculante de un acuerdo de mutuo sin entrega, si se trata de mutuo oneroso (con intereses); mayor dificultad en admitirlo para el mutuo gratuito (sin intereses).

... oneroso ...

... y gratuito

Causa gratuita
y causa de
intercambio

Por consiguiente he aquí otra perspectiva, de la cual se puede apreciar el sentido y la *ratio* de la realidad: la perspectiva de la causa (16). Muchos contratos reales pueden tener causa gratuita o bien causa onerosa, de intercambio. En línea de principio *la causa onerosa es más "fuerte", la causa gratuita más "débil"*: la primera se sostiene por sí sola, y por sí sola justifica el vínculo jurídico; la segunda tiene necesidad de algún sostén externo. La entrega de la cosa puede ser vista precisamente como *elemento que, en los contratos reales gratuitos, integra la debilidad de la causa*, asegurando respecto al hecho que la operación tiene un sentido y una seriedad que justifican su atracción a la esfera de lo jurídicamente vinculante.

Papel de la
entrega en
los contratos
gratuitos

De aquí la necesaria realidad del comodato (art. 1803¹): a diferencia del mutuo y del depósito (onerosos), nadie imagina variantes consensuales del comodato, en cuanto esencialmente gratuito (art. 1803²).

Acuerdo de
mutuo sin
entrega

Regresemos al acuerdo de mutuo sin entrega. Puesto que este (si es oneroso) es un contrato productor de efectos jurídicos, se discute la naturaleza de tales efectos. El contrato puede configurarse como definitivo (como verdadero y propio "mutuo consensual"), o bien como preliminar (29) de mutuo. Con efectos bastante distintos. En el primer caso *nace directamente la obligación de entrega de la suma mutuada*, que el mutuuario puede accionar en un juicio pidiendo la condena del mutuante a abonarle precisamente esa suma. En el segundo caso *nace solo la obligación de celebrar el contrato definitivo de mutuo*, y se

¿Contrato
definitivo o
preliminar?

plantea entonces el problema del remedio para el promisorio frente al incumplimiento del promitente que no desea perfeccionar el mutuo abonando la suma: considerada generalmente impracticable la actuación en forma específica mediante sentencia constitutiva *ex art. 2932*, se reconoce al promisorio frustrado el derecho al resarcimiento (por consiguiente no puede pretender la suma prometida a título de mutuo, sino la que equivale al daño sufrido por no haber obtenido en préstamo tal suma).

El mutuo consensual o la promesa de mutuo, aunque sean contratos vinculantes, no pueden generar todos los efectos jurídicos propios del mutuo perfeccionado con la entrega de la suma: en particular no generan el efecto real de la adquisición en propiedad de la suma (no entregada) al mutuuario (ni, consecuentemente, su deber de restituirla).

Efecto real

Ello introduce una distinción significativa, que evoca las categorías de los contratos con efectos obligatorios y con efectos reales (22.3). Algunos contratos reales tienen efectos solo obligatorios, como el comodato y el depósito. Pero otros tienen efectos reales, como el mutuo y el reporte (que transfiere propiedad de cosas) o la prenda (que constituye el correspondiente derecho real). Respecto a estos últimos, es necesario *distinguir entre lo que ocurre por la celebración del contrato y lo que ocurre por la producción del efecto real* típico del contrato. Se ha visto que en el mutuo la realidad (la entrega de la cosa) sirve para producir todos los efectos típicos del mutuo, y en particular la transferencia de propiedad de la suma, mientras no es indispensable para producir efectos obligatorios (mutuo consensual y promesa de mutuo vinculan al promitente). Vale lo mismo para el contrato constitutivo de prenda: la entrega de la cosa constituye el derecho real de garantía, que sin entrega no puede nacer; pero un simple acuerdo de dar prenda, aunque no genere la garantía, es siempre un contrato jurídicamente vinculante. Lo evidenciado echa ulteriores luces sobre el sentido y la *ratio* de la realidad: en los contratos reales con efectos reales la entrega de la cosa funda los efectos reales típicos de estas.

Contratos reales con efectos obligatorios

Contratos reales con efectos reales

Prenda

Puede intentarse una síntesis. En los contratos pertenecientes al tipo de la donación, la realidad *subroga la forma* (donación manual). En los contratos gratuitos (mutuo y depósitos gratuitos, comodato), *integra la causa*. En los contratos con efectos reales (mutuo, prenda, reporte), *funda la producción del efecto real*.

Síntesis

La realidad del reporte (art. 1549) tiene una específica justificación ulterior: evitar operaciones sobre títulos "al descubierto", de tipo puramente especulativo. Por esto no parece derogable con variantes consensuales.

Reporte

10. OTROS SUPUESTOS DE HECHO: ACEPTACIÓN DE LA DONACIÓN; ELABORACIÓN COMÚN DEL CONTRATO; PRESENTACIÓN EN JUICIO DE LA OFERTA CONTRACTUAL

Otros esquemas particulares de celebración están previstos por la ley para específicos tipos contractuales (18.1). Así para la donación. Si el contrato se forma en base a la oferta del donante y a la aceptación no contextual del donatario, no es suficiente que la aceptación llegue a conocimiento

Aceptación no contextual de la donación: notificación

o a la dirección del donante: es necesario que llegue de manera calificada, es decir, que sea notificada al donante: “la donación no es perfecta sino desde el momento” de tal notificación (art. 782²).

Elaboración
común

El contrato puede, luego, celebrarse según esquemas no expresamente previstos por la ley. En particular *sin que en el proceso de formación sean identificables una oferta y una aceptación*. Si A y B, cerrados en un cuarto, discuten largamente sobre una venta a realizarse entre ellos, examinan los diversos aspectos de la operación partiendo de cada una de las posiciones diversas que después variadamente liman, perfeccionan y corrigen, hasta encontrar el acuerdo sobre todos los puntos, al final hay contrato porque hay acuerdo, pero no sería realista decir que el contrato se ha celebrado porque A ha aceptado una oferta de B, o viceversa; ni reconstruir el supuesto de hecho como un continuo rebote de aceptaciones no conformes que valen como contraofertas a su vez aceptadas no conformemente, en una secuencia interminable.

La verdad es que el supuesto de hecho no corresponde ni al art. 1326¹ ni a las otras normas que implican el intercambio de una oferta y una aceptación. Estas normas presuponen que el contrato se celebre *inter absentes*, o “entre personas lejanas”; que se celebre de manera no contextual, como parece mejor decir. Cuando en cambio, como en el ejemplo, el contrato se forma de manera contextual, esto es, por efecto de una continua interacción entre las partes dialogantes (que pueden estar “lejanas”, y comunicarse por teléfono), el contrato se celebra —más allá de esos esquemas— por el simple hecho de que a un cierto punto se llega al acuerdo.

Presentación
en juicio

La experiencia exhibe esquemas de celebración del contrato no legales, sino jurisprudenciales. Si A dirige a B una oferta (escrita) a la que no sigue la aceptación del destinatario, o si un texto (escrito) de contrato entre A y B es firmado por A pero no por B, según los esquemas legales no se celebra ningún contrato. Pero la jurisprudencia aplica la regla según la cual si B presenta en juicio la oferta no aceptada o el texto no firmado, afirmándose interesado en el respectivo contrato, el contrato se considera celebrado (siempre que, en el entretanto, el oferente no haya muerto ni haya devenido incapaz ni haya revocado la oferta: 7). La doctrina toma nota de ello sin demasiado escándalo, limitándose a levantar el problema de si de esta manera queda satisfecho el eventual requisito de la forma escrita (10.8).

Aceptación
del cargo de
administrador
de sociedad

La práctica es una mina de esquemas de formación del contrato, no perfectamente encuadrables en los esquemas legales: por ejemplo, el contrato (de mandato) entre la sociedad y la persona designada a operar como su administrador se forma con la denominada “aceptación del cargo” por parte de quien ha sido precedentemente designado en el cargo mismo mediante acuerdo de la asamblea (que por otro lado no tiene de por sí valor de oferta contractual).

11. LA FORMACIÓN PROGRESIVA DEL CONTRATO

Un contrato puede formarse de manera instantánea o de manera progresiva. La formación instantánea depende de la convergencia de actos puntuales, aislados, cada uno de los cuales se agota en la esfera de su autor: A dirige una oferta a B, que sin discutir la acepta tal cual. La formación progresiva se realiza a través del *continuum* de un diálogo de las partes hecho de discusiones e hipótesis, requerimientos y ofertas, concesiones y rechazos sobre los diversos puntos del contrato *in itinere*: una serie más o menos larga de pasos que las partes recorren juntas antes de llegar a la celebración del contrato. La palabra que designa este proceso es: *tratativa*.

Formación
Instantánea Y
progresiva

Tratativa

La *tratativa* puede desarrollarse sobre algunos puntos del contrato y no sobre otros, que bien pudiendo ser discutidos entre las partes para ser definidos en un sentido o en otro, de hecho no son discutidos.

La formación progresiva del contrato está caracterizada por la determinación, paso a paso que la *tratativa* procede, de *acuerdos sobre algunos puntos del contrato, mientras que sobre otros puntos el acuerdo no existe aún*. Ello plantea un problema: en esta progresión de semiacuerdos, o acuerdos parciales, *¿cuándo se forma el acuerdo necesario y suficiente para la celebración del contrato?* La solución del problema es confiada, fundamentalmente, a dos reglas.

El problema

Las reglas

La primera regla es: para la celebración del contrato es necesario que se alcance el acuerdo sobre todos los puntos puestos en discusión; si queda un desacuerdo sobre un solo punto entre los discutidos, el contrato no se celebra.

Necesidad de
acuerdo
sobre todos
los puntos en
discusión ...

Esta regla quita razón a la parte que quisiera sostener que el contrato se ha celebrado porque el restante desacuerdo se refiere a un punto "no esencial" del contrato (por ejemplo, el lugar de entrega de la cosa vendida) mientras que sobre todos los puntos "esenciales" (como por ejemplo la individualización de la cosa, y su precio) el acuerdo se ha logrado. La pretensión debe desestimarse porque la distinción entre puntos "esenciales" y "no esenciales" es arbitraria: en línea de principio, todos los puntos del contrato sobre el cual las partes hayan llevado la *tratativa* deben considerarse "esenciales" para las partes mismas, y por consiguiente sirven para condicionar su acuerdo sobre el contrato.

... "esenciales"
y no

La regla debe aplicarse *con razonabilidad*: debería desestimarse la pretensión de la parte que niegue la celebración de un contrato aparentemente celebrado, porque no se logró el acuerdo sobre un punto marginalísimo y de poca trascendencia, si bien puesto en discusión y luego dejado en suspenso (salvo que la parte hubiera explicitado que el acuerdo sobre ese punto era para ella condicionante).

Suficiencia del acuerdo parcial, si las partes manifiestan tal voluntad ...

La segunda regla es: para la celebración del contrato puede ser suficiente el acuerdo parcial sobre algunos de los puntos discutidos, mientras que sobre otros puntos no hay aún acuerdo, siempre que las partes manifiesten su común voluntad en tal sentido.

... con claridad

Alcanzado el acuerdo sobre la cosa a comprar y vender y sobre el precio a pagar, pero no sobre el lugar de entrega, las partes pueden convenir que consideran celebrada la venta: en ausencia de un sucesivo acuerdo sobre el punto que quedó al descubierto, este será definido *ex art.* 1510 en vía de integración del contrato (21). Sin embargo, es necesario que la voluntad de las partes de considerarse contractualmente vinculadas no obstante lo incompleto del acuerdo sea clara: si las partes se limitaran a registrar con satisfacción el haber alcanzado el acuerdo sobre casi todos los puntos y, como sea, sobre los más importantes, y reenviasen a una secuela de tratativa el acuerdo sobre el punto controvertido, el contrato no estaría celebrado.

Celebración del contrato, integración y determinabilidad del objeto

Algunos plantean una tercera regla: en caso de acuerdo solo parcial, que las partes declaren suficiente para la celebración del contrato, el contrato, sin embargo, no se celebra si los puntos sobre los cuales se mantiene el desacuerdo no pueden ser sucesivamente definidos con algún mecanismo de integración del contrato. Esta regla debe cuestionarse, porque el problema que ella evidencia no se refiere a la celebración del contrato, sino a su invalidez por no poderse determinar el objeto (15.7). Si A y B, no estando de acuerdo sobre el precio, se declaran vinculados por el contrato de venta, y este se refiere a cosas que el vendedor vende habitualmente, el contrato está celebrado y es válido en cuanto el precio podrá determinarse *ex art.* 1474¹. En cambio, si el contrato se refiere a cosas que el vendedor no vende habitualmente, no hay manera de determinar el precio: por consiguiente el contrato es inválido porque no se puede determinar el objeto, pero ello no quita que esté celebrado.

Acuerdo parcial que no celebra el contrato

Cuando el acuerdo parcial no celebra el contrato, este no tiene valor vinculante, en el sentido que no vincula como contrato. Sin embargo, puede concurrir a determinar una *responsabilidad* (precontractual: 8) de la parte que injustificadamente lo desatienda. Imaginemos que A y B alcancen el acuerdo sobre 19 de los 20 puntos en discusión, registren este acuerdo y reenvíen a una secuela de tratativa el acuerdo sobre el último punto, tras lo cual B rechaza proseguir con la tratativa o la frustra con posiciones totalmente evasivas e irrazonables: A no puede pretender que el contrato esté celebrado, pero puede pedir a B el resarcimiento por haber deslealmente impedido la celebración que precisamente el acuerdo parcial autorizaba a considerar segura.

Puntuación

Minuta

En el curso de la formación progresiva del contrato, las partes pueden fijar sintéticamente por escrito los puntos ya acordados (puntuación), o extender un texto provisional del contrato en discusión (minuta), y firmar o rubricar el texto así redactado. El valor de un texto tal *depende de las circunstancias del caso*, a la luz de los criterios indicados arriba. Si la minuta

cubre solo algunos de los puntos afrontados o a afrontar en tratativa, como regla no existe contrato. Pero si de la misma minuta o de otro resulte con claridad la voluntad de las partes de considerarse contractualmente vinculadas por el acuerdo si bien parcial, el contrato está celebrado. Igualmente, si el texto cubre todos los puntos en discusión (y no resulta que las partes o una de estas lo considerara provisional y aún no vinculante), el contrato puede bien considerarse celebrado, pese a su forma rudimental.

En los últimos dos casos, la celebración del contrato no puede excluirse por el hecho de que las partes hayan programado la reescritura del texto "en limpio" (quizá confiándola a abogados para el afinamiento del lenguaje técnico), o previsto su formalización ante el notario. Si esto ocurrirá, se tendrá la simple reproducción en mejor forma o más solemne de un contrato ya celebrado (aunque después el texto contractual se identificará con la reproducción sucesiva). Pero si por alguna razón no sucede, el contrato está celebrado y la minuta constituye el texto. Lo importante es que la cláusula de reproducción no tenga, en las concretas circunstancias del caso, el sentido de considerar el acuerdo alcanzado como no vinculante.

Reproducción del contrato

A los problemas discutidos en este apartado se hace referencia a veces con la fórmula "contenido mínimo del acuerdo". La fórmula es ambigua, porque puede tener significados diversos según los contextos en los cuales es usada. La cobertura de todos los puntos en discusión es el contenido "mínimo" necesario para que el acuerdo celebre el contrato. La cobertura de todos los puntos no susceptibles de sucesiva determinación en vía de integración es el contenido "mínimo" necesario para que el acuerdo celebre un contrato válido, y no nulo por no determinación del objeto.

Contenido mínimo del acuerdo

12. LAS CARTAS DE INTENCIÓN

Las cartas (o declaraciones) de intención son instrumentos —ampliamente utilizados en especial en las contrataciones entre operadores profesionales, y sobre negocios de notable complejidad y valor económico— que se conectan al fenómeno y a los problemas de la formación progresiva del contrato.

Son textos que las partes, de acuerdo, se intercambian o firman, y que presentan un dato común: *se refieren a una tratativa en curso, e implican que el contrato al cual la tratativa está enderezada no esté aún celebrado*. Más allá de esto, pueden variar profundamente por contenidos, funciones y efectos.

Definición

Pueden colocarse en el estadio inicial de la tratativa, y simplemente documentar que las partes consideran tratar sobre un cierto contrato, indicando los puntos que se deberán discutir y negociar, y acaso definiendo tiempos, lugares y modos de la tratativa. Pueden intervenir en un estadio más avanzado, y fijar los puntos sobre los que se ha alcanzado ya el acuerdo, reenviando seguidamente a la secuela de la tratativa la búsqueda del

Tipologías

acuerdo sobre los demás; en tal caso, pueden explicitar el compromiso de las partes de proseguir lealmente la tratativa. Pueden también documentar que el acuerdo ha sido alcanzado sobre todos los puntos en discusión, pero que sin embargo el contrato no se celebra aún y no vincula a las partes: por ejemplo porque, refiriéndose el contrato a una sociedad, quien lo ha negociado por ella no tiene el poder de vincularla contractualmente, o se reserva de someterlo a la aprobación de otro órgano de la misma más autorizado; y en este caso la carta puede comprometer al negociador a someterlo a tal órgano en tiempos y modos definidos.

Dada su típica función, el principal reparo de quien forma y suscribe cartas de intención debe de ser evitar insertar elementos capaces de hacer considerar que estos valgan como celebración del contrato al cual se refieren. A menudo las litis que les conciernen son, en efecto, *litis entre una parte que sostiene que con ellas el contrato se ha celebrado, y la otra parte que niega la celebración del contrato*.

Vínculos
jurídicos
instrumentales

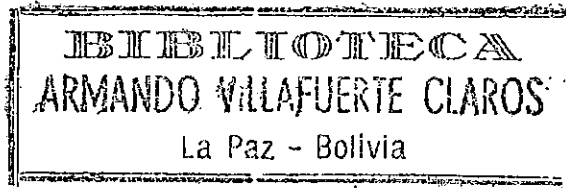
Si las cartas de intención no celebran el contrato al cual se refieren, sin embargo pueden crear entre las partes algún distinto vínculo de naturaleza contractual. Por ejemplo, el deber de respetar tiempos, lugares y modos acordados para el desarrollo de la tratativa. O bien, si en ellas está previsto, el deber de exclusividad, es decir de no desarrollar tratativas paralelas con otros; o el deber de no modificar ciertas situaciones (*standstill agreement*); o el deber de revelar a la otra parte ciertos datos, relativos a la propia organización (*disclosure agreement*), y el contra-deber, para quien los aprehende, de mantenerlos en reserva (*secrecy* o *confidentiality agreement*). El acuerdo sobre estos compromisos da lugar a contratos (secundarios e instrumentales) sobre la manera de conducir las tratativas del contrato principal.

BIBLIOGRAFÍA

- 2-3. A.M. BENEDETTI, *La conclusione del contratto mediante esecuzione della prestazione richiesta*, en *Contratti Cendon*, III, Torino, 2000, p. 30; E. AL MUREDEN, *Conservazione del contratto e avviso di esecuzione ex art. 1327 c.c.*, en *Corriere giuridico*, 1998, p. 336; G. DE NOVA, *Conclusione e conservazione del contratto*, en *Contratti*, 1997, p. 447; A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997; G. BELLANTUONO, *Sulla conclusione del contratto mediante esecuzione*, en *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, 1, p. 1362; V. SINISCALCHI, *Inizio di esecuzione e silenzio*, en *Rassegna di diritto civile*, 1991, p. 526; P. MENTI, *Atti di esecuzione e di appropriazione nella conclusione del contratto*, en *Rivista di diritto civile*, 1980, 1, p. 529; A. CICU, *Gli automi nel diritto privato*, en *Scritti minori*, Milano, 1965, II, p. 287; L. CAMPAGNA, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958.
- 4-5. M. GRONDONA, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, en *Contratti Cendon*, III, Torino, 2000, p. 89; E. DAMIANI, *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, Milano, 2000; A. SIMIONATO, *Clausole vessatorie e clausole abusive nel contratto*

- di fideiussione con obbligazioni del solo proponente, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, 1, p. 502; A. DIURNI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente: la tutela dell'oblato*, in *Rivista di diritto civile*, 1998, II, p. 681; A. NEGRI, *L'espressione unilaterale dell'impegno*, I-II, Padova, 1998; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Rivista di diritto civile*, 1989, II, p. 525; V. MARICONDA, *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari*, in *Corriere giuridico*, 1988, p. 146; M. COSTANZA, *Articolo 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, in *Giustizia civile*, 1988, I, p. 1241; F. CARRESI, *Il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente*, in *Rivista di diritto civile*, 1974, 1, p. 393; M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969; Salv. ROMANO, *Proposta irrevocabile e promessa unilaterale (studio sulla formazione del contratto ex art. 1333 c.c.)*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, IV, Milano, 1969, p. 1905; R. SACCO, *Contratto e negozio a formazione unilaterale*, in *Studi in onore di P. Greco*, Padova, 1965, II, p. 951.
- 6-7. G. VILLA, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, Milano, 1999; A. BELVEDERE, *Contratto plurilaterale*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, IV, Torino, 1989, *ad vocem*; S. MAIORCA, *Contratto plurilaterale*, in *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1988, *ad vocem*; M. GARUTTI, *L'adesione di altre parti al contratto aperto*, in *Studi in onore di M. Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 309; E. GABRIELLI, *Sui contratti necessariamente aperti*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, 1, p. 557; E. CESARO, *Contratto aperto e adesione del terzo*, Napoli, 1979; B. INZITARI, *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, p. 476; A. RAVAZZONI, *L'adesione di altre parti al contratto aperto*, in *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, IV, Napoli, 1972, p. 75; A. BELVEDERE, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1971, p. 670; L. CARLO, *Il contratto plurilaterale associativo*, Napoli, 1967; F. MESSINEO, *Contratto plurilaterale*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, *ad vocem*; G. FERRI, *Contratto plurilaterale*, in *Novissimo digesto italiano*, IV, Torino, 1959, *ad vocem*; F. CARRESI, *Gli atti plurisoggettivi*, in *Rivista di diritto civile*, 1957, p. 1257; T. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 213; F. MESSINEO, *Il negozio giuridico plurilaterale*, Milano, 1927.
- 8-9. N. VISALLI, *La promessa di mutuo nell'ambito della teoria del contratto reale*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, I, p. 63; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Trattato di diritto civile*, dirigitto por R. Sacco, *I singoli contratti*, 7, Torino, 1999; C. MANCINI, *La realtà come scelta atipica*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1999, I, p. 387; D. CENNI, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Padova, 1998; F. MASTROPAOLO, *Accordo e consegna nei contratti reali*, in *Studi in onore di Sacco*, II, Milano, 1994, p. 703; F. MASTROPAOLO, *Consegna e forma nei contratti reali*, in *Archivio giuridico*, 1993, p. 375; V. DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989; C. MANZINI, *Sui contratti reali a titolo gratuito*, in *Contratto e impresa*, 1989, p. 943; G. D'AMICO, *La categoria dei c.d. contratti reali atipici*, in *Rassegna di diritto civile*, 1984, p. 349; C.F. CATANESE, *Riflessioni sui contratti reali*, in *Giustizia civile*, 1984, II, p. 290; V. NAPOLETANO-E.M. BARBIERI-M. NOVITÀ, *I contratti reali*, Torino, 1979; A. PIRAINO LETO, *La crisi del contratto reale*, in

- Giustizia civile*, 1977, IV, p. 63; U. NATOLI, *I contratti reali*, Milano, 1975; R. SACCO, *Causa e consegna nella conclusione del contratto di mutuo*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1971, I, p. 502; A. DALMARTELLO, *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutori, contratti sinallagmatici*, en *Rivista di diritto civile*, 1955, p. 816; P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1953; P. FORCHIELLI, *Sui limiti oggettivi del concetto di consegna*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1952, p. 73.
10. V. TIMPANO, *La produzione in giudizio come equipollente della sottoscrizione*, en *Contratti*, 2000, p. 1095; E. BERGAMO, *Conclusione del contratto e produzione in giudizio di scrittura non sottoscritta*, en *Giurisprudenza italiana*, 1999, I, p. 2020; F. GALGANO, *Atto processuale e dichiarazione contrattuale*, en *Contratto e impresa*, 1998, p. 12; C. CACCAVALE, *Un problema di forma: struttura e funzione della notificazione nella donazione*, en *Giurisprudenza italiana*, 1989, I, 1, p. 1552; L. COLESANTI, *Sulla formazione giudiziale dei contratti solenni*, en *Rivista di diritto processuale*, 1964, p. 633.
11. V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, en *Trattato contratti Rescigno*, Torino, 1999, p. 151; I. NASTI, *I problematici confini tra le trattative e la conclusione del contratto*, en *Corriere giuridico*, 1999, p. 470; R. BRACCIO, *Minuta completa e volontà di obbligarsi*, en *Contratti*, 1998, p. 113; A.M. PERRINO, *Intese e procedimento formativo del contratto*, en *Rassegna di diritto civile*, 1998, p. 546; M. EROLI, *Considerazioni sulla formazione progressiva del contratto*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1997, I, p. 67; M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1997; F. BENATTI, *Sulla natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali*, en *Contratto e impresa*, 1994, p. 1101; V. FRANCESCHELLI, *La formazione progressiva del contratto*, en *Contratti*, 1993, p. 144; L. GIORGIANNI, *In tema di formazione progressiva del contratto*, en *Corriere giuridico*, 1993, p. 574; G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1991; R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990; A. FUSARO, *In tema di formazione progressiva del contratto*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1985, II, p. 201; P. VITUCCI, *Contenuto minimo e conclusione del contratto*, en *Il Foro padano*, 1968, I, p. 481; L. RICCA, *Carattere vincolativo della minuta nella fase precontrattuale*, en *Giustizia civile*, 1961, I, p. 1668; F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1916, II, p. 308.
12. M. GRONDONA, *Lettere di intenti*, en *Contratti Cendon*, III, Torino, 2000, p. 79; A. VENCHIARUTTI, *Lettera di intenti e formazione del contratto*; en *Contratti*, 1998, p. 547; A. MORANO, *Le lettere di intenti*, en *Rivista del notariato*, 1993, I, p. 849; T. CAVALIERE, *Note in tema di conclusione del contratto*, en *Giurisprudenza italiana*, 1990, I, 2, p. 89; P. CANEPA, *Dichiarazione d'intenti*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, V, Torino, 1989, *ad vocem*; C.S. CARRASSI, *Le lettere d'intenti fra prassi e necessità di nuove regole in margine al "caso Sme"*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1988, p. 843; U. DRAETTA, *Criteri redazionali di lettere di intenti alla luce dei casi SME e PENNZOIL*, en *Diritto del commercio internazionale*, 1987, p. 239; R. SPECIALE, *Lettere di intenti-Natura*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1986, I, p. 172.



CAPÍTULO VII

VICISITUDES Y CIRCUNSTANCIAS DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

1. Premisa.— 2. La pérdida de eficacia de la declaración: muerte e incapacidad sobrevenida del declarante.— 3. *Sigue*: la derogación para la oferta irrevocable y para el declarante empresario.— 4. La revocación de las declaraciones contractuales: revocación de la aceptación.— 5. La revocación de la oferta: generalidades e indemnización a favor del aceptante.— 6. *Sigue*: la revocación de la oferta como acto no recepticio.— 7. La oferta irrevocable.— 8. *Sigue*: el plazo de la irrevocabilidad; las irrevocabilidades legales.— 9. La opción: relaciones con la oferta irrevocable.— 10. *Sigue*: problemas de disciplina de la opción.— 11. La prelación.— 12. *Sigue*: la *denuntiatio* y la tutela del prelacionario; prelaciones legales y tutela real.— 13. La reservación.— 14. El contexto de la formación del contrato.— *Bibliografía*.

1. PREMISA

En este capítulo se consideran una serie de factores que pueden intervenir en el proceso de formación del contrato; y se examinan las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de ellos.

Algunos inciden sobre la celebración del contrato. Entre estos merecen atención primeramente los que, quitando eficacia a la oferta o a la aceptación, impiden la celebración del contrato in itinere: muerte o incapacidad sobrevenida del declarante; revocación (7.2-6). Luego, los que condicionan la celebración del contrato, operando como vínculos a la libertad que normalmente corresponde a los sujetos en tal campo: irrevocabilidad de la oferta; opción; prelación; reservación (7.7-13).

Otros factores no inciden sobre la celebración del contrato, sino que operan en planos diversos: así cuando la formación del contrato se inscribe en un *particular contexto de circunstancias, situaciones, comportamientos*, a los cuales la ley atribuye relevancia bajo varios puntos de vista (7.14).

2. LA PÉRDIDA DE EFICACIA DE LA DECLARACIÓN: MUERTE E INCAPACIDAD SOBREVENIDA DEL DECLARANTE

Muerte e
Incapacidad
sobrevenida

Ineficacia de
la declaración

Entre el momento en que el declarante hace su declaración contractual (oferta o aceptación) y el momento en que el contrato se celebra, puede transcurrir un intervalo más o menos largo. Durante este intervalo puede suceder que el declarante muera o devenga incapaz de actuar. La regla es que ello hace la declaración ineficaz, y así *impide la celebración del contrato*.

Por ejemplo, si el día 10 A envía la oferta a B, que el día 20 transmite la aceptación la que llega a la dirección de A el día 22, el contrato no se concluye, si antes del 22 intervienen muerte o incapacidad de A o de B. En cambio, si tales hechos intervinieran el día 23, el contrato —ya celebrado— no sería influenciado: simplemente, las posiciones contractuales pasarían a la titularidad del heredero del difunto, o a la administración de quien tiene el cuidado del incapaz.

La regla no está escrita explícitamente. Se obtiene por implícito de los arts. 1329² y 1330, que dictan para algunos casos particulares la solución contraria, presentándola como derogatoria a una regla general, dada por presupuesta.

Ratio

La *ratio* es doble.

Tutela del
subentrante
frente a
contratos no
programados

Por un lado ella tutela a quien reemplaza al declarante afectado por el evento, salvaguardándole la esfera de decisión. Si no obstante la muerte del declarante su declaración contractual conservara eficacia, el contrato celebrado en base a esta vincularía al heredero a un contrato no programado y acaso no querido. Si conservara eficacia la declaración del sujeto después caído en estado de incapacidad, el contrato sería de cargo de quien desde ese momento tiene la gestión del patrimonio del incapaz (por ejemplo el tutor nombrado al interdicto), sin, por lo demás, descender de sus valoraciones y decisiones; además, el contrato se sustraería de los controles judiciales previstos para los actos de los incapaces.

Tutela de la
contraparte
frente a
sorpresas
respecto al
partner

Pero la regla tutela también a la contraparte, defendiéndola contra sorpresas relacionadas al *partner* de la relación. Si el contrato se celebrara no obstante la muerte o la incapacidad del declarante, la otra parte se encontraría envuelta en una relación contractual con un *partner* diferente del imaginado: o porque sería el heredero del *partner* con el cual se ha elegido tratar; o porque sería el mismo sujeto, pero que ha devenido incapaz (y por consiguiente ya no idóneo interlocutor para discutir en el curso de la relación de ajustes, integraciones, modificaciones, prórrogas u otros perfiles de gestión de la relación misma). En ambos casos, podría tratarse de una sorpresa

no querida. En definitiva, es la misma *ratio* que rige la no cedibilidad de la oferta (5.5).

Ciertamente, frente a una perspectiva de contrato no programado y no querido, quien sustituye al declarante tendría teóricamente manera de autotutelarse: revocando la declaración. Así también la contraparte del declarante afectado por el evento podría, si no quisiera el nuevo *partner* o la nueva situación del *partner*, revocar la propia declaración. Puede objetarse que no siempre una revocación oportuna es prácticamente posible. Y la ley prefiere aliviar a los interesados de la relativa carga, impidiendo la celebración del contrato. Por otro lado, en la alternativa entre consentir la celebración de un contrato que podría ser para los interesados una sorpresa no querida e impedir la celebración de un contrato que los interesados podrían en cambio querer, es racional *elegir el mal menos irreparable*: en efecto, a la celebración del contrato no querido no habría remedio; mientras que la falta de celebración del contrato querido puede remediarse retomando y perfeccionando la formación del contrato en la nueva situación.

No idoneidad del remedio de la revocación

Las normas (arts. 1329² y 1330) hablan de “incapacidad”, sin especificar si consideran solo la incapacidad legal o también la natural. Prevalece en doctrina la tesis restrictiva, que merece aprobación por ser más coherente con la *ratio* de la regla. A limitar el ámbito a la incapacidad legal concurre también la exigencia de no hacer depender la falta de celebración del contrato de factores a menudo impalpables y no resultantes en vía documental, como los que dan cuerpo a la incapacidad natural (34.2).

Incapacidad legal...

... y no meramente natural

Se ha objetado que a la sobrevenida incapacidad natural podría darse relevancia en los límites a los que se refiere el art. 428, idóneos para tutelar la confianza que sobre la celebración del contrato haya nutrido la contraparte del declarante devenido incapaz. Puede replicarse que la posición del declarante embriagado o gravemente deprimido parece no asimilable, a los fines de la tutela ofrecida al incapaz por el art. 428, a la del declarante sobrio o espiritualmente sereno, que después de la declaración haya caído en estado de embriaguez o depresión; y que diferente sería, en uno y otro caso, la posición de confianza de la contraparte.

En la misma área de la incapacidad legal, debe también recortarse una zona de inmunidad de la regla: no hay razón para aplicarla a las declaraciones contractuales de sujeto luego inhabilitado, que estén enderezadas a un contrato de ordinaria administración, para el cual conserva la capacidad para obrar *ex art.* 427² (34.4).

Se han considerado hasta aquí las consecuencias que sobre la declaración tienen la muerte y la incapacidad sobrevenidas del declarante. Pero se puede también preguntar sobre las consecuencias que la declaración sufre por la muerte o la incapacidad del destinatario.

Muerte o incapacidad del destinatario

A hace la oferta a B, que después de haberla recibido y antes de haberla aceptado muere o deviene incapaz: ¿la oferta de A permanece eficaz o deviene ineficaz? Aquí no está en discusión la posibilidad de que B acepte, obviamente excluida. Está en discusión la posibilidad de que acepte el heredero de B o su tutor: posibilidad que no pone en riesgo la posición de quien sustituye al destinatario, sino la del oferente, que podría encontrarse

envuelto en un contrato con persona diferente del destinatario o con el destinatario devenido incapaz. Tal posibilidad puede excluirse por el principio de tutela contra la sorpresa de cambios en la persona o en la condición jurídica del *partner* contractual. Por consiguiente el sobrevenir de la muerte o la incapacidad (legal) del destinatario *hace decaer la oferta*.

3. **SIGUE: LA DEROGACIÓN PARA LA OFERTA IRREVOCABLE Y PARA EL DECLARANTE EMPRESARIO**

La regla apenas descrita sufre dos derogaciones.

La primera se refiere a la oferta irrevocable: cuando la oferta tenga esta naturaleza, la muerte y la incapacidad sobrevenidas del oferente no la hacen ineficaz, y si el destinatario acepta, el contrato se celebra (art. 1329²). La oferta irrevocable crea un vínculo jurídico que no puede desaparecer del patrimonio del declarante, solo porque él muere o deviene incapaz; pero sobre todo da al destinatario no una genérica confianza sobre la estabilidad de la oferta, sino una pretensión de tal estabilidad (7.7). La exigencia de no desvanecer esta pretensión del destinatario supera la exigencia de tutelar a quien sustituye al oferente.

Oferta
irrevocable

Ratio:
derecho del
destinatario a
la estabilidad
de la oferta

Podría objetarse que queda descubierta la exigencia de tutelar al mismo destinatario contra el riesgo de aceptar en la ignorancia del evento sobrevenido, y de descubrir solo tras la celebración del contrato que su contraparte en la relación es persona diferente del oferente, o un oferente devenido incapaz. Se alega que contra tal eventualidad el destinatario tiene al menos dos remedios alternativos para alejar de sí el contrato no querido: admitiendo que se haya celebrado, impugnarlo por error sobre la persona de la contraparte (35.7); o bien negar la celebración, en virtud del párrafo final del art. 1329².

El art. 1329² establece una derogación de la derogación, *restableciendo la regla general*: también una oferta irrevocable pierde eficacia por la muerte o la incapacidad del oferente, cuando “la naturaleza del negocio u otras circunstancias excluyan tal eficacia”. En verdad esta cláusula es normalmente entendida como *tutela de intereses colocados en la vertiente de la oferta* (para no imponer al heredero o al tutor del oferente un contrato que este había pensado en términos muy personales). Pero nada prohíbe de leerla también —y quizá sobre todo— como tutela del destinatario, para no imponer a este un contrato con *partner* diferente del pensado.

Derogación
de la
derogación:
naturaleza del
negocio u
otras
circunstancias

Oferta y
aceptación
del
empresario

Ratio:
Impersonalidad
del contrato

La segunda derogación se refiere tanto a la oferta como a la aceptación “hecha por el empresario en el ejercicio de su empresa”: también ella no pierde eficacia por muerte o incapacidad sobrevenida del declarante (art. 1330). Aquí la *ratio* es diferente: no la tutela del destinatario de la declaración, sino la alejamiento del contrato de la esfera personal del declarante y su inherencia a una organización autónoma y poco sensible a las vicisitudes

personales del titular. Estas características ponen fuera de juego ambas *rationes* de la ineficacia.

También esta derogación conoce a su vez una derogación, más bien dos. Se regresa al *principio de la ineficacia* si el empresario es un pequeño empresario: la “personalidad” de su organización (art. 2083) niega la *ratio* apenas identificada como base de la derogación. Y se regresa —también para el empresario no pequeño— cuando la “naturaleza del negocio” u “otras circunstancias” desaconsejan (en el interés de una o de la otra parte) que el contrato sobreviva a la muerte o a la incapacidad del titular de la empresa: piénsese en el contrato fundado en una particular relación fiduciaria, o que implique prestaciones infungibles del empresario. Puede socorrer la categoría de los *contratos sobre la hacienda con “carácter personal”*, en los cuales el adquirente de la hacienda no subentra (art. 2558¹: 35.7).

Derogación de la derogación:

pequeño empresario ...

... y naturaleza del negocio u otras circunstancias

Circula una tesis que llevaría a identificar una tercera derogación a la regla de la ineficacia: aquella según la cual la declaración contractual sobrevive al declarante después de muerto, cuando ella misma contiene una determinada cláusula de supervivencia. Pero la tesis parte de un presupuesto erróneo: que la regla de la ineficacia tutele intereses que conciernen solo al declarante, el cual podría por consiguiente renunciar a estos. En cambio, el hecho de que esta tutele también al destinatario de la declaración impide compartir la tesis: porque el declarante no puede disponer del interés de la contraparte.

Cláusula de supervivencia: irrelevancia

4. LA REVOCACIÓN DE LAS DECLARACIONES CONTRACTUALES: REVOCACIÓN DE LA ACEPTACIÓN

El oferente que hace la oferta y el destinatario que manifiesta la aceptación cumplen iniciativas dirigidas a la celebración del contrato. Pero la ley da al uno y al otro la posibilidad de arrepentirse, y de impedir la celebración de un contrato que el declarante no desea más: ello se obtiene con la revocación (alguien prefiere decir: el “retiro”) de la oferta y respectivamente de la aceptación.

El poder de revocación es *manifestación de la autonomía privada*: de la libertad de valorar y decidir en su propio interés, que el ordenamiento reconoce a los operadores. Pero esta libertad debe conciliarse con el *respeto de los compromisos voluntariamente asumidos*: he aquí por qué el poder de revocación puede ejercitarse solo hasta que el compromiso contractual no haya surgido, es decir, hasta que el contrato (que se desearía impedir) no se haya celebrado; *celebrado el contrato, este vincula a las partes*, y el arrepentimiento sería tardío; la revocación no es más posible. Además, la libertad de revocación debe armonizar con la *tutela de las confianzas* que la declaración revocada haya suscitado en el destinatario: y para ello están establecidos diversos remedios.

Poder de revocación

Límites

Forma La ley no regula la forma de la revocación. La jurisprudencia, seguida por parte de la doctrina, da por descontado que la revocación pueda hacerse informalmente incluso si para las declaraciones contractuales es requerida, o se ha usado, una forma particular. En su absolutidad, la tesis es opinable y debe cuanto menos ser atemperada en base al principio de buena fe: del cual deriva el deber o la carga, para la parte que revoca informalmente, de confirmar de inmediato la revocación con la misma forma usada para la declaración revocada.

Revocación de la aceptación Consideremos antes la revocación de la aceptación, cuya disciplina es menos problemática: "La aceptación puede ser revocada, a condición de que la revocación llegue a conocimiento del oferente antes de la aceptación" (art. 1328²).

Acto recepticio ... La norma es conforme con los principios. En primer lugar al principio que limita el poder de revocación al momento en que el contrato no esté aún celebrado: el contrato está celebrado (según el esquema general) cuando la aceptación llega a conocimiento del oferente; coherentemente, la revocación de la aceptación puede operar solo antes que la aceptación misma llegüe a conocimiento del oferente. En segundo lugar, al principio de receptividad, por el cual los actos unilaterales producen efecto solo en el momento en que llegan a conocimiento del destinatario (art. 1334): coherentemente, la revocación de la aceptación produce su efecto (excluir el acuerdo, y así impedir la celebración del contrato) solo en el momento en que llegue a conocimiento del oferente.

En conclusión: la revocación de la aceptación impide el contrato solo si el aceptante logra hacerla llegar al oferente antes de que le llegue la aceptación; en la práctica, habiendo la aceptación partido antes de la revocación obviamente, es necesario que esta sea comunicada *con un medio más veloz*.

... que no lesiona confianzas del oferente El ejercicio de este poder del aceptante no lesiona la confianza del oferente. Este, por definición, no sabe si su oferta ha sido/será aceptada, o no (si supiera que ha sido aceptada, el contrato estaría celebrado), y por ello *no tiene razón de confiar en la celebración del contrato*; por lo tanto, si recibe la noticia de que la aceptación hecha precedentemente por el destinatario (pero por él aún ignorada) es revocada, no puede perjudicarse más de cuanto podría perjudicarse de una ausente aceptación o de un rechazo de su oferta —eventos que debía tener en cuenta—.

5. LA REVOCACIÓN DE LA OFERTA: GENERALIDADES E INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL ACEPTANTE

Más problemática es la regla sobre la revocación de la oferta: “La oferta puede ser revocada *mientras el contrato no se haya celebrado*” (art. 1328¹, primera parte).

Revocación
de la oferta

Para mejor afrontar los problemas que ella plantea a los intérpretes, es útil considerar también la *regla complementaria* que la acompaña: revocada eficazmente la oferta y así impedida la celebración del contrato, “si el aceptante hubiera emprendido de buena fe su ejecución antes de tener noticia de la revocación, el oferente estará obligado a indemnizarlo por los gastos y pérdidas sufridas por el inicio de la ejecución del contrato” (art. 1328¹, segunda parte).

Quien hace la oferta no tiene razón de confiar en la celebración del contrato, porque no sabe nada del comportamiento de la contraparte respecto al contrato. Al contrario, el destinatario que la recibe y la acepta puede nutrir una determinada confianza, porque resulta (de la oferta) que también la contraparte desea el contrato; si por ello, basándose en tal confianza, inicia la ejecución, no puede ser censurado. Si después resultara —inesperadamente— que la oferta ha sido revocada y el contrato no se ha celebrado, el aceptante habrá realizado gastos y sufrido pérdidas por este inútil inicio de la ejecución. En cuanto originadas por una razonable confianza, tales gastos y pérdidas merecen una indemnización. Y es justo que ella sea puesta a cargo del oferente que, decidiendo en su interés de revocar, ha determinado objetivamente la lesión de esa confianza.

Confianza del
destinatario
aceptante ...

... que inicia
la ejecución

Indemnización
a cargo del
revocante

La indemnización a favor del aceptante se justifica, como se ha dicho, con la protección de su razonable confianza: por consiguiente no es debida —por ausencia de una tal confianza— si sabía de la revocación o no tenía buena fe.

Buena fe del
destinatario
aceptante

Puede dudarse que tenga buena fe el aceptante que, no sabiendo positivamente de la revocación, tenga elementos para sospechar de la intención del oferente; o el aceptante que empiece a ejecutar un minuto después de haber emitido la aceptación, sin siquiera un mínimo de intervalo que consolide la perspectiva de celebración del contrato.

La obligación de indemnizar a cargo del revocante *no deriva de responsabilidad precontractual* (8), porque él no ha violado ninguna regla de lealtad: se suele decir que es responsabilidad “por acto lícito”. Por consiguiente la indemnización *no cubre todo el daño negativo* que haya sufrido por la no celebración del contrato: no las ocasiones contractuales pérdidas; no los gastos por la negociación. Cubre sólo los gastos y las pérdidas que se reconducen al inicio de ejecución: por tanto si este inicio no ha existido, ninguna indemnización es debida al aceptante (aunque lesionado en su confianza en la celebración del contrato).

Responsabili-
dad por acto
lícito

Quantum de
la
indemnización

6. SIGUE: LA REVOCACIÓN DE LA OFERTA COMO ACTO NO RECEPTICIO

Examinemos ahora los presupuestos de eficacia de la revocación: tema pacífico en jurisprudencia; algo controvertido en doctrina.

Problema

Teniendo por cierto que también la revocación de la oferta opera solo hasta que el contrato no esté celebrado, el problema es *si esta produce su efecto (impedir el contrato) solo cuando llegue al destinatario, o ya cuando sea emitida*. El problema es, en otras palabras, si esta opera como *acto recepticio o no*.

Dato textual a favor de la tesis de la emisión (acto no recepticio)

La letra de la norma, especialmente si es confrontada con la letra de la contigua norma sobre la revocación de la aceptación, propende por la segunda tesis: mientras la revocación de la aceptación es eficaz "a condición de que (...) *llegue a conocimiento del oferente*" antes de la celebración del contrato (art. 1328²), "La oferta *puede ser revocada* mientras el contrato no se haya celebrado" (art. 1328¹). Según esta lectura, para impedir el contrato es suficiente que el oferente emita la revocación antes de recibir la aceptación: si A propone a B que acepte, y el día 10 A emite la revocación que llega a B el día 12, mientras la aceptación de B llega a A el día 11, el contrato no está celebrado. En otras palabras, la revocación de la oferta es acto no recepticio. Y esta es la solución acogida por la jurisprudencia (por lo demás escasa sobre el punto) y de la doctrina dominante.

Tesis minoritaria de la recepción (acto recepticio)

A ella, sin embargo, se opone parte de la doctrina, la cual sostiene que también la revocación de la oferta debe concebirse como acto recepticio, que impide el contrato solo si llega a conocimiento del aceptante antes que la aceptación llegue al oferente: en el ejemplo anterior, por tanto, el contrato estaría celebrado. Pero ninguno de los argumentos adoptados por esta doctrina minoritaria (aunque autorizada) es persuasivo.

Argumentos y confutaciones

Un argumento en sustento del carácter recepticio de la revocación de la oferta es que ello derive del *art. 1334*. Puede replicarse que *lex specialis derogat generali*: el principio de la receptividad, afirmado por el art. 1334 para la generalidad de los actos unilaterales, bien puede ser derogado por el art. 1328¹ para ese particular acto unilateral que es la revocación de la oferta.

Un argumento más de sustancia es la *exigencia de igual tratamiento de las partes*: que estaría garantizada por la tesis de la recepción, mientras que *la tesis de la emisión privilegia de manera exagerada el interés del oferente penalizando injustamente al aceptante*. Puede replicarse que, en cuanto a la revocación, oferente y aceptante son tratados ciertamente de manera diferente, pero no en forma injustamente discriminatoria, porque *la diferencia de tratamiento está justificada por la diferencia de posiciones*. Que está en esto: mientras el oferente sabe o está en grado de saber con certeza si el contrato está celebrado, porque la celebración depende de un evento que se produce respecto a él, el aceptante no está en grado

de saberlo con certeza precisamente porque el evento concluyente madura fuera de su esfera.

Por consiguiente la confianza del oferente que haya recibido la aceptación es demasiado fuerte para poder ser desmentido por una revocación de la aceptación que, aunque emitida antes, le llegue después: negar la receptividad de la revocación de la aceptación, dando relevancia a su simple emisión, sería escandaloso e intolerable. En cambio, la confianza del aceptante en la celebración del contrato es, por lo apenas dicho, más inseguro y menos sólidamente fundado: eludirlo oponiéndole la revocación de la oferta ocurrida en el intervalo no parece tan escandalosa e intolerable. Puede, a lo más, abrir la exigencia de reparar la lesión de ese tanto de confianza que puede haber nutrido: pero a ello provee la indemnización del art. 1328¹, segunda parte, que reequilibra a favor del aceptante el más amplio espacio de revocación dado al oferente.

La previsión de la indemnización es un ulterior elemento a favor del carácter no recepticio de la revocación de la oferta, es decir, de su eficacia en base a la emisión. En efecto, si valiera la tesis opuesta de la revocación eficaz solo con la recepción del destinatario, la previsión estaría sustancialmente desvanecida, porque sus presupuestos serían muy difíciles de realizarse.

Además sería de aplicación totalmente imposible si debiera seguirse a quien propone interpretar el régimen de eficacia de la revocación de la oferta según el modelo de la Convención de Viena sobre la venta internacional de muebles: la revocación sería eficaz solo si llega al destinatario antes de que la aceptación sea emitida por él. Si así debiera reconstruirse el supuesto de hecho de la primera parte del art. 1328¹, el supuesto de hecho de la segunda parte no se realizaría jamás.

Otro argumento sostiene la tesis de la emisión, en contra de la de la recepción. Es mucho más racional y practicable resolver el dilema revocación eficaz/ineficaz, y por consiguiente contrato no celebrado/celebrado, en base a la verificación de la prioridad cronológica *entre dos eventos que maduran en la esfera del mismo sujeto* (emisión de la revocación de la oferta y recepción de la aceptación, ambas referidas al oferente); daría problemas más graves confiarlo a una verificación de prioridad cronológica *entre dos eventos que maduran en la esfera de sujetos diversos* (recepción de la aceptación atribuido al oferente, recepción de la revocación de la oferta atribuida al aceptante).

Las razones aquí adoptadas para justificar la tesis de la emisión presuponen que el contrato se forma por un evento que se produce en la esfera del oferente, como sucede en base al esquema general. Así no es para los contratos que se celebran, según el esquema particular del art. 1327, con la ejecución del destinatario: por ello es coherente que, para estos, la revocación de las correspondientes ofertas obedezca al principio de recepción.

Adoptar la tesis de la revocación de la oferta eficaz por emisión en lugar de por recepción no significa negar toda relevancia al hecho de la recepción. La revocación impide el contrato desde el momento en que es

Otros argumentos para la tesis de la emisión:

Indemnización a cargo del revocante...

... y más fácil juicio de prioridad cronológica

Relevancia de la recepción

emitida, pero solo si después sigue la recepción: una revocación emitida por el oferente pero que por alguna razón no llega nunca al destinatario no es eficaz (es decir, la recepción es condición de eficacia de la revocación, verificándose la cual los efectos se retrotraen al momento de la emisión).

Tiempo

Puede agregarse que la recepción debe ocurrir, en tutela del destinatario, en un tiempo razonablemente breve, lo que vincula al revocante a usar *medios de transmisión razonablemente veloces*: el revocante que con mala fe o también solo por negligencia transmitiera la revocación con medios lentos, así prolongando injustamente la ignorancia del aceptante respecto a la falta de celebración del contrato, caería en ilícito y respondería por los daños más allá de la indemnización *ex art. 1328¹*, segunda parte.

Revocación de la oferta al público

Art. 1336²

Acto recepticio o no ...

... según la forma usada

La revocación de la oferta al público (5.9) está regulada por el art. 1336²: “La revocación de la oferta, si fuese hecha *en la misma forma de la oferta o en una forma equivalente*, es eficaz también en relación a quien no haya tenido noticia de ella”. Aquí *la no receptividad de la revocación está subordinada a la observancia de una carga de forma* por parte del revocante; si la carga no es observada, la eficacia de la revocación depende del conocimiento que de ello hayan tenido los contrainterésados (es decir: la revocación no formal de la oferta al público se configura como acto recepticio).

Ratio

La consecuencia puede ser dura para el oferente-revocante: pero se justifica por la *amplitud de las confianzas* por él creadas, y que la revocación puede frustrar. A diferencia de lo previsto para la promesa al público (5.11), que puede ser revocada solo por justa causa (art. 1990¹), la revocación de la oferta al público puede ser también inmotivada: pero al menos se desea incitar al autor a emplear la misma forma de la oferta; y si lo hace, exponiéndolo al riesgo de que una revocación en forma diferente se torne ineficaz.

7. LA OFERTA IRREVOCABLE

Art. 1329¹

El oferente puede obligarse “a mantener firme la oferta durante cierto tiempo”, esto es, a no revocarla (oferta irrevocable, o “firme”): en tal caso, la eventual revocación lo “es sin efecto” (art. 1329¹).

Interés del destinatario...

... y del oferente

El vínculo asumido por el oferente satisface un evidente interés del destinatario: examinar con calma la oferta, sin el ansia de tener que apresurarse a aceptarla por el temor de que en el intervalo sea revocada; no arriesgar que el tiempo y el dinero invertidos en el análisis de la oferta sean desvanecidos por la inesperada revocación de la misma. Pero este interés del destinatario funda también el interés del oferente al vínculo de irrevocabilidad: con el compromiso de mantener la oferta firme, él obtiene la ventaja de suscitar en el destinatario mayor atención y consideración hacia la oferta misma, y así aumentar las posibilidades de que el negocio ofertado se celebre.

La ley habla de revocabilidad tanto de la oferta como de la aceptación (art. 1328); en cambio cuando habla de irrevocabilidad rompe la simetría, refiriéndola solo a la oferta (art. 1329) y no también a la aceptación. Este silencio está justificado: un compromiso del destinatario de no revocar la propia aceptación no tendrá sentido y valor práctico. Y una cláusula de irrevocabilidad de la aceptación, que estuviera contenida en la oferta, no tendría valor jurídico: el oferente no puede disponer del poder de revocación del destinatario-aceptante.

¿Irrevocabilidad de la aceptación?

La doctrina se entretiene en reconstruir la "naturaleza jurídica" de la oferta irrevocable, según modelos alternativos. ¿Es un *único acto*, o bien *la suma de dos actos distintos* (una oferta contractual, sobre la cual se une un negocio de renuncia al poder de revocación)? Si es un único acto, ¿participa de la misma naturaleza de la normal oferta revocable, o bien una naturaleza distinta? En particular, ¿debe considerarse a pleno título *acto negocial*, o comparte la cualidad *solo "prenegocial"* que se asume propia de la oferta ordinaria?

Naturaleza jurídica

Se puede preguntar hasta qué punto este esfuerzo sea útil. Es necesario evitar el hacerlo peligroso: como sucedería si se pretendiera obtener mecánicamente de la construcción teórica preferida, la solución de problemas práctico-aplicativos (para un ejemplo, véase dentro de poco la cuestión de la supervivencia o no de la oferta tras el vencimiento del plazo de irrevocabilidad).

Voluntad "expresa"

Se lee a veces en las sentencias que la voluntad de hacer irrevocable la oferta debe ser "expresa". Ello no significa que sean necesarias fórmulas sacramentales, sino solo que la voluntad del oferente debe determinarse con el particular escrúpulo que se requiere al indagar si alguno (como es el caso del autor de oferta firme) haya considerado asumir un *compromiso sin retribución*.

Así, el solo hecho de que la oferta indique un plazo para la aceptación (por ejemplo: "la presente oferta podrá ser aceptada hasta el 31 de marzo del próximo año") obviamente no basta de por sí para hacerla irrevocable hasta esa fecha: este tendrá más bien el sentido de un plazo *ex art. 1326*², dirigido a limitar el poder de aceptación del destinatario, y no de un plazo *ex art. 1329*¹, referido a una limitación del poder de revocación del oferente. Diferente sería si la declaración dijera: "la presente oferta será considerada firme hasta el 31 de marzo del próximo año"; o: "la presente oferta podrá ser aceptada dentro del 31 de marzo del próximo año, y hasta tal fecha no será revocada".

Plazo para la aceptación

En la duda, el criterio del "sentido menos gravoso para el obligado" (art. 1371) hará preferir la interpretación contraria a la irrevocabilidad (20.9).

La consecuencia específica de la irrevocabilidad es esta: la eventual revocación, efectuada antes de que venza el plazo de la irrevocabilidad (7.8), "no tiene efecto"; por consiguiente *la oferta no decae, y la sucesiva aceptación puede celebrar el contrato*. Frente a la violación del deber de no revocar, se dispone así una suerte de reparación en forma específica: en lugar del mero resarcimiento del daño, se da al acreedor lesionado (el

Ineficacia de la revocación

destinatario) la completa remoción de los efectos dañinos del incumplimiento de la contraparte.

Por lo demás, existe un margen para revocar eficazmente una oferta irrevocable: es necesario que la revocación (emitida después de la oferta irrevocable) llegue al destinatario antes de la oferta misma.

Otra consecuencia de la irrevocabilidad ha sido ya recordada: la oferta sobrevive a la muerte y a la sobrevenida incapacidad del oferente (7.3).

Rechazo

Aceptación
disconforme

El rechazo de la oferta irrevocable ciertamente hace decaer la irrevocabilidad, y probablemente hace decaer la misma oferta. La jurisprudencia vincula las mismas consecuencias a la aceptación disconforme: pero aquí la solución parece demasiado drástica; el tenor de la contraoferta puede justificar salvar la originaria oferta irrevocable (cfr. 5.7).

8. SIGUE: EL PLAZO DE LA IRREVOCABILIDAD; LAS IRREVOCABILIDADES LEGALES

Necesaria
temporalidad
del vínculo

Un importante elemento de equilibrio entre las posiciones de las partes, expresamente indicado por la ley, es la necesaria temporalidad del vínculo que nace de la oferta irrevocable: *como tutela de la libertad de acción del oferente*, su deber de no revocar no puede ser perpetuo ni a tiempo indeterminado, sino vale solo "por un cierto tiempo".

El plazo de la irrevocabilidad está en el centro de varias cuestiones, ampliamente discutidas por los intérpretes.

Ausencia de
Indicación del
plazo

Una primera cuestión se refiere a las consecuencias de la ausencia de indicación del plazo. Este debería estar fijado por el mismo oferente; ¿qué sucede si se olvida de hacerlo? Jurisprudencia y doctrina oscilan entre varias tesis.

Tesis del
efecto
destrutivo

Una tesis extrema es que, siendo el plazo un elemento esencial de la oferta irrevocable, la ausencia de este *arrastra completamente la cláusula de irrevocabilidad* (en donde el ulterior dilema es si la oferta decae del todo o sobrevive como oferta revocable).

La tesis es excesivamente destructiva. No parece justificado cancelar tan radicalmente una elección de autonomía privada como la del oferente que se ha comprometido a no revocar, antes de experimentar la posibilidad de salvarla, recuperando de alguna manera el plazo omitido.

Tesis de la
determinación
judicial

Se ha propuesto recuperar el plazo por vía judicial, confiándole la determinación al juez en base a la norma general del art. 1183 o la particular del art. 1331² (7.9).

La objeción inmediata es que una sentencia definitiva sobre el punto podría tenerse

solo en tiempos incompatibles con la exigencia de definir la cuestión según razonable celeridad. Si pues el pronunciamiento del juez debiera considerarse como elemento esencial y constitutivo de un válido supuesto de hecho de oferta irrevocable, previa a cualquier posibilidad de acción de los sujetos implicados, la solución sería impracticable.

Persuade más la tesis que recupera el plazo mediante el criterio del art. 1326² (aunque referido al plazo de la aceptación): si la oferta irrevocable no lo indica, el plazo es “el ordinariamente necesario según la naturaleza del negocio” (o “según los usos”). Y deberá tenerse en cuenta que aquí la “naturaleza del negocio” está definida también por la irrevocabilidad de la oferta: en razón de la cual, el plazo buscado podrá ser diferente de aquel que en base al mismo criterio normativo se habría referido a una oferta revocable.

Tesis de la remisión a la naturaleza del negocio o de los usos (art. 1326²)

Es verdad que esta solución no da certeza a las partes. Pero los casos son dos. O entre las partes *no surge litis*, porque ambas se disponen a la celebración o a la no celebración del contrato. O entre estas *surge litis*, porque el oferente sostiene que el contrato no se ha celebrado, habiendo él revocado antes de la aceptación del destinatario y luego que en base a la “naturaleza del negocio” su compromiso de irrevocabilidad debía considerarse extinguido, mientras el destinatario sostiene que el contrato se ha celebrado, habiendo decaído la revocación de la oferta, a la luz de ese mismo criterio, dentro del plazo de la irrevocabilidad. Pero no hay de que escandalizarse: será *una litis como todas las que consisten en la celebración o no del contrato*. La decidirá el juez, cuyo pronunciamiento sobre la cuantificación del plazo tendrá valor no constitutivo sino *declarativo* (determinará si la revocación, en razón del tiempo en que ha ocurrido, ha tenido o no efecto impeditivo del contrato). En cuanto a las partes, interesadas en minimizar los riesgos de la incertidumbre: el destinatario que quiera el contrato hará bien en aceptar lo más pronto posible; el oferente que no lo desee más hará bien en revocar lo más pronto posible.

Justificación

El plazo de la irrevocabilidad levanta otro problema: ¿qué situación se produce al vencimiento de este (obviamente, sin que haya intervenido precedentemente la aceptación)? Son dos las alternativas: o se considera que *la oferta decaiga*; o se considera que esta *continúe viviendo como oferta revocable*. La elección no puede derivar de teorías abstractas (como la de los “dos actos”, por la cual la extinción del negocio “compromiso de irrevocabilidad” no incide sobre el distinto acto “oferta”, que por ello le sobrevive). Debe, en cambio, obtenerse de la correcta interpretación de la voluntad del declarante; y podrá por consiguiente ser diferente caso por caso.

Vencimiento del plazo

En la previsión del art. 1329, la irrevocabilidad nace de la voluntaria autoimposición del mismo oferente. Pero una oferta puede ser irrevocable, prescindiendo de la voluntad de su autor. En algunos casos, la irrevocabilidad está establecida (con determinadas condiciones) por la ley: así para las ofertas de contrato con obligaciones del solo oferente (art. 1333); de seguro (art. 1887); de donación (art. 782⁴); así para las OPA sobre acciones cotizadas (art. 103¹ TUF).

Irrevocabilidades legales

Casos dudosos Los intérpretes, luego, discuten sobre otros casos, en los cuales falta una expresa previsión normativa: en particular, sobre la *denuntiatio* del enajenante vinculado por una prelación legal (7.12). Una doctrina considera irrevocable la oferta contractual (definitiva) que actúa un preliminar (29); pero en su absolutidad, la tesis es opinable: ¿por qué impedir al oferente revocar la oferta para sustituirla por una diferente, pero siempre adherente al preliminar?

9. LA OPCIÓN: RELACIONES CON LA OFERTA IRREVOCABLE

Art. 1331 A la oferta irrevocable se vincula estrechamente la figura de la opción, que ocurre "Cuando las partes convienen que una de ellas quede vinculada a su declaración y la otra tenga facultad de aceptarla o no": en tal caso, "la declaración de la primera se considera como oferta irrevocable" (art. 1331¹).

El Interés del concedente ... y del opcionario Quien da la opción (concedente) tiene el mismo interés que mueve a quien hace una oferta irrevocable; pero él puede tener un interés ulterior, en particular obtener en cambio una retribución. Por el lado de quien la recibe (opcionario), la opción satisface el interés de poder valorar y decidir del negocio sin el temor de una revocación inminente; pero a menudo este interés se inscribe en *un más amplio cuadro de intereses*, al que corresponde una más amplia y compleja operación, de la cual la opción es solo un elemento.

Call Put Piénsese en la opción de adquisición (denominado rescate) que el usuario puede ejercitar al término del *leasing*; piénsese en la venta de A a B del 60% de las acciones de una sociedad, provista de cláusula con la cual A concede a B la opción para la adquisición del restante 40% (denominado *call*), mientras, para el caso de ausente ejercicio del *call*, B concede a A la opción a venderle ese mismo 40% (denominado *put*). Este último ejemplo muestra que, refiriéndose la norma a "una" parte que se vincula, la opción puede ser bilateral o recíproca implicando el vínculo de ambas.

Opción y oferta irrevocable tienen elementos en común, y elementos que las diferencian.

Opción y oferta irrevocable Elementos comunes Tienen en común los *efectos* que el art. 1329 (citado por el art. 1331) vincula a la oferta irrevocable: la revocación hecha por el concedente es ineficaz; la opción sobrevive a su muerte o incapacidad sobrevenida.

Diferencias Bilateralidad de la opción Opción Se diferencian por la *estructura*: la oferta irrevocable es acto unilateral del oferente; en cambio la opción es acto bilateral de las partes que "convienen", es ya ella misma contrato (preparatorio) instrumental al contrato final. Esta esquemática distinción no plantea problemas para los casos de *opción onerosa*, en la cual el opcionario da o promete una retribución: aquí es evidente que la opción no se perfecciona sin consentimiento del opcionario, al cual atribuye un sacrificio. Crea, en cambio, alguna dificultad frente a la hipótesis de opción gratuita. Imaginemos que A ofrece a B una opción

de adquisición sin pedir retribución; B calla; el contrato de opción debería considerarse celebrado por el no rechazo del destinatario frente a la oferta contractual con obligaciones del solo oferente (art. 1333). Pero no se ve gran diferencia entre el supuesto de hecho (que llamamos "opción") y el supuesto de hecho en el cual A dirige a B la oferta por esa misma adquisición, comprometiéndose a mantenerla firme (supuesto de hecho que llamamos "oferta irrevocable").

gratuita

Una doctrina corta el nudo, afirmando que la opción gratuita no es opción *ex art. 1331* sino simple oferta irrevocable *ex art. 1329*; la opción es onerosa o no es. La tesis tiene un núcleo de verdad, pero merece ser precisada y articulada.

La aislada oferta que A dirige a B con compromiso unilateral de mantenerla firme es una simple oferta irrevocable, que se forma sin ningún concurso de B. Si A dirige a B una oferta, que quedará firme a cambio del pago de una "prima" de 100 millones por parte de B, esta es una opción, que no se forma sin el acuerdo de B. Pero puede ser opción (y no oferta irrevocable) también aquella en la cual el compromiso de mantener firme la oferta no está directamente remunerada por una específica retribución: como sucede cuando la opción está contenida en una *cláusula al interior de un más complejo contexto contractual* (por ejemplo, el pacto de rescate en el *leasing*, el *call* y el *put* en la compraventa de acciones); o también cuando se presenta como negocio (aparentemente) autónomo, pero en realidad *vinculado con otros negocios* en el cuadro de una más compleja operación. En casos generales la opción, incluso no teniendo una retribución directa y específica, no puede decirse gratuita, porque participa de la causa (onerosa) de la más compleja operación negocial, de la cual es elemento; y, por consiguiente, participa de la bilateralidad de esta.

El "contexto" de la opción gratuita

Parece poderse decir que en la oferta irrevocable existe solo la oferta de un contrato, y nada más. En cambio, en la opción existe la *oferta de un contrato*, que es su contenido típico; pero junto o encima o bajo o detrás del contenido típico existe alguna otra cosa, que podemos llamar contenido ulterior: existe una *más amplia reglamentación de intereses de las partes*, que exige el acuerdo. Y nada prohíbe que este acuerdo se forme —recurriendo a las condiciones del art. 1333— sin necesidad de aceptación del optionario.

Contenido típico

Contenido ulterior

También para la opción se establece que el compromiso tenga un plazo, como para la oferta irrevocable. Pero a diferencia de esta, la ley provee expresamente para el caso de falta de indicación de los interesados: "Si para la aceptación no ha sido fijado un plazo, este podrá ser establecido por el juez" (art. 1331²). Aquí el problema de los tiempos no breves de la determinación judicial es desdramatizado por el hecho de que a menudo las opciones se insertan en relaciones de larga duración.

Plazo de la opción

Determinación judicial

Con todo, la iniciativa de dirigirse al juez corresponde al concedente, interesado en saber cuándo readquirirá la propia libertad negocial: su inercia es sancionada duramente por

la jurisprudencia, que en tal caso concede al opcionario todo el plazo de la prescripción decenal; por ello será decisivo ver si llega antes la declaración de ejercicio de la opción o la acción en juicio *ex art. 1331*².

10. SIGUE: PROBLEMAS DE DISCIPLINA DE LA OPCIÓN

Ejercicio de la opción

El contrato (final) al cual la opción está instrumentalmente preordenada se celebra si el opcionario la ejercita, o mejor si dirige a la contraparte la declaración de ejercitarla. Algunos sostienen que aquí el mecanismo de celebración es diferente del intercambio de oferta y aceptación, según el esquema general del art. 1326. En realidad, si la opción se depura idealmente de sus elementos de contorno (contenido ulterior), enucleando solo el elemento relativo a la celebración del contrato final (contenido típico), lo que resulta es una *oferta* de contrato. Y el acto con el cual el opcionario ejercita la opción vale como *aceptación*: se trata obviamente de acto recepticio; y el contrato final se forma, según el esquema general, cuando el acto de ejercicio llega a conocimiento/a la dirección del concedente.

Valor de aceptación

Acto recepticio

Forma

Al igual que la oferta, la opción debe presentar el requisito de ser completa, y debe revestir la forma eventualmente requerida para el contrato final. En tal caso, también el acto de ejercicio de la opción requiere la misma forma.

Derecho potestativo del opcionario

El contenido ulterior de la opción genera entre las partes créditos y obligaciones (por ejemplo, en cuanto al pago de la prima). En cambio, con respecto al contenido típico, la posición del opcionario es de derecho potestativo: su intención de celebrar el contrato puede realizarse prescindiendo de la voluntad de la otra parte. Es, por su mayor fibra causal, una posición más fuerte respecto a la de un simple destinatario y también de un destinatario de oferta irrevocable: por esto se admite generalmente que una *aceptación no conforme* no haga decaer la opción, sino que deje abierta al opcionario la posibilidad de celebrar después el contrato con una aceptación conforme. Por su parte, el concedente se encuentra en posición de sujeción: es expuesto a sufrir, sin poderlos contrastar, efectos determinados por la voluntad ajena.

Sujeción del concedente....

... y sus deberes de respeto

La posición del concedente implica a su cargo el deber de *no lesionar el interés, más bien el derecho, del opcionario a la celebración del contrato final*: como sucedería si antes del vencimiento de la opción de adquisición la cosa que forma su objeto fuera por él destruida o enajenada a terceros (la opción inmobiliaria no se puede inscribir).

Consecuencias de la

Los intérpretes divergen en cuanto a la naturaleza y consecuencias del ilícito. Una orientación lo califica precontractual y limita el resarcimiento al interés negativo, argumentando que el contrato final no está aún celebrado y es incierto si se habría celebrado. Pero esta olvida que está ciertamente celebrado el pacto de opción, cuyo contenido típico (relativo

a la futura celebración del contrato final) está integrado y calificado por un contenido ulterior. Este contenido más complejo genera obligaciones contractuales, también de salvaguarda del interés del opcionario en orden al contrato final; su violación da lugar a *responsabilidad contractual*, en línea de principio extendida al resarcimiento del interés positivo.

violación

Resarcimiento del Interés positivo

La tesis encuentra indirecto sostén en la norma sobre la *ficción de verificación de la condición* (art. 1359: 27.14): el contratante frustrado por la ausencia de confirmación de la condición, imputable a la contraparte, tiene derecho no al mero resarcimiento, sino a gozar de la plenitud de los efectos contractuales. No es muy diferente la posición del opcionario frustrado por el concedente infiel: aquí la plenitud de los efectos contractuales a su favor es impedida por la tutela del tercero; pero, entre las partes, es justo concederles la máxima tutela resarcitoria.

A su vez el opcionario está obligado, en cuanto a la formación del contrato final, a comportarse según buena fe (art. 1337). No puede excluirse que, en determinadas circunstancias, el no ejercicio de la opción por su parte resulte contrario a la buena fe y lo exponga a responsabilidad precontractual. No lo obsta la naturaleza potestativa de su derecho, que tiene importancia para otros fines.

Deber de buena fe del opcionario

La opción (el derecho del opcionario) se puede ceder solo si existe el consentimiento del concedente. El consentimiento puede ser expreso, como cuando la cesión está prevista en el mismo pacto de opción; pero puede también resultar por implícito: por ejemplo, por el hecho de que sea declarado cedible el contrato final (26.6) al cual la opción está preordenada. En cuanto a la transmisibilidad *mortis causa*, ella es pacífica para la posición pasiva, es decir del concedente (cuya muerte no caduca la oferta); pero no existe razón para negarla incluso para el lado activo, a favor del heredero del opcionario: salvo que el contrato final se refiera a prestaciones infungibles.

Posibilidad de cesión...

... con el consentimiento del concedente

Transmisibilidad *mortis causa*

La opción requiere la misma forma prevista para el contrato final. En efecto, ella vale como oferta, que si es aceptada (con el ejercicio de la opción por parte del opcionario) celebrará el contrato: y en los contratos formales tanto la oferta como la aceptación deben revestir la forma vinculada (10.7).

Forma

Un mecanismo análogo a la opción de tipo *call* opera a favor del vendedor en la venta con pacto de rescate (art. 1500), y a favor del comprador en la venta con reserva de satisfacción (art. 1520). Una opción de adquisición está legalmente prevista a favor de los accionistas para las acciones de nueva emisión en sede de aumentos de capital (art. 2441).

Opciones legalmente típicas

La opción no debe confundirse con la prelación (7.11), ni con el contrato preliminar (29).

11. LA PRELACIÓN

La prelación es otro mecanismo que se inserta en el procedimiento de formación del contrato, y lo condiciona. La ley no lo establece en vía general,

Prelación

pero lo regula en relación a supuestos de hecho particulares. Con la prelación, la parte que la da (*concedente*) se obliga frente a la parte que la recibe (*prelacionario*) a preferirla, en igualdad de condiciones, como *partner* de un determinado contrato, si el concedente decidiera celebrarlo.

Intereses del
prelacionario

Emerge con claridad cuáles son los intereses del prelacionario, servidos por la prelación: el interés (negativo) de *impedir que otros celebren ese contrato con el concedente*; y el interés (positivo) de *tener para sí ese contrato*, si el concedente decidiera hacerlo. Estos intereses son materia de un derecho del prelacionario (derecho de prelación), al cual corresponde un deber del concedente: preferir al prelacionario respecto a cualquier otro, si decidiera hacer el contrato.

Diferencia
con la opción

La naturaleza de estas posiciones diferencia la prelación del contrato preliminar (29). Y la diferencia de la opción: el opcionario tiene en sus manos la celebración del contrato, que depende exclusivamente de su decisión y no sufre en algún modo la influencia del concedente; en cambio *la prelación no da al prelacionario el poder de decidir y determinar la celebración del contrato*; la decisión sobre el contrato es del concedente, y solo si este desea celebrarlo se activará el derecho del prelacionario a ser él el *partner*.

Está, por tanto, *menos vinculada la acción del concedente respecto al bien*: ciertamente no podrá cederlo a un tercero sin oír al prelacionario; pero bien podrá destruirlo, o transformarlo y después ceder a terceros los bienes derivados de la transformación (en jurisprudencia se ha decidido que la prelación para la adquisición de un terreno no impide al propietario concedente construir edificios y venderlos a terceros).

Interés del
concedente

El interés del concedente varía según los supuestos de hecho; puede ser el interés de conseguir la retribución, si la prelación es concedida a título oneroso; o el interés subyacente a una *más compleja operación* en la cual la prelación se inserta (aunque para ella no esté prevista una específica retribución a su favor); u *otro interés merecedor de tutela*, incluso el interés de cumplir una *liberalidad* cuando la prelación se da a título gratuito. En tal caso, el pacto se celebra con la falta de rechazo del prelacionario frente a la oferta del concedente (art. 1333).

Forma

Se discute si el pacto de prelación tenga forma libre, o requiera la misma forma del contrato final (por ejemplo, prelación para adquisición inmobiliaria). Es preferible la tesis de la *libertad de forma*: sostenida entre otras por la circunstancia de que el contrato puede ser informal (como el alquiler inmobiliario para fines no de vivienda) que genera una prelación dotada directamente de eficacia real (7.12).

Ciertamente el requisito de forma no podría derivar de una asimilación al preliminar, que no tiene fundamento. Ni por el hecho de que la prelación crea un vínculo el cual, teniendo de por sí eficacia obligatoria, incide sobre vicisitudes de tipo real.

Se discute también sobre la credibilidad de la prelación, y más en general sobre su transmisibilidad del lado tanto activo como pasivo, entre vivos y por causa de muerte. Puede recordarse lo observado respecto al análogo problema que se plantea para la opción (7.10).

Transmisibilidad

El pacto de prelación exige un plazo, vencido el cual la obligación del concedente decae y readquiere su libertad negocial. Se lo obtiene del hecho de que un plazo imperativo está impuesto por la ley a la prelación pactada en el ámbito del contrato de suministro (art. 1566); y sobre todo del principio que excluye la perpetuidad de los vínculos obligatorios, expresado por la norma (art. 1379) que desea las prohibiciones convencionales de enajenación circunscritas "dentro de convenientes límites de tiempo" (25.7-8).

Plazo de la prelación

La falta de indicación del plazo no hace necesariamente nulo el pacto, que puede ser salvado por vía de integración (21). Se ha propuesto la integración legal con el plazo de 5 años obtenidos de los arts. 1566 y 2596, pero en su abstracción y rigidez la solución parece arbitraria; mejor sería una más flexible *integración judicial*, basada en la aplicación analógica del art. 1331². Parece, en cambio, excluible (aunque algunos la sostienen) la posibilidad de reducción judicial del plazo establecido por las partes.

Ausencia de indicación del plazo

12. SIGUE: LA DENUNTIATIO Y LA TUTELA DEL PRELACIONARIO; PRELACIONES LEGALES Y TUTELA REAL

La obligación del concedente es preferir al prelacionario (en igualdad de condiciones), si decide hacer el contrato. Se llama *denuntiatio la declaración con la cual el concedente comunica al prelacionario la intención de contratar*, para consentirle ejercitar la prelación. Al respecto, el problema más discutido es si la *denuntiatio* tiene valor de oferta, y si se puede dar al prelacionario el poder de celebrar el contrato mediante la propia aceptación.

Denuntiatio

¿Tiene valor de oferta?

El problema *no puede resolverse en abstracto*, sino que debe tener en cuenta la variedad de situaciones. El concedente es libre de iniciar el trato con un tercero, y no está obligado a dar noticia al prelacionario; sin embargo puede ser que lo haga: pero esta simple comunicación no vale ciertamente como oferta, también porque presumiblemente faltaría el necesario requisito de la completitud. Si el concedente recibe de un tercero una oferta completa, y la comunica al prelacionario, no está dicho que solo por esto él se transforme automáticamente de destinatario (respecto al tercero) en oferente (respecto al prelacionario); depende de la reconstrucción de la intención que acompaña a la comunicación.

Variedad de situaciones y soluciones

Si de esta resulta que el concedente está sin más dispuesto a contratar bajo esas condiciones, tiene el sentido de oferta; no tiene ese sentido si tiende solo a dar noticia que existe un tercero interesado en el contrato objeto de la prelación, respecto a la cual el concedente no se ha determinado aún. En tal caso podría tener el sentido de una invitación a ofrecer, teniendo en cuenta las condiciones ofrecidas por el tercero. Por otra lado, es posible que el concedente envíe al prelacionario una oferta de contrato, prescindiendo de tratativas con terceros.

Deber de *denuntiatio* con valor de oferta del concedente

Un deber de oferta, o de *denuntiatio* con valor de oferta, surge a cargo del concedente solo *cuando él esté determinado a celebrar el contrato bajo ciertas condiciones, ofrecidas o compartidas por un tercero*. Cuando las cosas estén a tal punto, y resulten manifiestas en la comunicación al prelacionario, esta vale como oferta: y es oferta ordinariamente revocable por el concedente.

No viola el deber el concedente que oriente la misma oferta paralelamente al prelacionario y al tercero, precisándole a este último que la oferta respecto de él está condicionada a la falta de aceptación de la misma por parte del prelacionario; ni el concedente que celebre con un tercero el preliminar del contrato objeto de prelación, subordinándolo a la condición de que el prelacionario (al cual en el intervalo le ha sido enviada la correspondiente oferta) no ejercite la prelación.

Ausencia de ejercicio de la prelación

Si la prelación no es ejercitada, el concedente es libre de contratar con terceros en las mismas condiciones rechazadas por el prelacionario, o en condiciones más gravosas para el tercero.

Pero si ningún contrato con terceros es realizado, el rechazo del prelacionario no disuelve la prelación, que sobrevive: el concedente no puede sucesivamente contratar con terceros bajo condiciones menos gravosas que las planteadas en su momento al prelacionario, si antes no dirige a este último *denuntiatio* de las nuevas condiciones. La prelación puede, por otro lado, extinguirse si el rechazo del prelacionario tenga el claro sentido de una renuncia a la prelación, posible *ex art. 1236*.

Violación de la prelación

Tutela obligatoria del prelacionario

Viola la prelación el concedente que omite la *denuntiatio* en las situaciones en las cuales esta es debida; o, mejor, que contrata con un tercero sin haber puesto al prelacionario en condición, a través de la *denuntiatio*, de ejercitar la prelación. Contra tal violación, la tutela del prelacionario lesionado es tutela obligatoria y no real: la posición contractual del tercero queda en línea de principio intangible; el prelacionario tiene solo derecho a obtener del concedente el *resarcimiento del daño* (una cuota de los beneficios que el contrato le habría procurado, tanto más cercano al 100% cuanto más alta es la comprobada probabilidad de que habría ejercitado la prelación).

Cláusula estatutaria de prelación sobre

El principio conoce una *excepción*, que resulta de la constante jurisprudencia. La venta de acciones a terceros, en detrimento de la prelación que por estatuto le corresponde a los otros socios, no es eficaz (según algunos pronunciamientos es directamente nula), y los socios omitidos tienen el derecho de rescatar las acciones. La tutela excepcionalmente "real"

del socio prelacionario, que penaliza a los terceros, se vincula al hecho de que estos estaban en condición de conocer la prelación lesionada por su adquisición, a través de los resultados del Registro de las Empresas. Ello explica por qué la tutela de los socios regresa a ser meramente obligatoria cuando su prelación surja no de cláusula estatutaria sino de pacto parasocial, no sujeto a publicidad.

acciones

Cuanto dicho hasta aquí está referido a las prelaciones voluntarias, es decir a las que nacen por acuerdo de las partes (de un "pacto" de prelación, precisamente). La tutela real del prelacionario es en cambio la regla en las prelaciones legales: aquellas que nacen *ex lege* a favor de determinados sujetos, a los cuales las normas reservan un acceso privilegiado a determinados bienes. Entre otras, tienen prelación legal de adquisición: los colaboradores de la empresa familiar sobre la relativa hacienda (art. 230-*bis*⁵); los coherederos sobre las cuotas de los otros coherederos (art. 732); el Estado sobre los bienes de interés histórico y artístico (arts. 59 y ss. TUBCA); el inquilino cultivador directo sobre el fundo (art. 8 Ley 590/1965); el conductor sobre el inmueble urbano no destinado a uso de vivienda (arts. 38 y ss. Ley 392/1978).

Prelaciones legales

En los casos mencionados el prelacionario lesionado goza de tutela real: él tiene un derecho de *rescate* o retracto, que le permite recuperar el bien *contra el tercero adquirente*.

Tutela real del prelacionario

Entre los intérpretes emerge a veces la orientación de considerar la *denuntiatio* en las prelaciones legales como acto debido en vez de acto de autonomía: o a tratarla como oferta irrevocable en vez de, como por lo común, revocable. La orientación no merece ser compartida.

13. LA RESERVACIÓN

"Reservación" es término genérico y no técnico, que indica varias figuras de *compromisos relativos a la celebración de un futuro contrato, variadamente graduados en su amplitud e intensidad*. Estas se refieren a contratos para la adquisición de bienes o servicios de carácter masivo ofrecidos por operadores profesionales, caracterizados, por un lado, por la normal contextualidad entre celebración del contrato y su ejecución (entrega del bien o prestación del servicio; pago); y, por el otro, de la posible limitación de la oferta de los bienes o servicios en cuestión. De aquí su función, que corresponde a intereses tanto del cliente como del proveedor: dan al cliente certeza de la disponibilidad futura del bien o del servicio, que al momento de la reservación no es de actual utilidad para él (le servirá solo en un momento sucesivo), o no está aún disponible respecto al proveedor; dan al proveedor certeza en orden a la saturación de la propia oferta.

El fenómeno

Intereses del cliente...
...y del proveedor

La aceptación de la reservación no es aún la celebración del contrato, y sin embargo ella compromete al proveedor: el hotel o la compañía aérea que aceptan la reservación para un viaje o una estadía en fecha futura, *deben* para esa fecha proporcionar el servicio (previa celebración del correspondiente contrato). Menos definida, y más *variable en correspondencia al tipo de relación y a las circunstancias*, es la posición del reservante. A menudo

Compromiso del proveedor...

... y del cliente
 puede estar en la absoluta libertad de revocar ("desdecir") la reservación. Otras veces también el reservante está en alguna medida vinculado, y el típico signo del vínculo a su cargo es el pago anticipado, requerido al momento de la reservación, de parte del precio: suma que el proveedor retendrá en caso de que se desdiga, o de un desdecir no comunicado dentro de un cierto plazo. En relación al modo en el cual se configuran los compromisos de las partes, varía el encuadramiento del supuesto de hecho en las diversas posibles figuras: oferta irrevocable; opción; contrato preliminar unilateral o bilateral (29.3), con o sin derecho de separación (24.3).

Cuantificaciones
Overbooking
 Un caso significativo de incumplimiento del compromiso que el profesional asume aceptando la reservación es el denominado *overbooking*, es decir la práctica de las compañías aéreas de aceptar, para un cierto vuelo, reservaciones en número superior a la disponibilidad de asientos, en la conjetura de que alguno de los reservantes desdecirá: si la conjetura resulta infundada, algún pasajero, pese a la reservación ¡quedará en tierra! El fenómeno está regulado a nivel europeo, con el Reg. CEE 295/1991, que establece remedios para tutelar a los reservantes frustrados.

14. EL CONTEXTO DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

A las modalidades de la formación del contrato dan relevancia también *normas diversas sobre la celebración del contrato*, con fines diferentes y con el propósito de determinar si el contrato se ha celebrado. Son normas que vinculan un determinado régimen del contrato, o determinadas consecuencias jurídicas, al contexto —constituido por comportamientos o situaciones de las partes y/o de circunstancias externas— en el cual el contrato se ha formado.

Incorrección en la tratativa
 Si en el curso de la formación del contrato una parte se comporta incorrectamente causando daño a otra, incurre en *responsabilidad precontractual* (8).

Adhesión al contrato estándar
 Si a la celebración del contrato se llega porque una parte se adhiere al texto contractual unilateralmente elaborado por la otra para regular de manera uniforme una pluralidad de relaciones homogéneas, se aplica el régimen de los contratos estándar, o condiciones generales de contrato (41.2-4).

Vicios de la voluntad
 Si se llega porque una parte ha incurrido en errores o ha sufrido engaños o amenazas, se aplica el régimen de los vicios de la voluntad (35-37).

Estado de peligro o de necesidad
 Si se llega porque una parte ha sufrido la presión de un estado de peligro o de necesidad, se aplica el régimen de la *rescisión* (40).

Ausencia de tratativa entre profesional y consumidor
 Si a la celebración del contrato entre un operador económico y un consumidor se llega sin que las cláusulas predispuestas por el primero hayan formado objeto de tratativa, se aplica el régimen de las *cláusulas vejatorias* (41.5-12).

Si se llega porque el consumidor ha sido incitado al contrato en un lugar diferente de los locales comerciales pertenecientes al operador, o con técnicas de comunicación a distancia, se aplican especiales disciplinas (41.4).

Negociación fuera de los locales comerciales o a distancia

Si al contrato entre un empresario dominante y un empresario dependiente se llega porque el primero explota su propia superioridad económica, se aplica el régimen del abuso de dependencia económica (41.17).

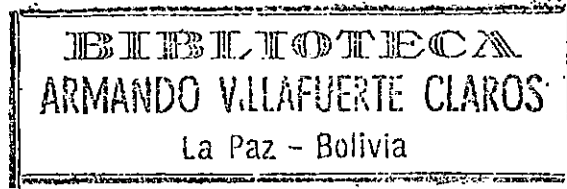
Abuso de dependencia económica

BIBLIOGRAFÍA

- 2-14. F. REALMONTE, *Accordo delle parti e rapporti giuridici preparatori, responsabilità pre-contrattuale*, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por M. Bessone, XIII, Torino, 2000, p. 3; AA. VV. (al cuidado de F. Realmonte), *I rapporti giuridici preparatori*, Milano, 1996; M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996; G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1991; S. VIALE, *La conclusione del contratto. Parte seconda*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, II, Torino, 1991 p. 159; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974; E. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974.
- 4-6. M. COSTANZA, *Revoca*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVII, Torino, 1998, p. 443; D. CHINDEMI, *Revoca della proposta e dell'accettazione*, en *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 2, p. 799; F. CIMEI, *Revoca della proposta di donazione: storia di un violino "scordato"*, en *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 2, p. 621; G.G. GENTILE, *Revoca degli atti I) Profili generali: diritto civile*, en *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 1991, *ad vocem*; C. ROSSELLO, *Revoca della proposta e dell'accettazione: considerazioni sistematiche sul combinato disposto degli artt. 1328, 1326 e 1335*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1981, II, p. 253; P.M. DOTTORE, *In tema di revoca della proposta contrattuale*, en *Rivista di diritto civile*, 1972, 1, p. 379; Salv. ROMANO, *Revoca (diritto privato)*, en *Novissimo digesto italiano*, XV, Torino, 1968, *ad vocem*; M. TALAMANCA, *Osservazioni sulla struttura del negozio di revoca*, en *Rivista di diritto civile*, 1964, I, p. 151; Salv. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935.
- 7-8. A.M. BENEDETTI, *La proposta irrevocabile*, en *Contratti Cendon*, III, Torino, 2000, p. 54; P. DE GIOIA-CARABELLESE, *Opa e irrevocabilità dell'impegno dell'offerente*, en *Contratti*, 2000, p. 497; L. BROCCHI, *La proposta irrevocabile d'acquisto, con riferimento al contratto preliminare di compravendita ed all'azione revocatoria: appunti a margine di un'interessante pronuncia del Tribunale di Roma*, en *Rassegna di diritto civile*, 1996, p. 434; B. MEOLI, *Termine di irrevocabilità ed efficacia della proposta irrevocabile*, en *Rassegna di diritto civile*, 1994, p. 129; N. DI MAURO, *Appunti sulla natura giuridica della proposta irrevocabile: le conseguenze della scadenza del termine di irrevocabilità*, en *Il Foro padano*, 1992, 1, p. 14; C. VIGNALI, *Vendita immobiliare: proposta irrevocabile o*

- altri rapporti giuridici preparatori, en *Giustizia civile*, 1992, I, p. 2168; E. PEREGO, *Trattative, proposta irrevocabile e patto di opzione*, en *Giustizia civile*, 1981, I, 2274; A. DI MAJO, *Proposta irrevocabile e condizioni generali di contratto*, en *Il Foro italiano*, 1975, I, p. 2588; Salv. ROMANO, *Proposta irrevocabile e promessa unilaterale (Studio sulla formazione del contratto ex art. 1333 c.c.)*, en *Studi in memoria di Ascarelli*, IV, Milano, 1969, p. 1905; U. MORELLO, *Sulla proposta irrevocabile senza termine*, en *Il Foro italiano*, 1965, I, p. 90; G. MARINI, *Osservazioni sul termine nella proposta irrevocabile*, en *Giustizia civile*, 1965, I, p. 1558.
9. C. ROMEO, *Opzione e proposta irrevocabile: analogie e differenze*, en *Contratti*, 1999, p. 353; M. ROGORA, *Proposta irrevocabile, opzione e prova testimoniale*, en *Contratti*, 1994, p. 270; S. GULOTTA, *Proposta irrevocabile e opzione gratuita*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1988, II, p. 154; P. MENTI, *Il dualismo tra proposta ferma e contratto d'opzione*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1984, p. 681; E. PEREGO, *Trattativa, proposta irrevocabile e patto di opzione*, en *Giustizia civile*, 1981, p. 2274; G. GORLA, *Note sulla distinzione tra opzione e proposta irrevocabile*, en *Rivista di diritto civile*, 1962, I, p. 213; L. D'ORAZI, *Proposta irrevocabile, opzione e prelazione*, en *Giurisprudenza italiana*, 1951, p.80.
10. G. VILLANACCI, *L'opzione*, en *Contratti Cendon*, III Torino, 2000; p. 177; A. VESSICHELLI, *L'opzione*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, III, Torino, 1999, p. 1871; F. PERNAZZA, *Il corrispettivo nel patto di opzione tra causa e consideration*, en *Giurisprudenza italiana*, 1998, p. 488; G. LOMBARDI, *È valida l'opzione c.d. gratuita?*, en *Corriere giuridico*, 1997, p. 806; M. DELL'URETRI, *Patto di opzione, risoluzione del contratto e responsabilità precontrattuale*, en *Rivista di diritto civile*, 1997, I, p. 729; F. REGOLI, *Brevi osservazioni in tema di efficacia reale del contratto a favore di terzo nei suoi rapporti con il patto di opzione*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, p. 463; A. CHINALE, *Opzione*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XIII, Torino, 1995, *ad vocem*; V. CARBONE, *I requisiti dell'opzione*, en *Corriere giuridico*, 1992, p. 1402; N. DI MAURO, *La scadenza del termine nel contratto di opzione*, en *Giustizia civile*, 1992, I, p. 3040; P. CALICETI, *Patto di opzione e meccanismi pubblicitari*, en *Rivista di diritto civile*, 1992, I, p. 283; A. CATAUDELLA, *Contratto di opzione e procedimento di formazione del contratto preliminare*, en *Scritti giuridici*, Padova, 1991; F. FRATTINI, *L'opzione*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, III, Torino, 1991, p. 371; G. GABRIELLI, *Opzione*, en *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, 1990, *ad vocem*; R. DE MATTEIS, *Opzione di preliminare bilaterale. Accettazione*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1987, I, p. 525; E. CESARO, *Opzione nel contratto*, en *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, *ad vocem*; L. STANCHELLINI, *Opzione e vincolo preparatorio*, en *Rivista di diritto civile*, 1978, II, p. 597; E. CESARO, *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969; A. CATAUDELLA, *Contratto d'opzione e procedimento di formazione del contratto preliminare*, en *Il Foro padano*, 1966, I, p. 423; G. TAMBURRINO, *Patto di opzione*, en *Novissimo digesto italiano*, XII, Torino, 1965, *ad vocem*; A. DE MARTINI, *Opzione, proposta ferma, patto di prelazione e pactum de contraendo*, en *Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione - sezioni civili*, 1947, p. 403.

- 11-12. G. CARLEO, *Prelazione legale ed interesse dei creditori*, Milano, 2000; G. DI ROSA, *La prelazione legale e volontaria*, en *Contratti Cendon*, III, Torino, 2000, p. 211; D. CALABRESI, *La prelazione agraria*, Padova, 2000; G. BONILINI, *Prelazione volontaria e pluralità di prelazionarii*, en *Contratti*, 1999, p. 896; M. VENTORUZZO, *Sull'ambito di applicazione delle clausole di prelazione e di gradimento*, en *Notariato*, 1998, p. 422; A. FRANCHI-R. BATTISTA, *Rassegna di dottrina e giurisprudenza sulla prelazione convenzionale*, en *Rivista del notariato*, 1997, p. 805; F.M. LIGUORI, *Lineamenti di ricerca metodologica nello studio della prelazione legale*, Napoli, 1997; P. GALLO, *Prelazione*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XIV, Torino, 1996, ad vocem; G. BONILINI, *Clausole di prelazione, negozio di prelazione, prelazione a titolo gratuito*, en *Contratti*, 1995, p. 541; G. BONILINI, *La trasformazione del bene oggetto di prelazione*, en *Contratti*, 1995, p. 451; G. VETTORI, *Soppressione di clausola statutaria di prelazione*, en *Contratti*, 1994, p. 357; G. FREZZA, *Il patto di prelazione*, en *Giustizia civile*, 1993, II, p. 405; G. BONILINI, *La denuntiatio nella prelazione volontaria*, en *Contratti*, 1993, p. 106; M. COSTANZA, *Il patto di prelazione*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, III, Torino, 1991, p. 389; G. GABRIELLI, *Prelazione (patto di)*, en *Enciclopedia giuridica*, XXIII, Roma, 1990, ad vocem; G. INGINO, *Sull'esecuzione in forma specifica del patto di preferenza*, en *Giurisprudenza italiana*, 1989, 1, 2, p. 479; M. BERNARDINI, *La prelazione urbana tra diritto comune e leggi speciali*, Padova, 1988; G. VETTORI, *Efficacia e opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988; M. MONTE, *La prelazione convenzionale*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1987, p. 753; R. ALESSI, *Alcune riflessioni intorno alla clausola di prelazione*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1987, I, p. 51; L. PIERALLINI, *Considerazioni sulla natura giuridica della denuntiatio nella prelazione legale e volontaria*, en *Rassegna di diritto civile*, 1987, p. 134; L. V. MOSCARINI, *Prelazione*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1985, ad vocem; G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984; G. FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Milano, 1984; C. COCCIA, *Sul patto di prelazione ed in particolare sull'ammissibilità di una stipulazione senza limiti di tempo*, en *Giurisprudenza italiana*, 1983, I, 1, p. 1533; A. CATRICALÁ, *Patto di preferenza*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, 1982, ad vocem; F. SANTORO PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981, p. 697; E. PEREGO, *Il patto di prelazione e l'art. 2932 c.c.*, en *Giurisprudenza italiana*, 1976, 1, 1, p. 1207; R. ALESSI, *Prelazione e riscatto: un'ipotesi di esecuzione in forma specifica*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, p. 416; C. SARASSO, *Lineamenti del patto di prelazione*, Milano, 1968; G. STOLFI, *In tema di risarcimento dei danni prodotti dalla inosservanza del patto di prelazione*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1967, II, p.127.
13. G. BENELLI, *Responsabilità dell'organizzatore per "overbooking" alberghiero e risarcimento del danno*, en *Contratti*, 1998, p. 520; M.C. TATARANO, *La "prenotazione" tra prassi e autonomia d'impresa*; Napoli, 1996; G. GAIGA, *La pratica dell'overbooking e la responsabilità del vettore aereo in una decisione del supremo collegio*, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1993, p. 551; V. FRANCESCHELLI, *La prenotazione alberghiera (una ricostruzione giuridica ed economica)*, en *Quadrimestre*, 1991, p. 665; S. MONTICELLI, *La prenotazione nella prassi negoziale*, en *Rassegna di diritto civile*, 1990, p. 802.



CAPÍTULO VIII

TRATATIVAS Y RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

1. Buena fe en las tratativas y responsabilidad precontractual.— 2. Los deberes precontractuales: en particular, los deberes de información.— 3. Las situaciones de daño precontractual: falta de celebración del contrato (ruptura de la tratativa).— 4. *Sigue*: celebración de contrato inválido (o ineficaz).— 5. *Sigue*: celebración de contrato no conveniente.— 6. La naturaleza de la responsabilidad.— 7. El daño resarcible.— *Bibliografía*.

1. BUENA FE EN LAS TRATATIVAS Y RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Comportamientos ligados a la formación de un contrato pueden provocar daños y crear responsabilidad hacia el dañado: esta responsabilidad se define “precontractual”. De este se ocupa el art. 1337, que no considera directamente el fenómeno del daño y la consecuencia del resarcimiento (como hacen, como regla, las normas sobre la responsabilidad: arts. 1218 y 2043), sino prefiere concentrarse sobre lo que vale para prevenir daño y responsabilidad en cuestión. En efecto, ella prescribe un *deber de comportamiento*: “Las partes, en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato, deben comportarse *de acuerdo con la buena fe*” (art. 1337). Se comprende cómo una norma tan amplia y genérica haya abierto un campo vastísimo a la interpretación: en la que se empeña, en verdad, mucho más la doctrina que la jurisprudencia.

Quien está envuelto en una tratativa tiene interés en que esta sea conducida por la contraparte de manera leal y seria. El interés a la lealtad y seriedad de la tratativa está protegido por el art. 1337 con la imposición de un deber de buena fe a cargo de las partes envueltas. La “buena fe” es entendida aquí en sentido objetivo, como regla de conducta: por consiguiente como sinónimo de “corrección”.

El deber de corrección impone evitar durante la tratativa comportamientos que impliquen *intención o conciencia de infligir a la contraparte*

Responsabilidad precontractual

Art. 1337

Interés por la corrección y seriedad de la tratativa

Deber de buena fe

Corrección

daños injustos: piénsese en A que envuelve a B en una larga tratativa sin tener la mínima intención de celebrar el contrato, sino con el único propósito de distraer a B de otra posible tratativa que de este modo queda reservada a un amigo de A; o en X que induce a Y al contrato engañándolo o amenazándolo. Pero impone también evitar comportamientos, fuentes de daño injusto, que prescindan de tal intención y conciencia y se reconduzcan más bien a la *superficialidad, desatención o incompetencia*: como en el caso de quien frívolamente comienza la tratativa de un contrato, y dándose cuenta solo al final de no tener la capacidad técnica, organizativa o financiera para sostener la ejecución, la interrumpe con una excusa. En otras palabras: también la diligencia es un componente de la buena fe del art. 1337; este prohíbe no solo los comportamientos calificados por *dolo* (o mala fe subjetiva), sino también los coloreados de simple culpa. La violación de la buena fe (objetiva) no está excluida por el estado de buena fe (subjetiva) en que se encuentre el agente.

Diligencia

Ambito del deber de buena fe

«Tratativas» y «formación del contrato»

La norma se refiere al deber en cuestión en la fase de las “tratativas” y en la de la “formación del contrato”. Se ha buscado dar un sentido a la distinción, por ejemplo, con la idea de que ella identifique dos fases temporalmente sucesivas (más remota la primera, más avanzada la segunda) del proceso que llevará al contrato celebrado. Ejercicios tales no parecen tener gran utilidad: lo que cuenta es definir el contexto idóneo para “contener” los comportamientos susceptibles de generar responsabilidad *ex art. 1337*. Y entonces debe decirse que un tal contexto va más allá de las “tratativas” y de la “formación del contrato” entendidas en sentido estricto: si en una reunión que no es de negocios A (que en su fuero interno piensa en el futuro camino de una tratativa con B, el cual no sabe aún nada) representa falsamente a B una cierta situación que podrá ser importante para el contrato de futura tratativa, la cual luego conduce a la celebración del contrato, B podrá lamentarse *ex art. 1337* incluso si el engaño perpetrado por A se remonta a un momento en el cual no se había iniciado aún ninguna tratativa entre ellos. Importante es que la *incorrección, aunque temporalmente preceda a la tratativa, esté funcionalmente apuntada a esta y al correspondiente contrato*.

El contenido del deber de buena fe, que en primera aproximación se ha propuesto disolver en el binomio “corrección/seriedad”, puede ulteriormente articularse y precisarse a través de una doble referencia: *al tipo de situaciones dañosas* que ese deber considera prevenir; y *al tipo de comportamientos* que pueden ser instrumentales para la prevención de esos daños.

2. LOS DEBERES PRECONTRACTUALES: EN PARTICULAR, LOS DEBERES DE INFORMACIÓN

Bajo el perfil últimamente indicado, el deber de buena fe se descompone en una serie de deberes de conducta, cuya violación puede —según los casos y a las circunstancias— generar responsabilidad precontractual.

Primeramente, entran en juego deberes de información: particularmente marcados cuando entre las partes existan —para usar el lenguaje microeconómico— “asimetrías informativas”. La parte que conoce (o debería conocer) datos relevantes para la valoración del contrato desde el punto de vista de la contraparte, y sabe (o debería saber) que esta en cambio los ignora, tiene el deber de informarlos a la contraparte.

Deberes de información

Sin embargo, es importante delimitar razonablemente este deber, porque no toda reticencia entre las partes es ilícita. Está difundida la idea de que el deber se refiere solo a los elementos capaces de incidir sobre la validez o sobre la eficacia del contrato. Quien trata para un negocio, del cual conoce la inutilidad para la contraparte, debería informarla si el supuesto de hecho configura ausencia de causa (17.2) o imposibilidad (actual o futura) de la prestación (15.4), o error esencial de la contraparte (35.3); en cambio, no estaría obligado a hacerlo (y no respondería por su silencio) si la situación no implicara una tal causa de invalidez. Respondería el vendedor que silencie los defectos de la cosa, si estos son tales como para dar lugar a la garantía por vicios y la consecuente resolución de la venta (art. 1492¹); no así, en cambio, si no tienen este nivel de gravedad.

Reticencias lícitas e ilícitas

Criterio de la validez/ eficacia del contrato

Un criterio así es *demasiado rígido*, y en su rigidez *arriesga de dejar impunes conductas censurables*. Si A advierte que B está haciendo un cálculo irreal de los beneficios contractuales, ciertamente no se puede pretender que lo advierta de su error no esencial (35.3). Sin embargo, es error no esencial también el de X que compra de Y, su proveedor habitual, el refrigerador nuevo que necesita la familia, sin saber que su mujer ya la había adquirido pocas horas antes (del mismo proveedor, que incluso sabiéndolo no se lo dice a X): parece intolerable que X no pueda ni anular su inútil adquisición, ni pedir cuentas a Y por su incorrección.

Crítica

Es mejor no fijar la selección entre reticencias lícitas e ilícitas en el criterio de la invalidez (o ineficacia) del contrato, sino confiarlo a la ductilidad del principio de buena fe, a calibrar sobre las particularidades de cada caso. Así, la responsabilidad por información omitida puede ser atenuada o incluso excluida cuando la ignorancia de la parte inconsciente es ignorancia culposa, porque ella habría debido saber o activarse para saber. Puede agravarse cuando la reticencia sigue a un explícito requerimiento de informaciones. Puede además agravarse cuando la parte reticente sea un operador profesional, y la reticencia se refiera a elementos de su profesionalidad, importantes para el contrato: de este criterio la jurisprudencia hace considerable aplicación para afirmar la responsabilidad de los bancos hacia los clientes.

Otros criterios

Ignorancia culposa

Requerimiento de información

Operadores profesionales

Principio de
transparencia
...

En ciertos casos, los deberes de información precontractual a cargo de operadores profesionales están codificados por ley, en nombre del principio de transparencia: y entonces la reticencia es sin más ilícita (pero la ley puede establecer sanciones diversas de la responsabilidad precontractual).

... en las
normas
sectoriales

Así, los bancos tienen el deber de publicitar, en vista de los posibles contratos con la clientela, las condiciones económicas de los servicios ofrecidos (art. 116 TUB). Los *operadores financieros*, en vista de los contratos con los ahorristas inducidos a la inversión, deben publicar un específico "prospecto informativo" (arts. 94 y ss. TUF); y, si emiten instrumentos financieros en un mercado reglamentado (por ejemplo, acciones cotizadas en bolsa), deben ofrecer ulteriores informaciones al público de los potenciales adquirentes (art. 114 TUF). Quien lanza una *opa* debe publicar un documento "que contenga las informaciones necesarias para consentir a los destinatarios (...) un fundado juicio sobre la oferta" (art. 102 tuf). Los *tour operators* y agencias de viajes al promover ventas de paquetes turísticos deben dar al cliente muchas informaciones "En el curso de las tratativas y antes de la celebración del contrato" (art. 8¹ D. Leg. 111/1995). Quien ofrece en venta *multipropiedad* debe dar a los potenciales adquirentes un complejo "documento informativo" (art. 2 D. Leg. 427/1998). Y a cargo de los comerciantes se ha generalizado el deber de indicar con claridad los precios de los bienes ofrecidos, "Con el fin de mejorar la información del consumidor" (D. Leg. 84/2000).

Deber de
verdad
Responsabili-
dad por falsas
informacio-
nes

Responsabili-
dad por
prospecto

Si puede existir un deber precontractual de informar, existe con mayor razón un deber de informar según verdad: su violación da lugar a responsabilidad por falsas informaciones. En ella incurre primeramente quien está obligado a dar las informaciones: tanto quien está obligado por ley, tal el operador financiero obligado a la publicación del prospecto (cuyas falsedades hacen nacer una "responsabilidad por prospecto", que muchos intérpretes vinculan a la responsabilidad precontractual); como quien está obligado por haberle sido requerida por la contraparte. Pero en ella incurre también quien dice la falsedad dando *espontáneamente* informaciones que no estaría obligado a dar: tanto en el caso extremo que lo haga con malicia o incluso empleando artificios y ardidés (dolo: 36); como en el caso que lo haga por simple negligencia o impericia (aunque en este caso su responsabilidad puede ser atenuada).

Deber de
claridad...

Emerge también un deber de claridad.

Este puede ser un simple corolario del *deber* de información (que no está bien absuelto, si la información es dada de manera oscura o ambigua). O bien puede vincularse al simple *hecho* de la información: dar al cliente un opúsculo informativo no es una obligación del *tour operator* o de la agencia de viajes, pero si es entregado debe contener una serie de informaciones escritas "de manera clara y precisa".

... a cargo de
predisponente

Un deber de claridad está impuesto por regla a la parte más fuerte, que elabora unilateralmente el texto contractual: el contrato de venta de paquetes turísticos "es redactado (...) en términos claros y precisos" (art. 6¹

D. Leg. 111/1995); las cláusulas de los contratos entre proveedor y consumidor (41.6), elaboradas por el primero, “deben siempre estar redactadas de manera clara y comprensible” (art. 1469-*quater*), y en la misma manera, en particular, deben individualizarse precio y objeto del contrato (art. 1469-*ter*²). Análogas previsiones están dictadas en tema de subprovisión (art. 2⁴ Ley 192/1998).

Pero solo en casos residuales la violación de este deber dará lugar a responsabilidad precontractual: por lo general se activan *remedios contractuales*, como la interpretación de la cláusula oscura en sentido contrario al predisponente (art. 1371: 20.9), o la posibilidad de declarar la vejetoriedad (41.11).

Se dice que al deber precontractual de transparencia (informar según verdad, y con claridad) pueda acompañarse un deber, idealmente opuesto, de secreto: no divulgar noticias reservadas sobre su contraparte, conocidas en ocasión de la tratativa. El deber existe, pero su violación *no da lugar a responsabilidad precontractual*. O la discreción es materia de una obligación específicamente asumida (como en los *secrecy agreements* de las cartas de intención: 6.12): y entonces su violación genera responsabilidad contractual. O bien no: pero en tal caso su violación es una incorrección que, aunque teniendo su origen en la tratativa, no está enderezada a la tratativa, y dado que la responsabilidad precontractual sanciona específicamente las incorrecciones que provocan al responsable injustas ventajas y a las víctimas daños injustos *respecto a la tratativa*, esta no es responsabilidad precontractual (no más de cuanto lo sería la de la parte que, en la aspereza de la discusión, ¡insulta o golpea a la contraparte con la cual está tratando!), sino extracontractual *ex art. 2043*.

Deber de secreto

Un discurso análogo puede hacerse para otro deber a veces evocado entre los deberes precontractuales: el deber de custodia de las cosas que una parte recibe de la otra en el ámbito de la tratativa (por ejemplo para examinarla en vista de su posible adquisición, o de una eventual prestación profesional de mantenimiento, reparación, restauración, etc.). Si el poseedor será responsable por la pérdida o deterioro de la cosa, lo será casi siempre *ex arts. 1218 o 2043*, y no *ex art. 1337*.

Deber de custodia

Finalmente, se señala el deber de no frustrar la confianza sobre el negocio, generada en la contraparte. La más típica violación de este deber es la ruptura injustificada de la tratativa, de la cual se habla en el apartado siguiente.

Ruptura de la tratativa: remisión

3. LAS SITUACIONES DE DAÑO PRECONTRACTUAL: FALTA DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO (RUPTURA DE LA TRATATIVA)

El deber de buena fe *ex art. 1337* quiere prevenir tres tipos de situaciones dañosas, susceptibles de verificarse cuando el deber sea violado: la *falta de celebración del contrato*; la celebración de un *contrato inválido*; la celebración de un *contrato válido, pero perjudicial* para la víctima de la incorrección.

La primera situación es aquella en la cual el contrato, esperado por una parte, no se celebra por hecho imputable a la otra.

Ruptura de la
tratativa

Rupturas
lícitas e
ilícitas

Dos
presupuestos:

El hecho principal que impide la celebración del contrato es la decisión de una parte de romper la tratativa en curso con la otra. (Se trata del supuesto prevaleciente en las aplicaciones jurisprudenciales del art. 1337, que resultan, en efecto, muy escasas en cuanto a los otros posibles supuestos de responsabilidad precontractual). La ruptura de una tratativa no es de por sí ilícita, siendo *manifestación de la libertad contractual*: solo con la celebración del contrato el vínculo reemplaza a la libertad, como bien demuestra, por lo demás, el poder reconocido a las partes de revocar la oferta y aceptación (7.4). La ruptura de la tratativa constituye ilícita violación de un deber precontractual de buena fe solo con el concurso de dos condiciones.

Confianza de
la contraparte
...

La primera condición es que la ruptura se produzca después que se haya consolidado la justificada confianza de la contraparte en la celebración del contrato: si la tratativa es rota cuando la contraparte no tenía razón de considerar la celebración, ni cierta ni probablemente, no surge responsabilidad del que se aleja. La confianza puede fundarse en el hecho de que la tratativa está ya avanzadísima, porque se ha llegado al acuerdo sobre casi todos los puntos; o, en una fase menos avanzada, en las seguridades dadas por la parte que después en cambio romperá.

La confianza en la celebración del contrato es un requisito necesario pero no suficiente: puede suceder que A rompa la tratativa con B y así frustre la fundada confianza de este, sin incurrir en responsabilidad: lo testimonia la norma que —en el caso de *revocación de la oferta* que impide la celebración de un contrato en que el destinatario aceptante había incluso ya iniciado la ejecución— califica la conducta del revocante ya no como ilícita y fuente de resarcimiento, sino como presupuesto para una simple indemnización, consecuente con un *acto lícito aun cuando dañoso* (7.5).

... y ruptura
injustificada

Justa causa,
externa a la
esfera del
que se retira

La segunda condición es que la ruptura de la tratativa sea injustificada, o, como dice la jurisprudencia, privada de "justa causa". La jurisprudencia identifica la justa causa de la ruptura con una circunstancia externa a la esfera del que se retira, sobrevenida en el curso de la tratativa o preexistente pero por él ignorada sin culpa, idónea para modificar la valoración de conveniencia del contrato. El defecto de esta fórmula es el *contorno indefinido de la noción de "esfera del que se retira"*: ciertamente entra allí el mero cambio de idea, o la tardía percepción de que el contrato es superior a sus propias fuerzas; ciertamente no entra allí la radical modificación de las condiciones de mercado, y probablemente tampoco la llegada de una oferta inesperada y más ventajosa; más difícil decir si entra allí o no la decisión de cambiar de trabajo, el repentino enriquecimiento por una herencia inesperada,

el shock por la muerte del cónyuge, etc. Lo que es seguro, es que el carácter injustificado de la ruptura no requiere (pese a que ciertas máximas de jurisprudencia puedan inducir a la idea contraria) el dolo o la mala fe subjetiva del que se retira; la responsabilidad puede derivar de la *simple culpa* de este.

Es razonable atribuir a la víctima solamente la prueba de la propia confianza, y a la contraparte la prueba (liberatoria) de la justa causa del propio retiro. Ello no porque la ruptura de la tratativa deba presumirse injustificada (ella es *prima facie* ejercicio de libertad contractual del que se aleja); sino por la inconveniencia de cargar al actor la prueba negativa en orden a hechos que pertenecen a la esfera del demandado.

Carga de la prueba

Otro comportamiento puede determinar responsabilidad por falta de celebración del contrato: dar causa, por cualquier hecho a sí imputable, a la injustificada separación de la contraparte. Si A trata con B para un contrato que no estará en grado de sostener, A responde si —entendida tardíamente la propia insuficiencia, hasta allí culpablemente olvidada— abandona la tratativa; pero responde también si quien abandona la tratativa es B, dándose cuenta de la insuficiencia de A (mientras B obviamente no responde, por estar su separación justificada).

Inducción de la contraparte a la separación justificada

4. SIGUE: CELEBRACIÓN DE CONTRATO INVÁLIDO (O INEFICAZ)

La segunda situación de daño precontractual es aquella en la cual el contrato se celebra, pero inútilmente porque es inválido o ineficaz (33.2). El supuesto de hecho está regulado de manera expresa en el art. 1338: “La parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no hubiera dado noticia a la otra parte, debe resarcirle el daño sufrido por haber confiado sin culpa en la validez del contrato”.

Art. 1338...

Está difundida la idea que considera al art. 1338 como una especificación del art. 1337, bajo el perfil de una ausencia de información al que aludiría aquello de no haber “dado noticia”. Pero el área del deber de información precontractual no coincide con la del art. 1338. Por un lado, es más amplia, porque se ha visto que el deber puede referirse también a elementos que no inciden sobre la validez (o eficacia) del contrato. Por el otro, recaen bajo el art. 1338 también ilícitos no reducibles a información omitida sobre la causa de invalidez, sino consistentes más bien en el haber directamente producido tal causa: piénsese en A que, engañando o amenazando a B, hace el subsiguiente contrato anulable por dolo o violencia; o que, destruyendo la cosa o modificando un cierto contexto, lo hace nulo por inexistencia del objeto o por imposibilidad de la prestación. Bajo este perfil, el daño precontractual por celebración de contrato inválido se vincula a la violación,

... y deber de información

Deber de no frustrar la confianza sobre el negocio

no tanto del deber de información, sino más bien (al igual que el daño por ruptura de la tratativa), deber de no frustrar la confianza sobre el negocio.

Es posible que la incorrección examinada (silenciar o crear una causa de invalidez), la cual típicamente crea daño por celebración de contrato inválido, en algún caso cree daños por ausencia de celebración del contrato: como cuando la contraparte advirtiendo que el contrato aún en tratativa sería por esa causa inválido, rechace celebrarlo. Se recae entonces en el supuesto de hecho de quien responde por haber constreñido a la contraparte a una justificada separación de la tratativa.

Extensión a casos de ineficacia

Sobre la responsabilidad *ex art.* 1338 se regresará, con mayor conocimiento de causa, tras haber analizado causas y consecuencias de la invalidez del contrato (39.8). Se anticipa aquí que, más allá de la letra de la norma, su *ratio* induce a referirla, además que al contrato inválido, incluso al contrato ineficaz. En efecto, la encontramos puntualmente transpuesta en el art. 1398, con respecto a la celebración de un contrato que, por haberse celebrado con un *falso representante*, está afectado no de invalidez sino de ineficacia (12.9-11).

Deber de crear o salvaguardar las condiciones de eficacia

Con referencia al supuesto de hecho del contrato celebrado pero ineficaz, se indica entre los deberes precontractuales también el de esmerarse para crear, (o al menos no destruir) las condiciones de eficacia del contrato. El planteamiento se debe compartir si se trata de condiciones que deben *preceder la celebración del contrato*, como las autorizaciones judiciales previas para los contratos de los menores o de las quiebras: si, alcanzado el acuerdo con la contraparte, los padres o el curador no hacen lo que es necesario para obtener la autorización, o incluso operan para sabotearla, la contraparte puede pedir el resarcimiento del daño precontractual. Diferente es el caso en el cual la condición de eficacia deba *practicarse tras la celebración del contrato*, como sucede por ejemplo con los controles sucesivos de legitimidad sobre los contratos de los entes públicos: aquí propiciar el control puede considerarse una obligación contractual de la parte que se ha sometido a ello; en su ausencia, el contrato no produce sus efectos, pero al contratante frustrado le corresponde un resarcimiento (por daño contractual) que no hay razón de limitar al interés negativo (8.7).

5. SIGUE: CELEBRACIÓN DE CONTRATO NO CONVENIENTE

Casos

La tercera situación de daño precontractual es aquella en la cual la incorrección de una parte lleva a celebrar un contrato válido y eficaz, pero no conveniente para la otra parte. Así, en el caso de engaño no suficientemente grave para conducir a la anulación (*dolo incidente*: 36.7), el contrato permanece válido y la víctima tiene derecho al resarcimiento por haber aceptado, a causa del engaño, condiciones diversas y peores (art. 1440); así también en el caso de información omitida o falsa que dé lugar a *error no esencial* y por consiguiente no haga anulable el contrato.

Este tipo de daño se vincula predominantemente a la violación de los deberes informativos.

6. LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD

Se discute (y sobre todo se ha discutido en el pasado) sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual respecto a los dos fundamentales géneros de responsabilidad: *contractual* (art. 1218) y *extracontractual* (art. 2043). La jurisprudencia, con raras excepciones, es partidaria de la tesis extracontractual. Más articulado es el cuadro de la doctrina: la opinión mayoritaria se inclina también por la tesis extracontractual; pero una calificada minoría insiste por la tesis contractual; y no falta quien propone soluciones intermedias (la responsabilidad precontractual como “tercer género” de responsabilidad) o mixtas (la responsabilidad sería contractual en el caso de ruptura de las tratativas, extracontractual en otros casos).

Jurisprudencia
y doctrina

Es convincente la posición que vincula la responsabilidad *ex art. 1337* al género extracontractual. Es verdad —como subrayan los partidarios de la tesis contractual— que entre los protagonistas de la tratativa se crea una relación calificada, en razón de la cual gravan sobre ellos *especiales deberes en protección de los recíprocos intereses*. Pero esto es exactamente lo que sucede en tantos otros contextos de actividad y relaciones que nadie osaría referir a un campo diferente del de la responsabilidad *ex art. 2043*: ¿es que no existe una relación calificada (por la interferencia de las respectivas esferas de acción) entre los protagonistas de la circulación vial, o entre los empresarios que compiten en el mismo mercado? ¿Es que en razón de ello no gravan sobre los automovilistas y sobre los empresarios en competencia precisos deberes de conducta (las reglas de circulación, las reglas de competencia leal) puntualmente dirigidas a salvaguardar los intereses envueltos en tal calificada relación?

Naturaleza
extracontractual

Relación
calificada

El punto es otro. La obligación y la responsabilidad contractual protegen ese específico interés del acreedor que es el interés a la prestación (art. 1174). Diversos son los intereses de la vida de relación puestos en riesgo en el contacto social: de la seguridad en la circulación automovilística a la lealtad en la competencia económica a la corrección y seriedad en las tratativas contractuales. Para su protección se imponen a los operadores *deberes de conducta* que pueden ser no genéricos —sino calibrados sobre las especificidades de los intereses, de las actividades, de los riesgos en juego—, pero no por esto devienen *obligaciones*. Y su violación genera responsabilidad extracontractual.

Interés a la
prestación

Interés a la
lealtad y
seriedad de la
tratativa

Por lo demás, *ciertos deberes precontractuales inciden sobre la prestación del futuro contrato*: por ejemplo, no enajenar a terceros la cosa de cuya venta se trata, e informar a la contraparte de que ella no pertenece a quien trata; no deteriorar la cosa, e informar a la contraparte de sus defectos; no iniciar tratativas de contratos que no podrán cumplir.

Responsabilidad
extracon-
tractual...

... y
responsabili-
dad por
incumplmien-
to

En el caso de su violación, si el contrato no se logra (por ejemplo, porque la contraparte, dándose cuenta de la anomalía, justamente rompe la tratativa), el violador incurre en responsabilidad precontractual. Pero si, en cambio, el contrato se celebra, la parte que ha vendido una cosa viciada o no suya o que no cumple porque no tiene la capacidad, es una parte que no ejecuta la prestación contractualmente debida, e incurre por consiguiente en *responsabilidad contractual*: esta supera y absorbe la responsabilidad nacida de la violación del deber precontractual, porque —celebrado el contrato— *el interés a la lealtad y seriedad de la tratativa es superado y absorbido por el interés a la prestación*.

Distinción
entre respon-
sabilidad
contractual y
extracon-
tractual

Tendencia a
la
superación...

Con todo, el debate sobre la naturaleza de la responsabilidad *ex art. 1337* se va desdramatizando en paralelo con un fenómeno siempre más a menudo señalado: la frecuente conmixción/indistinción de los dos tipos de responsabilidad, que tiende a sobreponer o a acercar los respectivos regímenes haciendo menos decisiva la calificación alternativa del supuesto de hecho en términos contractuales o extracontractuales. Ello se manifiesta, sobre todo, en cuanto a los *perfiles sustanciales* de la disciplina: relevancia de la culpa y su graduación, contenido de la prueba liberatoria (pero también distribución de la carga de la prueba).

... y
persistente
importancia

La distinción conserva peso en cuanto a los *perfiles instrumentales*: prescripción, y espacios de iniciativa en el proceso. Bajo estos perfiles, la reconducción de la responsabilidad precontractual al género extracontractual en lugar que a la contractual no es intrascendente. En cuanto a la prescripción, fija su plazo en 5 años (art. 2947¹) y no en 10. Y, en el plano procesal, condiciona las posibilidades de *mutatio libelli* y de demanda nueva en apelación: una pretensión resarcitoria titulada *ex art. 1337* puede sucesivamente titularse *ex art. 2043*, y viceversa; no es en cambio admisible el pasaje del título precontractual al contractual, y viceversa.

Concurso de
responsabili-
dades

Finalmente, se debe decir que el daño precontractual puede derivar también del *curso de la incorrección de una parte con el ilícito de un tercero* (X, de acuerdo con A, engaña o amenaza a B para inducirlo a contratar con A): responden ambos, la parte *ex art. 1337* y el tercero *ex art. 2043*. Quien es tercero respecto a la tratativa, puede ser parte de una relación obligatoria con la víctima, como si —en el ejemplo precedente— X fuera asesor de B: en tal caso con la responsabilidad de A *ex art. 1337* concurre la de X *ex art. 1218*. El ilícito puede ser solamente del tercero (X engaña o amenaza a B para inducirlo a contratar con A, en el total desconocimiento de este último): entonces surge solamente responsabilidad (según los casos, extracontractual o contractual) del tercero.

7. EL DAÑO RESARCIBLE

Interés
negativo

Interés
positivo

En la responsabilidad precontractual, el daño resarcible cubre el denominado interés negativo. Es llamado así porque se lo identifica con el *interés a no iniciar una tratativa como la que ha expuesto al sujeto a sufrir las incorrecciones de la contraparte*: y dado que iniciar esa tratativa ha gravado al sujeto con *gastos inútiles* y le ha hecho *perder otras ocasiones de negocios*, estas son las principales voces que lo componen. Se le distingue del interés positivo, que *es interés a la ejecución del contrato válidamente*

celebrado, y a la adquisición de las correspondientes ganancias. Al contrario —se dice— el interés negativo no comprende la pérdida de las ganancias (lucro cesante) que el contrato habría producido si la tratativa no hubiera sido turbada por las incorrecciones. Y se tiende a dar por descontado que el interés negativo sea siempre inferior al interés positivo.

El tema requiere alguna precisión.

Cuando el daño deriva de la falta de celebración del contrato con la incorrecta contraparte, no son resarcidas las ganancias que ese contrato habría producido, porque *ese* contrato no fue celebrado. Deben resarcirse gastos hechos por una tratativa revelada inútil (gastos por viajes, proyectos, asesorías, test de factibilidad, etc.): debe resarcirse el tiempo perdido; debe resarcirse la pérdida de ocasiones alternativas de negocios, que no se han cultivado por la confianza puesta en la celebración de ese contrato. Todo esto debe ser probado por el actor en responsabilidad. Pero si el actor prueba haber *descuidado una específica ocasión alternativa*, y que ella habría llevado al contrato, y que éste habría producido ciertas ganancias, no se ve por qué debería serle negado —a título de resarcimiento— los beneficios del contrato perdido.

No
celebración
del contrato

Tales ganancias podrán ser inferiores a las del contrato abortado por la incorrección precontractual, pero podrán también igualarlos (podrían incluso ser superiores: pero en tal caso es razonable que el excedencia no sea reconocida, por el principio, que impide colocar al dañado en una mejor posición que aquella en la cual se hubiera encontrado sin el ilícito).

Cuando el daño deriva de la celebración de un contrato inválido o ineficaz, vale predominantemente el mismo razonamiento (pero a los gastos de la tratativa inútil se agregarán los gastos inútilmente realizados en vista de la ejecución).

Celebración
de contrato
Inválido o
ineficaz

Cuando el daño deriva de la celebración de un contrato válido y eficaz, pero inconveniente, el resarcimiento cubre todo el saldo de conveniencia: si el dolo incidente o la ausencia de información han impulsado al sujeto a un contrato que le da 100, mientras sin esas incorrecciones él habría contratado bajo condiciones capaces de darle 120, su resarcimiento es 20.

Celebración
de contrato
Inconveniente

También para el *quantum* del resarcimiento (al igual que para el *an* de la responsabilidad) pueden ser importantes los *estados subjetivos de las partes*. En cuanto al demandado, es difícil que no tenga algún peso la naturaleza (dolosa o solo culposa) de su ilícito. En cuanto al actor, será importante el grado de consistencia y estimación de su confianza: en ciertos casos, una confianza no totalmente exenta de culpa (no haber pedido una cierta información, haber incurrido en un error inexcusable, haberse basado demasiado pasivamente en las seguridades de la contraparte sobre la celebración del contrato) puede no privarlo del derecho al resarcimiento, pero sí reducir la entidad *ex arts.* 1227¹.

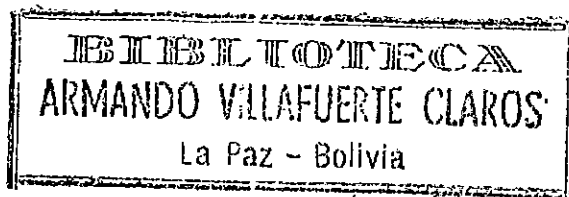
Elementos
importantes

BIBLIOGRAFÍA

- 1-7. L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por M. Bessone, XIII, II, Torino; 2000, p. 201; G. PIGNATARO, *La responsabilità precontrattuale*, en *Contratti Cendon*, V, Torino, 2000, p. 75. C. MUCIO, *Ritardo nella conclusione e responsabilità precontrattuale*, en *Contratti*, 1999, p. 329; D. PALMIERI, *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Padova, 1999; F. FERRO-LUZZI, *L'imputazione precontrattuale - Il preliminare - Le trattative*, Padova, 1999; I. NASTI, *I problematici confini tra le trattative e la conclusione del contratto*, en *Corriere giuridico*, 1999, p. 469; P.G. MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*; Torino, 1998; A.M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVII, Torino, 1998, *ad vocem*; G. PETRELLI, *Formazione del contratto, responsabilità precontrattuale e rimedi giuridici*, en *Rivista del notariato*, 1995, p. 1405; G. DE LUCA, *Problemi della responsabilità precontrattuale alla luce della giurisprudenza sulla "culpa in contrahendo" della pubblica amministrazione*, en *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, p. 95; E. LIUZZO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1995; P. VITUCCI, *Responsabilità precontrattuale e inadempimento*, en *Rivista dell'arbitrato*, 1995, p. 117; A. ORESTANO, *Intese prenegoziali a struttura "normativa" e profili di responsabilità precontrattuale*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1995, p. 55; G. PATTI (-S. PATTI), *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, en *Il Codice Civile. Commentario*, dirigido por P. Schlesinger, Milano, 1993; V. CARBONE, *Mutamenti giurisprudenziali alla tradizionale limitazione della responsabilità precontrattuale*, en *Corriere giuridico*, 1993, p. 560; D. CARUSO, *Culpa in contrahendo: l'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993; M. ARIETTI, *Responsabilità precontrattuale*, en *Rivista di diritto civile*, 1991, II, p. 729; L. NANNI, *Le trattative*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, III, Torino, 1991, p. 13; D. CARUSO, *Relazioni precontrattuali e teoria dei giochi*, en *Quadrimestre*, 1991, p. 810; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990; V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, *ad vocem*; F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, en *Contratto e impresa*, 1987, p. 287; A. VIGOTTI, *La responsabilità precontrattuale*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1986, 1, 2, p. 246; P.G. MONATERI, *Concorso di colpa e affidamento nella responsabilità precontrattuale*, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1985, p. 757; A. FUSARO, *Fondamento e limiti della responsabilità precontrattuale*, en *Giurisprudenza italiana*, 1984, I, 1, p. 1; FAJELLA, *Ancora sul contenuto del comportamento di buona fede ex art. 1337 cod. civ.*, en *Temi*, 1975, p. 407; G. STOLFI, *Culpa in contrahendo e prescrizione*, en *Giurisprudenza italiana*, 1974, 1, 2, p. 429; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto. II. Le regole di comportamento*, Milano, 1974; M. BESSONE, *Trattative, recesso e danno*, Milano, 1969; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963; V.E. CALUSI, *In tema di trattative e responsabilità precontrattuale*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1956, p. 47; R. SACCO, *Culpa in contrahendo e culpa aquiliana: culpa in eligendo e apparenza*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1951, II, p. 82.
1. E. CORRADI, *Il dovere di buona fede*, en *Contratti Cendon*, V, Torino, 2000, p. 1; V. DE LORENZI, *Correttezza e diligenza precontrattuale: il problema economico*, en *Rivista del*

- diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1999, I, p. 565; R. SENIGALLIA, *Buona fede e correttezza nel momento genetico del contratto*, en *Il Foro padano*, 1999, I, p. 22; L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988; G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996; A. DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, en *Rivista di diritto civile*, 1983, p. 177; M. ALBERICI, *Il dovere precontrattuale di buona fede*, en *Rassegna di diritto civile*, 1982, p. 1051; M.C. LOI-E. TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975; A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Milano, 1977; M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e dovere di correttezza*, en *Annali della Facoltà di giurisprudenza di Genova*, 1971, II, p. 332; P. FORGHIELLI, *Sulla buona fede nella formazione dei contratti*, en *Giurisprudenza italiana*, 1949, I, 1, p. 295.
2. G. GRISI, *Gli oneri e obblighi di informazione*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, I, Torino, 1999, p. 717; R. FRAU, *La responsabilità della banca per false o inesatte informazioni come responsabilità precontrattuale?*, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1997, p. 517; E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, I, p. 94; C. DALIA, *La violazione dell'obbligo di informazione nella conclusione del contratto di vendita "salvo approvazione della casa"*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1997, p. 42; M. MANDÒ, *Dichiarazioni inesatte e reticenze nella fase precontrattuale del contratto di assicurazione*, en *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 1996, p. 791; M. ARIETTI, *Culpa in contrahendo e responsabilità da prospetto*, en *Giurisprudenza italiana*, 1992, I, 2, p. 49; A. F. M. BONSIGNORE, *Prospetto informativo infedele e responsabilità della banca intermediaria*, en *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1992, I, p. 94; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990; U. CARNEVALI, *In tema di c.d. responsabilità da prospetto delle banche*, en *Corriere giuridico*, 1989, p. 1003; G. ALPA, *Il prospetto informativo*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1988, n. p. 303; G. FERRARINI, *Responsabilità da prospetto delle banche*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1987, I, p. 437; P.G. JAEGER, *Appunti sulla responsabilità da prospetto*, en *Quadrimestre*, 1986, p. 283; F.D. BUSNELLI, *Intinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità per informazioni inesatte*, en *Contratto e impresa*, 1991, p. 539; G. FERRARINI, *Investment banking, prospetti falsi e culpa in contrahendo*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1988, II, p. 585; U. RANIERI, *La responsabilità da false informazioni*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1976, p. 630; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972.
3. L.A. LANZALONE, *Proposta di contratto, termine impossibile per l'accettazione e responsabilità del proponente per ingiustificato recesso dalle trattative*, en *Diritto marittimo*, 1998, p. 93; S. BASTIANON, *Responsabilità precontrattuale, recesso ingiustificato e risarcimento del danno*, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1996, p. 988; C. COLELLA, *Sulla responsabilità precontrattuale del datore di lavoro per recesso ingiustificato dalle trattative*, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1994, p. 1107; V. VERDICCHIO, *Sul recesso ingiustificato dalle trattative*, en *Il Foro padano*, 1993, I, p. 150; R. NEVONI, *L'art. 1337 c.c. e il recesso unilaterale della trattativa*, en *Il Foro padano*, 1992, I, p. 456; F. MARINELLI, *Recesso unilaterale dalle trattative*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1988,

- I, p. 176; M. VIALE, *El recesso dalle trattative senza giusta causa*, en *Giurisprudenza di merito*, 1983, p. 1358; M. BESSONE, *Buona fede in senso oggettivo, recesso dalle trattative e responsabilità per danno "ingiusto"*, en *Giurisprudenza di merito*, 1978, p. 1162; L. PRANDI, *Culpa in contrahendo e responsabilità per recesso*, en *Giurisprudenza italiana*, 1972, I, 2, p. 381; C. ZUCCONI, *Il giusto motivo di recesso dalle trattative*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1970, p. 325; A. JANNUZZI, *Buona fede e recesso nelle trattative precontrattuali*, en *Il Foro italiano*, 1948, 1, p. 667.
4. N. SAPIO, *"Ignorantia legis" e responsabilità precontrattuale*, en *Giustizia civile*, 1998, I, 2774; A. MONTECUCCHI, *Conoscenza della causa di nullità del contratto e obblighi di buona fede ex art. 1338 c.c.*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1974, 1, p. 77; G. STOLFI, *Sulla responsabilità precontrattuale del minore*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1968, I, p. 271.
 6. L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1956, II, p. 360.
 5. G. MINERVINI, *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, en *Rivista di diritto civile*, 1987, p. 924.
 7. T. PASQUINO, *Responsabilità precontrattuale e determinazione del danno risarcibile*, en *Rivista giuridica sarda*, 1998, p. 345; V. DI GREGORIO, *Culpa in contrahendo ed interesse negativo*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1993, 1, p. 355; D. CARUSO, *Note in tema di danni precontrattuali*, en *Il Foro italiano*, 1991, 1, p. 183; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990; A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, en *Contratto e impresa*, 1988, p. 792.



CAPÍTULO IX

LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD CONTRACTUAL

1. Voluntad y manifestación de voluntad.— 2. La manifestación expresa: declaraciones contractuales.— 3. Declaración contractual y texto contractual.— 4. El idioma del contrato.— 5. La manifestación tácita: valor del silencio.— 6. Los comportamientos concluyentes y los denominados negocios de actuación.— 7. El deber "de hablar".— 8. Problemas de la manifestación tácita de voluntad: la *protestatio*; otras cuestiones.— 9. Los contratos de celebración informática y telemática.— 10. La identidad del autor y del destinatario de la declaración.— 11. La formación del contrato y la autonomía privada.— *Bibliografía.*

1. VOLUNTAD Y MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

El acuerdo, que constituye el contrato, es encuentro de voluntades (acordes). Pero el contrato es un fenómeno social: por consiguiente la voluntad no es idónea para formar el acuerdo contractual mientras quede encerrada en el fuero interno de las partes; para producir el supuesto de hecho-contrato ella debe salir, y tornarse socialmente conocible; en una palabra, debe ser *manifestada*. La premisa es la base de la teoría de la declaración, contrapuesta a la teoría de la (pura) voluntad (2.8).

Conocibilidad social de la voluntad

La manifestación de voluntad contractual es *el conjunto de signos que hacen socialmente conocible la voluntad de celebrar el contrato.*

Manifestación de voluntad contractual

A la manifestación de voluntad se vinculan una cantidad de problemas teóricos y prácticos, que han dado lugar a una imponente (y no unívoca) elaboración de los estudiosos, y a una casuística enorme. Muchos problemas del contrato son problemas referidos —directa o indirectamente— a la manifestación de voluntad contractual.

Problemas de la manifestación de voluntad

Algunos ya han sido considerados: los límites entre manifestaciones de voluntad (contractual) y manifestaciones de ciencia (3.12); los límites entre manifestaciones de voluntad que constituyen contrato y manifestaciones de voluntad que constituyen acto unilateral (2.2); los modos en los cuales las manifestaciones de voluntad contractuales de las partes deben interrelacionarse para formar el acuerdo que celebra el contrato (5-7).

Otros problemas serán considerados en los capítulos siguientes: por ejemplo, los correspondientes a la forma de la manifestación de voluntad contractual (10); a la manifestación de voluntad hecha en nombre y por cuenta de otros (representación: 11-13); a la divergencia entre voluntad y manifestación de voluntad (error obstativo: 35.13); a la divergencia entre manifestaciones de voluntad diversas e incompatibles, provenientes de los mismos sujetos (simulación: 31); y otros más.

En este capítulo se enfrentan problemas que pertenecen predominantemente a las modalidades de la manifestación de voluntad contractual (9.2-9); y luego se señalan cuestiones que se refieren al autor de la manifestación de voluntad (9.10).

2. LA MANIFESTACIÓN EXPRESA: DECLARACIONES CONTRACTUALES

Una consolidada tradición académica enseña que la manifestación de voluntad contractual puede ser de dos tipos: expresa o tácita:

Manifestación
expresa y
tácita

Es manifestación expresa aquella realizada con el medio del *lenguaje*. Es manifestación tácita (o comportamiento concluyente) aquella realizada con *signos no lingüísticos* (9.5-6).

Declaración
Lenguaje

La *manifestación expresa* se define habitualmente: declaración (en este sentido la fórmula “declaración expresa”, de uso muy frecuente, está viciada de tautología). El lenguaje es el modo predominante con el cual los hombres hacen socialmente conocible elementos de su fuero interno: se trata de cogniciones, de sensaciones o —por lo que mayormente interesa aquí— de voliciones. Por esto puede decirse que gran parte de las manifestaciones de voluntad contractual son manifestaciones expresas, por consiguiente son declaraciones; o, que *las declaraciones contractuales son las manifestaciones de voluntad contractual por antonomasia*: y, en efecto, cuando, en las páginas dedicadas a la celebración del contrato, se hablaba de los actos que, manifestando la voluntad de las partes, concurren a formar el acuerdo contractual —oferta y aceptación—, ha parecido natural definir-las como “declaraciones” contractuales; y llamar “declarantes” a sus autores.

En esa sede se han considerado los típicos requisitos que condicionan la eficacia de la declaración contractual: emisión voluntaria; voluntaria direccionalidad al destinatario; receptividad.

Lenguaje
verbal

El lenguaje usado para la declaración contractual es normalmente el lenguaje verbal: un sistema de palabras (expresadas en fonemas o grafemas, según que el lenguaje sea verbal o escrito), coordinadas entre sí según

apropiadas conexiones sintácticas. Pero pueden existir otros lenguajes, también caracterizados por un uso menos universal: como el lenguaje gestual (ese por el cual un gesto con la cabeza puede equivaler a la palabra “¡sí!”, o un apretón de manos puede equivaler a las palabras “¡de acuerdo!”); o el lenguaje informático, que también basándose en el uso de palabras las organiza en modos algo diversos respecto a las del tradicional lenguaje verbal. Por consiguiente un gesto con la cabeza, un apretón de manos, el impulso electrónico con el cual se formula una orden de adquisición a través de Internet pueden ser declaraciones contractuales, manifestaciones expresas de la voluntad de celebrar un contrato: lo que cuenta, es que los signos (incluso no verbales) sean intencionalmente usados para manifestar la voluntad, según la típica función de todo lenguaje.

Otros
lenguajes

La ley puede requerir que para la celebración de determinados contratos la voluntad contractual sea manifestada expresamente: por ejemplo “La voluntad de prestar fianza debe ser expresa” (art. 1937). Ello significa que no se celebra un contrato de fianza si no existe una declaración del fiador: un tal contrato no podría celebrarse en base a sus comportamientos concluyentes, capaces de manifestar tácitamente la voluntad (mientras para la contraparte el silencio es todo cuanto se requiere, visto que opera aquí el esquema del art. 1333).

Vínculo legal
de
declaraciones
para la fianza

Según muchos intérpretes del art. 1937, la declaración es modalidad necesaria para manifestar la voluntad contractual de prestar fianza, pero por sí sola no es suficiente. En realidad se da a la norma el sentido de exigir también que la voluntad del fiador sea manifestada “sin incertidumbres y ambigüedades”, o resulte “clara e inequívocamente”. Este sería un *requisito ulterior respecto al requisito de la declaración*, en vista de que una declaración puede bien ser incierta, ambigua, oscura o equívoca, y por consiguiente que requiera ser interpretada (20). Tomado al pie de la letra, ello significaría excluir que una declaración *prima facie* no clara pueda interpretarse como expresiva de la voluntad de prestar fianza, aunque a este resultado conducirían los criterios de la hermenéutica contractual: conclusión francamente excesiva.

Manifestación
expresa y
declaración
clara

Aceptado que una manifestación de voluntad por hechos concluyentes no puede dar lugar a fianza, los intérpretes admiten sin embargo que pueda constituir un diverso (y menos apremiante) compromiso contractual de garantía. Pero ello significa que la modalidad legalmente impuesta de manifestación de la voluntad no opera aquí en el plano de la *celebración* del contrato, sino sobre el diverso plano de su *calificación*: la inobservancia de la modalidad prescrita (declaración) no impide que el contrato se celebre, sino simplemente impide adscribirlo a un determinado tipo contractual (18.5).

«Fianza» sin
declaración

3. DECLARACIÓN CONTRACTUAL Y TEXTO CONTRACTUAL

El texto contractual es *el conjunto de palabras que forman objeto o materia de la declaración contractual*.

Texto
contractual

Identificación
con la
declaración:

El contrato regula los intereses de las partes en el modo que su texto dispone, y la parte que declara querer el contrato declara querer el reglamento correspondiente a ese texto. Por ello, se suele superponer declaración contractual y texto contractual, y decir que el contrato resulta de dos declaraciones contractuales que tienen como objeto el mismo texto.

... posible

Esta perspectiva puede adaptarse bien, por ejemplo, al caso de contrato celebrado mediante intercambio de cartas, en el cual la segunda reproduce y hace propio el texto de la primera. Parece adaptarse un poco menos a casos en los cuales el contrato se forma de manera diversa: piénsese en una amplia carta-oferta, que contiene un detallado texto contractual, al cual sigue la aceptación del destinatario mediante un telegrama de tres palabras ("Acepto la oferta"); o en un texto contractual elaborado por escrito por una parte, que lo firma y después lo somete a la otra parte que, después de haberlo leído, lo firma a su vez; o en el texto preparado por un tercero (por ejemplo, un abogado de confianza común) que cada una de las partes lee y luego suscribe. Aquí es evidente la *disociación* entre declaración contractual (la respuesta del aceptante en el primer caso, la firma del adherente en el segundo, la firma de ambas partes en el tercero) y texto contractual, que el declarante no ha concurrido a formar.

... pero no
necesaria

Distinción
entre
declaración y
texto

Ello sugiere distinguir entre la declaración contractual, con la cual la parte manifiesta su voluntad de hacer el contrato según un cierto texto, y el texto en cuanto tal. La declaración expresa la subjetividad de la parte, surge de sus exigencias, de sus expectativas, de sus intereses particulares, que no necesariamente coinciden con exigencias, expectativas e intereses de la contraparte, cuya declaración se carga a su vez de una contrasubjetividad divergente si no contrapuesta. En este sentido, es realista decir que las partes del contrato de compraventa *no desean la misma cosa*: el comprador desea comprar, al menor precio posible y obteniendo las mayores garantías posibles; el vendedor desea vender al mayor precio posible y con las menores garantías posibles. Y cada parte "lee" el texto a la luz del propio subjetivo interés; lo forma o lo acepta en cuanto lo considera conforme al propio subjetivo interés.

Subjetividad
de la
declaración

Objetividad
del texto

Pero en el momento en el cual las declaraciones de las partes celebran el contrato, su dimensión subjetiva se diluye en la objetividad del texto contractual y del reglamento contractual que resulta de este: texto y reglamento que en este punto son *el contrato*, el único y unitario contrato que naciendo de las partes (de cada parte), y también siendo de las partes (de cada parte), se coloca en un cierto sentido fuera de ellas y encima de ellas; y absorbe en sí, en su unidad, la originaria duplicidad de las declaraciones, y en línea de tendencia disuelve en sí, en su propia objetividad, la subjetividad

de las que estas estaban cargadas. Pero solo en línea de tendencia: porque el origen “egoísta” del contrato no se cancela jamás del todo, y a veces rebrota y reclama y merece atención.

Esta reconstrucción representa el fenómeno contractual en una visión menos esquemática y más realista, menos banal y más dialéctica: no “acuerdo” *tout court*, sin historia y sin dramas; sino más bien acuerdo que nace del conflicto para superar el conflicto, y finalmente lo supera pero continúa sin embargo dejando dentro de sí alguna huella. Además, permite asumir la justa perspectiva al afrontar problemas de disciplina contractual que —aunque estando referidos indistintamente al “contrato”— requieren diversos enfoques propios por ser, de vez en vez, problemas de la declaración contractual más que del texto contractual, o viceversa. Por ejemplo: la interpretación del *contrato* (20) es en realidad problema del *texto contractual*, ya que se refiere “a la común intención de las partes” (art. 1362¹); el problema del error en el *contrato* (35) es problema de la *declaración contractual*, porque afecta el consentimiento del contratante que ha sido víctima de éste (art. 1427).

Problemas del texto...

... y de la declaración

4. EL IDIOMA DEL CONTRATO

No existe un solo lenguaje verbal, sino existen diferentes: los muchos y diversos idiomas nacionales. Puede así suceder que los que hablan italiano contraten con los que hablan idioma extranjero, o más en general que se realicen contrataciones entre quienes hablan idiomas diversos: una eventualidad muy frecuente debido al desarrollo del comercio internacional y de la configuración multiétnica que los fenómenos migratorios imprimen a nuestra sociedad.

Vale, en primer lugar, el principio de la libertad de idioma: salvo excepciones taxativamente indicadas, el ordenamiento italiano no impone el uso del idioma italiano para formular declaraciones y textos contractuales; los contratos pueden hacerse también usando idiomas extranjeros.

Libertad de idioma

La ley establece alguna excepción, haciendo vinculante en casos particulares el uso del italiano. Ello vale para los contratos estipulados por *documento notarial* (10.12), que pueden hacerse en idioma extranjero solo si las partes declaran ignorar el idioma italiano (arts. 54-55; 58, inc. 4; 138, inc. 2; 142 Ley not.). Y vale para la venta de *multipropiedad*: tanto el contrato como el documento informativo que lo precede deben estar en italiano, y —si el comprador es ciudadano o residente de un país de la Unión europea— deben traducirse al idioma de ese país (arts. 2^a; 3^a D. Leg. 427/1998).

Excepciones: uso obligatorio del italiano

El uso entre los contratantes de idiomas diversos genera un “riesgo lingüístico”: el *riesgo de que la declaración emitida en un idioma diverso de aquel del destinatario no sea comprendido o sea mal comprendido por*

Riesgo lingüístico

este último. El riesgo debe ser gobernado, o distribuido de manera equilibrada y razonable entre declarante y destinatario de la declaración. Pueden fijarse algunos criterios.

Idioma del contrato fijado convencionalmente

Las partes pueden establecer un convencional "idioma del contrato", cuyo sentido es este: las declaraciones contractuales son expresadas en ese idioma; *quien las expresa en un idioma diferente no puede contar con su eficacia*. El idioma del contrato puede nacer de un acuerdo de los interesados: piénsese en la cláusula de la carta de intención en donde se conviene por ejemplo que la futura contratación será desarrollada en idioma alemán. Pero también de la indicación unilateral de una parte, *ex art. 1326⁴*: A envía a B una oferta en inglés, en la cual prescribe que la aceptación o la eventual contraoferta sean formuladas en inglés.

Criterios de distribución del riesgo lingüístico:

a cargo del declarante

Cuando no exista un idioma convencional del contrato, quien dirige a la contraparte declaraciones contractuales en idioma diferente de aquel del destinatario, y a él desconocido, no puede esperar la eficacia de su declaración, que el destinatario no está en grado de entender (de otra forma, se desvanecería la *ratio* del principio de receptividad de las declaraciones contractuales). Así, si A italiano dirige a B una oferta en italiano, y B dirige la aceptación en otro idioma, desconocido para A, en línea de principio B no puede pretender haber celebrado el contrato: el riesgo lingüístico es totalmente suyo.

... o del destinatario

Una solución diferente puede justificarse en casos particulares: si la aceptación consiste en una simple palabra afirmativa, de la cual es lícito considerar que cualquiera conozca el sentido ("O.K.", "yes", "ja", "oui, d'accord"); si A podía esperar que B respondiera en otro idioma, y la respuesta de B era traducible con un esfuerzo y un costo mínimo (6 líneas en inglés); si el propio A había inducido a B la falsa sensación de que A conocía el idioma en el cual B se dirige a él. En todos estos casos parece justo que el riesgo del idioma (si existe) se desplace al destinatario.

Otros problemas y remedios

Pueden surgir problemas también en los casos en los cuales existe un idioma del contrato, o en el cual el uso de un idioma extranjero no haga de por sí ineficaz la declaración. Si el uso de un idioma extranjero (mal hablado por el declarante, o mal entendido por el destinatario) genera una clamorosa equivocación entre los contratantes, que pensando estar de acuerdo en realidad no lo están del todo, el contrato puede impugnarse por *disenso* (3.10). Si el resultado es que un contratante se forma una falsa representación del objeto del contrato o de sus cualidades, el contrato podrá impugnarse por *error* (35). Si se genera duda respecto al significado de una palabra o de una expresión del texto contractual, que en razón del idioma en la cual está expresada podría significar dos cosas diversas, se aplican las reglas legales sobre la *interpretación* (20) o los criterios convencionales, si están previstos: como la denominada *controlling language clause*, por la cual si un texto contractual es bilingüe —existiendo por ejemplo una versión en italiano y una versión en ruso— se establece que en donde la duplicidad lingüística cree una duplicidad de posibles significados, la ambigüedad se resuelve dando la preferencia por ejemplo al texto italiano.

5. LA MANIFESTACIÓN TÁCITA: VALOR DEL SILENCIO

La manifestación tácita de voluntad contractual prescinde de signos lingüísticos: pero no obstante ello es idónea para hacer socialmente comprensible la voluntad del sujeto, puede crear el acuerdo necesario para la celebración del contrato. Entonces, se habla de acuerdo tácito, formado en el "silencio" de la parte. Hemos encontrado un ejemplo con el art. 1327: el destinatario que sin responder a la oferta, silenciosamente inicia la ejecución, con ello celebra el contrato, porque aunque callando hace socialmente conocible su voluntad de aceptar la oferta.

Esto no significa que el silencio de la parte equivalga siempre a su acuerdo: en particular, no significa que el *silencio del destinatario frente a la oferta recibida* equivalga a aceptación, y así celebre el contrato. Ni menos significa que su idoneidad para manifestar el acuerdo constituya la regla. En verdad es lo contrario: la regla es que el silencio —que de por sí no es otra cosa sino inercia, ausencia de expresión y de comunicación— no vale para manifestar el acuerdo de quien lo guarda. La *ratio* de la regla se identifica con el fundamento mismo de la autonomía privada, y con el *requisito del acuerdo*, que lo resguarda (2.1-3): preservar la esfera del sujeto contra la posibilidad de ser afectada por efectos contractuales de los que no exista la razonable certeza de su acuerdo: razonable certeza que su mero silencio, de por sí, no puede dar.

Se considere un ejemplo. A envía a B un *dépliant* con la oferta de adquirir ("¡por solo 500 euros!") 120 botellas de vino escogidas de las diversas regiones de Italia, en 20 cajas de 6 botellas cada una. B, totalmente desinteresado, tira el *dépliant* y se cuida bien de no responder. Es obvio que su silencio no vale como acuerdo, y que la contraria pretensión de A —considerar el contrato celebrado, y B obligado a pagar 500 euros como precio de las 20 cajas de vino— debe rechazarse. Dar razón a A significaría que B, para evitar la celebración del contrato, tenía la carga de comunicar a A el rechazo de la oferta: una carga que no sería justo atribuirle.

La conclusión no cambiaría si en el *dépliant*-oferta A hubiera escrito explícitamente que el destinatario tenía 7 días para comunicar sus intenciones, y que transcurrido este plazo sin comunicaciones por parte de B, su silencio sería entendido como aceptación: la voluntad unilateral de una parte no puede arbitrariamente imprimir al comportamiento de la otra un sentido vinculante (de aceptación contractual) que de por sí tal comportamiento no tendría; ni puede imponerle una carga (de rechazo) que no tenga algún otro fundamento objetivo. La celebración no cambiaría ni siquiera si junto al *dépliant*-oferta A hubiera directamente entregado a B las 20 cajas, con la indicación de que en caso de rechazo (de comunicar como arriba dicho) un encargado de A pasaría luego a retirarlas, o incluso que el mismo B se habría debido hacer cargo de reenviárselas a A junto con la declaración de rechazo: en una

El silencio de por sí no vale acuerdo

Ejemplo

Inexistencia, por lo general, de una carga de rechazo de la oferta

Supuestos de hecho

variante general la pretensión de A sería aún menos merecedora de tutela, porque impondría a B una ulterior carga injustificada (de reexpedición, o al menos de depósito y custodia).

Casos en los que el silencio vale acuerdo

Silencios circunstanciados

Si la regla es que el silencio de por sí no vale como acuerdo, este puede tener tal valor en casos particulares. Vale como acuerdo cuando es silencio circunstanciado, o calificado por circunstancias (por lo demás, pero no siempre, constituidas por conductas del sujeto) que tengan una u otra de dos características: o la característica de ser, *en el plano empírico, signos de la voluntad de acuerdo* (9.3); o la característica de generar a cargo del sujeto, que desea eludir al vínculo contractual, un *deber "de hablar"* (9.7).

Silencios-
asentimiento

El mecanismo por el cual el silencio vale acuerdo suele definirse, también en el lenguaje común, "silencio-asentimiento". Este encuentra importantes aplicaciones en el *Derecho Administrativo*: en donde, si el particular solicita por ejemplo una autorización a la administración pública y esta no responde dentro de un cierto plazo, vencido este la autorización puede considerarse concedida. En el Derecho Civil, en general, el principio del silencio-asentimiento no opera: salvo los casos particulares que se mencionarán (9.7). Opera, en general, el principio opuesto del silencio-rechazo: porque la constitución de la relación (fruto del silencio-asentimiento) es una cosa mucho más pesada y temible que la ausente constitución de la relación (fruto del silencio-rechazo).

... y silencio-
rechazo

6. LOS COMPORTAMIENTOS CONCLUYENTES Y LOS DENOMINADOS NEGOCIOS DE ACTUACIÓN

Comportamientos
concluyentes

Los supuestos de hecho en los cuales, aunque en el silencio de la parte, puede deducirse su acuerdo, se identifican con los comportamientos concluyentes: comportamientos activos (aunque silenciosos) que, en el contexto dado, tienen el valor semántico de indicar que el sujeto desea el contrato; y por consiguiente operan como *signos (diversos del lenguaje) que manifiestan su voluntad contractual*.

Negocios de
actuación

En muchos casos, los comportamientos concluyentes son comportamientos de actuación del contrato: se habla de negocios de actuación, precisamente para indicar aquellos negocios (en particular contratos), en los cuales *la voluntad de contratar es manifestada mediante conductas relativas a la ejecución de las prestaciones contractuales*; en las cuales la formación del contrato resulta de su misma actuación y se identifica con esta.

Ejecución de
la prestación

La conducta actuativa puede referirse a la prestación que el contrato impone al sujeto. Es el caso del inicio de la ejecución por parte del destinatario, *ex art. 1327*; es el caso (aunque el acto sea unilateral y no contractual) de la denominada convalidación tácita, que se forma con la voluntaria ejecución del contrato anulable (38.10). Otros ejemplos son ofrecidos por la jurisprudencia: si el banco repetidamente paga los cheques sin fondos de un cuentacorrentista, este es un comportamiento concluyente del cual se

deduce la celebración de un contrato de apertura de crédito; si A y B son partes de una relación contractual de duración, en el curso de esta A propone a B una cierta modificación de la relación la cual implica modalidades diversas de la prestación de B, y B comienza a ejecutar su prestación según esta diversa modalidad, también esto es comportamiento concluyente indicativo del acuerdo de B sobre la oferta contractual modificatoria formulada por A.

Aplica este último criterio la jurisprudencia que discute si la factura enviada por una parte a la otra para el pago de la prestación contractual, y que lleva condiciones diversas de las del contrato originario, lleve a una modificación del contrato mismo en el silencio del contratante que la reciba sin cuestionar. La respuesta es: el mero silencio del contratante no tiene este valor; puede tenerlo el silencio circunstanciado por el hecho de que él tenga luego comportamientos conformes a las modificaciones planteadas; pero en tal caso, lo que tácitamente manifiesta su voluntad de aceptarla es su (silencioso) comportamiento concluyente.

Facturas con condiciones distintas

La conducta concluyente de actuación puede referirse también a la prestación de la contraparte, consistiendo en el hecho del sujeto que se apropia de ella. Manifiesta la voluntad de celebrar un contrato de transporte quien sube y viaja en el autobús o en el tren (así “aceptando” esa particular oferta al público —ella misma también manifestada por comportamiento concluyente— que resulta de la puesta en circulación de estos medios de transporte). No importa que suba sin boleto, esto es, sin haber cumplido su propia contraprestación: si el boleto puede entregarse a bordo y él lo hace, cumple sucesivamente el contrato; si no lo hace, es simplemente un incumplidor respecto al contrato, que, con todo, está celebrado. Para otros ejemplos, piénsese en quien coloca el auto en un estacionamiento no gratuito; o en quien toma mercaderías expuestas en los mostradores de un supermercado y luego la posa sobre el mostrador de la caja, junto con el dinero del precio. En este último ejemplo, la actuación por ejecución de su prestación es casi contextual a la actuación por apropiación de la prestación ajena; para una contextualidad aún más plena, piénsese en los denominados *contratos “por automático”*, que se celebran introduciendo dinero en una máquina que dispensa el producto o el documento de legitimación para el servicio.

Apropiación de la prestación

Contextualidad de ejecución y apropiación

Para tener valor de acuerdo, el comportamiento concluyente debe ser razonablemente inequívoco: se tratará de *quaestio facti*, dependiente de las mil variables del contexto. Regresemos al *caso de los vinos*, variante en la cual a la oferta se acompaña la entrega del producto. Si el destinatario, sin responder, consume todos los vinos, su comportamiento es concluyente por actuación (apropiación de la prestación ajena) que indica su voluntad de aceptar el contrato: él se ha comprometido. Pero si a dos meses de la recepción, y sin que el oferente se haya aparecido, el destinatario consume una sola de las 120 botellas de vino recibidas “en oferta”, a este comportamiento no puede ciertamente atribuirse el mismo significado y valor: el contrato no se celebra, y el sujeto deberá no pagar el precio de la botella *ex contractu*, sino más bien resarcir *ex delicto* al propietario del valor indebidamente consumido.

Comportamiento concluyente inequívoco

Casos intermedios pueden ser de solución menos inmediata: *¿quid*, si el destinatario consume 12, o 24 o 36 de las 120 botellas recibidas? Y abstrayendo de la cantidad, ¿es relevante que el consumo tenga inicio el mismo día de la recepción, en vez de dos meses después?

Aceptación
tácita de la
herencia

Fuera del campo contractual, la manifestación de voluntad por comportamiento concluyente se encuentra en los supuestos de hecho de "aceptación tácita" de la herencia: cuando el llamado "cumple un acto que presupone necesariamente su voluntad de aceptar y que no tendría derecho de realizar sino en calidad de heredero" (art. 476), como por ejemplo un acto de disposición de derechos hereditarios (art. 477).

7. EL DEBER "DE HABLAR"

Ratio

El silencio es circunstanciado cuando el contexto de las circunstancias en el cual se inscribe es tal como para generar a cargo del sujeto un deber (o mejor, carga) de hablar en mérito al contrato, del cual el silencio constituye violación. Son circunstancias en las cuales *el silencio de la parte puede crear en la contraparte razonables confianzas sobre la existencia del acuerdo*, y por consiguiente sobre la celebración del contrato: único factor idóneo para prevenir la consolidación de tal confianza es una manifestación de desacuerdo del sujeto; si esta falta, la protección de la confianza de la contraparte impone atribuir al silencio el valor de acuerdo. Por consiguiente, mientras en los casos considerados en el apartado precedente el silencio recibe su valor *en el plano fáctico*, en los supuestos de hecho contemplados aquí lo recibe más bien *en el plano normativo*.

Previsiones
legales

En algunos casos, la calificación es operada directamente por la ley: típico ejemplo el art. 1333, que impone al destinatario de la oferta contractual unilateral la carga de rechazarla, y en ausencia (en el silencio del destinatario) considera que el contrato esté celebrado (6.4). Con la advertencia que la calificación del silencio no deriva de una regla legal arbitraria, sino de una regla legal que *refleje un dato de razonabilidad y tipicidad social*: la circunstancia de que el contrato no establezca obligaciones a cargo del destinatario, sino solo derechos a su favor, hace estadísticamente probable su acuerdo y por consiguiente socialmente plausible que su silencio tenga tal valor.

Otros casos

El art. 1333 es un caso de relevancia civilística del silencio-asentimiento. De este encontramos otro en materia de "*donación de órganos post mortem*", en donde "la ausencia de declaración de voluntad es considerada como asentimiento a la donación" (art. 4¹ Ley 91/1999): pero aquí la regla que impone hablar para excluir el efecto legal tiene una *ratio* diversa, porque refleja no un dato de tipicidad social, sino un modelo ético.

En otro campo, existe un caso en el cual el silencio y la inercia determinan efectos legales que el sujeto podría evitar: sin embargo no limitándose a hablar, sino cumpliendo una específica actividad. Es el caso de la *aceptación de la herencia, como consecuencia*

legal del hecho que el llamado en posesión de los bienes de hereditarios no cumpla con realizar el inventario dentro de los 3 meses (art. 485²). Aquí la *ratio* es también diferente. Existe una *carga de hacer, no de hablar*: más que de “silencio-asentimiento” debería hablarse de “inercia-asentimiento”. Pero, en verdad, hablar de “asentimiento” es impropio: la consecuencia legal no refleja aquí un dato de tipicidad social, de la cual deducir la probable voluntad del sujeto (ni un modelo ético); sino más bien una elección de política legislativa, orientada a la tutela de los acreedores del *de cuius*.

En casos más numerosos, la calificación del silencio como silencio circunstanciado deriva no de una norma *ad hoc*, sino del principio de buena fe: a la luz del cual, determinadas circunstancias imponen a la parte envuelta en la posible formación del contrato un deber de hablar, si no quiere que su silencio sea percibido y valga, en razón de esas circunstancias, como el acuerdo capaz de celebrar el contrato.

Principio de buena fe

La casuística jurisprudencial muestra que situaciones de este género pueden verificarse sobre todo en presencia de dos factores, especialmente si son concurrentes entre sí. El primer factor es la preexistencia de una relación contractual, en cuyo contexto viene a insertarse el eventual nuevo contrato entre las mismas partes: el silencio puede asumir tanto más fácilmente valor de acuerdo, cuanto más las partes —antes que ser recíprocamente extrañas— se encuentran ya en alguna relación. El segundo factor se refiere a la finalidad y a los efectos del nuevo contrato, que además tiende a incidir sobre una precedente relación contractual (modificándola o disolviéndola): el silencio puede asumir tanto más fácilmente valor de acuerdo, cuanto más del acuerdo dependan efectos relativamente “ligeros” como la simple *modificación o resolución de una relación en acto*, y no efectos “pesados” como la *constitución de una relación radicalmente nueva*.

Circunstancias importantes

Preexistente relación entre las partes

Finalidad y efectos del contrato

Efectos «ligeros» ...
... 0
«pesados»

A y B están ligados por una relación contractual que prevé ciertos suministros periódicos de A a B, y los correspondientes pagos de B. Consideremos algunas variantes, en relación a un contrato modificativo.

Supuestos de hecho Contrato modificativo

Primera variante. A escribe a B proponiéndole —para el futuro de la relación— modificar la periodicidad de las entregas, o ciertas características del producto suministrado: si B no responde, su silencio de por sí no vale como acuerdo sobre las modificaciones propuestas, porque él no tiene hasta aquí ningún deber de expresar su rechazo, para impedir la celebración del contrato modificatorio.

Segunda variante. Un elemento se agrega al supuesto de hecho: A comienza a realizar los suministros con la diversa periodicidad o la diversa calidad a él propuestas, y B por un tiempo no dice nada. La solución no cambia: recibir prestaciones no conformes de cuanto establece el contrato en curso, y conformes a la hipótesis de contrato modificatorio no le impone aún un deber de hablar. Prestaciones tales realizan un incumplimiento del contrato en curso, normalmente idóneo para fundar el derecho de B al resarcimiento del daño y quizá a la resolución del contrato. Puede discutirse si haber callado (no haber levantado explícitos cuestionamientos) frente a las prestaciones no conformes pueda tener valor de tolerancia del

incumplimiento ya consumado, y por lo tanto poner en discusión tales derechos suyos (43.4): ciertamente no basta para considerar aceptadas las modificaciones; por lo tanto ningún contrato modificatorio se ha celebrado, y para el futuro B podrá pretender el respeto del contrato con las viejas condiciones. Para cambiar la solución no basta ni siquiera que B, recibida la primera prestación no conforme, además de no protestar pague regularmente la retribución a su cargo: hasta que el contrato esté en curso, pagar es su obligación, y cumplirlo no puede valer voluntad de modificarlo.

Tercera variante. Se verifica algo más: A prosigue por 6 meses con los suministros no conformes, B continúa recibéndolos y pagándolos sin protestar; además A escribe a B agradeciéndole por haber “implícitamente aceptado” su oferta modificatoria, se dice muy satisfecho de los nuevos términos contractuales e informa que está modificando su organización empresarial para hacerla más coherente a ellos —y B no responde ni siquiera a esta carta—. Aquí la solución merece ser diferente: en las circunstancias descritas —prolongarse mucho en la ejecución de la relación bajo condiciones modificadas pero jamás cuestionadas, evidente confianza de la contraparte sobre la estabilidad de tales nuevas condiciones— la buena fe imponía a B de decir explícitamente que no consideraba aceptarlas; es correcto que a su silencio, calificado por tales circunstancias, se dé valor de acuerdo; y que se considere por ello celebrado el contrato modificatorio en base a la manifestación tácita de la voluntad de B.

Contrato
resolutorio

Criterios análogos pueden gobernar la formación de los contratos resolutorios. Imaginemos que —dada una relación de duración en curso entre A y B— A proponga a B resolverlo anticipadamente, y deje de actuar la relación. No hay que excluir que del persistente silencio de B pueda deducirse su acuerdo: dependerá de cuanto tiempo dure su silencio, de su reacción o no reacción contra la no actuación iniciada por A; del hecho que por su parte él continúe actuando en la relación o, en cambio, igualmente deje de actuarla (en este último caso tratándose de interpretar si ello vale como silenciosa adhesión a la oferta de A, o ejercicio de la excepción de incumplimiento *ex art. 1460: 44.2*).

Contrato
ajeno a
previas
relaciones
entre las
partes

Difícilmente podría llegarse al mismo resultado, si el contrato propuesto por A a B fuera completamente ajeno a precedentes relaciones entre las partes. A pide a B venderle un cuadro suyo, por el cual ofrece el considerable precio de 300.000 euros. Frente al persistente silencio de B, le escribe una segunda vez; después una tercera, otorgándole un adelanto de 50.000 euros “a cuenta del precio de venta”. Continuando el silencio de B, A le escribe nuevamente diciéndose que a este punto tiene la certeza de que su oferta ha sido aceptada: agrega otros 50.000 euros y precisa que los 200.000 euros restantes serán pagados a la entrega del cuadro, en previsión de la cual hace presente de haber ordenado una costosa instalación antirrobo. Si pese a todo esto B continúa callando, podremos considerarlo descortés, incluso sádico (además de legalmente obligado a tener a disposición de A y devolverle a pedido los 100.000 euros recibidos sin causa); pero no podremos pensar que su silencio valga como acuerdo de venta del cuadro.

Otras
variables

También en las contrataciones entre partes ya ligadas por una relación preexistente, mil variables pueden influir —caso por caso— para considerar más avanzado o más atrasado el umbral más allá del cual se activa el deber de hablar, y más allá de la cual, como consecuencia, el silencio puede valer como consentimiento. Por ejemplo, es justificado considerar que el umbral esté muy avanzado cuando está en juego una modificación de las

condiciones contractuales ofertada de por un *empleador* a su *trabajador*: la usual subordinación de este último puede hacer considerar que la aquiescencia a modificaciones contractuales propuestas y unilateralmente actua- das por el empleador, en circunstancias que entre otros contratantes le con- feriría valor de acuerdo, no tenga aquí tal valor.

Calidad de las partes

8. PROBLEMAS DE LA MANIFESTACIÓN TÁCITA DE VOLUNTAD: LA *PROTESTATIO*; OTRAS CUESTIONES

En la medida en la cual puede valer como acuerdo y celebrar el contra- to, la manifestación tácita de voluntad levanta una serie de problemas. Es- tos se refieren sobre todo a hipótesis en las cuales puede ponerse en duda la validez o la eficacia o la misma existencia del contrato (aparentemente) celebrado en el silencio.

Una primera cuestión implica la duda sobre la misma celebración del contrato: se refiere a la eficacia de la *protestatio*, o de la *declaración con la cual el sujeto desmiente un propio comportamiento concluyente* (o que po- dría ser percibido como tal), explicitando que tal comportamiento no tiene ese sentido de manifestar acuerdo sobre el contrato, que podría serle atri- buido. El problema es: ¿tiene la *protestatio* la fuerza de privar el comporta- miento concluyente de su típico valor, y por consiguiente de *impedir la celebración* de un contrato que, sin esta, podría celebrarse por manifesta- ción tácita de voluntad?

Protestatio

El problema de la relevancia

El problema no se plantea para el silencio no calificado por *comportamientos activos del sujeto* (más bien sostenido solo por circunstancias objetivas o por comportamientos ajenos): en efecto, un determinado silencio puede valer como acuerdo en la sola medida en la cual sea violación de un deber de hablar; por consiguiente, la *protestatio*, que no es más que el cumplimiento de tal deber, tiene por definición el efecto de quitar al silencio ese valor, que de otra forma tendría: es, típicamente, el caso del art. 1333, en donde es la misma ley que atribuye valor a la *protestatio*, es decir al rechazo del destinatario.

Conviene *distinguir entre los diversos tipos de comportamiento*. Para los comportamientos de actuación que consisten en apropiarse de la presta- ción ajena, la *protestatio* contraria no tiene la fuerza de neutralizar el valor concluyente: quien sube al autobús o deja el auto en un estacionamiento no gratuito no puede substraerse al relativo vínculo contractual solo porque, mientras cumple estas acciones, proclama que no considera celebrar nin- gún contrato de transporte o de estacionamiento; una *protestatio* determi- nada equivaldría a un intolerable *venire contra factum proprium*.

Irrelevancia respecto a la apropiación de la prestación ajena

La *protestatio* puede retomar vigor frente a *comportamientos que no son de actuación, o de actuación por ejecución de una actividad corres- pondiente a la propia prestación*: si A propone a B modificar para el futuro

Posible
relevancia
respecto a
otros
comporta-
mientos

ciertas características de la prestación que periódicamente B proporciona a A en el ámbito de la relación de duración que los liga, y en ocasión de la prestación sucesiva B ejecuta conformemente a las modificaciones propuestas, pero precisa que considera hacerlo solo a título de cortesía y solo por esta vez, y no acepta modificar el contrato para el futuro, la *protestatio* de B impide que su comportamiento sea percibido y tratado como concluyente. La razón del diverso valor de la *protestatio* es clara: aquí el comportamiento del autor es menos pesado y por lo tanto más fácilmente neutralizable porque, a diferencia del caso precedente, *no realiza una intrusión en la esfera de la contraparte*. Y de otro lado, precisamente la *protestatio* impide el surgimiento, en la contraparte, de una confianza merecedora de tutela.

Protestatio
contra
declaraciones

Estas mismas observaciones explican por qué la *protestatio* puede además neutralizar manifestaciones de voluntad que no son comportamientos concluyentes, sino declaraciones. Es el problema de la *declaración contractual, que desmiente otra declaración contractual del mismo sujeto* (fuera de la hipótesis de simulación: 31). En general la declaración contraria o incompatible puede quitar valor a otra declaración: si el destinatario declara aceptar integralmente la oferta, pero declara también querer algunas modificaciones, podrá resultar que esta en realidad es una aceptación no conforme sino disforme, que no celebra el contrato (5.7). También aquí la *protestatio* funciona, porque la manifestación que quita efecto no realiza una intrusión en la esfera del destinatario; ni frustra ninguna confianza, cuyo nacimiento, más bien, ella misma previene.

Otros
problemas de
la
manifestación
tácita

Otros problemas de la manifestación tácita de voluntad implican una más directa confrontación con el tratamiento de las declaraciones. Así, en línea de principio valen también para la manifestación tácita de voluntad los requisitos de la *emisión* y de la *direccionalidad voluntaria*, y de la *recepción* por parte del destinatario: aunque su verificación puede no ser fácil. Además no debe excluirse que, como puede tácitamente manifestarse la voluntad de hacer el contrato, así pueda tácitamente manifestarse la voluntad contraria: por ejemplo, la voluntad de *revocar la oferta o la aceptación* ya emitidas. Valorar la eficacia de la revocación por comportamiento concluyente podrá, sin embargo, plantear serios problemas prácticos, por la dificultad de identificar el momento de la recepción.

Y aún más. ¿Puede una manifestación tácita de voluntad celebrar válidamente un contrato con *forma vinculada* (10)? ¿Puede celebrar el contrato de una *organización* —por ejemplo una sociedad— para el cual esté previsto un procedimiento decisional formalizado —por ejemplo el acuerdo del consejo de administración— (2.5)? ¿Puede el contrato celebrado por manifestación tácita de voluntad ser impugnado por *vicio de la voluntad* del manifestante (35-37)?

9. LOS CONTRATOS DE CELEBRACIÓN INFORMÁTICA Y TELEMÁTICA

Entre los modos con los cuales se manifiesta la voluntad contractual, tienen difusión e importancia crecientes los modos habilitados por las tecnologías informáticas y telemáticas. Siempre más a menudo, por ejemplo, las empresas manifiestan la voluntad de vender bienes o servicios abriendo

un "sitio" en Internet, comunicándose con el público a través de las palabras y las imágenes, que los impulsos electrónicos difunden "en red". A su vez, los clientes que se vinculan al sitio manifiestan su voluntad de comprar, simplemente "clicando", así transmitiéndose el impulso electrónico que hace llegar al sitio la orden de compra. De este modo se celebran contratos.

La celebración de contratos por vía informática o telemática es la base jurídica de un fenómeno económico en velocísima expansión: el denominado "comercio electrónico" (*e-commerce*), en la doble variante de comercio entre operadores económicos (*business-to-business*) y de comercio entre operadores económicos y consumidores (*business-to-consumer*).

E-commerce

La posibilidad de formación de los contratos por vía electrónica, admitida por los intérpretes ya en el silencio en la ley, está explícitamente reconocida por el legislador que habla de "contratos celebrados mediante el uso de instrumentos informáticos y telemáticos" (art. 9^o D. Leg. 50/1992); de contratos celebrados con cualquier "técnica de comunicación a distancia", entre los cuales "teletexto (microcomputer, pantalla de televisor) con teclado o pantalla sensible al tacto" y "correo electrónico" (art. 1, inc. d) y Anexo I D. Leg. 185/1999); de contratos celebrados mediante "comunicaciones (...) efectuadas por... vía telemática" (art. 2^o Ley 192/1998). Y sobre todo por el legislador que reconoce en términos aún más generales la plena relevancia jurídica de los contratos (pero incluso de otros actos, tanto de particulares como de la administración pública) formados "con instrumentos informáticos y telemáticos" (art. 15^o Ley 59/1997), reenviando a un sucesivo reglamento la definición de los correspondientes "criterios y modalidades de aplicación" (tal reglamento está contenido en el DPR 513/1997).

Previsiones legales

El legislador toma en consideración el fenómeno bajo dos perspectivas y para dos finalidades diversas.

Primeramente, para regular las modalidades operativas, con normas que tienen importancia esencialmente en el plano de la celebración del contrato y de su forma. En cuanto a la *celebración del contrato*, se señala la norma que traspone al campo de las declaraciones telemáticas la regla de la receptividad establecida en general por el art. 1335: "El documento informático transmitido por vía telemática se considera enviado y llegado al destinatario si es transmitido a la dirección electrónica declarada por este" (art. 12^o d.p.r. 513/1997). A problemas de *forma del contrato* se refieren, en cambio, otras normas sobre el *documento informático* y la *firma digital*, de los cuales hablaremos en seguida (10.13).

Disciplina de las modalidades operativas

Receptividad

Protección al
consumidor

Pero el legislador regula los contratos celebrados por vía informática y telemática también bajo una perspectiva diversa: porque considera que, cuando sean partes un operador económico y un consumidor, esta modalidad de celebración del contrato presente particulares riesgos a cargo del consumidor, y requiera, por tanto, una disciplina protectora a su favor. Es la disciplina de los *contratos negociados fuera de los locales comerciales*, y de los *contratos a distancia* (41.14).

10. LA IDENTIDAD DEL AUTOR Y DEL DESTINATARIO DE LA DECLARACIÓN

Quien se ocupa de la declaración contractual encuentra una serie de problemas que se refieren a la identidad del sujeto que la emite y del sujeto que la recibe.

Si A dirige una declaración contractual a B, la situación fisiológica es aquella en la cual: A se identifica como A; A identifica a B como B; B identifica A como A. Sin embargo, ella puede conocer desviaciones patológicas, susceptibles de dar lugar a problemas de diversa naturaleza.

Declaración
bajo nombre
falso

La primera desviación es la declaración bajo nombre falso: A se dirige a B identificándose falsamente como X. El supuesto de hecho puede ulteriormente articularse, según que "X" sea una simple *identidad de fantasía*, no correspondiente a un particular sujeto del cual A desee usurpar la identidad; o bien sea la identidad de un determinado sujeto, que A desea usurpar (*usurpación de la identidad ajena*).

Falsa
identificación
de
destinatario
de la
declaración

Otro caso patológico es la falsa identificación del destinatario de la propia declaración: A se dirige a B, identificándolo falsamente con Y, que es el sujeto diferente con el cual pretende contratar.

La exigüidad de la casuística jurisprudencial dice que se trata predominantemente de *problemas de escuela*, relevantes más para la teoría que para la práctica. Estos pueden recibir solución a la luz de varios principios y reglas: en tema de representación (12.13); de disenso oculto (33.10); de error sobre la persona (35.7); de relevancia procesal de la paternidad de las escrituras (10.9); de documento informático (10.13).

La identidad de la parte puede ser importante también en un plano que no es el de la formación del contrato, sino el de sucesivas vicisitudes de la relación contractual: principalmente con el fin de excluir la transmisibilidad de la relación misma (35.7).

11. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO Y LA AUTONOMÍA PRIVADA

Mientras es enorme el debate sobre los límites de la autonomía privada en cuanto al contenido del contrato (21.10; 33.11-12), escasa atención recibe el problema de los límites de la autonomía privada en cuanto a la formación del contrato.

Actos de autonomía privada pueden incidir sobre la formación del contrato, modificando las “reglas del juego” establecidas al respecto por la ley. De aquí algunas preguntas. ¿Las reglas sobre la celebración del contrato son derogables o imperativas? ¿Se permite a los particulares introducir variantes a los relativos esquemas legales? O bien: ¿los esquemas legales en materia son típicos o atípicos? ¿Las posiciones subjetivas que las normas atribuyen a las partes comprometidas en la celebración del contrato son disponibles o indisponibles?

En general, puede decirse que la autonomía privada encuentra aquí espacio, pero no un espacio ilimitado. Lo dice la materia de los contratos reales: algunos de estos admiten variantes consensuales, construidas por las partes más allá del esquema legal; mientras para otros, respecto a los cuales la entrega es defensa de intereses o valores más fuertes, el esquema legal basado sobre la *traditio* es inderogable (6.8-9). Lo confirma el art. 1326. Este reconoce a la autonomía privada un cierto poder de conformar el procedimiento de celebración del contrato, integrando los esquemas legales: por ejemplo, el oferente puede, en la oferta, condicionar la celebración del contrato al respeto de un plazo (segundo párrafo) y de una forma (cuarto párrafo) prescritos para la aceptación del destinatario. Pero el oferente no podría escribir eficazmente en su oferta que el silencio del destinatario se convertirá en acuerdo y celebrará el contrato: atribuyéndole este poder perjudicaría injustamente la esfera del destinatario.

La confrontación entre los dos supuestos de hecho requiere una observación. En general, la autonomía privada tiene más espacio cuando sus elecciones (divergentes del modelo legal) operan en el sentido de *hacer más difícil la formación del contrato*; tiene menos espacio cuando estas se arriesgan a *hacer demasiado fácil la formación del contrato*. Y se comprende. Con la celebración del contrato se logra el vínculo contractual, cosa tan seria y “terrible” que solo el acuerdo de los interesados puede justificarlo (23.2): y entonces que un contrato no se celebre porque a la formación del acuerdo se interponen obstáculos, rémoras, cautelas puede ser un mal, pero un mal menor y soportable; sería mal mayor, e insoportable, que un contrato se celebrara (un vínculo contractual surgiera) con facilidad excesiva, prescindiendo de la efectiva formación del acuerdo.

Espacios y límites de la autonomía privada

Contratos reales

Art. 1326

Derogaciones de agravamiento y derogaciones de alligeramiento de la formación del contrato

Principio del
acuerdo...

... no
derogable
siquiera por
acuerdo de
los
Interesados

En efecto, es de orden público el principio por el cual sin acuerdo no se celebra el contrato. Si son contrastantes con tal principio, deben desconocerse no solo los actos de autonomía privada consistentes en la determinación unilateral de una parte (como la oferta que unilateralmente atribuya al silencio del destinatario el valor de acuerdo); sino también los que resulten acordados entre ambas partes: *contratos sobre el modo de celebrar futuros contratos, que tienen la finalidad de hacer superfluo el acuerdo en vista de contrataciones futuras*. Un ejemplo extremo: si A y B pactan (con el pleno acuerdo de B) que cualquier oferta contractual que A enviará a B en el transcurso de los sucesivos 6 meses determinará entre sí la celebración del correspondiente contrato, sin necesidad de aceptación y sin posibilidad de rechazo por parte de B, este pacto sería nulo. B resulta así protegido contra su propia voluntad: porque el derecho de no caer en el vínculo contractual sin su acuerdo es, en línea de principio, indisponible. Una diversa solución equivaldría a legitimar el poder de incidir unilateralmente la esfera jurídica ajena, en contra del principio del acuerdo (2.1).

Pactos de
simplificación
del acuerdo

Relevancia de
la naturaleza
del contrato
simplificado...
... y del grado
de
predefinición
de su
contenido

Un índice normativo del disfavor hacia los pactos que simplifican el acuerdo se obtiene del art. 1469-bis³, inc. 10.

Sabemos, por lo demás, que la incisión de las esferas jurídicas puede tener niveles de gravedad distintos (en relación a los cuales varía la intensidad del acuerdo requerido: 2.2). En particular, la que consiste en *resolver una relación existente* es más ligera y menos insoportable de la que consiste en *constituir una nueva relación*, o en *modificar una relación existente*. A su vez, esta es más soportable si se trata de constitución o modificación no discrecionales, sino vinculadas a criterios predefinidos (24.13). Puede obtenerse un criterio general: los pactos para la simplificación del acuerdo son considerados con disfavor cuando se refieren a la futura celebración de *contratos constitutivos y modificativos con contenido no predefinidos*; pueden quizá mirarse con menor prevención cuando se refieren a futuros *contratos resolutorios*, o también a *contratos constitutivos o modificativos* a condición de que los contenidos de la nueva relación o las modificaciones del existente estén *razonablemente predefinidos*.

Elusión de
normas
Imperativas

En particular, deben desconocerse los pactos sobre la celebración del contrato que sean un medio para eludir normas imperativas (dictadas por lo demás para la protección de una de las partes). La norma que prohíbe las cláusulas de *ius variandi* a favor del comitente en la relación con el subproveedor (art. 6¹ Ley 192/1998) sería desvanecida por el pacto que "simplifique", hasta hacerlo inconsistente, el futuro acuerdo del subproveedor sobre cualquier oferta de modificación hecha por el comitente. El pacto debe reprimirse, porque apunta a disfrazar como modificación "acordada" la que en realidad es una modificación unilateralmente dictada por una parte, que la ley prohíbe.

La misma *ratio* pone en discusión elecciones de autonomía privada que subviertan el esquema legal para la celebración del contrato, inspirado en el orden público de protección a favor de uno de los contratantes. La subversión a menudo consiste en la *artificial inversión —entre las partes— de los papeles de oferente y de destinatario*. Se consideren los contratos de inversión ofrecidos fuera de la sede, cuya regulación está orientada a la tutela del contratante ahorrista: el contrato se celebra cuando el ahorrista suscribe el formato contractual

(art. 30^o TUF). La *ratio* es clara: cuando el ahorrista ha decidido realizar la inversión ofertada, su declaración genera el vínculo contractual, sin que la otra parte (el intermediario financiero) tenga márgenes para ponerlo en discusión. Ahora, el intermediario financiero podría buscar recuperar tales márgenes elaborando el formato contractual ya no como su oferta dirigida al ahorrista que, como destinatario, evaluará si aceptarla (esquema coherente a la efectiva dinámica de la operación comercial), sino como oferta del ahorrista al intermediario, al cual pasaría de tal modo el poder de decidir, aceptándola o no, si la relación de inversión se constituye o no. Con la inadmisibles consecuencia de que el contrato se celebraría solo cuando el intermediario financiero comunica la propia aceptación al inversionista, en vez de —como quiere el esquema previsto por la norma de orden público— cuando el inversionista firma el formato.

Otra interrogante se refiere a los límites en los cuales la autonomía privada puede incidir sobre el poder de revocación de las declaraciones contractuales. La ley permite al oferente disponer de su poder de revocación, formulando una oferta irrevocable. En cambio, no considera otras cuestiones. ¿Puede el oferente disponer también del poder de revocación del destinatario aceptante, por ejemplo, prescribiendo en la oferta que la eventual aceptación de la contraparte será revocable? E incluso: ¿la indicación contraria del oferente vale para hacer revocable una oferta irrevocable *ex lege*? Parece justificada la respuesta negativa, porque de otra forma se atribuiría al oferente el poder de incidir con su decisión unilateral sobre posiciones de ventaja (la facultad de revocación de la aceptación, en el primer caso; la facultad de determinar la celebración del contrato aceptando la oferta, en el segundo) que la ley da al destinatario. Por otro lado, no parece tratarse de posiciones indisponibles: es por tanto posible que ellas sean renunciadas por acuerdo del destinatario.

En el plano sustancial, la materia de la celebración del contrato es en parte disponible y en parte indisponible. Parecería del todo indisponible en el plano procesal: al menos a juzgar por la máxima de jurisprudencia según la cual la falta de celebración del contrato es apreciable de oficio por el juez. En términos tan generales, la máxima parece discutible, debiéndose preferir *soluciones más articuladas*: si la no celebración del contrato surge de normas imperativas o principios de orden público, es justo que se pueda apreciar de oficio; pero si deriva de normas de otra naturaleza, que se dirigen solo a una razonable composición de los intereses en juego (como lo son gran parte de las normas sobre la celebración del contrato), no se ve por qué el juez debería superponer su valoración a la de los litigantes privados; ninguno de los cuales haya hecho valer que el contrato no se ha celebrado.

La observación necesita una consideración más general. Sobre muchísimos perfiles del contrato surge la cuestión de si se trata de perfiles que se pueden apreciar de oficio, o solo a instancia de parte. Las respuestas de los jueces al respecto son casi siempre apodícticas y no motivadas. A menudo son opinables, y dejan la duda de una cierta casualidad. Sería meritoria una investigación sobre qué cosa, en materia de contrato, es considerado en jurisprudencia apreciable de oficio, y qué cosa no. Ella proporcionaría indicios preciosos para medir el *real* sentimiento de los jueces hacia la autonomía de los particulares.

Autonomía
privada y
revocabilidad
de las
declaraciones

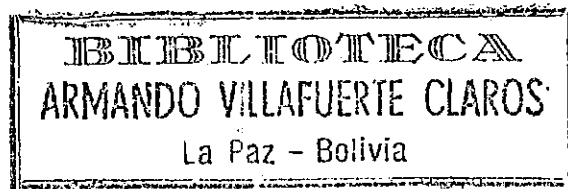
No
celebración
del contrato y
su
apreciación
de oficio

El problema
de la
apreciación
de oficio en
materia de
contrato

BIBLIOGRAFÍA

- 1-3. R. SACCO, *Il consenso*, en *Trattato contratti Rescigno*, I, Torino, 1999, p. 389; A. BARBA, *Riserva mentale*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVIII, Torino, 1998, *ad vocem*; M. GIORGIANNI, *Volontà (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, 1993, *ad vocem*; G. CASTIGLIA, *Manifestazione (diritto civile)*, en *Enciclopedia giuridica*, XIX, Roma, 1990, *ad vocem*; G. CASTIGLIA, *Dichiarazione*, en *Enciclopedia giuridica*, X, Roma, 1988, *ad vocem*; F. GALGANO, *Il dissenso occulto in Cassazione*, en *Contatto e impresa*, 1987 p. 890; V. SCALISI, *Manifestazione (in senso stretto)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXV, Milano, 1975, *ad vocem*; A. FALZEA, *Manifestazione (teoria generale)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXV, Milano, 1975, *ad vocem*; E. FERRERO, *Il dissenso occulto nella teoria generale del contratto*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1970, p. 31; E. SCUTO, *Riserva mentale*, en *Novissimo digesto italiano*, XVI, Torino, 1969, *ad vocem*; P. SCHLESINGER, *Dichiarazione (teoria generale)*, en *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, *ad vocem*.
4. C. P. CICALA, *Uso della lingua straniera nel testo contrattuale*, en *Contratto e impresa*, 1999, p. 178; G. LEO, *Lingua straniera e errore determinante e incidente*, en *Contratti*, 1995, p. 479; D. MEMMO, *La lingua nel diritto — Il rischio linguistico nella dichiarazione contrattuale*, en *Contratto e impresa*, 1985, p. 468; D. MEMMO, *Dichiarazione contrattuale e comunicazione linguistica*, Padova, 1990.
- 5-8. R. GIAMPETRAGLIA, *Protestatio contra factum non valet*, Napoli, 2000; R. ROLLI, *Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà*, en *Contratto e impresa*, 2000, p. 206; M. GRONDONA, *Il silenzio nella conclusione del contratto*, en *Contratti Cendon*, III, Torino, 2000, p. 119; F. ADDIS, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999; M.S. SCARDIGNO, *Il valore del silenzio all'interno del rapporto contrattuale*, en *Giurisprudenza italiana*, 1998, I, p. 1117; E. SCODITTI, *Rinnovazione tacita del contratto di mediazione e successione di leggi nel tempo*, en *Il Foro italiano*, 1998, I, p. 2133; D. PEIRANIS, *Il silenzio, seguito da esecuzione, ha lo stesso valore nella conclusione di un contratto nuovo e nel rinnovo, con modifiche, di un contratto esistente?*, en *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, p. 1561; V. CARBONE, *Il diverso valore del silenzio tra conclusione del contratto e modifica dello stesso*, en *Corriere giuridico*, 1993, p. 1181; G. CASTIGLIA, *Silenzio*, en *Enciclopedia giuridica*, XXVIII, Roma, 1992, *ad vocem*; S. PATTI, *Silenzio, inerzia e comportamento concludente nella Convenzione di Vienna*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1991, I, p. 135; V. SINISCALCHI, *Inizio di esecuzione e silenzio*, en *Rassegna di diritto civile*, 1991, p. 526; M.R. LATORRE, *Silenzio*, en *Enciclopedia del diritto*, XLII, Milano, 1990, *ad vocem*; S. PATTI, *In tema di modifica tacita del contenuto del contratto*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1986, p. 395; M.S. GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, Milano, 1982; S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978; E. FERRERO, *Dichiarazione espressa, dichiarazione tacita e autonomia privata*, Milano, 1974; P.C. MAZZONI, *Il silenzio come comportamento modificativo del rapporto contrattuale*, en *Giurisprudenza italiana*, 1974, I, 1, p. 1573; M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972; G.E. LONGO, *De recitatione codicis, ovvero dell'incertezza del diritto (Appunti sul silenzio come*

- accettazione della proposta contrattuale), en *Giustizia civile*, 1967, I, p. 789; G. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, p. 778; L. CAMPAGNA, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958; A. TRAVI, *Silenzio e formazione dei contratti*, en *Giurisprudenza italiana*, 1953, I, 2, p. 73; A. DE MARTINI, *In tema di silenzio nella formazione dei contratti*, en *Il Foro italiano*, 1950, I, p. 1533; A. SRAFFA, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, en *Giurisprudenza italiana*, 1898, IV, p. 353.
9. G. RIEM, *Il commercio elettronico*, en *Contratti Cendon*, II, Torino, 2000, p. 165; G. DE NOVA, *Un contratto di consumo via internet*, en *Contratti*, 1999, p. 113; E. FLORINDI, *Il contratto digitale*, en *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, p. 673; A.M. GAMBINO, *Offerta e accettazione del contratto telematico internazionale*, en *Vita notarile*, 1998, p. 1265; M. TOMMASINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers: aspetti problematici della comunicazione a distanza in tempo reale*, en *Rassegna di diritto civile*, 1998, p. 569; A.M. GAMBINO, *Il contratto telematico*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, Torino, 1998, p. 1459; A. GAMBINO, *Offerta e accettazione nel contratto telematico internazionale*, en *Vita notarile*, 1998, p. 1265; R. CLARIZIA, *Contratto informatico (per l'oggetto e per il mezzo)*, en *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento II*, Milano, 1998, *ad vocem*; G. ALPA, *Cyber law. Problemi giuridici connessi allo sviluppo di Internet*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1998, II, p. 385; G. GRISI, *La frontiera telematica della contrattazione a distanza*, en *Europa e diritto privato*, 1998, p. 875; F. SFORZA, *Formazione del contratto e strumenti informatici*, en *Contratti*, 1997, p. 85; C. ROSSELLO, *Contratti conclusi via Internet: i profili giuridici, con particolare riguardo alla direttiva sui contratti a distanza con i consumatori e alla tutela dei dati personali*, en *Economia e diritto del terziario*, 1998, p. 369; L. ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite "computers" e sull'accettazione di un'offerta in Internet*, en *Giustizia civile*, 1997, II, p. 21; G. FINOCCHIARO, *I contratti informatici*, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dirigido por F. Galgano, XXII, Padova, 1997; V. FRANCESCHELLI, *Il contratto virtuale. Diritto nel cyberspazio*, en *Contratti*, 1995, p. 569; A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997; F. SFORZA, *Formazione del consenso e strumenti informatici*, en *Contratti*, 1997, p. 89; F. BUFFA, *Il mercato telematico di borsa: la conclusione del contratto*, en *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1991, I p. 532; F. PARISI, *Il contratto concluso mediante computer*, Padova, 1986; R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, Milano, 1985.
11. Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961.



CAPÍTULO X

LA FORMA DEL CONTRATO

1. Manifestación de voluntad y forma.— 2. El principio de la libertad de la forma: regla y excepciones.— 3. Los contratos formales y las razones de las formas vinculadas: escritura privada.— 4. *Sigue*: escritura pública.— 5. El contenido mínimo de la formalización y los requisitos especiales de forma-contenido.— 6. *Sigue*: contratos formales y remisión a datos externos (*relatio*).— 7. La forma de los contratos instrumentales o dependientes.— 8. La escritura privada: naturaleza del documento.— 9. *Sigue*: la suscripción y la fecha.— 10. La firma en blanco.— 11. Telegrama, télex, telefax, fotocopias.— 12. La escritura pública.— 13. Documento informático y firma digital.— 14. Las actas de los colegiados.— 15. Las consecuencias de la inobservancia de la forma: forma para la validez.— 16. *Sigue*: forma para la prueba.— 17. *Sigue*: otros perfiles de relevancia de la forma. La destrucción del documento.— 18. Las formas voluntarias.— 19. La reproducción del contrato.— *Bibliografía*.

1. MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD Y FORMA

El tema de la forma del contrato se vincula al de la manifestación de voluntad contractual, y en un cierto sentido se le superpone, especificándolo. En efecto, la forma es la *técnica de comunicación social con la cual se manifiesta la voluntad*.

Forma en
sentido lato

Cuando la manifestación de voluntad es una declaración basada en el lenguaje, según la técnica lingüística usada para declarar, la declaración contractual (el contrato) tendrá una u otra forma: al lenguaje hablado le corresponde la forma verbal; al lenguaje escrito le corresponde la forma de la escritura; al lenguaje informático le corresponde la forma del "documento informático". Estas técnicas son susceptibles de calificaciones ulteriores, que ulteriormente califican las formas correspondientes: por ejemplo, si el lenguaje escrito es empleado directamente por las partes, se tiene la forma de la escritura privada; si es empleado en un contexto más complejo, que junto a la presencia de las partes contempla la de un notario (u otro funcionario público) con el papel de recoger por escrito, según un cierto ritual, la voluntad de las partes, se tiene la forma de la escritura pública.

Técnicas de la
manifestación
de voluntad

Si la manifestación de voluntad contractual resulta de comportamiento concluyente o de silencio circunstanciado, la forma del contrato coincide

con estos comportamientos materiales y con el contexto en el cual estos se inscriben.

En este sentido *todo contrato tiene una forma*, porque si no la tuviera no existiría la *manifestación* de voluntad que es necesaria para que exista contrato.

2. EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DE LA FORMA: REGLA Y EXCEPCIONES

Libertad de forma

En este mismo sentido se suele repetir que en el derecho moderno vale el principio de la libertad de la forma: para indicar que —como regla— un contrato puede válidamente formarse cualquiera sea la forma (la técnica comunicativa) empleada para manifestar la voluntad contractual, *a condición de que se trate de una técnica idónea para una efectiva comunicación social*.

Perspectiva histórica

El moderno principio de la libertad de la forma se contrapone al diverso principio del *Derecho Romano clásico*, conforme al cual la voluntad contractual debía ser manifestada según rígidas fórmulas rituales. Influencias cristianas y germanas comenzaron, en época posclásica, a mitigar el rigor del formalismo contractual romano en nombre del respeto de la palabra dada. Pero fue sobre todo el *pensamiento jusnaturalista*, con su exaltación del momento voluntarista, el que le dio credibilidad a la idea de que en el contrato (y más en general en el negocio) lo que cuenta es la voluntad de los sujetos, la cual no puede ser mortificada y encerrada en la jaula de técnicas de comunicación social rígidamente predeterminadas. Y sobre la ola del jusnaturalismo los códigos modernos reciben el principio de libertad de la forma contractual.

Contratos con forma vinculada

Es verdad que, en casos particulares y en nombre de particulares exigencias, la ley prescribe que determinados contratos (llamados “con forma vinculada” o “formales” *tout court*) deban hacerse con esta o con aquella bien precisa técnica comunicativa, y con ninguna otra, vinculando consecuencias desventajosas a la inobservancia del vínculo de forma así impuesto. Pero se da por descontado que los contratos formales representan la *excepción*, siendo la regla siempre la de libertad de la forma contractual.

Extensión y relevancia de los vínculos legales de forma

La representación corriente toma sin duda una macro-tendencia de desarrollo de los ordenamientos occidentales. Pero se arriesga a inducir a error si su núcleo de verdad histórica es enfatizado hasta considerar que los contratos con forma vinculada hoy constituyan —en las normas y en la práctica— una realidad marginal e irrelevante. No es así: una consideración real del moderno sistema contractual impone reconocer que la *observancia de vínculos de forma condiciona en mucho y fuertemente, bajo múltiples perfiles, la operatividad de un gran número de contratos*. Esto era verdad ya a la luz de las normas del código. Tiende a ser aún más cierto a la luz de la

reciente legislación especial, que siempre para nuevas clases de contratos introduce siempre nuevos vínculos de forma, en el pasado no prescritos: un fenómeno que induce a algunos a hablar de “renacimiento del formalismo” en nuestro derecho de los contratos.

“Renacimiento del formalismo”

Más allá del dato legal, existe un dato empírico: *a menudo las partes espontáneamente emplean, para sus contratos, una forma que no sería requerida por la ley*, y ello en razón de las ventajas prácticas que el uso de esa forma puede comportar. Así es normal que, con la finalidad de fijar de manera clara, cierta y precisa derechos y obligaciones de las partes, también las locaciones por una duración inferior a nueve años sean celebradas en forma escrita, pese a que la ley no la impone; y que las compraventas inmobiliarias, para las cuales bastaría la escritura privada, sean celebradas por escritura pública para facilitar la sucesiva formalidad de la inscripción.

Elecciones empíricas de las partes

3. LOS CONTRATOS FORMALES Y LAS RAZONES DE LAS FORMAS VINCULADAS: ESCRITURA PRIVADA

La forma de la escritura privada (10.8-11) es requerida para una serie de contratos que tienen por objeto bienes inmuebles.

Art. 1350

En primer lugar, los contratos que inciden sobre derechos reales inmobiliarios (propiedad, derechos reales menores de goce): constituyéndolos, transfiriéndolos, modificándolos o extinguiéndolos (art. 1350, incs. 1-6). El vínculo de forma opera también para los contratos que tienen vocación de producir el efecto real, no estando en grado de producirlo inmediatamente (como las ventas inmobiliarias obligatorias, o sometidas a condición suspensiva).

Contratos sobre bienes Inmuebles:

Constitutivos, traslativos, modificativos, extintivos de derechos reales, ...

Luego, los contratos que constituyen derechos personales de goce sobre inmuebles, los cuales incidan fuertemente —por amplitud de contenido o por extensión en la duración— sobre la posición del propietario, como la anticresis, las locaciones por una duración superior a nueve años, los contratos de sociedad que confieren el goce de bienes inmuebles por un tiempo que exceda de nueve años o por un tiempo indeterminado (art. 1350, incs. 7-9); a excepción de los contratos agrarios que excedan los nueve años, que la ley declara válidos aunque celebrados verbalmente (art. 41 Ley 203/1982).

...constitutivos de derechos personales de goce de duración mayor a los nueve años, ...

Luego, los contratos de división de bienes inmuebles (art. 1350, inc. 11).

... división, ...

Por conexión o dependencia, la forma escrita es impuesta también a las transacciones relativas a los contratos antes mencionados (art. 1350, numeral 12).

... transacción

Funciones de la forma escrita

Esta primera clase de contratos formales resume bien algunas entre las principales funciones de la forma, que pueden indicarse así: favorecer la ponderación de los contratantes; promover la certeza de la relación contractual entre las partes; garantizar la certeza de las situaciones jurídicas frente a los terceros.

Ponderación de las partes

La ponderación de los contratantes es favorecida, porque escribir un contrato, o también solo firmar un contrato escrito, implica ejercicios de atención, reflexión, profundización sobre el sentido y sobre las modalidades del negocio, que la forma verbal no permite o no estimula. La exigencia de ponderación es tanto más advertida, cuanto más importante es el contrato: *la relevancia socioeconómica de los bienes* implicados (inmuebles) y *el alcance jurídico de los derechos* implicados (derechos reales, derechos personales de goce de larga duración) motivan la importancia del contrato.

Certeza entre las partes

La certeza de la relación contractual entre las partes es promovida, porque la escritura permite identificar el objeto del contrato (derechos y obligaciones de las partes) con mayor precisión y menores márgenes de duda de lo que permitiría una forma verbal o de comportamiento. Y la certeza de la relación previene las controversias, que la incertidumbre en cambio puede estimular.

Certeza frente a terceros

La certeza de las situaciones jurídicas frente a los terceros está garantizada, porque la escritura permite dar al contrato la publicidad necesaria para que los terceros puedan conocer los efectos a ellos oponibles. Emerge la estricta relación entre forma y publicidad, de la cual la forma es prerrequisito: y en efecto los contratos formales de la clase apenas considerada son también *contratos sujetos a inscripción* en los registros inmobiliarios (art. 2645).

Forma y publicidad

Garantías reales

La *ratio* de la instrumentalidad para exigencias publicitarias (inscripción) concurre a explicar la forma escrita de los contratos constitutivos de hipoteca, que imponen una garantía real sobre bienes inmuebles o muebles registrados o sobre derechos reales relativos a estos (art. 2821¹). Resalta también la importancia del acto, dados los bienes afectados y los efectos jurídicos producidos. Bajo este último perfil, parece que el efecto "constitución en garantía real" merezca a los ojos de la ley una especial consideración, más allá del valor socio-económico del bien y de las exigencias publicitarias: se explica así que también el contrato constitutivo de prenda deba resultar "de escritura" (art. 2787³).

Otros contratos sujetos a forma escrita

La particular naturaleza jurídica de la operación funda las exigencias de ponderación y certeza que se advierten para otros contratos sujetos a forma escrita: la renta perpetua o vitalicia (art. 1350, numeral 10); la venta de herencia (art. 1543¹), la cesión de los bienes a los acreedores (art. 1978¹); el contrato constitutivo de consorcio (art. 2603¹).

En toda otra serie de contratos, la forma escrita responde también a exigencias de ponderación y certeza de la relación, pero con una especificidad:

que tales exigencias son concebidas en función del interés de una de las partes, considerada particularmente necesitada y merecedora de tutela o por la naturaleza del compromiso asumido o por su posición socioeconómica.

Protección de una de las partes

Así, quien se obliga a pagar *intereses a tasa ultralegal* se carga un peso económico del cual debe estar muy conciente: he aquí por qué su determinación es hecha "por escrito" (art. 1284³). Igual conciencia se requiere en quien se adhiere a *condiciones generales predispuestas* por la contraparte, y que contienen *cláusulas onerosas*: estas deben ser "específicamente aprobadas por escrito" (art. 1341²). Análoga *ratio* subyace a la forma escrita que se requiere para el "*pacto*" de *no competencia* (según los casos, un contrato autónomo o una cláusula de un más amplio contrato) que limita la actividad del trabajador por el período sucesivo a la conclusión de la relación laboral (art. 2125). Vale lo mismo para la *locación para fines de vivienda* (art. 1⁴ Ley 431/1998).

El campo en el cual esta *ratio* opera de manera más significativa es el de los contratos con consumidores, regulados por leyes del sector. Requieren forma escrita: los contratos bancarios y los de crédito al consumo (arts. 117¹; 124¹ TUB); los contratos para la prestación de servicios financieros (art. 23¹ TUB); los contratos para la venta de paquetes turísticos (art. 6¹ D. Leg. 111/1995); los contratos para la venta de cuotas de multipropiedad (art. 3¹ D. Leg. 427/1998). A menudo se prevé también que una copia del contrato sea entregada al cliente. El subproveedor no es consumidor, pero es siempre parte "débil" respecto al comitente: también los contratos entre ellos requieren forma escrita (art. 2¹ Ley 192/1998).

Contratos de consumidores

Para los contratos con consumidores, negociados fuera de los locales comerciales, no existe vínculo de forma escrita: esta forma necesariamente escrita deben tener las informaciones precontractuales sobre el derecho de separación, que el operador comercial está obligado a proporcionar al consumidor *ex art. 5 D. Leg. 50/1992* (14.44).

Forma escrita requieren los contratos de la administración pública: funcional al principio de transparencia y al régimen de controles que caracterizan el estatuto del sujeto contratante.

Contratos de la administración pública

4. **SIGUE: ESCRITURA PÚBLICA**

Los contratos sujetos a la forma de la escritura privada toleran también una forma diferente, esto es, la de la escritura pública (la alternativa es explicitada por el art. 1350). Con mayor razón: tratándose de una forma más solemne y más garantista (10.12).

En razón de ello, para algunos contratos particularmente "delicados" la escritura pública —en la cual las partes están flanqueadas por un profesional del derecho investido de especiales deberes y responsabilidades en orden a la celebración de su contrato— es la única forma practicable.

Donación

Debe hacerse por escritura pública la donación (art. 782¹): enriquecer a otros sin retribución es acto grave, por el cual es máxima la exigencia de ponderación; declarar la correspondiente voluntad ante el notario, que la recoge y aclara las implicaciones, es un buen antídoto contra donaciones precipitadas o poco concientes.

Convenciones matrimoniales

Razones análogas pueden valer para las convenciones matrimoniales, también sometidas a la forma de la escritura pública (art. 162¹). Se agregan aquí las exigencias de orden publicitario (art. 162⁴).

Contratos constitutivos de organizaciones

Deben hacerse por escritura pública los contratos constitutivos de *asociaciones o fundaciones que aspiren a la personalidad jurídica* (art. 14¹), de *sociedad de capitales* (art. 2328¹ para la sociedad por acciones; art. 2475¹ para la sociedad de responsabilidad limitada), de sociedades cooperativas (art. 2518¹). Aquí no parece dominante la exigencia de ponderación por el alcance de los vínculos asumidos (es más pesado el vínculo asumido por el socio de sociedad de personas, ¡qué se expone a responsabilidad ilimitada!). Prevalece más bien la oportunidad de que la formación del acto esté apoyada y filtrada por la competencia de un profesional del derecho, en vista del futuro *examen de legitimidad que el acto está destinado a sufrir por obra de autoridades públicas* (reconocimiento de la autoridad administrativa para los entes *no profit*, homologación judicial para las sociedades). Igualmente, en materia societaria la fusión requiere de la escritura pública (art. 2504¹).

Fusión

5. EL CONTENIDO MÍNIMO DE LA FORMALIZACIÓN Y LOS REQUISITOS ESPECIALES DE FORMA-CONTENIDO

¿En qué cosa consiste el respeto de la forma prescrita? La pregunta implica dos cuestiones distintas.

La primera cuestión es si de los diversos elementos que componen un contrato, todos o solo algunos (y en este caso cuáles) deben presentarse en la forma vinculada. La cuestión implica una premisa. En un contrato están presentes, en orden decreciente de importancia objetiva: elementos esenciales; elementos no esenciales, que sin embargo condicionan la validez del contrato; elementos no esenciales, que no condicionan la validez del contrato.

Elementos esenciales

Los elementos esenciales son *aquellos que identifican la operación*, y sin los cuales la operación no sería identificable. O sea: el *objeto*, es decir las atribuciones patrimoniales deducidas en el contrato (15); y la *causa*, es decir la razón de las atribuciones (16). El contrato que contempla la transferencia de la propiedad de una cosa de A a B y ninguna atribución en

sentido inverso carece de causa, porque no resulta si la atribución ocurre por espíritu de liberalidad (causa de donación) o para actuar una dación en pago (*causa solvendi*) o para componer una controversia entre las partes (causa de transacción), o por otra causa que sea compatible con una atribución unilateral. Si el contrato, además de establecer la transferencia de A a B, establece que esto ocurra por causa de venta o de permuta, éste carece (parcialmente) de objeto, porque calla sobre la contra-atribución de B a A (sobre el precio de la venta, sobre la cosa dada en permuta). Ahora, no existe duda de que todos los elementos esenciales deban revestirse de la forma prescrita para el contrato: puesto que la venta inmobiliaria requiere forma escrita, si la escritura dice que A vende un determinado inmueble a B, pero no indica el precio que es acordado solo verbalmente entre las partes, el requisito de forma está violado.

El vínculo de forma cubre también los elementos no esenciales, de los cuales, sin embargo, depende la validez del contrato. Se considere el pacto de no competencia del trabajador (sujeto a forma escrita *ex art. 2125*), que define la obligación de abstención de este último y la retribución a su favor: la operación está identificada, porque resultan causa y objeto. Pero si las partes se limitan a poner por escrito estos elementos, mientras acuerdan solo verbalmente los límites de tiempo y de lugar dentro del cual la actividad del trabajador está prohibida, el vínculo no es observado, porque los límites de tiempo y de lugar de la abstención son requeridos bajo pena de invalidez del acto; por lo tanto, aunque sean elementos no esenciales, deben también revestir forma escrita.

Elementos no
esenciales,
pero
condicionantes
de la validez

Diversa solución vale para los elementos no esenciales, cuya esencia no influye sobre la validez del contrato: por ejemplo, para las modalidades de entrega de la cosa vendida o de pago del precio, que las partes bien pueden omitir determinarlos sin que el contrato resulte inválido (la laguna es colmada en vía de integración: 21). Ahora bien, una venta inmobiliaria requiere forma escrita: de la escritura deben resultar el bien transferido, el precio a pagar y la causa de venta: si ello se realiza, y paralelamente las partes acuerdan verbalmente que el inmueble será entregado con la entrega de las llaves en un cierto día, y/o que el precio será pagado en 4 armadas con vencimientos semestrales, estas previsiones se insertan válidamente en el contrato aunque no revistan forma escrita.

Elementos no
esenciales,
pero no
condicionantes
de la validez

Esto vale en vía general. Pero leyes de sector introducen para determinadas clases de contratos criterios diversos y más estrictos: por un lado, prescriben la forma escrita; por el otro, disponen que el contrato contenga toda una serie de elementos también no esenciales, y cuya ausencia por regla no determinaría nulidad; y la *ratio* de tales previsiones impone considerar

Criterios más
estrictos en
leyes
especiales

Requisitos de
forma-
contenido

que todos estos elementos a su vez deban resultar por escrito. Podemos llamarlos requisitos de forma-contenido.

El discurso atañe sobre todo a los *contratos de consumidores*: contratos bancarios, que deben indicar no sólo la tasa de interés, sino también "todo otro precio y condición practicadas" (art. 117^a TUB); contratos de crédito al consumo, que deben contener los 7 elementos indicados bajo las letras a)-g) del art. 124² TUB; contratos turísticos, que deben contener incluso 14 elementos (letras a)-p) del art. 7 D. Leg. 111/1995); contratos para la venta de multipropiedad (art. 3² D. Leg. 427/1998); y también los contratos de subprovisión (art. 2⁵ Ley 192/1998). Los contratos negociados fuera de los locales comerciales pueden hacerse también verbalmente: pero algunos elementos de estos, es decir, las modalidades para el ejercicio de la separación del consumidor, deben resultar por escrito. Y si están escritos, con la firma del consumidor sobre el formato elaborado por el operador, esos elementos deben ser colocados "separadamente de las otras cláusulas contractuales y con caracteres tipográficos iguales o superiores a los de los otros elementos indicados en el documento" (art. 5¹⁻² D. Leg. 50/1992).

6. *SIGUE*: CONTRATOS FORMALES Y REMISIÓN A DATOS EXTERNOS (RELATIO)

Existe una segunda cuestión: si un determinado elemento del contrato está entre aquellos cubiertos por la forma vinculada, ¿es necesario que la forma revista todos los datos necesarios y suficientes para la identificación inmediata y contextual de ese elemento? o bien ¿es suficiente que la forma revista los criterios de remisión (*relatio*) a datos —externos al contrato— que solo sucesivamente y en un diverso contexto permitirán identificar ese elemento?

La cuestión remite a los temas de la determinabilidad del objeto del contrato y del contrato *per relationem* (15.8), y será afrontada en esa sede.

7. LA FORMA DE LOS CONTRATOS INSTRUMENTALES O DEPENDIENTES

Existen *contratos sobre contratos*: es decir, contratos (instrumentales) que preparan futuros contratos (finales); o contratos (dependientes) que actúan sobre preexistentes contratos (presupuestos). Nos preguntamos si —requiriendo los contratos finales o presupuestos una forma vinculada— de la misma forma deban revestirse los contratos instrumentales o dependientes.

En algún caso la respuesta está ya en la ley. Así, para el contrato preliminar (29) se requiere la misma forma del definitivo (art. 1351). Normas análogas son dictadas para diversos actos unilaterales, instrumentales a contratos o dependientes de ellos: el poder requiere la misma forma prevista

Preliminar

Poder

para el contrato encargado al representante (art. 1392); la ratificación, la misma forma del contrato ratificado (art. 1399¹); la declaración de nombramiento, la misma forma de contrato para persona por nombrar (art. 1403¹).

Ratificación
Declaración
de
nombramiento

En cuanto a los casos no cubiertos por expresa previsión legislativa, las soluciones pueden variar. Por ejemplo, hemos acogido la tesis formalista para la opción; la antiformalista para la prelación (7.10-11).

Opción y
prelación

Muchos contrastes ha suscitado el supuesto de hecho del mandato (sin representación) para adquirir inmuebles. Buena parte de la *doctrina* excluye el vínculo de forma; en cambio, la *jurisprudencia*, tras alguna antigua oscilación, desde hace tiempo está compacta en considerarlo un contrato que exige la misma forma de los contratos con los cuales el mandatario actuará el mandato (adquisición del inmueble por el tercero; sucesiva retransferencia al mandante). Esta solución puede justificarse con la observación de que el mandato para adquirir coloca a las partes en las mismas posiciones que derivarían de un preliminar; y ofrece la misma posibilidad de actuar la retransferencia en vía coactiva *ex art. 2932* (29.9).

Mandato para
adquirir
Inmuebles

Es innegable, sin embargo, que existen problemas que pueden surgir frente a la ejecución del mandato nulo. La ejecución por parte del mandante, que entregue los fondos, es fácilmente remediable: él puede actuar en repetición. Las cosas se hacen más complicadas si quien ejecuta es el mandatario, adquiriendo el inmueble del tercero: el mandatario no puede impugnar la adquisición, porque al tercero no le puede oponer las vicisitudes de su relación interna con el mandatario; ni puede descargar el inmueble sobre el mandante que no esté ya dispuesto a aceptarlo.

Ejecución del
mandato
nulo:
problemas

Contrastes entre los intérpretes se registran también respecto a los contratos resolutorios, con los cuales se resuelven preexistentes contratos formales. Parece razonable el criterio según el cual exigen la misma forma del contrato resuelto solo los contratos resolutorios que determinan *efectos análogos a los de un contrato formal*: así el contrato que resuelve una venta inmobiliaria, porque retransfiere la propiedad del comprador al vendedor; así el contrato que resuelve un preliminar inmobiliario, porque vale como renuncia del promisorio adquirente al consecuente *ius ad rem* (tanto más coloreado de "realidad" en cuanto el preliminar esté inscrito). En cambio, pueden considerarse informales los contratos resolutorios de contrato formal, que no produzcan tales efectos: así el contrato que resuelve una locación superior a los nueve años.

Contratos
resolutorios

Aplicando la misma *ratio*, pueden decidirse otras dos cuestiones más específicas. Es *informal* el acto de renuncia de valerse de la resolución, por incumplimiento de la contraparte, de una venta inmobiliaria: el acto no determina ninguna nueva situación inmobiliaria; simplemente impide la posible producción de una nueva situación inmobiliaria (es decir, el retorno del inmueble al vendedor). En cambio, es *formal* el acto de renuncia de valerse de una condición resolutoria a propósito de una venta inmobiliaria, ya producida: el acto determina directamente una vicisitud real en sentido contrario a la producida en base al contrato.

Renuncia a la
resolución

Renuncia a la
condición
resolutoria

Una *solución articulada* se recomienda también para los contratos modificativos de un precedente contrato formal entre las mismas partes. Son también ellos formales, si modifican

Contratos
modificativos

elementos que en base a los criterios ya vistos deben revestir la forma requerida (por ejemplo, no se puede acordar verbalmente la modificación del precio de la venta inmobiliaria). No lo son, si modifican elementos que —habiendo sido en concreto formalizados— no requerían serlo (por ejemplo, se puede acordar verbalmente la modificación de las condiciones de pago o de las modalidades de entrega, escritas en una cláusula de la venta inmobiliaria).

Aspectos probatorios

Si válidos en el plano sustancial, los contratos informales que disuelven o modifican precedentes contratos formales no crean dificultades procesales: la jurisprudencia rechaza aplicarles las limitaciones probatorias que afectan *ex art. 2723* los pactos (no documentados) agregados o contrarios a documento anterior (10.16).

Nos ocuparemos en su momento de la forma de la promesa del hecho del tercero (25.6); de la cesión del contrato (26.7); de la convalidación del contrato anulable (38.9).

8. LA ESCRITURA PRIVADA: NATURALEZA DEL DOCUMENTO

Escritura privada

La escritura privada es *el documento relativo al contrato, que lleva la firma de la parte*.

Estructuras

La estructura material del contrato celebrado en la forma de la escritura privada puede ser diversa. Puede constar de un *único documento*, que contiene el texto contractual, que es suscrito por ambas partes. O bien puede comprender *dos documentos* distintos y formados en tiempos diferentes: A escribe, firma y envía a B una carta que contiene la oferta; y por consiguiente B escribe, firma y envía a A su carta de aceptación. O también *más de dos*: si A escribe la oferta, B responde con una aceptación en parte no conforme, y A reescribe aceptando la contraoferta de B, el contrato resulta de tres documentos. Cuando el contrato formal se concluye mediante intercambio de oferta y aceptación, *cada uno de estos actos debe revestir la forma prescrita*: si la oferta escrita es aceptada verbalmente, el contrato no tiene forma escrita.

Oferta y aceptación

El contrato formal no podría celebrarse con una aceptación informal, por comportamiento concluyente, como el *inicio de la ejecución* contemplada por el esquema del art. 1327 (6.2-3). La ley hace una excepción para los contratos de *subprovisión*: estos requieren la escritura; pero si el subproveedor, sin responder a la oferta del comitente, inicia las manufacturas o provisiones requeridas, “el contrato se considera celebrado por escrito” (art. 2^o Ley 192/1998).

El texto de los documentos está formado preferentemente de *palabras y números*, pero puede comprender también otros *signos gráficos o iconográficos*: un diseño, un plano, una fotografía pueden ser incorporados en el documento o anexados a este de modo que constituyen, como suele decirse, “parte integrante”.

El problema fundamental es: ¿qué naturaleza debe tener el documento relativo al contrato, para constituir la escritura privada formalmente necesaria para que exista un contrato válido? La situación ideal-típica es aquella en la cual *cada una de las partes firma un documento expresamente creado para manifestar la voluntad contractual y para contener el texto del contrato*. Sin embargo, pueden presentarse situaciones menos claras, en las cuales existe un documento escrito relativo al contrato, pero no directa y específicamente formado para manifestar la voluntad de celebrarlo. Frente a ellas la jurisprudencia oscila o asume posiciones que la doctrina no llega a compartir ni a racionalizar completamente.

Naturaleza del documento

Situación Ideal-típica

Casos dudosos

El criterio recurrente en las máximas es que el documento debe haberse formado con el *fin específico de manifestar la voluntad contractual*. Parece coherente con ello la solución que niega valor al documento puramente de reconocimiento: y por consiguiente excluye la validez de la venta inmobiliaria cuando el único documento formado al respecto por el vendedor sea el *recibo* con el cual reconoce haber recibido parte del precio de la venta en cuestión; u otro documento en el cual se dé por precedentemente celebrado el contrato. Por lo demás, el principio reconoce una fractura cuando cierta jurisprudencia agrega que es *quaestio facti* verificar si un documento de reconocimiento tenga también el sentido de manifestar una voluntad contractual, y que en tal caso este puede satisfacer el requisito de forma. Y una fractura aún más seria cuando se atribuye tal valor (como lo hace una sentencia, por lo demás antigua) a la letra de cambio emitida por el comprador a la orden del vendedor, con la indicación de que su causa es el pago de la adquisición inmobiliaria.

Documento de reconocimiento

Atenuación del principio

Ya estas fracturas dicen que la jurisprudencia no excluye del todo una manifestación de voluntad en forma escrita, realizada por comportamiento concluyente: es decir, resultante de una escritura que, aunque no específicamente dirigida a manifestar la voluntad contractual, la indique en vía indirecta por ser lógicamente incompatible con la voluntad contraria.

Escritura de comportamiento concluyente

Pero existe un conspicuo filón jurisprudencial del que emerge esta propensión con superior intensidad: el formado por los numerosos pronunciamientos que dan el contrato por válidamente celebrado en forma escrita, cuando la parte que a su momento no había suscrito el texto contractual o no había aceptado por escrito la oferta escrita recibida, presenta judicialmente el documento firmado solamente por la contraparte o la oferta proveniente de ella, o bien la menciona en los propios escritos defensivos (6.10). La voluntad contractual estaría manifestada por la parte a través de un documento dirigido a fines no contractuales sino procesales (y formado no por la parte personalmente sino por su defensor dotado de poder).

Escritura por acto procesal

La orientación jurisprudencial está consolidada. La doctrina toma sus distancias, evidenciando más de una incoherencia. En particular esta: puesto que la iniciativa judicial del

Perplejidades

destinatario o de la parte que no ha suscrito el documento vale en sustancia como aceptación, ¿cómo se puede pensar que ella pueda eficazmente celebrar el contrato (en la necesaria forma escrita) a una distancia de tanto tiempo de la suscripción o de la oferta de la contraparte, cuando la aceptación se debería considerar tardía y por ello ineficaz *ex art. 1326*? Y la jurisprudencia no es clara sobre otra relevante cuestión: ¿los efectos de la escritura contractual así perfeccionada se producen *ex nunc* (desde la presentación judicial del documento), o *ex tunc*, retro trayéndose al momento de la formación del documento presentado?

9. SIGUE: LA SUSCRIPCIÓN Y LA FECHA

Firma

Estructura

La escritura es documento contractual solo si lleva la suscripción (firma) de la parte. El significado de la firma es la *apropiación del texto*, la afirmación que este corresponde a la voluntad contractual de la parte. La firma comprende, por regla, el nombre y el apellido de la parte, correspondientes a los registrados; pero la firma puede ser válida también si consta solamente del apellido, o indica un nombre diferente del registrado, o se limita a la rúbrica: lo importante es que sea *idónea para identificar con seguridad al suscriptor*.

Autografía

El texto del documento puede ser escrito indiferentemente a mano o con medios mecánicos, por la parte o por un tercero: en cambio la suscripción debe ser autógrafa, es decir escrita por la parte de su propio puño. Una escritura sin firma o con firma no de puño no tiene valor contractual: y ello puede ser inmediatamente apreciado.

Firma falsa

Desconocimiento
... Y
verificaciónEscritura
reconocidaQuerrela de
falsedad

Cuestión menos simple es la de la firma (que se asume) falsa. Conviene colocarse *en la perspectiva del juicio*, dentro del cual A presenta y hace valer contra B una escritura que lleva la firma (aparentemente) de B. Si B considera que la firma es falsa, y sobre esta base desea neutralizar la escritura, tiene la carga de una iniciativa: desconocer la suscripción. Si lo hace, vuelca sobre A la carga de pedir la verificación: y solo al desenlace de esta resultará si la firma es auténtica y por consiguiente si la escritura es atribuible a B, o no (arts. 215-216 CPC). En cambio, si B no desconoce la suscripción, esta se considera por él reconocida (art. 215 CPC), y hace "prueba plena" de la atribución de la escritura misma a B: aunque en concreto la firma de B fuera falsa. El único modo para excluir la atribución de la escritura a B sería, en este punto, activar el particular procedimiento de la querrela de falsedad (art. 2702; arts. 221 y ss. CPC).

Escritura
autenticada

La misma fuerza de la escritura con suscripción reconocida (= no desconocida) presenta la escritura con suscripción autenticada (comúnmente llamada "escritura privada autenticada"): la *firmada ante notario* u otro funcionario público autorizado para ello, que previamente verifica la identidad del suscriptor y por lo tanto da cuenta de la firma puesta en su presencia

(art. 2703). Con ello la paternidad de la escritura está plenamente probada, con el solo límite de la querrela de falsedad.

Si resulta que la firma (aparentemente) de B ha sido en realidad puesta por X, se planteará la cuestión de si surja algún vínculo sobre X, que ha declarado bajo nombre falso (9.10). El problema es más delicado (y no ha recibido aún una solución unívoca y satisfactoria) cuando resulte que X ha falsificado la firma de B, pero por encargo del mismo B.

Otros
problemas de
la firma falsa.

Quien firma el documento se apropia del texto contractual, y asume todos los vínculos que de él se derivan: aunque, no habiéndolo escrito él, lo ha leído de prisa sin comprenderlo a fondo; y también si no lo ha leído, firmando “a oscuras”. Él no puede invocar tales razones para rechazar los efectos contractuales de la escritura que firmó: esta es la solución que debe afirmarse como regla, según los principios de autoresponsabilidad y de tutela de la confianza. Y en efecto *nadie debería firmar un texto que no ha leído o no ha comprendido*: si lo hace, es justo que soporte las consecuencias de la violación de esta elemental regla de prudencia. Por otro lado, firmando genera en la contraparte confianza respecto a su acuerdo sobre el texto contractual, y así respecto a la regular celebración del contrato y la producción de los correspondientes efectos: confianza que no sería justo frustrar.

Vinculación
con el texto
firmado,
aunque no
leído o no
entendido

Autorespos-
abilidad

Confianza

Pero precisamente el criterio de la confianza permite atemperar la regla en casos particulares.

Atemperación

Imaginemos que A, el cual ha predispuerto el documento contractual, desincentive a B de la lectura asegurándole que todas las cláusulas del texto son absolutamente “normales” y que no le crearán ningún problema, pero la verdad es que el texto contiene previsiones algo singulares y penalizantes para B: este tendrá el remedio de la anulación por dolo (o del rescarcimiento por dolo incidente). Si luego B decide autónomamente no leer, porque —como dice a A— imagina que el texto contiene las acostumbradas cláusulas, mientras A sabe que algunas de las previsiones contractuales están muy lejos de las “habituales” e inciden pesadamente, en desventaja de B, sobre el mismo objeto del contrato, podrá aplicarse el remedio de la anulación por error de B (esencial, y reconocible por A). El mismo remedio podrá activarse si B, habiendo leído el texto, no lo ha comprendido, y de esta incomprensión A podía darse cuenta. En tales casos no hay confianza de la contraparte a tutelar, porque la contraparte sabía o debía saber que a la firma no correspondía en el firmante el real conocimiento o comprensión de un texto que le habría reservado malas sorpresas. En todo caso hay que tutelar la confianza del firmante sobre un texto contractual creído normal, y que en cambio se revela luego sorprendente.

Dolo

Error

Si esta es la *ratio*, para la decisión de los casos tendrán importancia tanto el objetivo tenor del texto contractual (esto es, su desviación respecto a la normal disciplina de la relación en cuestión), como la subjetiva condición de las partes, relevante para la creación de las confianzas tutelables.

Lugar y fecha de la escritura

Importantes aspectos de disciplina del contrato pueden depender del lugar y del tiempo en el cual el contrato es celebrado: elementos que, si el contrato tiene forma escrita, a su vez dependen del lugar y del tiempo en el cual —con la suscripción— se ha formado la escritura. Una escritura privada autenticada indica ciertamente el lugar y la fecha de su formación: son aquellos en los cuales el funcionario público certifica que se ha realizado la suscripción en su presencia. No es necesariamente así para la escritura privada no autenticada: esta puede no indicar lugar y fecha de la firma. O bien puede indicar lugar y fechas falsas.

Ausencia o falsedad

Irrelevancia sustancial
Relevancia probatoria:

En el plano sustancial, ni la ausencia ni la falsedad de estos datos determinan la invalidez del contrato. En cambio pueden crear problemas en el plano procesal, y precisamente probatorio.

Entre las partes ...

Entre las partes, el lugar y la fecha efectivos de formación de la escritura —no indicados, o falsamente indicados en la escritura misma— pueden ser libremente probados por la parte interesada con cualquier medio de prueba.

... y frente a terceros

Fecha cierta oponible a terceros

Mayores cautelas el legislador emplea cuando la fecha tenga importancia frente a terceros, que podrían ser lesionados por su indeterminación o falsedad, tramadas por las partes en perjuicio de sus derechos (generalmente haciendo figurar como de fecha más remota una escritura elaborada en realidad más recientemente). La fecha cierta, oponible a los terceros, de la escritura privada no autenticada no es la que la escritura misma indique, sino es aquella en la cual se haya verificado un *evento objetivo necesariamente posterior a la suscripción del documento*. Con mayor precisión: el registro de la escritura con fines fiscales; la muerte o sobrevenida imposibilidad física del suscriptor; la reproducción del contenido de la escritura en una escritura pública; cualquier otro hecho del cual resulte con igual certeza que la escritura es anterior al hecho mismo (art. 2704).

10. LA FIRMA EN BLANCO

Firma en blanco

La firma en blanco es *la firma puesta no al pie de la página de un texto contractual ya escrito, sino en una hoja total o parcialmente en blanco*. El texto contractual es sucesivamente escrito o completado por una persona diferente del firmante, por encargo de este.

Admisibilidad

En línea de principio, este mecanismo de declaración contractual “hoy por mañana” es admisible: los principios de *autoresponsabilidad* y *confianza* impiden al firmante rechazar el texto contractual sucesivamente formado, pero por él previamente aceptado. Ni esto parece un sacrificio intolerable por el *principio del acuerdo*: bajo el presupuesto de que la sucesiva

formación del texto no sea arbitraria o del todo discrecional, sino orientada y vinculada por los criterios establecidos en el encargo de llenado (o deducibles *ex lege*, en particular del criterio de buena fe).

Criterios para el llenado

Surgen problemas cuando el firmante cuestiona la sucesiva formación del texto, lamentando que los criterios para el llenado hayan sido traicionados. En tal caso, ¿el firmante está vinculado por el texto (bajo el cual figura su suscripción)? ¿O tiene remedios para rechazarlo? La respuesta cambia, según las variantes en las cuales el supuesto de hecho puede presentarse.

Llenado infiel

En primer lugar, la firma en blanco puede ser el medio para realizar un arbitramento, es decir la determinación del contenido del contrato por obra de un tercero: la firma es de ambas partes, y ambas otorgan a un tercero el encargo de llenado. La disciplina es entonces la del art. 1349, y será considerada en su momento (15.10).

Arbitramiento

Otros casos no están codificados.

Ambas partes firman el documento en blanco, y confían al tercero ya no el encargo de arbitrador, sino solo el de llenar materialmente la hoja con los contenidos acordados entre las partes; el tercero ejecuta de manera infiel, insertando contenidos diferentes. En tal caso el texto contractual es atribuible a las partes, pero cada una de ellas puede activar —recurriendo a los requisitos establecidos por el art. 1433— la anulación del contrato por error obstativo (35.13).

Encargo de llenado material de ambas partes a un tercero

Ambas partes firman el documento en blanco, y una confía a la otra el encargo de llenarlo por su cuenta. Aquí probablemente se debe distinguir. Si el encargo se basa en *contenidos acordados*, que la parte encargada traiciona, la parte encargante (al cual el texto es atribuible) tiene el remedio del art. 1433. En cambio, si el encargo implica la *plena discrecionalidad de la parte encargada*, se planteará la cuestión prejudicial de la validez del encargo, esto es, si sea admisible que una parte encomiende la determinación del objeto del contrato a las elecciones unilaterales de la contraparte (15.11).

Encargo de una parte de la otra

Una sola parte firma el documento, porque lo que queda en blanco es la misma identidad de la contraparte, que el encargado deberá identificar (un supuesto de hecho recurrente en ciertas prácticas comerciales, llegadas a la atención de la jurisprudencia): también en este caso, si el encargado ejecuta infielmente, por ejemplo porque hace firmar el contrato a una contraparte con características distintas de las prescritas en el encargo, podrá aplicarse el art. 1433. Igualmente, si son dejados en blanco contenidos contractuales que el encargado deberá negociar con la contraparte identificada por él. Sin embargo, es claro que el supuesto de hecho aquí considerado se presenta muy contiguo a un otorgamiento (en hipótesis tácito) de poderes representativos (11.8).

Identidad de contraparte en blanco

Las soluciones obedecen a algunos principios. Primero: el otorgamiento del encargo de llenado hace *imputable al firmante que encarga* el texto contractual que resulta del llenado, aunque infiel; el texto es, con todo,

Llenado infiel del encargado: los principios

objeto de *su* declaración contractual. Segundo: frente al llenado infiel, el firmante tiene contra el texto a él imputado algún *remedio*, que consiste esencialmente en la *impugnación por error obstativo* (35.13). Tercero: el remedio se detiene frente a la *confianza de la contraparte*, porque la remisión a la disciplina del error indica que el contrato no podrá ser impugnado por el firmante traicionado si la infidelidad del texto no era conocida o conocible por la contraparte (35.11). Obviamente, queda firme, para el firmante traicionado, la posibilidad de actuar en *responsabilidad* en contra del autor del llenado abusivo.

La situación es diferente si el llenado de la firma en blanco se realiza sin encargo del firmante: por ejemplo, A firma en blanco una hoja, y la esconde en una gaveta en la espera de darle algún uso; B la subtrae y la llena con contenidos contractuales arbitrarios, indicando como contraparte a sí mismo o bien ofreciéndoselo a X que la firma y así resulta contraparte en la relación contractual con A. En un caso así, el texto contractual no es imputable al firmante: si él prueba con la *querrela de falsedad*, puede rechazar para sí los efectos del documento. Aquí también la eventual confianza de la contraparte debe ceder: a su tutela puede solamente postularse el *resarcimiento* del daño *ex art.* 1338, si la abusiva utilización de la firma en blanco haya sido facilitada por conductas negligentes del firmante (pérdida culposa, custodia inadecuada).

Llenado sin
encargo:

no
imputabilidad
al firmante

11. TELEGRAMA, TÉLEX, TELEFAX, FOTOCOPIAS

Las tecnologías han introducido nuevos medios de expresión y comunicación sobre soporte de papel, diferentes de la tradicional escritura. Se discute su valor contractual, también teniendo en cuenta las normas dedicadas a algunos de ellos.

Telegrama:

eficacia
probatoria ...

El telegrama consta de *dos papeles distintos, que contienen el mismo texto*: el formato llenado o hecho llenar por el remitente, y entregado a la oficina telegráfica (telegrama *original*); y el formato entregado al destinatario (telegrama *reproducido*). La ley se ocupa de la eficacia probatoria del telegrama: este tiene eficacia probatoria de escritura privada si el original está *suscrito* por el remitente, pero también si —no estando por él suscrito— ha sido por él *entregado o hecho entregar a la oficina* (art. 2705¹); y el texto del telegrama reproducido se presume conforme al original (art. 2706¹).

... y eficacia
sustancial

Nada se dice de la eficacia sustancial, que debe determinarse según los principios. El telegrama reproducido no tiene ciertamente valor de escritura privada; ni siquiera lo tiene el original no firmado de puño por el remitente (aunque algún intérprete no excluye la equiparación); parece en cambio *calificable como escritura privada el original suscrito de puño por el*

remitente, aunque no sea este el documento que será recibido por el destinatario (también está previsto que la suscripción pueda ser autenticada: art. 2705²). Por consiguiente: el telegrama no firmado de puño en el original es declaración contractual idónea para celebrar un contrato no formal, y puede dar prueba del contrato mismo; en cambio no puede celebrar un contrato vinculado a la forma escrita, para el que sería idóneo, en cambio, el telegrama firmado de puño en el original.

Con el telex, el remitente encomienda el mensaje no a una oficina sino directamente a una *máquina-terminal*, conectada en circuito con otro terminal situado cerca del destinatario, que lo recibe a través de este. Por analogía o extensión, puede admitirse que a este se aplique la disciplina de la eficacia probatoria del telegrama. Hay que excluir, en cambio, que el telex valga como escritura privada a los fines sustanciales, ya que en la dinámica de este medio de comunicación (a diferencia de la telegráfica) no figura un documento suscrito por la parte.

Telex

Un documento suscrito por la parte puede ser comunicado por telefax, que hace llegar al destinatario, sobre otro soporte de papel, precisamente el "facsímil", mientras el original permanece con el remitente. Al telefax puede reconocerse valor de escritura privada, con fines no solo *probatorios* (como reconoce la jurisprudencia que aplica a este el art. 2712 sobre las "reproducciones mecánicas"), sino también con fines *sustanciales*: el contrato que requiere forma escrita se celebra válidamente con oferta y aceptación intercambiadas por telefax. La legitimación de este medio formal es explícita para los contratos de subprovisión (art. 2¹ Ley 192/1998). En el campo procesal, la refuerza la Ley 183/1993, que permite la transmisión vía telefax de los actos judiciales.

Telefax:

valor de
escritura
privada

También la fotocopia presupone un original. Obviamente es este último que (en cuanto firmado, enviado, recibido, etc.) determina la celebración del contrato. Sin embargo quien deduce pretensiones contractuales contra el firmante de un documento que posee en fotocopia pero no en original, puede basarse en la fotocopia: esta tiene *el mismo valor que el original, salvo que la conformidad al original sea expresamente desconocida por el firmante* (art. 2719), en cuyo caso se inicia la verificación judicial.

Fotocopia

12. LA ESCRITURA PÚBLICA

La forma de la escritura pública requiere de la intervención, además de las *partes*, también de un *tercer sujeto* que más bien es el protagonista de la formación del acto: un notario u otro funcionario público competente. Su actividad para la formación del acto se define [en italiano] con el verbo "*rogare*"; y el acto resultante se define [en italiano] como "*rogito*". La

Notario u otro
funcionario
público

"Rogito"

formación de la escritura pública ocurre fundamentalmente de este modo: las partes declaran su voluntad contractual ante el funcionario otorgante; este la recoge y la recoge por escrito; por consiguiente lee a las partes el texto así redactado, permitiéndoles verificar que este represente fielmente sus declaraciones de voluntad; finalmente la escritura es suscrita por las partes y por el funcionario otorgante.

Al definir la escritura pública, el art. 2699 introduce algunas precisiones.

Competencia

Competentes para otorgar escrituras públicas son primeramente los *notarios*, que tienen sobre la materia la competencia más amplia; pero también quien tenga calidad de "*funcionario público autorizado para atribuirles fe pública*". Allí entran: los *cónsules*, cuya competencia es paralela a la de los notarios; ciertos *funcionarios de la administración pública*, competentes para formalizar los contratos de las respectivas administraciones; los *secretarios*, competentes para otorgar las actas de conciliación judicial, que son contratos (arts. 185 y 322 CPC; art. 88 Disp. Act. CPC). Sobre el significado de "fe pública" regresaremos dentro de poco.

La autorización vale *en relación al lugar* en donde el acto es realizado: así, por ejemplo, el notario puede otorgar escrituras públicas solo dentro del ámbito del distrito al cual pertenece; el cónsul solo dentro del ámbito del territorio extranjero en el cual desarrolla sus funciones.

Formalidad

El documento debe ser redactado "con las formalidades requeridas", como resultan de las *disciplinas dedicadas a los diversos funcionarios otorgantes*: particularmente detalladas en las previsiones de la ley notarial (Ley 89/1913) y del correspondiente reglamento (RD 1326/1914). Entre las formalidades se señala la presencia de testigos, que deben asistir a la formación del acto, y suscribirlo: su presencia es indispensable para las *donaciones* y las *convenciones matrimoniales*; se pueden omitir, si las partes renuncian, para otros tipos de contrato que también requieren la forma de la escritura pública (por ejemplo, actos constitutivos de organizaciones con personalidad jurídica). Otra formalidad está referida al uso del idioma italiano (9.4).

Testigos

Fe pública

Prueba plena,
hasta querrela
de falsedad

El sentido fundamental de la escritura pública es el de estar dotada, por la particular autoridad y confiabilidad del sujeto que la forma, de "fe pública". Ello significa que este "hace prueba plena, hasta la querrela de falsedad, de la *proveniencia del documento del funcionario público* que lo ha formado, así como de las *declaraciones de las partes* y de los otros hechos que el funcionario público certifica que ocurrieron en su presencia o por él realizados" (art. 2700). Si de una escritura pública resulta (porque el notario otorgante lo certifica) que en un cierto día A ha declarado donar a B un inmueble suyo, nadie puede sostener que A no ha declarado una voluntad contractual, o ha declarado voluntad de vender y no de donar; o ha declarado

voluntad de donar un cuadro suyo y no su inmueble: o mejor, lo puede hacer solo a través de la querrela de falsedad, cuya gravedad está en el hecho que con este se acusa a un funcionario público de haber certificado lo falso.

Se trata de un *especial procedimiento judicial, que tiene el propósito de verificar si el acto público dice la verdad o no* (arts. 221 y ss. CPC). Si la querrela es desestimada, se tiene la confirmación de que el documento es genuino, y el querellante es sancionado por su injusta acusación con una pena pecuniaria. En cambio, si se determina la falsedad, el documento es integrado o borrado o modificado de manera de hacerlo conforme a la verdad determinada (art. 226 CPC); y el funcionario público incurre en las sanciones penales previstas para el delito de falsedad en escritura pública (art. 476 CP).

Querrela de
falsedad

Es necesario definir bien de qué cosa la escritura pública da fe. Esta da fe del denominado "extrínseco" del acto, es decir de la *circunstancia de que realmente las partes han declarado lo que el funcionario otorgante certifica de haberle oído declarar*: es esta la "verdad" no atacable, salvo con la querrela de falsedad. No da fe del denominado "intrínseco", y esto es de la *correspondencia a la verdad de lo que las partes declaran*; ni de que *la voluntad declarada sea genuina*. Y por consiguiente: si de la escritura pública resulta que el vendedor ha afirmado ciertas cualidades del bien vendido, que en verdad no tiene, el comprador puede fundar sus pretensiones en la falsedad de la afirmación, sin necesidad de querrela de falsedad. Además: el hecho de que la voluntad declarada por las partes haya sido recogida y representada por el funcionario público no garantiza que esta esté inmune de turbaciones; por lo tanto no es necesaria una querrela de falsedad para comprobar que estaba viciada por una incapacidad natural o por un error o por un engaño.

La fe pública
cubre lo
extrínseco...

... y no lo
intrínseco

Por otro lado, casos como los arriba indicados deberían ser raros. Entre las tareas del funcionario otorgante, y en particular del notario, está, en efecto, la de indagar la voluntad de las partes (art. 47 Ley not.): y si a través de esta indagación el notario advierte que la voluntad está viciada, rechazará la estipulación, también para evitar la responsabilidad en que de otro modo incurriría. Además el notario no puede —bajo pena de su responsabilidad— otorgar escrituras de actos "expresamente prohibidos por la ley, o manifiestamente contrarios a las buenas costumbres o al orden público" (art. 28 Ley not.): la norma cubre ciertamente toda hipótesis de nulidad del acto (mientras es controvertido si cubre también casos de anulabilidad e ineficacia). En resumen, el notario debe *garantizar la validez del acto*. Lo que no quita que si el acto es inválido, queda inválido; simplemente, el notario responde por ello.

Papel y
responsabilidad
del notario:

en cuanto a la
Invalidez del
acto ...

Pero la responsabilidad del notario va más allá, extendiéndose a casos en los cuales el contrato por él formalizado no es inválido, sino solo ineficaz (inoponible) frente a algún tercero, o en el que simplemente su objeto revele una *deminutio* por estar gravado por

... y por
omisión de
controles

vínculos a favor de terceros, y ello sea imputable a negligencia profesional del notario. Típico caso el del notario que, habiendo omitido los preventivos "controles" en los registros pertinentes, otorga una escritura de venta inmobiliaria devenida ineficaz por otra venta anteriormente inscrita, o en relación a un bien considerado libre y, en cambio, gravado por hipoteca u otro vínculo real.

13. DOCUMENTO INFORMÁTICO Y FIRMA DIGITAL

La evolución tecnológica hace posibles declaraciones contractuales emitidas con medios informáticos y transmitidos con medios telemáticos (9.9). Estas, inevitablemente, se confrontan con los problemas y las reglas de forma del contrato. De ello se ocupa el reglamento contenido en el DPR 513/1997.

La disciplina reglamentaria gira alrededor de dos conceptos claves: documento informático y firma digital.

Documento
informático

El documento informático es "*la representación informática de actos, hechos o datos jurídicamente relevantes*" (art. 1, inc. a)). Una orden de adquisición "clickeada" en Internet corresponde a la definición: porque representa por vía informática la aceptación del cliente (o su oferta, según que el sitio informático del vendedor se configure como oferta o como invitación a ofrecer). Por la remisión a la que se refiere el art. 3, los requisitos técnicos para la formación, la transmisión y otras operaciones relativas a los documentos informáticos están fijadas en un diverso acto normativo: DPCM 08 febrero 1999.

Firma digital

La firma digital es "*el resultado del procedimiento informático (...) que permite al suscriptor (...) y al destinatario (...), respectivamente, hacer manifiesta y verificar la proveniencia y la integridad de un documento informático*" (art. 1, letra b).

Procedimiento
de validación

Claves
asimétricas:
privada y
pública

El procedimiento que crea la firma digital se llama validación. Ella implica el empleo de una *pareja de claves criptográficas, entre sí correlativas pero "asimétricas"* (la asimetría en relación al grado de la respectiva posibilidad de ser conocido): la clave privada es *conocida solo por el sujeto* que la emplea para la propia firma telemática, y secreta para todos los demás; mientras la clave pública es *generalmente conocida, resultando de registros públicos*. El sistema funciona así. A crea el documento informático y lo dirige a B, empleando la propia clave privada. B recibe el documento, que se presenta como proveniente de A, en forma aún encriptada. Luego aplica la clave pública de A: si el documento no deviniera legible, significaría que no proviene de A, porque quien lo ha transmitido no ha aplicado la clave privada de A; en cambio, si se vuelve legible, se tiene la certeza de que proviene de A, porque en su origen existe seguramente la clave privada

de A, que solo A conoce. En este último caso la validación está cumplida; el documento informático lleva la firma digital de A.

Si al documento informático se pone la firma digital del autor, este "satisface el requisito legal de la forma escrita" (art. 4).

Valor de
forma escrita

La disciplina de la firma digital plantea dos órdenes de cuestiones.

En primer lugar, cuestiones relativas al valor y al cuestionamiento de la firma. La firma digital de A, que resulta puesta en el documento, ¿puede ser desconocida por A (como puede serlo la firma puesta sobre un documento de papel)? Se tiende a responder que no: si A desconoce su firma sobre papel, puede demostrar que la firma no es suya; ¡pero frente a la firma digital de A, es incuestionable que esta haya sido puesta con la clave secreta de A!

Cuestionabili-
dad de la
firma digital

A podría lamentar la abusiva utilización de su clave por parte de un extraño: situación no muy diferente del abusivo llenado de la *firma en blanco* (10.10), de manera que análogas pueden ser las soluciones. Si el titular de la clave la ha confiado al extraño con el encargo de usarla para él, soporta el riesgo de los usos impropios, y no puede impugnar el documento (salvo probar que el uso impropio era conocible a la contraparte, según la disciplina del error obstativo). En cambio, si no ha dado ningún encargo puede admitirse que impugne la atribución a sí del documento, mediante querrela de falsedad. Una opinión sugiere mayor severidad (también a la luz de los especiales deberes de diligencia impuestos al titular de la clave: art. 9): A sería admitido al remedio solo si está totalmente inmune de culpa por el uso de su clave por parte del extraño no autorizado (que, por ejemplo, se la haya apropiado con violencia); no tendría remedio si culpable del uso impropio (por ejemplo porque la sustracción de la clave ha sido facilitada por su negligente custodia).

Utilización
abusiva de la
clave secreta

Otras cuestiones se refieren a la relación entre documento informático y firma digital. *La firma digital puede ponerse solo en un documento informático*, y por lo tanto lo presupone necesariamente. En cambio, *puede concebirse un documento informático sin firma digital*. De aquí la distinción entre documentos informáticos con y sin firma digital.

Relación
entre
documento
informático y
firma digital

El documento informático con firma digital tiene el valor de la *escritura privada*: la firma digital es el necesario equivalente del requisito de la suscripción, sin el cual no existe escritura privada. Si un contrato está vinculado a la forma escrita, este requiere por ello un documento informático con firma digital.

Documento
informático
con forma
digital ...

El documento informático sin firma digital *no tiene valor de escritura privada*, pero es siempre manifestación de voluntad contractual: por lo tanto puede celebrar válidamente *los contratos que no requieren forma escrita*. (El art. 11¹ DPR 513/1997, por el cual "Los contratos estipulados con instrumentos informáticos o por vía telemática mediante el uso de la firma digital (...) son válidos y relevantes a todos los efectos de ley" no puede leerse, con burda interpretación *a contrariis*, como si manifestara que los contratos celebrados sin firma digital son inválidos e irrelevantes).

... y sin firma
digital

De la materia se ocupa también una *directiva europea* (93/1999), con el propósito de "facilitar el uso de las firmas electrónicas y (...) contribuir a su reconocimiento jurídico" en los países de la Unión, como factor de desarrollo del comercio electrónico en el mercado interno.

14. LAS ACTAS DE COLEGIADOS

Las declaraciones de voluntad expresadas al interior de colegiados, como asambleas de condóminos o de sociedad, por regla se formalizan en documentos expresos, llamados actas. Normalmente no son declaraciones contractuales: estas forman *acuerdos*, que no son actos contractuales sino precisamente actos colegiados imputados a la organización y no a los singulares declarantes (2.5).

Sin embargo, no puede excluirse que en tales sedes colegiadas sean emitidas declaraciones de voluntad que, por su contenido y su dirección, sean idóneas para formar no acuerdos de asamblea, sino contratos.

Contratos en
asambleas

Se imagine que del acta de una junta de propietarios de un edificio —presentes o representados todos— resulta que, por unanimidad de consensos, un local de propiedad común es dado en goce exclusivo a un propietario por un cierto tiempo y contra una cierta renta, a pagar a la junta: ¿cómo negar que haya sido celebrado un contrato de locación? O resulte que uno de los propietarios, propietario exclusivo de un patio adyacente a la edificación, permite a los otros atravesarlo con sus automóviles para llegar más cómodamente a la zona de garajes: ¿cómo negar que haya sido celebrado un contrato constitutivo de servidumbre? Es posible imaginar algún ejemplo también en el ámbito societario, estimulado por la jurisprudencia: si de un acta de asamblea societaria resulta que un socio se compromete a financiar a la sociedad, y que los otros socios aceptan gustosos, la jurisprudencia encuentra allí la celebración de un implícito pacto parasocial a favor de tercero (26.1), con el socio financiador como promitente, los otros socios como estipulantes y la sociedad como tercero beneficiario.

En casos tales, cuando el contrato tiene *forma vinculada* puede plantearse el problema de si el acta constituye forma idónea para tal fin. La respuesta depende de las características que en concreto ella presenta: si por ejemplo lleva las firmas de todos los propietarios o de todos los socios que forman parte del contrato, puede valer como escritura privada.

15. LAS CONSECUENCIAS DE LA INOBSERVANCIA DE LA FORMA: FORMA PARA LA VALIDEZ

Límites de la
distinción

Un planteamiento de escuela distingue entre forma para la validez (*ad substantiam*) y forma para la prueba (*ad probationem*). Con razón la mejor doctrina evidencia que la distinción es ambigua y demasiado esquemática. Es ambigua, porque la denominada forma para la prueba en realidad no es forma del contrato, sino forma de la prueba. Es demasiado esquemática, porque olvida formas que no inciden sobre la validez ni sobre la prueba del contrato (10.17).

Forma para la
validez

A veces una determinada forma es requerida por la ley “bajo pena de nulidad” (por ejemplo: arts. 782¹; 1350). En casos tales la forma es “requisito” del contrato (art. 1325, inc. 4), y su ausencia provoca la nulidad del contrato mismo (33.9). La nulidad puede desprenderse también cuando no

esté expresamente conminada por la norma que prescribe la forma, cuando la interpretación lleve a concluir que esta es requerida para la validez: es el caso de la forma del contrato preliminar (art. 1351); o del acto constitutivo de sociedad por acciones (art. 2328¹).

En otros casos la ley es ambigua. Por ejemplo, "para la estipulación de válidos contratos de locación" para uso de vivienda "es requerida la forma escrita" (art. 1^a Ley 431/1998). Se debería determinar que las locaciones verbales son inválidas, es decir nulas. Pero otra norma establece que la locación verbal produce (con los eventuales ajustes de contenido) todos los efectos de una válida locación (art. 12^s Ley 431/1998).

Cuando la forma es requerida para la validez, ella debe revestir las declaraciones contractuales constitutivas del contrato; no es suficiente que otras declaraciones, aunque referidas al contrato (por ejemplo, declaraciones de reconocimiento o confesorias), revistan esa forma. Así, un *recibo* escrito en que se reconoce el pago del precio de la venta inmobiliaria, en el que se reportan sus extremos, no satisface el requisito de la forma escrita impuesta para la validez del contrato (10.5).

Con respecto a la escritura pública, debe distinguirse entre *nulidad de la escritura pública* en sí considerada, y *nulidad del contrato* celebrado por escritura pública: no siempre la primera implica también la segunda. La nulidad de la escritura pública depende de la inobservancia de reglas que el ordenamiento notarial dicta para su formación, y que pueden no tocar la sustancia del contrato celebrado en esta forma: por ejemplo, el notario otorgante operaba fuera de su distrito, o no ha firmado, o ha omitido la lectura de la escritura. Las consecuencias sobre el contrato pueden ser diversas: si el contrato requiere la forma de la escritura pública, también el contrato es nulo (por defecto de forma, en vista de que aquí falta una válida escritura pública); si en cambio el contrato, aunque celebrado por escritura pública, no requiere tal forma, la presencia de las *suscripciones de las partes sobre el documento* permite calificarlo —no válido como escritura pública— como *válida escritura privada* (la denominada conversión de la escritura pública: art. 2701).

Declaraciones
constitutivas y
de
reconocimiento

Nulidad de la
escritura
pública ...

... y del
contrato por
escritura
pública

Conversión
de la escritura
pública

16. SIGUE: FORMA PARA LA PRUEBA

La ley establece que ciertos contratos deben ser "probados por escrito": por ejemplo, el seguro (art. 1888¹); la transacción (art. 1967); la cesión de hacienda (art. 2556¹: pero el art. 2556² impone también una forma para la publicidad); el pacto de no competencia (art. 2596¹).

Aquí la ley impone *no una forma del contrato, sino una forma de la prueba*. Por lo tanto, la inobservancia de la forma no provoca consecuencia alguna sobre la validez del contrato: una transacción hecha verbalmente es un *contrato válido*. Y puede no tener consecuencias también en el plano de la prueba: de la transacción verbal bien puede darse la prueba en juicio. Lo que es necesario *a los fines de la prueba*, es que exista un *documento escrito del cual resultan existencia y contenido del contrato*. Un determinado

Suficiencia
del
documento
de reconoci-
miento

documento puede no haber sido formado con el fin de la celebración del contrato y por lo tanto, no manifestar las correspondientes voluntades contractuales, sino para otros fines por ejemplo de reconocimiento: hecha verbalmente la transacción que establece un pago de A a B contra la renuncia de B a una mayor pretensión hacia A, si a la sucesiva recepción del pago B entrega a A un recibo que indica los términos de la transacción, con este documento A puede probar en un juicio que B ha renunciado en una transacción a la pretensión en su contra.

Ausencia de documento

Exclusión de la prueba testifical y presuntiva

Si luego faltara tal documento, no por esto cualquier posibilidad de prueba precluiría. Ciertamente, una seria restricción probatoria se activaría: no sería admisible la prueba a la cual habitualmente se hace amplio recurso en ausencia de documentos, es decir, la prueba testifical (art. 2725¹); ni la presuntiva (art. 2729²).

Atemperaciones

Pero también esta restricción conoce atemperaciones: primeramente, ella concierne *solo a la prueba de la existencia y del contenido del contrato*, no a hechos diferentes susceptibles de influenciar la relación contractual (el lugar de la celebración del contrato, que no resulta del documento, puede probarse libremente, y así también todo elemento útil para la interpretación del contrato); y luego, sobre todo, a la parte desprovista del documento se le admite, igualmente, la prueba testifical o presuntiva cuando pruebe haberlo *perdido sin culpa* (arts. 2725¹; 2724, numeral 3). Además, la falta de documento y la inadmisibilidad de la prueba testifical no impiden que la prueba pueda alcanzarse con otros medios, no documentales: en particular, con la *confesión* de la contraparte o con el *juramento* a ella deferido.

Prueba de los contratos que requieren forma escrita para la validez

La regla de que la falta de documento restringe la prueba testifical se aplica también a los contratos que requieren forma escrita para la validez (art. 2725²). Sin embargo, se recuerda que aquí está en juego la forma del acto, no de la prueba: prescindiendo de la prueba, es necesario que la forma escrita revista el contrato (las declaraciones contractuales que lo constituyen): si esta falta porque el contrato fue hecho verbalmente, el diverso documento que lo probara (por ejemplo, un recibo) probaría un contrato nulo.

Pactos agregados o contrarios al documento:

anteriores y contemporáneos ...

La prueba de un contrato (incluso no sujeto a forma escrita ni *ad substantiam* ni *ad probationem*) encuentra restricciones en todos los casos en los cuales este disponga algo diferente o contrastante respecto al contenido de un documento. Se debe distinguir, en razón de la *relación cronológica entre el contrato a probar y el documento que habría sido integrado o modificado*. Si el contrato lleva pactos agregados o contrarios al documento es presentado como anterior o contemporáneo a este, ello *no puede probarse con testigos* (art. 2722) *ni con presunciones* (art. 2729²): podrá probarse solamente con otro documento, o en su ausencia, con confesión o juramento. En cambio, si se asume que los pactos agregados o contrarios al documento son posteriores a éste, la prueba testifical y presuntiva está siempre

restringida, pero menos severamente: el juez puede admitirla "si, teniendo en cuenta la calidad de las partes, la naturaleza del contrato y cualquier otra circunstancia, *aparece verosímil* que se hayan hechos agregados o modificaciones verbales" (art. 2723).

... o
posteriores

17. SIGUE: OTROS PERFILES DE RELEVANCIA DE LA FORMA. LA DESTRUCCIÓN DEL DOCUMENTO

Más allá de la esquemática distinción entre formas *ad substantiam* y *ad probationem*, existen vínculos de forma cuya inobservancia no determina la nulidad del contrato (o al menos no la clásica nulidad del art. 1418) ni restricciones probatorias, sino que tienen importancia para otros fines.

Por ejemplo, con el fin de precluir exigencias publicitarias funcionales para hacer el contrato oponible a terceros: pueden inscribirse en los registros inmobiliarios solo los contratos hechos por escritura pública o por escritura privada autenticada (art. 2657). La misma forma requieren la cesión de hacienda y la cesión de cuotas de la sociedad de responsabilidad limitada, a los fines de la inscripción en el registro de las empresas (arts. 2556²; 2479⁴).

Forma para la
publicidad

O bien con el fin de sustituir los contenidos contractuales no formalizados con contenidos diferentes, que la ley indica: si los intereses ultralegales no están determinados por escrito, se aplican intereses a tasa legal (art. 1284³). E incluso: el contrato bancario no celebrado por escrito es nulo (art. 117³ TUB); pero si lo violado son singulares prescripciones de forma-contenido relativas a determinadas condiciones contractuales (como las del art. 117⁴ TUB), la consecuencia es que el contrato vive, pero a éste se aplican las diversas condiciones determinadas *ex art. 117⁷ TUB*).

Sustitución de
los
contenidos
no
formalizados

O bien con el fin de deducir una nulidad relativa o, según otra tesis, una ineficacia o no oponibilidad *inter partes*: la cláusula onerosa contenida en condiciones generales, no aprobada específicamente por escrito *ex art. 1341²*, no puede hacerse valer por el predisponente contra el adherente (41.3).

No
oponibilidad
entre las
partes

O bien con el fin de deducir la inoponibilidad a terceros (en tales casos, al requisito de la forma escrita se asocia como regla a la de la fecha cierta): el contrato de locación no es oponible al tercero adquirente de la cosa locada, si no es hecho por escritura con fecha cierta anterior a la adquisición del tercero (art. 1599¹); la prenda no da prelación al acreedor pignoraticio (o: no es oponible a los otros acreedores) "si... no resulta de escritura con fecha cierta" (art. 2787³); y cfr. el art. 2800 para la prenda de crédito.

No
oponibilidad
a terceros

La diversa gravedad de las consecuencias que pueden derivar de la inobservancia de prescripciones formales, hace *importante aclarar la naturaleza de las formas de caso en caso prescritas*. Ningún problema cuando es la misma ley la que la explicita, diciendo por ejemplo que tal contrato debe hacerse por escrito bajo sanción de nulidad, o que tal contrato debe ser probado por escrito. Ningún problema tampoco cuando, también en ausencia de expresa indicación legislativa, razones sistemáticas o de *ratio* sugieren claramente la solución (es el caso de muchas formas *ad substantiam*: cfr. por ejemplo, los arts. 14; 1351; 2328¹; 2504¹).

Calificación
de las formas

Casos
dudosos

Más problemática es la calificación de formas prescritas con una locución ambigua como aquella por la cual *el contrato debe "constar" por escrito* o por un acto escrito. El término tiene significados diferentes en razón de los diferentes supuestos de hecho. Cuando indica la forma requerida para contratos marcadamente caracterizados por la exigencia de tutelar a una parte "débil" de la relación —como sucede con la contratación en prueba del trabajador (art. 2096) o con el pacto de no competencia del trabajador (art. 2125)— es razonable deducir una forma *ad substantiam* (de allí la insuficiencia del documento que se limite a indicar un previo pacto verbal). En cambio, cuando atiende a relaciones con terceros, se la puede entender menos rigurosamente, en el sentido de que baste la documentación escrita de un contrato celebrado verbalmente (es el caso de la prenda: art. 2787).

Documento y
contrato

Destrucción
accidental...

... y voluntaria

El documento es la forma del contrato, pero no es el contrato: observación importante para valorar las consecuencias de su destrucción. Si el contrato fue hecho en la forma debida, y el documento es accidentalmente destruido, el contrato continúa existiendo como contrato válidamente celebrado. Podrá existir un problema de su *prueba*: por lo demás superable con la posibilidad de probarlo con testigos, si se demuestra la destrucción no culpable (art. 2724, inc. 3). Y podrá obviarse con la repetición (10.19). Diferente es el caso de la destrucción voluntaria por obra de la parte: esta impide la prueba testifical; y podría también indicar —como comportamiento concluyente— la voluntad de disolver el contrato (salvo ver si tal voluntad sea común a ambas partes, y si el acto resolutorio no esté vinculado a una forma).

18. LAS FORMAS VOLUNTARIAS

Previsión
unilateral

... y
consensual
Pactos sobre
la forma (art.
1352)

El vínculo de forma puede derivar, en lugar de la ley, de la autonomía privada. En primer lugar, de un ejercicio unilateral de autonomía privada: el oferente puede *ex art. 1326*⁴, vincular la eficacia de la aceptación al uso de una forma determinada (5.8). Pero también de su ejercicio consensual, y esto es, de un pacto sobre la forma: las partes pueden convenir "adoptar una determinada forma para la futura celebración de un contrato" (art. 1352).

La norma rompe con la tradición de duda si no de rechazo hacia la admisibilidad de pactos sobre la forma, que se había madurado bajo el código de 1865, que callaba sobre este punto. Tradición que no se sabe si fundada en una decisiva tutela de la libertad contractual, en su dimensión de libertad de las formas, o al contrario sobre una cierta desconfianza hacia la libertad contractual, todas las veces que se presente la derogatoria a los modelos legales. Algún rezago de esta tradición sobrevive aún, en las tesis que conciben el alcance del art. 1352 en términos bastante restrictivos.

Naturaleza y
tipologías

El pacto sobre la forma tiene naturaleza de *contrato normativo*, porque regula un futuro contrato (22.10). Puede *agotar el objeto del contrato*: A y B, que están por entrar en una compleja relación de negocios, convienen que todos los contratos que se estipularán en el ámbito de ella se hagan por escrito, y en idioma inglés. O bien puede ser *parte de un contrato con contenido más amplio*: en una cláusula de su contrato, H y K convienen que eventuales modificaciones de este deban ser acordadas por escrito; en un preliminar entre X e Y, se

conviene que el definitivo se hará por escritura pública. La forma pacticia puede identificarse con una *forma legal* (particularmente, escritura pública o escritura privada); pero puede también consistir en una *forma ignorada por la ley*: por ejemplo, en el vínculo que la escritura no esté solamente firmada a pie de página sino también rubricada en el margen derecho de cada página.

El problema central del pacto sobre la forma se refiere a las consecuencias de su violación: ¿cuál es el régimen del contrato sucesivamente estipulado en forma diferente de la pactada? Primeramente, manda la voluntad de las partes. Estas pueden haber convenido que la forma pactada (por ejemplo, la escritura) trascienda *en el terreno de la prueba*: en tal caso, el futuro contrato no podrá probarse por testigos, sino solo en vía documental (y será *quaestio voluntatis* si las partes hayan querido admitir, con el respaldo del paradigma legal, confesión y juramento, o en efecto excluir también estos medios). O bien pueden haber convenido que la forma trascienda *en el plano sustancial* y sea constitutiva de los efectos contractuales: y entonces el defecto de forma impedirá la producción de los efectos.

Si la voluntad de las partes consta, no surge problema (en particular no surge problema respecto a la admisibilidad de un pacto sobre la forma que sea en realidad un pacto sobre la prueba, y más precisamente *limitativo de los medios de prueba*: esta es materia en línea de principio disponible, como confirma el art. 1469-*bis*³, inc. 18). Surgen problemas cuando las partes pactan una forma, sin decir a que fin. En tal caso es necesario distinguir según que el pacto sobre la forma haya sido celebrado por escrito, o no.

Si el pacto reviste forma escrita, “se presume” que la forma pactada “haya sido deseada para la validez” del futuro contrato (art. 1352).

Al respecto se plantean dos problemas. El primero se refiere a las consecuencias de la violación, y por consiguiente al sentido a atribuir al término “validez”. Gran parte de la doctrina rechaza tomarlo al pie de la letra, negando que el contrato celebrado sin la forma pactada sea nulo *tout court*, y prefiriendo calificarlo, de caso en caso, solo como relativamente nulo, o como ineficaz, o incluso como no celebrado. Por su parte, la jurisprudencia muestra un comportamiento esquizofrénico: por un lado, da una lectura “fuerte” del pacto, deduciendo la nulidad absoluta, apreciable de oficio, del contrato no conforme; por el otro, la debilita enormemente admitiendo la posibilidad de su revocación también tácita, con un comportamiento concluyente de las partes que podría consistir en el hecho mismo de... violarlo estipulando el futuro contrato sin la forma pacticia.

La tesis de la nulidad absoluta parece excesiva. Más razonable es la de una nulidad relativa y subsanable: cada parte puede hacer valer la nulidad del contrato no conforme, pero ningún tercero aunque interesado puede invocarla, ni el juez puede apreciarla de oficio; y las partes pueden subsanarla. Pero en cuanto a la subsanación, es excesiva la tesis que da valor de comportamiento concluyente indicativo de la voluntad de revocar el pacto (y por consiguiente fuerza subsanante del contrato no conforme) a la mera celebración de este último: la voluntad de revocar el pacto —en cuanto contraria al contenido de un documento anterior—

Consecuencias de la violación

Voluntad de las partes

Admisibilidad del pacto sobre la prueba

Ausencia de previsión de las partes

Pacto escrito: presunción de forma para la validez

Significado de “validez”

Nulidad relativa y subsanable

requiere, en línea de principio, prueba documental, y puede ser probada por testigos solo dentro de los límites del art. 2723; o bien la subsanación puede resultar de un comportamiento concluyente "fuerte" como la ejecución del contrato no conforme.

Naturaleza de la "presunción"

El segundo problema se refiere a la naturaleza de la "presunción" establecida por la norma. Para algunos ella valdría como criterio de interpretación objetiva (20.3). Se objeta que en tal caso se la podría desmentir demostrando con cualquier medio, una distinta "intención de las partes" (orientada, por ejemplo, a una relevancia meramente probatoria): mientras es más coherente que la presunción creada por la escritura sobre la forma pueda vencerse sólo en vía documental (o mediante confesión o juramento), y no por testigos.

Pacto no escrito

Si el pacto no reviste forma escrita, no genera la presunción arriba indicada. Entonces los casos son dos. O el futuro contrato es hecho en la forma pacticia: si es así, ningún problema. O bien es no conforme (por ejemplo, es verbal, mientras el pacto —verbal— le imponía forma escrita): en tal caso, quien tiene interés en deducir la invalidez tiene la carga de probar (y puede hacerlo con cualquier medio) que el pacto existe, y que opera en el plano de la validez y no de la prueba; el contrainteressado puede hacer valer la validez del contrato demostrando (con cualquier medio) la inexistencia del pacto o su operatividad en el mero terreno probatorio.

Libre Juego de pruebas y contrapruebas

Actos instrumentales

Un último problema se refiere al régimen de los actos instrumentales al contrato considerado por el pacto sobre la forma. Dada una compraventa de un inmueble, que requiere *ex lege* forma escrita, requieren forma escrita también el preliminar (art. 1351) y el poder (art. 1392) a ella referidos. ¿Pero si A y B pactan la forma convencional de escritura para su futuro contrato (al que la ley no la impone), el mismo vínculo formal se extiende también al poder y al preliminar, relativos a ese contrato? La jurisprudencia responde que no, y considera plenamente válidos y eficaces el poder y los preliminares no conformes: pero una tesis tan restrictiva respecto al alcance de los pactos sobre la forma refleja la tradicional antipatía respecto de ellos, y no parece justificada.

19. LA REPRODUCCIÓN DEL CONTRATO

El fenómeno

En general, reproducción (o repetición) del contrato es el fenómeno por el cual, *celebrado un contrato, las partes sucesivamente lo rehacen en forma diferente*. Por ejemplo, pasando de la forma verbal a la escrita: A y B, celebrarán de manera verbal (y válidamente) una locación que no excede los nueve años, algún tiempo después la trasladan a una escritura. O pasando de la escritura privada a la pública: como a menudo sucede para las ventas de inmuebles. O de una escritura privada a otra, estructurada de manera diferente: X e Y celebran un contrato con intercambio de cartas, y después lo reproducen en un único texto contractual, firmado por ambas en dos originales.

Las finalidades

Los ejemplos indican algunas entre las posibles finalidades de la repetición. En el primer caso, dar precisión y certeza al contenido del contrato,

y por consiguiente a las posiciones de las partes; además, permitir el registro del contrato y así proveerlo de fecha cierta oponible a los terceros (10.9). En el segundo, permitir la inscripción en los registros inmobiliarios. En el tercero, permitir a cada parte disponer del mismo texto contractual en poder de la otra parte.

Pueden imaginarse también otras finalidades, que induzcan a las partes a regresar con un nuevo contrato sobre un contrato ya celebrado. Por ejemplo aclarar —agregando o reformulando una cláusula— algún punto oscuro o ambiguo del precedente contrato. O remover una posible razón de ineficacia del contrato: celebrado el contrato por el representante, y surgidas dudas sobre sus poderes representativos (12.9), el contrato es repetido directamente con firma del *dominus*.

La repetición del contrato normalmente es una elección espontánea de las partes; pero a veces, constituye acto debido. Fuente del deber de reproducir el contrato es por regla *el contrato mismo*, como en el caso de la escritura privada que en una cláusula comprometa a las partes a otorgar la correspondiente escritura pública notarial; o de la opción donde se establezca que las partes formalizarán en específica escritura el contrato celebrado con el ejercicio de la opción.

Elección
espontánea...
... o acto
debido

Fuente del
deber de
reproducir

Pero el deber puede derivar de la *ley*. En materia de contratos públicas valía el principio (hoy cuestionado, a la luz del desarrollo legislativo sobre la materia) que el contrato entre el particular y la administración se celebra ya con la denominada “adjudicación” a la empresa vencedora de la licitación: no obstante las partes deben proceder, dentro de un cierto plazo, a su sucesiva “estipulación” (cfr. el art. 109¹ DPR 554/1999; y el anterior art. 4¹ DPR 1063/1962). Y véase también el art. 1543², sobre la venta de herencia.

No existe deber de repetir en otra forma un contrato nulo: sea que la nulidad dependa de razones de sustancia, sea que dependa de defecto de forma. Si A y B celebran verbalmente una venta de un inmueble, con el compromiso recíproco de formalizarla por escrito, estamos fuera del fenómeno de la repetición del contrato. Si respetan el compromiso, la venta escrita no es repetición del contrato verbal, sino es el primer y único (válido) contrato entre las partes. Si una parte rechaza la escritura, esta no es violación de una obligación contractual, porque no existe contrato válido; pero puede ser violación de un deber (y fuente de responsabilidad) precontractual (8).

Contrato nulo

El debate de los intérpretes está dominado por una *interrogante teórica*: ¿el contrato reproductor tiene valor sólo de reconocimiento, de mera fijación de una voluntad contractual manifestada antes con el contrato reproducido? o bien ¿expresa también una actual voluntad contractual, capaz de atribuirle valor constitutivo o incluso novativo de la relación contractual? De la respuesta depende la solución de muchas *cuestiones prácticas*. Sin embargo, la grandísima variedad de supuestos de hecho en los cuales la

Valor del
contrato
reproductor:
¿solo de
reconocimien-
to...
... o
constitutivo/
novativo?

práctica articula el fenómeno de la repetición del contrato hace imposible una respuesta unívoca. La respuesta cambia según las variables que caracterizan cada supuesto de hecho concreto: y en particular de esa decisiva variable que es la intención de las partes, a determinar caso por caso.

Invalidez del contrato reproducido

Un problema es: ¿la invalidez del contrato reproducido hace inválido también el contrato reproductor? Depende. Si el primero es nulo por ilicitud de la causa, lo es también el segundo; pero si el primero es nulo por un vicio de forma, que el segundo no presenta, este último es válido. Si el primero es anulable por incapacidad o error, y el segundo es celebrado con capacidad readquirida o con error descubierto, el segundo es válido. Si el primero es rescindible por lesión, y el segundo ocurre cuando el estado de necesidad ha pasado, el segundo será válido siempre que no contraste con la regla (art. 1451) que excluye la convalidación del contrato rescindible (40.5).

Divergencias de contenido

Otro problema es: ¿cómo tratar las divergencias de contenido entre contrato reproducido y contrato reproductor? También aquí depende. Si resulta que el segundo no refleja una voluntad contractual actual de las partes, sino tiene valor meramente de reconocimiento del primero, este rige y las variantes introducidas en el documento reproductor deben desatenderse. En cambio si también el contrato reproductor expresa una actual voluntad contractual, es necesario indagar el alcance: cuando las divergencias sean concientes y deliberadas, vale el contenido del contrato reproductor (que en realidad resulta también parcialmente modificatorio); mientras que si las divergencias no son deseadas, porque las partes consideraban reproducir sin ninguna variante el primer contrato, podrá aplicarse la disciplina del error.

Contrato reproductor y contrato reproducido como títulos de pretensiones accionadas en juicio

Las precedentes observaciones parten de un presupuesto: en los casos de repetición del contrato, en línea de principio tanto el contrato reproducido como el contrato reproductor pueden ser hechos valer como título de pretensiones contractuales; incumbe a quien cuestiona tales pretensiones la carga de demostrar elementos (en hipótesis dependientes de la relación entre contrato reproducido y contrato reproductor) capaces de neutralizar la eficacia del contrato hecho valer. Así, en el caso de divergencia entre los dos textos contractuales, si A está interesado en hacer valer variantes introducidas por el contrato reproductor, puede presentarlo contra B; si B pretende oponerse, y hacer valer el diverso texto del contrato reproducido, le corresponde demostrar que el contrato reproductor tiene mero valor de reconocimiento y no autónomamente constitutivo de efectos contractuales, o bien demostrar que las divergencias del contrato reproductor son fruto de su error esencial y reconocible. O viceversa: si X tiene una pretensión basada en el texto del contrato reproducido, puede invocarla; si Y considera cuestionarla puede a su vez excepcionar (pero tiene la carga de probar documentalmente) que el contrato reproductor ha introducido una modificación que neutraliza la pretensión de la contraparte (la cual a su vez puede contraexcepcionar la invalidez por error, como se ha visto arriba).

A la luz de estos (o de análogos) criterios de razonamiento pueden resolverse otros problemas. Como los siguientes: ¿el tiempo de la celebración del contrato (relevante para los muchos perfiles vistos en su momento) se refiere al contrato reproducido, o llevado hacia adelante y hecho coincidir con la celebración del contrato reproductor? Si los dos contratos han sido celebrados en lugares diferentes, ¿cuál es el lugar de celebración del contrato? ¿El contrato reproductor interrumpe la *prescripción* de los derechos nacidos del contrato reproducido? ¿En caso de *impugnación*, esta debe referirse al contrato reproducido, o al contrato reproductor, o a ambos? ¿Y los plazos para su ejercicio transcurren desde el primero o desde el segundo?

Otros
problemas

BIBLIOGRAFÍA

- 1-18. S.T. MASUCCI, *La forma del contratto in generale*, en *Contratti Cendon*, VII, Torino, 2000, p. 1; F. DI GIOVANNI, *La forma*, en *Trattato contratti Rescigno*, Torino, 1999, p. 767; M. ROBLES, *Aspetti sostanziali e processuali della forma ad transcriptionem*, en *Contratto e impresa*, 1999, p. 152; T. MONTECCHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, Milano, 1998; N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997; A. PELLICANÒ, *I requisiti del contratto. Le applicazioni nella giurisprudenza*, I, *L'accordo e la forma*, Bologna, 1996; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente non qualificato nel mercato finanziario*, Milano, 1996; A. DI MAJO, *Esiste o meno la forma "virtuale" del contratto?*, en *Corriere giuridico*, 1996, p. 1115; A. PALAZZO, *La forma negoziale tra nuove polemiche e sicure realtà*, en *Scritti in onore di Sacco*, II, Milano, 1995, p. 793; G.F. MINNITI, *Il formalismo negoziale tra procedimento e fattispecie*, en *Quadrimestre*, 1993, p. 423; F. MASTROPAOLO, *Consegna e forma nei contratti reali*, en *Archivio giuridico*, 1993, p. 359; R. LERNER, *Dalla formazione alla forma dei contratti sui valori mobiliari (Prime note sul "neoformalismo" negoziale)*, en *Il contratto. Silloge in onore di G. Oppo*, II, Padova, 1992, p. 410; A. PALAZZO, *Forme del negozio giuridico*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, VIII, Torino, 1992, *ad vocem*; M. DI PAOLO, *La forma del contratto*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, III, Torino, 1991, p. 747; P. VITUCCI, *Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, en *Quadrimestre*, 1989, p. 55; AA.VV., *La forma degli atti nel diritto privato*, *Studi in onore di M. Giorgianni*, Napoli, 1988; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987; G.B. FERRI, *Forma ed autonomia negoziale*, en *Quadrimestre*, 1987, p. 313; B. GRASSO, *La forma tra regola ed eccezione*, en *Rassegna di diritto civile*, 1986, p. 49; A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, en *Rivista di diritto civile*, 1986, II, p. 203; R. GUASTINI, *In tema di libertà delle forme*, en *Rivista di diritto civile*, 1986, II, p. 539; N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo*, Milano, 1985; G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Milano, 1969; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968, *ad vocem*; A. ORMANNI, *Forma del negozio giuridico*, en *Novissimo digesto italiano*, VII, Torino, 1961, *ad vocem*.
- 3-6. C. MUCIO, *Nulla il contratto della p.a. non redatto in forma scritta*, en *Contratti*, 2000, p. 225; G. GENNARI, *L'estensione del requisito di forma nel contratto di compravendita*

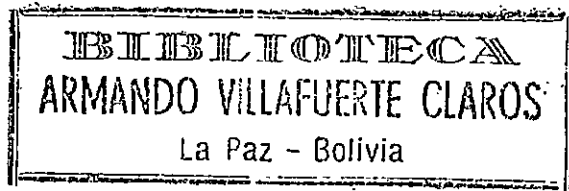
immobiliare, en *Rivista di diritto privato*, 1998, p. 148; D. DI SABATO, *Il documento contrattuale*, Milano, 1997; A. SCARSO, *In tema di conclusione di contratti per i quali sia prevista la forma scritta ad substantiam*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1997, I, p. 201; S. MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, en *Contratto e impresa*, 1994, p. 37; S. PATTI, *Documento*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, VII, Torino, 1991, *ad vocem*; R. CECCHETTI, *Negozi giuridico (negozi per relationem)*, en *Enciclopedia giuridica*, XX, Roma, 1990, *ad vocem*; C. ANGELICI, *Documentazione e documento*, en *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, 1989, *ad vocem*; F. DE SANTIS, *Il documento non scritto come prova civile*, Napoli, 1988; L. FRAN-CARIO, *Osservazioni sulla forma in funzione di controllo dell'autonomia dei privati (a proposito della relatio nei negozi formali)*, en *Il Foro italiano*, 1981, I, p. 2497; N. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1976, I, p. 189; R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, en *Rivista di diritto civile*, 1972, I, p. 117; A. CANDIAN, *Documentazione e documento*, en *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, *ad vocem*; C.M. BIANCA, *Sottoscrizione di cambiale e requisiti di forma della compravendita immobiliare*, en *Giurisprudenza italiana*, 1957, I, 1, p. 138; GUIDI, *Teoria giuridica del documento*, Milano, 1950; CARRARO, *Il diritto sul documento*, Milano, 1950; F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, en *Rivista di diritto processuale civile*, 1926, I, p. 182; L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1919, I, p. 418.

7. F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997; G. BONILINI, *La forma del mutuo dissenso*, en *Contratti*, 1997, p. 545; F. GRADASSI, *Requisiti formali della risoluzione consensuale di compravendita immobiliare*, en *Notariato*, 1997, p. 109; A. PLAIA, *Il contratto risolutorio del preliminare formale*, en *Contratto e impresa*, 1996, p. 973; L. D'ALESSANDRO, *La forma del contratto risolutorio del preliminare formale*, en *Rassegna di diritto civile*, 1995, p. 5; O. LOMBARDI, *La forma del mutuo dissenso*, en *Rassegna di diritto civile*, 1995, p. 543; D. CLAPIZ, *Forma dei negozi complementari e collegati*, en *Rivista di diritto civile*, 1992, II, p. 739; F. PARENTE, *Il regime formale del negozio risolutorio di preliminare di vendita immobiliare*, en *Il Foro italiano* 1988, I, p. 2923; O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, en *Rivista del diritto commerciale*, 1976, I, p. 189; R. SANDULLI, *Forma del negozio risolutorio di un preliminare di vendita immobiliare*, en *Giustizia civile*, 1967, I, p. 429; A. LA TORRE, *La forma dei negozi risolutori*, en *Giustizia civile*, 1962, I, p. 154.
- 8-9. G. GRASSELLI, *La scrittura privata*, en *Contratti Cendon*, VII, Torino, 2000, p. 113; M. ORLANDI, *La paternità delle scritture*, Milano, 1997; F. CIMEI, *In tema di scrittura privata: "crocesegno"; gli "equipollenti" della sottoscrizione*, en *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, 1, p. 1551; E. MARMOCCHI, *Scrittura privata*, en *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1992, XXVIII, *ad vocem*; B. CARPINO, *Scrittura privata*, en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1989, XLI, *ad vocem*; A. LUMINOSO, *Data certa, timbro postale e proposta contrattuale fatta per scrittura*, en *Rivista giuridica sarda*, 1988, p. 353; A. SCARDACCIONE, *Scrittura privata*, en *Novissimo digesto italiano*, XVI, Torino, 1969, *ad vocem*.

10. G. BONILINI, *Biancosegno, divisione, esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto*, en *Contratti*, 1995, p. 581; A. ROCCHIETTI MARCH, *Falso ideologico in scrittura privata e abuso di biancosegno alla luce del nuovo orientamento giurisprudenziale*, en *Rivista di diritto civile*, 1986, II, p. 525; D. SPIAZZI, *L'impugnabilità per errore di fatto del responso degli arbitri liberi emesso attraverso il riempimento del biancosegno*, en *Giurisprudenza italiana*, 1981, I, 1, 565; M. FRAGALI, *Biancosegno*, en *Enciclopedia del diritto*, V, Milano, 1954, *ad vocem*.
11. P. CARDARELLI, *La conclusione del contratto mediante telefax*, en *Contratto e impresa*, 1994, p. 64; T. PASQUINO, *Aspetti problematici della conclusione del contratto mediante "telefax"*, en *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1989, p. 567.
12. G. GHIHERTI, *L'atto pubblico: profili sostanziali e processuali*, en *Contratti Cendon*, VII, Torino, 2000, p. 93; I. CASERTA, *Falsità delle cause impeditive della sottoscrizione di atto pubblico e conseguenze patologiche*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, I, p. 198; A. NATUCCI, *L'art. 28 della legge notarile e la stipulazione di atti annullabili*, en *Rivista di diritto civile*, 1999, II, p. 589; F. TOMMASEO, *L'atto pubblico nel sistema delle prove documentali*, en *Rivista del notariato*, 1998, p. 593; E. MARMOCCHI, *L'atto pubblico tra clausole vessatorie e clausole abusive*, en *Rivista del notariato*, 1997, p. 55; G. CELESTE, *Efficacia probatoria dell'atto pubblico, accertamento negoziale e funzione notarile*, en *Notariato*, 1996, p. 250; A. CHINALE, *L'atto pubblico. Contributo alla teoria dei costi transattivi*, Milano, 1992; G. MARICONDA, *Atto pubblico*, en *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1998, IV, *ad vocem*; A. LENER, *Atto pubblico e sottoscrizioni delle parti*, en *Il Foro italiano*, 1978, V, p. 265; G. BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, en *Rivista del notariato*, 1978, p. 693; G. CRISCI, *Atto pubblico (diritto civile)*, en *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, *ad vocem*.
13. G. FINOCCHIARO, *La firma digitale*, en *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, al cuidado de F. Galgano, Bologna-Roma, 2000; F. DELFINI, *La recente direttiva sulle firme elettroniche: prime considerazioni*, en *Contratti*, 2000, p. 424; B. STANCHI, *Forma elettronica e nuove tecniche di documentazione formale dell'accordo*, en *Contratti Cendon*, VII, Torino, 2000, p. 147; R. ZAGAMI, *Firma digitale e sicurezza giuridica nel d.p.r. 10 novembre 1997, n. 513 e nel d.p. c.m. 8 febbraio 1999*, Padova, 2000; P. PICCOLI-G. ZANOLINI, *Il documento elettronico e la "firma digitale"*, en AA.VV. (al cuidado de E. Tosi y G. Alpa), *I problemi giuridici di Internet*, 1999, p. 57; E. FLORINDI, *Il contratto digitale*, en *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, p. 673; F. SQUILLARO, *La firma digitale nell'attività notarile*, en *Vita notarile*, 1999, p. 428; R. CLARIZIA, *La libertà di forma in civil law e in common law-Il contratto telematico*, en *Europa e diritto privato*, 1999, p. 183; F. GUARRACINO, *Forme dichiarative e documento elettronico privo della sottoscrizione ex d.p.r. 10 novembre 1997, n. 513*, en *Rivista del diritto privato*, 1999, p. 292; F. DE SANTIS, *Tipologia e diffusione del documento informatico. Pregresse difficoltà di un suo inquadramento normativo*, en *Corriere giuridico*, 1998, p. 383; G. GRISI, *La frontiera telematica della contrattazione a distanza*, en *Europa e diritto privato*, 1998, p. 875; C.M. BIANCA, *I contratti digitali*, en *Studium iuris*, 1998, p. 1035; F. DELFINI, *Il d.p.r. n. 513 del 1997 e il contratto telematico*, en *Contratti*, 1998, p. 293; A. LISERRE, *L'avvento del documento elettronico*, en *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, p. 457; M. MICCOLI,

Documento e commercio telematico. Guida al regolamento italiano, Milano, 1998; R. ZAGAMI, *Firme "digitali", crittografia e validità del documento elettronico*, en *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1996, p. 151; G. FINOCCHIARO, *Documento elettronico*, en *Contratto e impresa*, 1994, p. 433; F. STALLONE, *La forma dell'atto giuridico elettronico*, en *Contratto e impresa*, 1990, p. 756; E. GIANNANTONIO, *Il valore giuridico del documento elettronico*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1986, I, p. 261; G. MIRABELLI, *Contratto tra terminali e documento elettronico*, en *Rivista del notariato*, 1986, p. 769.

18. V. VERDICCHIO, *Le forme volontarie*, en *Contratti Cendon*, VII, Torino, 2000, p. 385; A. NATALE, *La rinunzia alla forma convenzionale*, en *Contratti*, 2000, p. 876; V. PARENTI, *Sulla riduttiva considerazione della forma convenzionale ex art. 1352 c.c.*, en *Giustizia civile*, 1999, II, p. 175; D. MAFFEIS, *Autonomia privata, formalismo volontario e nullità del contratto*, en *Contratti*, 1996, p. 418; U. LA PORTA, *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto: a proposito di un recente libro*, en *Rassegna di diritto civile*, 1993, p. 393; F. DI GIOVANNI, *Accordo sulla forma e accordo sulla documentazione*, en *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di M. Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 91; G. B. FERRI, *Forma ed autonomia negoziale*, en *Quadrimestre*, 1987, p. 313; L. NUZZO, *Sulla rilevabilità di ufficio del difetto di forma convenzionale*, en *Giustizia civile*, 1980, I, p. 2236; G. MIRABELLI, *La forma volontaria nell'art. 1352 c.c.*, en *Vita notarile*, 1957, p. 598; A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949; L. CARIOTA FERRARA, *La forma del contratto ed i contratti sulle forme*, en *Rivista del notariato*, 1948.
19. L. ZAPPATA, *La rinnovazione (con modifiche) per fatti concludenti di un contratto nullo*, en *Contratti*, 2000, p. 22; V. VERDICCHIO, *La ripetizione del contratto*, en *Contratti Cendon*, VII, Torino, 2000, p. 427; R. SACCO, *Riproduzione, rinnovazione, ripetizione, reiterazione dei contratti*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVIII, Torino, 1998, *ad vocem*; M. CASELLA, *Ripetizione del negozio*, en *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 1991, *ad vocem*; C. GRANELLI, *Riproduzione (e rinnovazione) del negozio giuridico*, en *Enciclopedia del diritto*, XL., Milano, 1989, *ad vocem*; C. GRANELLI, *Riproduzione e rinnovazione del contratto*, Milano, 1988; N. IRTI, *La ripetizione del negozio*, Milano, 1970; G. SEGRÈ, *Ricognizione, riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico*, en *Scritti giuridici*, Roma, 1930, p. 643.



CAPÍTULO XI

LA REPRESENTACIÓN: NOCIÓN, FUNCIÓN Y ÁMBITOS

1. La noción de representación: actuar "por cuenta" de otros y "en nombre" de otros.— 2. El mecanismo operativo.— 3. El *nuncius*.— 4. El objeto de la representación.— 5. Representación sustancial y procesal.— 6. Fuentes, tipos y regímenes de la representación.— 7. Representación y gestión.— 8. El poder.— 9. La actuación en nombre del representado.— *Bibliografía*.

1. LA NOCIÓN DE REPRESENTACIÓN: ACTUAR "POR CUENTA" DE OTROS Y "EN NOMBRE" DE OTROS

La representación realiza en la actividad contractual un principio de división del trabajo: el "trabajo" relativo a la celebración del contrato es realizado por un sujeto diferente del sujeto interesado en el contrato. El principio de división del trabajo domina a la sociedad y a la economía moderna, que se alimentan necesariamente de la actividad contractual: de aquí la centralidad de la representación, sin la cual el contrato no podría desplegar su papel en la organización económica-social de nuestro tiempo.

División del trabajo

Centralidad de la representación

Se disputan el campo dos modos de concebir la representación: una concepción amplia, y una restringida.

La concepción amplia es de elaboración doctrinal. Ella identifica la esencia de la institución en el fenómeno de la cooperación: se tiene representación toda vez que *alguien actúa por cuenta y en interés de otro*. Al interior de una categoría concebida en sentido tan amplio, se distinguen luego dos subtipos: la *representación directa*, calificada por el hecho de que el cooperador actúa, además que por cuenta, también en nombre del interesado, con la consecuencia de que los efectos del acto se producen directamente en la esfera de este último; y la *representación indirecta*, que ve al cooperador actuar por cuenta del interesado pero en nombre propio, con la consecuencia de que los efectos del acto se producen en la esfera del cooperador que lo realiza, y solo en un segundo momento y por medio de un ulterior acto se vuelcan en la esfera del interesado.

Concepción amplia: cooperación

Concepción restringida: sustitución

La concepción restringida es más adherente al planteamiento legislativo. Ella identifica la esencia de la institución en la sustitución: se tiene representación solo cuando *alguien actúa en nombre de otro*, sustituyéndolo en el cumplimiento de un acto que produce sus efectos directamente en la esfera del interesado, aunque no lo haya realizado personalmente. Para esta concepción no tiene sentido distinguir entre representación directa e indirecta: la denominada representación directa lleva una adjetivación superflua, porque no es otra que la representación *tout court*, la única representación real; mientras la representación indirecta no es realmente representación.

Ambas concepciones tienen de su lado alguna buena razón. La amplia valora el hecho de que cualquiera que actúe por otro —sea que lo haga en nombre de otro, sea que lo haga en nombre propio— está vinculada a operar en el interés de aquel que, directa o indirectamente, está destinado a recibir los efectos del acto; y descarta del mismo modo la existencia de casos en los cuales también el acto realizado en nombre propio, si es realizado por otro, produce algunos efectos directamente en la esfera del interesado (como es regla que suceda con el actuar en nombre ajeno). La concepción restringida valora las especificidades del actuar en nombre ajeno, y de las consecuencias que derivan: especificidades tan relevantes que sugieren la oportunidad de que el fenómeno deba ser aislado y no confundido con fenómenos distintos, aunque afines.

En las páginas que siguen, de conformidad con el encuadramiento del código, el concepto de representación es asumido en su acepción restringida, y por consiguiente se agota en la figura que la concepción amplia designa como representación directa. En este sentido “representante” es *quien actúa en nombre ajeno*; “representado” es *aquel, en nombre del cual el representante actúa*.

Representante

Representado

2. EL MECANISMO OPERATIVO

Art. 1388

El mecanismo operativo de la representación está descrito por el art. 1388, que con fórmula de síntesis indica los presupuestos y la consecuencia.

Efectos directos en la esfera del representado

La consecuencia prominente del mecanismo representativo es que “El contrato celebrado por el representante (...) produce directamente efectos respecto al representado”. Es el representante que celebra el contrato, que forma y manifiesta la voluntad contractual: por ejemplo: acordando con la contraparte venderle la cosa del representado por un determinado precio; o comprar por el representado la cosa de la contraparte por un determinado precio. Pero es el representado el que recibe los efectos del contrato: él pierde la propiedad de la cosa vendida por el representante y se convierte en acreedor del precio; él adquiere la propiedad de la cosa comprada por el representante y se convierte en deudor del precio. El representante es *parte*

en sentido instrumental o procedimental; es parte del contrato como acto. En cambio, el representado es *parte en sentido sustancial*; es parte del contrato como relación.

Se registra así una divergencia de la definición del art. 1321: el contrato celebrado en representación es el acuerdo entre el representante y la contraparte para constituir, regular o extinguir una relación ya no “entre sí”, sino respecto al representado, que en el acuerdo no participa.

Si el mecanismo representativo sirve para producir efectos contractuales en cabeza del representado, es evidente que para su pleno operar es necesario que esos efectos contractuales no estén precluidos al representado: es necesario que el representado tenga legitimación y capacidad jurídica (34.1) en orden a las posiciones subjetivas movilizadas por el contrato. Así, si ciertos sujetos no pueden adquirir ciertos bienes, bajo sanción de invalidez de la adquisición (art. 1471), la misma invalidez afecta a la adquisición hecha para ellos por un representante: lo dice con claridad el art. 1389². Puesto que la venta de cosa ajena no transfiere la propiedad al comprador, el efecto traslativo está impedido también cuando ella es realizada por un representante del vendedor. En síntesis: *el acto del representante no puede producir, hacia el representado, efectos contractuales superiores a los que produciría el acto del representado mismo*.

Legitimación y capacidad jurídica del representado

El operar del mecanismo representativo implica algunos presupuestos, que se obtienen del mismo art. 1388. Sin embargo, examinándolos se verá que no todos tienen la misma fuerza condicionante, y que ninguno tiene valor absoluto.

Presupuestos

El primero —implícito en el hecho mismo de que se hable de contrato celebrado por el “representante”, y de efectos que se producen sobre el “representado”— es la existencia del poder representativo a favor del primero, sin el cual él no sería “representante”. Este presupuesto se vincula a las *fuentes de la representación*, de las cuales se genera el correspondiente poder (11.6). Aquel, por lo demás, *no tiene valor absoluto*: las reglas sobre la extinción de la representación (12.6-8) y sobre la representación aparente (12.12) dicen que en ciertos casos el pretendido “representado” recibe los efectos del contrato celebrado por el presunto “representante” aunque este no tenga poderes representativos.

Existencia del poder representativo

El segundo es que el representante opere “dentro de los límites de las facultades otorgadas”: límites que a su vez dependen del modo en el que los poderes representativos están conformados por su fuente. La regla es que el contrato celebrado más allá de esos límites no vincula al representado: también aquí, sin embargo, con *alguna derogación*, que emerge de la disciplina

Respeto de los límites del poder

de las modificaciones del poder (12.6) y, de nuevo, de la de la representación aparente.

Logro del
Interés del
representado

El tercer presupuesto, que parecería resultar de la norma, es la realización del acto del representante en interés del representado. Se trata en realidad de un *presupuesto débil*, porque su defecto no impide la producción de los efectos sobre el representado, sino que se limita a hacerlos eventualmente precarios: como nos lo indica la disciplina del contrato celebrado en conflicto de intereses (12.4). Además, se dan casos en los que la representación es otorgada para ser ejercitada (también) en interés del representante.

Actuación en
nombre del
representado

El cuarto es el actuar en nombre del representado: es necesario que el contrato sea "celebrado por el representante en nombre (...) del representado"; en caso contrario, los efectos del contrato se producen en cabeza del representante, que ha realizado el acto sin usar el nombre ajeno. Este es un *presupuesto fuerte*; no obstante, se verá que ciertas aplicaciones jurisprudenciales lo atenúan (11.9).

Categoría del
poder

La *explicación conceptual* del mecanismo operativo de la representación se basa en la categoría del poder: el representante está en grado de vincular contractualmente al representado, en cuanto tiene el poder para hacerlo —el poder representativo, precisamente—. En lugar de la categoría del poder, o junto a esta, parte de la doctrina introduce otras: en particular las de la *legitimación* y de la *autorización*.

En cualquier caso, el otorgamiento de poder representativo da algo al representante sin quitar nada al representado: en particular, no priva al representado del poder de realizar personalmente los mismos actos por los cuales ha dado la representación; además, el cumplimiento personal del acto puede valer como revocación del poder otorgado.

Sub-
representación

Se discute si el poder representativo sea transferible, mediante un acto con el cual el representante lo ceda totalmente o en parte a otro sujeto, que estaría así legitimado para actuar por el representado (sub-representación). Argumentos son recogidos —en un sentido y en otro— del art. 1717, relativo a la sustitución del mandatario. La subrepresentación parece *en línea de principio que se deba excluir*, porque la atribución del poder representativo se basa normalmente en la relación personal y fiduciaria que el representado mantiene con el representante; no existe razón de negarla cuando esté *autorizada por el interesado* (cuyo consentimiento, según las circunstancias, podrá ser también no expreso sino deducible por hechos concluyentes).

La jurisprudencia sugiere *mayor amplitud en el campo de la representación orgánica* (13.1): el administrador-representante de una sociedad puede delegar a un tercero, incluso no administrador, el cumplimiento de actos societarios, con el único límite que ello no esté expresamente excluido por el estatuto, y que la delegación no transfiera la generalidad de los poderes. En el campo de la *representación legal de los incapaces*, también la hipótesis de

subrepresentación está condicionada por la presencia y por el papel formal de las autoridades públicas encargadas de vigilar la actividad de los representantes.

El mecanismo representativo —en virtud del cual un sujeto decide y dispone por otro— plantea un problema teórico, que se refiere al principio de autonomía. El contrato es, por excelencia, acto de autonomía. ¿Lo es también el contrato celebrado por representación? Y si lo es, ¿es *acto de autonomía del representado o del representante*? A la primera pregunta debe responderse “sí”. Muchísimos contratos, y entre los más relevantes, son celebrados por representación, y no se puede pensar que a una porción tan calificada de la realidad contractual sea ajena a lo que es la esencia misma de la institución. Por otro lado, si “autonomía” es ajuste de intereses por obra de ese mismo sujeto que es titular o partícipe de los intereses a ajustar, en lugar de que por obra de una autoridad externa, el paradigma autonomista se presenta siempre en el fenómeno de la representación: tanto en la representación voluntaria, como en la representación legal. Con respecto a una y otra, puede más bien cambiar la respuesta a la segunda pregunta: como se dirá luego (11.6).

Representación
y autonomía

El mecanismo de la representación imputa al representado los efectos de la acción del representante. Se ha afirmado que ello vale también para la acción precontractual del representante. En verdad, es necesario hacer una distinción. Sin duda se imputan al representado los efectos de las acciones del representante que se pueden definir como “precontractuales” solo porque cronológicamente son anteriores a la celebración del contrato, pero que bajo otro perfil tienen naturaleza “contractual” en cuanto actos negociales referidos al contrato *in itinere*: es obvio que la oferta del representante expone al representado al riesgo de la aceptación de la contraparte; es obvio que si el representante rechaza la oferta de la contraparte, y el rechazo la caduca, la oferta no está ya viva para el representado.

Actos
precontractuales
del
representante:
Imputación al
representado

Actos
relevantes
para el
contrato ...

Otro discurso debe hacerse para los actos del representante, anteriores al contrato, que tengan importancia no en el plano contractual, sino en el plano del daño y del resarcimiento: en particular, los actos generadores de responsabilidad precontractual. Los efectos de tales actos (responsabilidad y deberes resarcitorios) no son automáticamente imputados al representado, porque *el automatismo de la imputación representativa se refiere sólo a los efectos contractuales*: serán imputados —según los casos solo al representante, o solo al representado, o a ambos— en base a los *criterios de imputación del ilícito*.

... y para la
responsabilidad
precontractual

3. EL NUNCIUS

A diferencia del representante, que forma y manifiesta la voluntad contractual convirtiéndose en parte del contrato, el *nuncius* se limita a *transmitir a la contraparte la voluntad contractual ya completamente formada por el interesado*: por consiguiente, no se convierte en parte del contrato, que se considera celebrado personalmente por el interesado; ni propiamente usa el nombre del interesado, porque no declara su propia voluntad para el interesado sino la voluntad del interesado.

Nuncius

En la gran variedad de los casos prácticos, pueden darse situaciones *borderline*, en las cuales no es fácil entender si quien habla por otro es su *nuncius* o su representante (igualmente porque no es incompatible con la representación la predeterminación de elementos contractuales por voluntad del representado). El hecho de que el sujeto esté dotado de un título idóneo para otorgarle poderes representativos (por ejemplo, un poder) es generalmente

Casos
dudosos

decisivo para propender por la calificación de representante: pero no de manera absoluta, porque también en tal caso él podría operar en concreto como *nuncius* y no como representante.

Criterios de la discrecionalidad exhibida

Decisivo es más bien el criterio de la discrecionalidad exhibida: si el sujeto al llevar la voluntad contractual, manifiesta el ejercicio de algún margen de discrecionalidad en la formación de esta, se presenta como representante y así debe ser considerado; debe ser considerado como *nuncius* si se presenta como portador de una voluntad de ningún modo conformada por sus elecciones discrecionales. Por ello podrá calificarse *nuncius* también quien pone por escrito y lleva a la contraparte la voluntad contractual manifestada verbalmente por el interesado (no, sin embargo, si el contrato exige forma escrita: en tal caso, es necesaria la suscripción del interesado o de su representante).

Irrelevancia de la incapacidad natural

La diferencia entre las dos figuras destaca, en el plano del tratamiento, sobre todo con respecto a la capacidad para obrar: en el momento en que desenvuelve su papel, el representante debe tener al menos la capacidad natural (12.1); en cambio, el *nuncius* puede estar privado de esta, siendo *suficiente la eficiencia material de su actividad de transmisión*.

Vicios de la voluntad

Es obvio que los vicios de la voluntad deben *valorarse respecto al interesado*, porque su voluntad ha formado el contrato (cfr. por lo demás el art. 1390, segundo enunciado). Sin embargo puede tener importancia el error del *nuncius*, que mal comprende la voluntad del interesado y así la transmite a la contraparte de manera distorsionada: en línea de principio el interesado está vinculado a la declaración transmitida de manera infiel, porque es justo que sea él quien soporte el riesgo por el mal funcionamiento del medio de transmisión que ha elegido; pero si concurren los presupuestos establecidos por el art. 1433 —esencialidad y reconocimiento de la divergencia— puede impugnarla por error obstativo (35.13).

Transmisión errónea

Infidelidad deliberada

La misma regla puede aplicarse cuando la infidelidad de la transmisión dependa no de un error, sino de la alteración intencional realizada por el *nuncius*. Sin embargo, no en el caso extremo en el cual un supuesto *nuncius* se presenta como portador de la voluntad contractual de alguien que no le ha dado ningún encargo: el pretendido interesado no está vinculado, y la contraparte puede pedir los daños al *falsus nuncius*, en base al art. 1398 (12.11).

4. EL OBJETO DE LA REPRESENTACIÓN

¿Cuáles actos pueden realizarse en representación y cuáles no? La pregunta se divide en dos cuestiones: una que se afronta en abstracto, la otra en concreto.

Todos los contratos menos la donación

En abstracto, todos los contratos pueden realizarse por representación, con excepción de la donación (arts. 777-778), en razón de su carácter personal. (Otra cosa son los contratos basados en la *intuitus personae*, o en los cuales la prestación debe ser ejecutada personalmente por la parte, como

contratos de trabajo, contratos de obra, etc.: nada prohíbe que los celebre un representante en sustitución del interesado).

La representación puede operar fuera del campo de los contratos, pero también aquí con algunos límites. Están excluidos, por la misma *ratio* que excluye la donación, los denominados actos personalísimos: matrimonio (en el matrimonio "por poder" *ex art. 111* opera en realidad un *nuncius*); testamento y su revocación (arts. 631, 680 y ss.); separación consensual; reconocimiento de hijo natural, adopción.

La representación está admitida en los actos unilaterales, a menudo relevantes para el desenvolvimiento de alguna relación contractual: tanto los que tengan naturaleza ciertamente negocial (separaciones, despedidas, renunciaciones, rescates, votos en asamblea), como los que no tengan tal naturaleza (comunicaciones, intimaciones, requerimientos y confesiones). En línea de principio no puede excluirse tampoco para los actos materiales o, con todo, no declarativos (pagos, tomas de posesión, ocupaciones, abandonos): con los límites y los ajustes sugeridos por la dificultad de individualizar aquí el actuar en nombre del interesado frente a una contraparte.

Se admite la *representación en la recepción de actos* (denominada *representación pasiva*): así, comunicada la separación al representante de la parte, el efecto de disolución de la relación se produce en esta última; hecho el pago en manos del representante del acreedor, el crédito de este se extingue (una previsión normativa de pago al representante se encuentra en el art. 1181¹).

Si un determinado acto es abstractamente susceptible de realizarse por representación, se trata luego de saber si este se encuentra, en concreto, entre los actos que ese representante tiene el poder de realizar en sustitución de ese representado. Aquí la respuesta está en la fuente de la representación, que haciendo nacer el poder representativo define también los límites: por ejemplo, se tratará de ver si ese cierto acto está cubierto por el poder voluntariamente conferido; o si está comprendido entre aquellos que la norma atribuye a la competencia del representante legal (11.6).

5. REPRESENTACIÓN SUSTANCIAL Y PROCESAL

La representación procesal es el *poder de actuar en un juicio en nombre del interesado, que recibe los efectos de las iniciativas procesales del representante*. Se contrapone a la representación en el cumplimiento de actos no procesales, que se define *representación sustancial*. Así, si A celebra en nombre de B un contrato con X, es representante sustancial de B; si

Actos no contractuales

Exclusión de los actos personalísimos

Actos unilaterales negociales

... y no negociales

Actos materiales no declarativos

Representación pasiva

Objeto de la representación en concreto

Fuente y límites de la representación

Representación procesal

... y sustancial

después, en nombre de B, demanda a X en un juicio para el cumplimiento del contrato, ejercita la representación procesal de B.

Regla de la
coincidencia

La regla en materia es la necesaria (o al menos en línea de tendencia) coincidencia entre representante procesal y sustancial. El poder de representar en un juicio al interesado puede corresponder, en línea de principio, solo a quien lo representa en los actos sustanciales correspondientes a la relación deducida en un juicio: la disociación entre los dos tipos de representación es vista con disfavor.

Ello vale sea cual fuere la naturaleza de la representación en cuanto a la fuente: legal, orgánica o voluntaria. Con una diferencia. En la representación *legal* y en la *orgánica* la ley hace derivar casi automáticamente la representación procesal de la sustancial (art. 75²⁻⁴ CPC): tener la primera es como regla condición suficiente para tener también la segunda. En cambio en la representación *voluntaria* tener la representación sustancial es condición necesaria para tener la procesal, pero no suficiente: para que el representante sustancial (y solo él) sea también representante procesal es necesario que el correspondiente poder le haya sido "otorgado expresamente por escrito" (art. 76¹ CPC).

Representación
pasiva

También en el campo procesal encuentra aplicación el mecanismo de la representación pasiva: si A representa procesalmente al interesado B, A puede ser demandado en un juicio en lugar de B (o bien, como se suele decir, B puede ser demandado "en persona" de su representante A).

Representación
técnica en el
proceso
Poder para
litis

Otro aspecto de la representación procesal de la cual se ha hablado hasta aquí, es la representación técnica en el proceso: esta corresponde al defensor (abogado) dotado del denominado poder para la litis (art. 83 CPC). Este "puede realizar y recibir, en interés de la parte..., todos los actos del proceso que por la ley no estén a ella expresamente reservados"; pero para los actos que implican disposición del derecho controvertido (como el desistimiento de la demanda) es necesario que el correspondiente poder haya sido otorgado por la parte de manera específica y expresa (art. 84 CPC). Por ejemplo, A tiene la representación sustancial y procesal de B en un negocio con H, y habiendo surgido una controversia demanda a H en nombre de B, dando poder para la litis al abogado Z: parte en el proceso es A (en representación procesal de B, titular sustancial de la relación litigiosa); y Z es su representante técnico en el proceso.

6. FUENTES, TIPOS Y RÉGIMENES DE LA REPRESENTACIÓN

Art. 1387

Representación
voluntaria ...
... y legal

El poder de representación existe, en cuanto generado por una fuente. En la fórmula esquemática del art. 1387, la fuente de la representación puede ser doble: o la ley, o (la voluntad de) el interesado. Una visión elemental contrapone así dos tipos de representación: la *representación voluntaria*, basada en el poder que el interesado libremente otorga a un representante

elegido por él; y la *representación legal* —ejemplificada por la representación de los sujetos total o parcialmente *incapaces para obrar* (como menores, interdictos, inhabilitados, declarados en quiebra)— en los cuales es la ley la que impone el mecanismo representativo, a definir el ámbito del correspondiente poder, a determinar directa o indirectamente al titular.

Sin embargo, la armónica simplicidad de la distinción es turbada por el fenómeno de la representación de las *organizaciones* (denominada representación orgánica): de la cual mucho se ha discutido si debe ser vinculada al género de la representación voluntaria o al género de la representación legal o a un tercer género, irreducible a los primeros dos.

Representación orgánica

Para encuadrarla, algunos recurren a la categoría de la representación necesaria, de la cual la representación orgánica sería una subespecie, y la legal otra subespecie: su característica sería la indispensabilidad del mecanismo representativo, en ausencia del cual resultaría imposible cualquier actividad negocial de las posiciones subjetivas del interesado que no están en grado de activarlas personalmente.

Representación necesaria

Clasificar los diversos tipos de representación en razón de la fuente es legítimo; pero es mucho más útil, cuando ese criterio clasificatorio se entrelace con *otro criterio, dado por la calidad y por la posición de los intereses involucrados*. En este sentido, se propone la siguiente tipología.

Clasificación alternativa

Por un lado, existe la representación voluntaria en sentido pleno, creada, a través del poder, por la *decisión discrecional del representado* que atribuye a una persona elegida por él, el poder de representarlo dentro de los límites por él mismo definidos. Ella se caracteriza por la amplia posibilidad de *control del representado sobre el representante*: el representado no solo elige al representante, sino conforma sus poderes imponiendo a su operar límites, directivas, prescripciones que pueden continuar hasta reducir drásticamente y casi cancelar la esfera de decisión del representante; puede por regla revocar o disminuir los poderes ya otorgados; y no pierde el poder de realizar personalmente los mismos actos para los cuales ha otorgado la representación. Es este el género de representación en la que fundamentalmente pensaba el legislador al redactar las normas del capítulo VI, título II, cuarto libro del código (arts. 1387 y ss.).

Representación voluntaria por poder

Del lado opuesto existe la representación de los incapaces, en la cual *el papel de decisión del representado es nulo*: no elige al representante, ni conforma sus poderes, ni tiene la posibilidad de revocarlos o modificarlos sucesivamente, ni condiciona su actuar, ni puede desplegar una actividad alternativa a la suya. Persona del representante, contenido de sus poderes, modalidad de su acción están determinados directa o indirectamente por la ley: por consiguiente esta es la representación “legal” en el sentido más pleno; y es “necesaria” porque sin esta los incapaces no participarían en el

Representación de los incapaces

tráfico negocial. Ulterior característica es el sistema de los controles públicos (judiciales) que —generalmente en la forma de autorización previa— circunscriben la actuación del representante.

Entre una y otra se colocan, luego, otros supuestos de hecho con características diversas, que a veces las acercan, otras las alejan de los dos paradigmas extremos.

Representación
orgánica

Existe la representación orgánica: también ésta *por un lado* “necesaria” en cuanto las organizaciones no podrían actuar negocialmente si no estuvieran representadas por personas físicas, y “legal” porque la ley da indicaciones sobre el contenido de los correspondientes poderes; pero *por otro lado fuertemente matizada de “voluntariedad”*, porque las indicaciones normativas son generalmente derogables por una distinta voluntad de la organización, la cual conserva márgenes de influencia sobre la acción del representante; y, sobre todo, porque es la organización la interesada, y no la ley, en elegir a las personas físicas a revestir de representación.

Representación
en la empresa
comercial

Existe, luego, la representación en la empresa comercial: no “necesaria” sino absolutamente “voluntaria” *en su génesis*, porque el empresario es libre de actuar personalmente sin valerse de factores, dependientes o mancebos que lo representen, y su empleo es una elección discrecional suya; aunque *con algún matiz “legal”*, porque la ley se cuida de definir (aunque con normas derogables) la amplitud de sus poderes. Esta comparte con la representación orgánica la naturaleza de representación “de gestión”, es decir, funcional a la administración de organizaciones (entificadas o no).

Representación
y gestión de
negocios
ajenos

Finalmente, existe la representación conexas a la gestión de negocios ajenos (cfr. art. 2031¹): ciertamente “legal” *en su génesis*, y sin embargo *sensible a la iniciativa del interesado* que si puede y quiere —*prohibente domino*— está en grado de bloquearle la operatividad; y en todo caso no “necesaria”, porque ella interviene de manera eventual y accidental sin condicionar estructuralmente la actividad negocial del interesado.

Teoría unitaria
y teoría
pluralista

En un cuadro tan articulado, no parece tener mucho sentido el antiguo dilema entre teoría unitaria y teoría pluralista de la representación. Se puede pensar que la representación sea un instituto caracterizado por un *núcleo homogéneo* (el actuar en nombre ajeno, con efectos directos sobre el patrimonio ajeno): pero con la conciencia de que de este núcleo se ramifican luego *supuestos de hecho fuertemente diferenciados* por presupuestos empíricos, intereses en juego, tratamientos jurídicos. En efecto, cada tipo de representación tiene su disciplina: que sólo en parte coincide con la disciplina de los otros tipos. El paradigma legislativo de base (arts. 1387 y ss.) es el de la representación voluntaria y no necesaria, por poder. Respecto a este, la simplificación corriente se esfuerza en identificar un (solo) régimen alternativo, preguntándose cuáles entre las normas que la componen son aplicables también a una indiferenciada “representación legal”. Así formulada, la pregunta es reductiva: la aplicabilidad de cada una de esas normas debe indagarse en relación a cada uno de los

Representación
por poder
como
paradigma
legal

tipos de representación no plenamente voluntaria, que se han individualizado arriba; y la indagación debe naturalmente atender a las disciplinas positivas de las "formas especiales de representación" (representación en las empresas y en las sociedades) de la cual hace reserva el art. 1400.

Extensión a los otros tipos

A la luz de las diferencias tipológicas apenas descritas puede replantearse la pregunta introducida en el apartado precedente: asentado que el contrato celebrado en representación es acto de autonomía, ¿hay que referirlo a la autonomía del representado o a la del representante? Mientras en la *representación voluntaria por poder* la raíz del acto está en la autonomía del representado, y el representante opera como instrumento creado y maniobrado por él (o al menos maniobrable), no se puede decir lo mismo respecto a la *representación de los incapaces*, cuya incapacidad es, precisamente incapacidad de elecciones autónomas. El acto del representante legal expresa la autonomía de este último: no contradicha por la circunstancia de que él decide sobre intereses no propios sino ajenos, porque el cargo asumido lo hace partícipe del interés del incapaz confiado a él, interés que lejos de serle ajeno deviene de alguna manera "su" interés.

Representación y autonomía: ... del representado

... y del representante

7. REPRESENTACIÓN Y GESTIÓN

Los tipos de representación distintos de la representación voluntaria por poder tienen algo en común: en ellos la *fuerza del poder* atribuido al representante es al mismo tiempo *fuerza de deberes* de conducta que el representante debe observar en relación al ejercicio del poder.

Representación que no proviene de poder

Y en efecto: la función de representante legal del incapaz genera el poder de representarlo, pero sobre todo el deber de cuidar lo mejor posible los intereses patrimoniales, a los que ese poder estructuralmente se correlaciona; el portador de representación orgánica deriva su poder de comprometer al ente de un cargo (por ejemplo, de administrador de la sociedad) que sobre todo lo obliga a administrar al ente mismo de manera correcta y eficaz. Un discurso análogo puede hacerse para la representación del gestor de negocios ajenos (revestido *ex lege* de poderes representativos, pero en conjunto obligado, *ex arts.* 2028 y 2030, a proseguir diligentemente la gestión); para la representación en los grupos no entificados y en las empresas comerciales. En todos estos casos, el poder del representante está visiblemente asociado a una relación con el representado que tiene por objeto la gestión de intereses del representado, y en consecuencia el surgimiento de los correspondientes deberes a favor del representante (relación de gestión).

Vinculación entre representación y gestión

No es siempre así en la representación voluntaria pura, creada por el poder del representado. Esta puede presentarse asociada a (o incorporada en) una relación de gestión, como cuando en el contrato de mandato se establece que el mandatario represente al mandante. Aquí tenemos reunidos el *poder* representativo del mandatario y su *deber* de realizar actos

Representación por poder: asociada a una relación de gestión...

jurídicos en interés del mandante: y poco importa que la fuente del poder deba individualizarse en un autónomo negocio de poder concentrándose al interior del mandato, o simplemente en una cláusula del mandato mismo.

... o disociada de una relación de gestión

Pero el poder representativo puede presentarse también disociado de la relación de gestión, como sucede con el negocio de poder que simplemente confiere a A el poder de representar a B, sin dar vida ni hacer referencia a alguna relación de gestión entre los dos: un determinado negocio genera solo el poder representativo de A, pero ningún deber a su cargo de actuar por B. En tales casos, a menudo la relación de gestión existe (aunque separada del poder y por este no mencionada); pero no puede excluirse, por más que la eventualidad sea rara, que ninguna relación de gestión vincule representante y representado.

No influencia de la relación de gestión sobre la representación

Los problemas:

extinción,

... ejercicio infiel

Cuando la representación se vincula a una relación de gestión, surge la pregunta de si la segunda influye sobre la primera, y así despliegue una *relevancia incluso externa, respecto a los terceros* con los cuales el representante se encuentre contratando; o si, en cambio, tenga una *relevancia meramente interna entre las partes*. En concreto, los problemas son esencialmente dos: ¿la extinción o la modificación de la relación de gestión extingue o modifica el poder representativo? Y luego: ¿un ejercicio del poder representativo, que sea conforme a la propia fuente pero no conforme a los deberes de la relación de gestión, perjudica los efectos que normalmente derivan (es decir, el surgimiento de vínculos contractuales sobre el representado)?

Intereses en juego

Resulta claro que responder en un sentido o en otro significa *privilegiar la posición del representado* (cuyo interés está en la relevancia también externa del vínculo) o *el del tercero con el cual el representante ha contratado* (cuyo interés está en la irrelevancia del vínculo). Dado esto, las preguntas merecen diferentes respuestas según las diferentes variables que los casos en concreto presentan: por ejemplo, no será irrelevante que la relación de gestión hubiera sido conocida o desconocida por el tercero.

En general, quien en la representación valora el aspecto de la *cooperación* estará más propenso a atribuir importancia a la relación de gestión, en tutela del representado; en cambio, estará más inclinado a negarle importancia —así salvaguardando al tercero— quien en la representación considera central el perfil de la *sustitución*.

8. EL PODER

Poder

El poder es el negocio por el cual el interesado confiere el poder representativo al sujeto que se convierte así en su representante.

Se lo presenta habitualmente como negocio unilateral que no requiere de la aceptación del representante, porque con el poder este adquiere un poder, sin sufrir otras modificaciones en la propia esfera (2.2). No así el negocio fuente de la eventual relación de gestión, que imponiendo deberes al representante-gestor exige su acuerdo.

Acto unilateral

Se puede discutir sobre esta representación del poder como típico acto unilateral. En realidad, todas las (numerosas) veces que la establece el contrato, fuente de la vinculada relación de gestión, esta —como elemento del contrato— tiene origen y naturaleza contractual. Pero más allá de ello, no hay que descuidar que el poder puede tener, al menos en vía empírica, *reflejos negativos para quien lo recibe*: si A da poder a B para la venta de su departamento, y publicita el hecho, B sufrirá fastidiosos requerimientos de informaciones, encuentros, etc., de una multitud de terceros interesados en la adquisición; el inconveniente puede ser aún más fuerte con el otorgamiento de un poder de representación pasiva, que hace del representado el blanco de una serie de actos y actividades de terceros. En conclusión: *el poder expone al representado a sufrir intervenciones en su esfera*, de manera que no parece poseer totalmente esa naturaleza no “intrusiva” que justifica la unilateralidad del acto (2.3).

Precisiones

En la praxis, el problema se resuelve a menudo con la aceptación del poder por parte del representante, contextual o sucesiva al otorgamiento (es esta la regla para los poderes otorgados por escritura pública). Al destinatario que no desee aceptar el poder debe reconocerse el poder de rechazarlo, y la pretensión que el otorgante contrainforme a los terceros para evitarle las intrusiones en su esfera. Y no puede excluirse que el otorgante de un poder no acordado responda por el daño que el destinatario sufra por tales intrusiones.

“Aceptación” del poder

Tutela en contra de poderes no deseados

Todo ello vale en las relaciones entre autor y destinatario del poder. Respecto a los terceros, el poder otorgado con acto unilateral y no aceptado por el representante, es del todo suficiente para fundar el contrato celebrado por este último en base a aquel.

El poder es un negocio recepticio, que produce el efecto de revestir al representante del poder representativo, cuando el representado lo haga llegar al representante mismo. Es un caso de receptividad *en el prevaeciente interés del autor del acto* antes que del destinatario; mientras el autor del poder lo retenga consigo mismo, no se tiene la certeza de que él haya decidido definitivamente exponerse a los vínculos creados por el actuar del representante; esta certeza se obtiene solo cuando él voluntariamente hace llegar el poder al representante, que solo en ese momento está revestido del poder (así, correctamente, también la jurisprudencia).

Acto recepticio

Pero la receptividad *tutela también al destinatario*, permitiéndole aplicar remedios contra un poder no querido, en el sentido que acabamos de ver.

Hay que rechazar, pues, la tesis doctrinal que ve en el poder un acto no recepticio. Así también aquella que ve un acto recepticio hacia los terceros con los cuales el representante contratará: el acto que tiene importancia para los terceros —a los fines de la producción de los efectos típicos de la representación— no es el poder dado por el representado, sino el uso de su nombre hecho por el representante.

Forma
eventual ...

... para la
validez ...

... o para la
prueba

El poder es un acto con forma eventualmente vinculada: requiere “las formas prescritas para el contrato que el representante debe celebrar”, y en ausencia “no tiene efecto” (art. 1392). Ello significa que si el contrato requiere una forma para la validez, su celebración por parte del representante revestido de poder informal no vincula al representado; si requiere de una forma para la prueba, la informalidad del poder no impide que el contrato vincule al representado, sino que expone a quien tiene la carga de probarlo a los límites conocidos (sin embargo cuando el interesado en la prueba sea el tercero, se tiene dificultad en aceptar que este soporte límites probatorios por una inobservancia a él no imputable).

Ya se ha visto —y criticado— la orientación jurisprudencial que niega la aplicación de la regla a las formas convencionales. La jurisprudencia admite, en cambio, pacíficamente su extensión a los actos unilaterales con forma vinculada, que sean realizados en representación: así el rescate del fundo rústico objeto de prelación por el arrendatario, a la renuncia de la prelación, a la intimación para cumplir; sin embargo, no a los actos considerados de naturaleza no negocial, como la constitución en mora *ex art. 1219*¹.

Poder tácito

Si el contrato a celebrar en representación es informal, informal puede ser el poder: será eficaz un poder verbal, o también un denominado poder tácito, *otorgado por hechos concluyentes*. En tal caso, dificultades prácticas podrán surgir en el terreno de la prueba del poder: no superiores, sin embargo, a la dificultad de probar cualquier contrato celebrado de manera no documental. Pero sobre la prueba del poder (de la existencia y de la extensión de los poderes representativos), y sobre su relativa carga, regresaremos más adelante (12.9).

Objeto del
poder

El objeto del poder se define con la extensión del poder otorgado: es decir, con *el acto o la serie de actos que el representante está autorizado a realizar en nombre del representado*. En relación al objeto, se suele contraponer el poder especial y el poder general: una distinción por lo demás no clara en sus contornos conceptuales, y no fácil de aplicar en concreto.

Poder
especial:

tendencia a la
extensión

Se suele decir que el poder especial tiene por objeto el cumplimiento de *uno o más actos determinados*. Y respecto a ello el problema visto como predominante es ampliar según razonabilidad el área de los actos autorizados: en esta perspectiva, se considera que el poder para un determinado contrato se extienda al correspondiente preliminar; más en general, se considera aplicable la regla —escrita para el mandato (art. 1708¹)— según la cual el poder especial referido a un cierto acto cubre también los otros actos, no expresamente indicados, que sean necesarios para el cumplimiento del autorizado.

Poder
general:

El poder general sería en cambio el que tiene por objeto el cumplimiento de *todos los actos correspondientes a la generalidad de los negocios*

del representado, o bien a un grupo de sus negocios (individualizados por naturaleza, por zona geográfica, por sector de mercado, etc.). Aquí se considera que el problema sea, por el contrario, restringir el área de los actos autorizados: se invoca para tal fin la regla —también ella escrita para el mandato (art. 1708²)— según la cual el poder general no comprendería “los actos que exceden de la administración ordinaria, si no están indicados expresamente”. Sin embargo, la jurisprudencia considera que este último requisito se satisfaga con la simple mención del tipo de negocio autorizado (por ejemplo: venta, permuta, constitución de hipoteca), sin ulteriores especificaciones.

tendencia a la restricción

En cualquier caso existen determinados actos, o cláusulas de acto, que no resultan cubiertos por el poder si este no los contempla de manera específica: el poder para una venta no permite la venta consigo mismo, que debe estar específicamente autorizada (art. 1395: 12.5); ni —por regla jurisprudencial— la inserción en el contrato de cláusulas arbitrales o derogatorias de la competencia territorial. Y ello vale tanto para el poder general como para el especial.

Surge, entonces, la sospecha de que a la distinción entre los dos tipos de poder no deba reconocerse particular mérito; y que ni siquiera se le deba reconocer, en el contexto en discurso, a la distinción entre actos de ordinaria y extraordinaria administración: ni una ni otra parecen capaces de fundar significativas reglas operacionales idóneas para los problemas de individualización del objeto del poder. Otros criterios parecen más idóneos para tal finalidad: así, mejor que el paradigma de especialidad/generalidad puede valer el de determinación/determinabilidad de los actos autorizados; mejor que el paradigma de ordinaria/extraordinaria administración puede valer el de tipicidad/atipicidad o de conformidad/no conformidad respecto a los contenidos estándar retratados por la disciplina legal (aunque dispositiva) de los tipos.

Dudas sobre el valor de la distinción

A menudo el poder es calificado con los caracteres de la autonomía y de la abstracción. Autonomía de la *relación de gestión*: queriéndose decir que, cuando esta existe, no influencia el poder representativo creado por el poder. Y abstracción respecto a la misma, vista como “causa” del otorgamiento de poder representativo: considerándose que el poder puede sostenerse prescindiendo de tal “causa” (17.8).

Autonomía y abstracción

Tales calificaciones corren el riesgo de desorientar. Como se ha visto, el poder representativo puede ser insensible a la relación de gestión, pero puede también sufrir su influencia: depende de las variables relevantes que en concreto caracterizan los supuestos de hecho. Y es verdad que el poder se puede “abstraer” de la relación de gestión: pero solo en el sentido de que si la relación existe, el poder puede no mencionarla, o también que este puede no estar acompañado por alguna relación de gestión en sentido propio: Ello no significa que el poder esté privado de causa (16): en su base no puede no haber —declarada o silenciada— una razón justificativa del

Precisiones

Causa del poder

otorgamiento de representación, formada de intereses personales y atípicos hasta donde se quiera, pero siempre merecedores de tutela.

Discutiremos en otra sede de revocación y modificación del poder (12.6); y de los reflejos que la invalidez del poder puede tener sobre el acto autorizado (12.12).

9. LA ACTUACIÓN EN NOMBRE DEL REPRESENTADO

Esencialidad

El actuar en nombre del representado (*contemplatio domini*) es un elemento estructural de la actuación representativa, en cuya ausencia no se producen los efectos típicos de la representación: si al cumplir el acto para el representado el representante actúa en su nombre, el acto no toca la esfera del representado sino más bien vincula al representante.

Ratio

En este sentido, este elemento se presenta incluso más esencial que el constituido por la misma existencia del poder representativo: el acto del representante sin poder puede en muchos casos producir efectos sobre el (falso) representado; efectos que en cambio no puede jamás producir el acto del representante que no actúa en nombre del representado. Resulta evidente, en ello, un fin de *tutela del tercero contratante*: no se vincula al tercero a una relación con sujeto distinto de aquel con el cual contrata si no se le pone en condición de saber que este será el efecto del contrato.

Los dos elementos del actuar en nombre del representado

El actuar en nombre del representado implica dos datos: la *manifestación de que el acto no es realizado por su autor*, sino por un diverso interesado; y la *manifestación de la identidad del distinto interesado*. Ambos son necesarios: si el representante se limita a manifestar que no contrata para sí, sino para otro que todavía no indica, el contrato vincula mientras tanto, al representante (con la eventual posibilidad de volcar luego los efectos sobre el representado mediante posterior explicitación de su identidad, si el supuesto de hecho es vinculable a una reserva de designación del contratante: 13.4).

Mayor incertidumbre reina respecto a los modos de tales manifestaciones: contribuye ampliamente a ello una jurisprudencia productora de máximas no unívocas ni coherentes, que parecen oscilar entre dos diversas orientaciones.

Orientación restrictiva

Algunas sentencias delinear una orientación muy restrictiva: es verdad que la actuación en nombre del representado no requiere del uso de fórmulas sacramentales, sino que debe estar dirigida al tercero contratante "de manera explícita y unívoca", y no puede obtenerse de elementos presuntivos, como el conocimiento que el tercero tenga del poder representativo en cabeza del autor del acto, y del interés que otro sujeto tenga en tal

acto. Y si el contrato es formal, el actuar en nombre del representado debe revestir la misma forma y resultar del contexto documental del acto.

Forma

En esta línea de rigor, se ha negado incluso que constituya actuación en nombre del representado la firma del administrador de sociedad sobrepuesta a la indicación, impresa con sello, de la denominación social y del cargo administrativo del firmante; o la indicación de los nombres de todos los copropietarios de un terreno en una contrata para la ejecución sobre éste de una obra acordada por todos, contrato firmado por un solo copropietario sin la expresa mención del hecho de que él actuaba también por los demás.

Otros pronunciamientos se muestran más abiertos: admiten (al menos para los contratos no formales) una actuación en nombre del representado tácita, manifestada por comportamientos concluyentes o que se obtienen de la misma estructura del negocio: por ejemplo de la inscripción del contrato a nombre del representado, o incluso del mero hecho de que el bien negociado le pertenezca.

Orientación más abierta

Actuación tácita en nombre del representado

Algunos pronunciamientos sugieren que semejante atenuación del requisito encuentre espacio en la representación legal de los incapaces; frente al mayor rigor con la que la *contemplatio domini* se configuraría en la representación voluntaria.

La carga de probar que se actuó en nombre de representado corresponde a quien hace valer los efectos contractuales en cabeza del representado: el mismo representado, interesado en apropiarse de esos efectos; o el representante, interesado en no resultar personalmente vinculado; o el tercero, interesado en vincular al representado. Sin embargo, la jurisprudencia traza una distinción: en los primeros dos casos la prueba debe ser rigurosa; en el tercer caso podría ser menos apremiante.

Carga de la prueba

En la representación pasiva, la actuación en nombre del representado debe concebirse con los oportunos ajustes: de ésta debe hacerse cargo no el representante, sino el tercero autor del acto, al cual corresponde manifestar que este está dirigido al representante para el representado, destinatario sustancial de los efectos.

Representación pasiva

Finalmente. Los mecanismos de la representación, y en particular el de la actuación en nombre del representado, son puestos a prueba por la nueva realidad de los contratos informáticos con firma digital: no parece simple adaptarlos al peculiar dispositivo de las claves asimétricas (10.13).

Representación y contratos informáticos

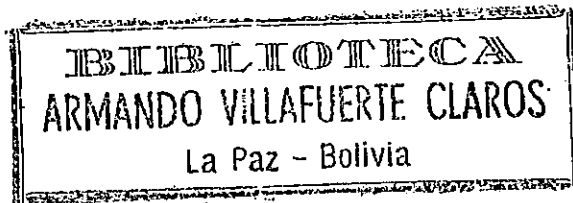
BIBLIOGRAFÍA

- 1-9. A. SALOMONI, *La rappresentanza volontaria*, en *Contratti Cendon*, IX; Torino, 2000, p. 57; L. BIGLIAZZI GERI, *La rappresentanza in generale*, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por M. Bessone, XIII, VI, Torino, 2000, p. 3; A. CHINALE, *La rappresentanza*, en *Trattato contratti Rescigno*, Torino, 1999, p. 1129; C. COSSU, *La rappresentanza*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, III, Torino, 1999, p. 2065; V. FARINA, *Il potere di disporre e il negozio autorizzativo*, en *Vita notarile*, 1999, p. 536; V. DI GREGORIO,

Rappresentanza legale, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVI, Torino, 1997, *ad vocem*; A. SALOMONI, *La rappresentanza volontaria*, Padova, 1997; V. DE LORENZI, *La rappresentanza diretta volontaria. Problemi e soluzioni alla luce dell'analisi economica del diritto*, en *Contratto e impresa*, 1997, p. 595; G. VISINTINI, *Della rappresentanza*, en F. Galgano-G. Visintini, *Effetti del contratto*, en el *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, libro IV, arts. 1372-1405, Bologna-Roma, 1994, p. 175; AA.VV. (al cuidado de G. Visintini), *Rappresentanza e gestione*, Padova, 1992; P. D'AMICO, *Rappresentanza (diritto civile)*, en *Enciclopedia giuridica*, XXV, Roma, 1991, *ad vocem*; U. NATOLI, *Rappresentanza (diritto civile)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1987, *ad vocem*; P. PAPANTI PELLETIER, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano, 1985; A. TRABUCCHI, *La rappresentanza*, en *Rivista di diritto civile*, 1978, I, p. 584; W. D'AVANZO, *Rappresentanza*, en *Novissimo digesto italiano*, XIV, Torino, 1967, *ad vocem*; S. PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965; V. NEPPI, *La rappresentanza. Saggio di una ricostruzione critica*, Milano, 1961; L. MOSCO, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, Napoli, 1960; F. SAGGESE, *La rappresentanza nella teoria e nella pratica del diritto privato italiano*, Napoli, 1933.

3. G. CIAN, *L'intervento di un "nuncius" nella formazione delle fattispecie negoziali*, en *Studium iuris*, 1996, p. 13; C. COSSU, *Nuncius*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XII, Torino, 1995, *ad vocem*; G. GIUSTI, *La figura giuridica del "nunzio"*, en *Il nuovo diritto*, 1986, p. 417; D. VITTORIA, *Il "falsus nuncius"*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, p. 430.
5. F.U. DI BLASI, *Rappresentanza in giudizio (diritto vigente)*, en *Novissimo digesto italiano*, XIV, Torino, 1967, *ad vocem*; F.U. DI BLASI, *Mandato "ad litem" e mandato "ad lites"*, en *Novissimo digesto italiano*, X, Torino, 1964, *ad vocem*; C. MANDRIOLI, *Premesse generali allo studio della rappresentanza nel processo civile*, Milano, 1957.
7. AA.VV. (al cuidado de F. Alcaro), M. GRAZIADEI, *Mandato*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XI, Torino, 1994, *ad vocem*; G. CIAN, *La sostituzione nella rappresentanza e nel mandato*, en *Rivista di diritto civile*, 1992, I, p. 481; L. NANNI, *La revoca del mandato*, Padova, 1992; V. CARBONE, *Abuso di rappresentanza e inadempimento del mandato*, en *Corriere giuridico*, 1991, p. 1207; F. ANELLI, *Contratto concluso in base a mandato con rappresentanza - Simulazione del mandato*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1988, I, p. 287; U. BISEGNA, *Sull'onere della prova del mandato con rappresentanza conferito a mezzo di procura*, en *Giurisprudenza italiana*, 1983, I, 2, 242; G. BAVETTA, *Mandato (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXV, Milano, 1975, *ad vocem*; E. ZANELLI, *Rappresentanza e gestione*, en *Studi Urbinati*, 1968, p. 279; F.M. DOMINEDÒ, *Mandato (diritto civile)*, en *Novissimo digesto italiano*, X, Torino, 1964, *ad vocem*.
- 8-9. R. VARANO, *Forma della procura e contratto concluso dal rappresentante*, en *Notariato*, 1998, p. 116; G. DI ROSA, *L'astrattezza della procura. Le origini di un dogma*, en *Contratto e impresa*, 1994, p. 70; V. DE LORENZI, *Procura*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XV, Torino, 1997, *ad vocem*; G. ARICÒ, *Riflessioni in tema di forma della procura e pubblicazione di testamento olografo*, en *Vita notarile*, 1996, p. 1540; A.

POZZI, *Procura*, en *Enciclopedia giuridica*, XXIV, Roma, 1991, *ad vocem*; D. MINUSSI, *Consegna della procura e conferimento della rappresentanza*, en *Corriere giuridico*, 1991, p. 779; L. BIGLIAZZI GERI, *Procura (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano, 1987; A. ARENA, *Spunti sulla forma del consenso del marito dotatario alla donazione da parte della moglie del bene dotale, sulla forma della procura del marito dotatario a consentire tale donazione e sulla forma della procura a donare*, en *Il diritto fallimentare*, 1986, I, p. 327; P. M. VECCHI, *La spendita tacita del nome del rappresentato*, en *Giurisprudenza italiana*, 1985, I, 1, p. 1482; M. COSTANZA, *Diffida ad adempiere intimata dal mandatario e forma della procura*, en *Giustizia civile*, 1978, I, p. 1040; P. CAPARRELLI, *Forma volontaria e forma della procura*, en *Giurisprudenza italiana*, 1975, I, 1, p. 1155.



CAPÍTULO XII

EL EJERCICIO DE LA REPRESENTACIÓN

1. La capacidad para obrar.— 2. Vicios de la voluntad y estados subjetivos.— 3. Abusos de la representación.— 4. El conflicto de intereses.— 5. El contrato consigo mismo.— 6. La extinción de la representación: revocación del poder.— 7. El poder irrevocable.— 8. Otras causas de extinción de la representación.— 9. La representación sin poder.— 10. La ratificación.— 11. La responsabilidad del falso representante.— 12. La representación aparente.— 13. Contratos bajo nombre ajeno; actos dispositivos de derechos ajenos.— *Bibliografía.*

1. LA CAPACIDAD PARA OBRAR

El art. 1389¹ dicta la disciplina de la incapacidad para obrar en la representación voluntaria. Ella comprende regímenes diferenciados, según que se considere la posición del representado o la del representante. Otras dos variables concurren a articularla ulteriormente: que entre en juego la incapacidad legal o la natural; y en qué momento la incapacidad se manifieste.

El representado debe ser legalmente capaz (34.2), y debe serlo durante todo el curso de la vicisitud representativa: si él es incapaz en el momento en que otorga el poder, le sigue la anulabilidad de este, que a su vez arrastra al contrato celebrado en base a esta; y si lo deviene luego, esta sobrevenida incapacidad extingue el poder válidamente otorgado. La razón es que la contratación por menores, interdictos, inhabilitados, quebrados, etc., está inderogablemente gobernada por el sistema, de procedimientos y controles, específico de la representación legal de estos sujetos, que pone fuera de juego a la representación voluntaria.

Del mismo modo, el representado debe tener la capacidad natural en el momento en que otorga el poder, que en caso contrario es anulable según la regla escrita para los actos unilaterales del incapaz de entender y querer (art. 428¹: 34.5-6). En cambio, es irrelevante su incapacidad natural sobrevenida: esta no afecta al poder, ni invalida el contrato celebrado por el representante (en el cual el incapaz no interviene).

Representado

Incapacidad legal:
originaria
... y
sobrevenida

Incapacidad natural:

originaria ...
... y
sobrevenida

Representante

Pasemos a considerar al representante. Con una norma discutible, se establece la irrelevancia de su incapacidad legal: incluso menores e interdictos pueden válidamente recibir y ejercitar el poder representativo, celebrando contratos plenamente eficaces para el representado. La razón es que el contrato celebrado por un incapaz legal, pone en juego intereses que siendo no suyos sino de otro sujeto legalmente capaz (el representado), no se someten al riguroso régimen de tutela de los incapaces.

Incapacidad legal: Irrelevancia

Incapacidad natural: relevancia

Al representante se le requiere, en cambio, la capacidad natural en el momento en que realiza el acto para el representado: una incapacidad de entender y querer le impediría ese cuidado eficiente del interés del representado, que pertenece a la esencia del instituto; el contrato sería entonces anulable *ex art. 428²*.

Respecto al estándar de esta norma, se indican, sin embargo, dos especificidades: el nivel relevante de incapacidad puede no ser uniforme en los diversos casos concretos, porque debe medirse con "la naturaleza y con el contenido del contrato"; y mientras la incapacidad (como también la buena o mala fe del otro contratante respecto de ella) debe referirse al representante, el requisito del grave perjuicio debe determinarse respecto del representado.

Se ha afirmado que la incapacidad natural del representante no vicia el contrato cuando los elementos de este están predeterminados por el representado. La tesis es opinable: ni siquiera en este caso la posición del representante es plenamente asimilable a la del *nuncius*; y la incapacidad natural puede impedirle captar una eventual sobrevenida inconveniencia de la predeterminación del representado, a la luz de la cual —si dueño de sí— se habría acaso abstenido de contratar por él.

2. VICIOS DE LA VOLUNTAD Y ESTADOS SUBJETIVOS

Referencia al representante para la relevancia de vicios de la voluntad ...

El representante contrata por el representado; pero contrata él: él forma y manifiesta la voluntad contractual. Coherentemente, es a su voluntad que debe mirarse para encontrar eventuales vicios y aplicar los relativos remedios: "El contrato es anulable si está viciada la voluntad del representante" (art. 1390): si este último (y no el representado) sea víctima de error, engaño o amenaza.

... y estados subjetivos

La misma *ratio* funda la regla sobre la relevancia de los estados subjetivos: buena o mala fe, conocimiento o ignorancia de determinadas circunstancias, deben determinarse con referencia a la persona del representante, y no del representado (art. 1391¹).

Se conocen aplicaciones jurisprudenciales en tema de conocimiento del estado de insolvencia del empresario a los fines de la acción revocatoria; de compartir el motivo ilícito a los fines de la nulidad del contrato; de confianza sobre la validez del contrato estipulado

con *falsus procurator*, a los fines del resarcimiento *ex art.* 1398; de apreciación de circunstancias tergiversadas u ocultadas por el contratante, a los fines de la anulabilidad del seguro *ex art.* 1892.

Sin embargo, cuando el vicio de la voluntad o el estado subjetivo se refieren a “elementos predeterminados por el representado”, es a este que debe hacerse referencia (arts. 1390; 1391¹): cuando A dé poder a B para adquirir un determinado bien de X, el posterior contrato es anulable si A, y no B, se ha equivocado sobre una cualidad esencial del bien; y es revocable si —siendo X empresario, posteriormente quebrado— A, y no B, conocía de su estado de insolvencia.

Referencia al representado para los elementos por él predeterminados

Quien valora el perfil de la cooperación más que el de la sustitución favorece una acepción amplia de “elementos predeterminados por el representante”, comprendiendo también elementos propios de la relación de gestión, aunque formalmente ajenos al poder: una tesis a no llevar hasta el punto de avalar soluciones que, en la balanza de los intereses en juego, estén injustamente desequilibradas en ventaja del representado y en perjuicio de los terceros.

Las reglas consideradas hasta aquí se entienden aplicables también a la representación legal (tanto en cuanto a los incapaces como a la gestión de negocios) y a la representación orgánica. Respecto a esta última, tiene importancia, en línea de principio, la condición subjetiva de la persona física que representa al ente; pero la precedente, interna deliberación del contrato (o de sus elementos) por parte de un distinto órgano deliberativo del ente mismo puede configurar esa “predeterminación” por obra del representado que pone fuera de juego la condición del representante.

Representación legal y orgánica

Finalmente, el art. 1391² dicta una norma de salvaguarda contra fraudes o elusiones: “En ningún caso el representado de mala fe puede beneficiarse del estado de ignorancia o de buena fe del representante”: y ello también si la mala fe vierte sobre elementos no determinados previamente por él. La norma no se aplica a la representación legal de los incapaces (en cambio, sí a la orgánica y a la gestión representativa de negocios).

Norma de cierre contra la mala fe

A la condición del representado debe, luego, mirarse cuando entre en juego el interés sustancial deducido en el contrato: por ello el contrato es rescindible si el representado (no el representante) se encuentra en estado de necesidad (40.3); y, puesto que el contrato es anulable por vicio de la voluntad del representante, no este sino más bien el representado está legitimado para demandar la anulación.

3. ABUSOS DE LA REPRESENTACIÓN

En el ejercicio del poder representativo el representante debe perseguir el interés del representado. Si opera de manera no conforme a ese interés, él abusa de la representación.

Interés del representado

Abuso y defecto de representación

El abuso de la representación, que es mal ejercicio de un poder representativo existente, debe distinguirse del defecto de representación, que en cambio, implica la inexistencia del poder ejercitado. Y las consecuencias son distintas. Mientras el defecto de representación en línea de principio hace *ineficaz el contrato* del falso representante (12.9), el abuso de representación tiene *otras consecuencias*, modeladas variadamente en razón de la calidad del abuso: si este presenta las características del conflicto de intereses, bajo ciertas condiciones, el contrato puede ser *anulable* (12.4); si el abuso no integra un verdadero y propio conflicto de intereses, es, con todo, un ilícito del representante en daño del representado, que da lugar a *responsabilidad* y resarcimiento (sin tocar validez y eficacia del contrato con el tercero).

Consecuencias distintas

Un cuadro conceptualmente tan nítido presenta, sin embargo, en la práctica, cierta incertidumbre y ambigüedad.

Dificultad para distinguir

Hay que señalar en primer lugar la dificultad para distinguir entre abuso y defecto de representación, en los tantos supuestos de hecho que se sitúan en los límites entre las dos figuras (especialmente cuando el defecto de representación se presenta no como absoluta ausencia de poderes representativos, sino como ejercicio de un poder distinto del atribuido (denominado exceso de representación: 12.9).

Relevancia de la relación de gestión:

Problemas posteriores pueden surgir en referencia a la relación de gestión que eventualmente acompañe al poder. La relación de gestión individualiza con precisión los intereses del representado, en función de los cuales asigna objetivos al representante, le imparte instrucciones, lo vincula a criterios de valoración y decisión. El dilema es claro. ¿La relación de gestión tiene relevancia meramente interna *en las relaciones entre representado y representante*, de modo que su inobservancia hace surgir solo responsabilidad del primero respecto del segundo? O bien, ¿tiene relevancia también externa, y su inobservancia puede *influir el contrato celebrado con el tercero*? En concreto: ¿puede el representado rechazar los efectos del contrato en cuanto ineficaz, alegando un defecto de representación por la superación de los límites de los poderes del representante, que se obtienen de la relación de gestión? O, en cuanto anulable, ¿alegando un conflicto de intereses que emerge de la relación de gestión?

¿solo interna...

... o también externa?

Tutela de los terceros

La apreciable ansia de tutela del representado no puede cancelar la exigencia de salvaguardar a los terceros. Por ello, debe reiterarse que —a los ojos de los terceros— los límites y los modos de ejercicio relevantes del poder representativo son los que surgen del poder; y que a ellos no les son oponibles límites y modos que se desprenden de una separada relación de gestión, que los terceros no tienen el deber y a menudo ni siquiera la posibilidad de conocer. Fijo este principio, podrán bien darse casos en los cuales atribuir relevancia a la relación de gestión es admisible, porque no implica injusta lesión de posiciones de los terceros,

merecedores de tutela: piénsese en el caso en que la relación de gestión y poder son contextuales, teniendo la misma y única fuente, por ejemplo, en un contrato de mandato con representación; o también en el caso en que, en las concretas circunstancias del supuesto de hecho, el tercero ciertamente conocía o debía conocer la relación de gestión, de modo que su pretensión de considerar que no le es oponible sería contraria a la buena fe.

4. EL CONFLICTO DE INTERESES

El representante debe obrar “en interés del representado” (art. 1388): si no lo hace, y celebra un contrato “en conflicto de intereses con el representado”, en tutela de este último el contrato es anulable (art. 1394).

Art. 1394

Anulabilidad
del contrato

Para los partidarios de la representación como cooperación, la regla confirmaría que el cuidado del interés del representado, y no el actuar en su nombre y en su lugar, es la esencia del fenómeno representativo; y observando que actuar en conflicto de intereses significa violar la relación de gestión, obtienen argumentos a favor de la relevancia también externa de esta. Pero de los sostenedores de la representación como sustitución puede oponerse que precisamente la necesidad de una norma específica para aplicar una específica consecuencia a una específica y calificada lesión del interés del representado, confirma que, en general, la lesión de ese interés no toca el válido y eficaz ejercicio del poder representativo, esencialmente ligado al actuar en nombre ajeno; ni puede decirse que la regla niegue el principio de autonomía del poder, porque la prohibición de obrar en conflicto de intereses grava sobre el representante no en cuanto parte de la relación de gestión, sino por el solo hecho de ejercitar el poder representativo.

El conflicto de intereses que puede anular el contrato es un *supuesto de hecho calificado de abuso de representación*. Para integrarlo, no es suficiente que el representante opere en contraste con el interés del representado (por ejemplo, contratando bajo condiciones económicamente desventajosas por mera negligencia o impericia en la tratativa); es necesario que lo haga en cuanto portador de un interés ajeno, incompatible con el del representado.

Interés ajeno,
Incompatibilidad con el
del
representado

El interés ajeno es incompatible, *cuando no es perseguible sin sacrificar el interés del representado*: así, en un ejemplo extremo, cuando el tercero haya prometido una prima al representante si le venderá la cosa del representado a precio vil. Al contrario, el representante puede perseguir un interés ajeno que no sea incompatible con el del representado: si este ha dado poder para la adquisición a precio de lista de determinados productos, comercializados por una empresa de la cual el representante es agente, la adquisición de estos no puede decirse que esté en conflicto de intereses solo porque el representante obtiene una comisión (pero el conflicto se delinearía, si el representante hubiera preferido los productos del propio comitente cuando de otra casa habría podido adquirirlos a mejores condiciones de calidad y precio).

Interés de representante
...
... o de un tercero; ...

El interés ajeno puede ser un directo interés del representante, como en los ejemplos dados anteriormente; pero puede ser también el interés de otro sujeto, con el cual el representante tenga vínculos calificados, por ejemplo, de familia o de negocios (denominado *conflicto indirecto*). Encaja así en el art. 1394 la venta de un bien del representado a la cónyuge del representante, o a la sociedad de la cual el representante es socio, o de la cual es socia su cónyuge; o el otorgamiento de una garantía por las deudas de estos sujetos.

... patrimonial o no patrimonial;
...

El interés en conflicto normalmente es patrimonial; pero en línea de principio podría ser incluso no patrimonial.

... subsistente al momento del contrato

El conflicto debe subsistir al momento del contrato: no tiene importancia un conflicto existente antes del contrato pero venido a menos al momento de este; ni un conflicto que, inexistente a la celebración del contrato, haya surgido después, en el curso de su ejecución.

Daño efectivo del representado:

Irrelevancia

Se debate en doctrina si ulterior requisito para la relevancia del conflicto de intereses *ex art. 1394* sea el daño efectivo sufrido por el representado: para algunos autores, el contrato es anulable solo si ocasiona a este un *concreto perjuicio*; para otros basta el *mero riesgo de daño* inherente al conflicto de intereses, aunque no se haya traducido en un 'daño' actual. Y también la jurisprudencia oscila entre las dos posiciones. En línea de principio, parece correcta la tesis de la no necesidad de un daño actual, en cuanto más funcional al objetivo de prevención de los conflictos, que la norma persigue (mientras si el negocio resulta en concreto conforme al interés del representado, este puede mantenerlo firme en cuanto la suerte del contrato anulable está en su dominio: 38.2).

Ello no quita que la naturaleza efectivamente perjudicial del contrato tenga a menudo relevancia como elemento del cual deducir la existencia misma del conflicto: regresando a un ejemplo ya dado, el conflicto de intereses del agente a comisión que adquiere de su comitente el bien para el representado no necesariamente existe, pero puede surgir de las concretas condiciones contractuales, por ventura peores a las existentes en el mercado.

Autorización del representado

Es razonable que el conflicto pierda relevancia si el representado haya autorizado igualmente el contrato (argumento *ex art. 1395¹*). Sin embargo, la jurisprudencia que lo admite es correctamente rigurosa al pretender que la autorización no sea genérica, sino específicamente referida a los contenidos del contrato a celebrar; y debería también pretenderse que de la autorización emerja que el representado conoce el conflicto.

Conocimiento o cognoscibilidad del conflicto

Como en tantos otros supuestos de hecho, también aquí la tutela de la parte lesionada debe conciliarse con la *tutela de la confianza ajena*: la conciliación se realiza con el requisito según el cual el contrato es anulable solo si el conflicto era conocido o conocible por el tercero contratante.

La carga probatoria recae sobre el representado, pero podrán aliviarse elementos objetivos pertenecientes al contenido y los efectos del acto: si un representante asume él mismo una financiación bancaria, y contextualmente usa el poder para constituir a nombre del representado una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad como garantía del crédito del banco hacia el mismo representante, el representado no tendrá que esforzarse mucho para demostrar que el conflicto era conocido o conocible por el banco. Luego, es evidente que el requisito examinado subsiste *in re ipsa* en los casos de colusión entre tercero y representante en daño del representado.

Carga de la prueba

La acción de anulación corresponde solo al representado, y sobre él grava la carga de probar tanto la existencia del conflicto como, apenas se ha dicho, su conocimiento o cognoscibilidad por parte del tercero: pruebas que la jurisprudencia está bastante inclinada a favorecer, valorando elementos indiciarios o presuntivos.

Se discute sobre el inicio de la prescripción: la tesis que hace transcurrir el plazo desde la celebración del contrato es preferible a la que lo hace correr solo cuando el representado haya tomado conocimiento del conflicto.

Prescripción

Si la incorrección del representante daña al representado, este tiene derecho al resarcimiento (sin embargo, para tal fin es necesario un daño efectivo, no el simple riesgo de daño que puede bastar para la anulación *ex art.* 1394). Ello se verifica además en los casos en los cuales no subsisten los extremos de la anulabilidad, por ejemplo, porque el representante ciertamente ha obrado de manera incorrecta pero fuera de un verdadero conflicto de intereses, o porque el conflicto no era conocible por el tercero.

Resarcimiento

Sin embargo, no puede excluirse que la acción de resarcimiento concorra con la de anulación (la jurisprudencia admite el resarcimiento también cuando la acción de anulación haya prescrito: pero en tal caso debería al menos aplicarse la mitigación del art. 1227²). En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad, no parece dudosa la calificación de contractual: tanto cuando el representante haya violado alguna específica obligación de la relación de gestión, como cuando haya simplemente violado el genérico deber de cuidado fiel del interés del representado, inherente al ejercicio del poder representativo.

El art. 1394 es aplicable a la representación orgánica. En este ámbito existe una específica norma sobre el conflicto de intereses de los administradores (art. 2391), que por lo demás se refiere a un fenómeno parcialmente distinto: en efecto, corresponde al ejercicio no del *poder representativo* (actuar en nombre de la sociedad frente a los terceros), sino del *poder administrativo* (formación de los acuerdos societarios), e implica que este poder sea ejercitado sobre una base colegiada.

Representación orgánica

Si el acto es de competencia de un solo administrador (único o delegado), se aplica el art. 1394; si es competencia del consejo de administración, la formación interna del correspondiente acuerdo está regulada por el art. 2391. Ello no quita que también en el segundo caso pueda quedar un espacio de aplicación del art. 1394: si del interés en conflicto sea portador quien, sobre la base del acuerdo, manifiesta exteriormente la voluntad societaria contratando con el tercero (el conflicto puede ser neutralizado por la previa autorización inherente al acuerdo; pero puede también no serlo).

Administrador único
Consejo de administración

Grupos de sociedades

En el campo de las sociedades, la problemática del conflicto de intereses está condicionada por el fenómeno de los grupos: en los contratos entre sociedades del mismo grupo, lo que abstractamente presentaría las características de un conflicto de intereses puede merecer una diversa valoración a la luz del interés general de grupo.

Intermediación financiera

La atención a los conflictos de intereses es muy marcada en el campo de la intermediación financiera, en donde la prevención de estos es fundamental para el buen funcionamiento del mercado: una norma general sobre la prestación de los servicios de inversión (que recibe numerosas especificaciones en ámbitos particulares) establece que los intermediarios que los prestan deben "organizarse de manera tal como para reducir al mínimo el riesgo de conflictos de intereses y, en situaciones de conflicto, actuar de tal manera como para asegurar a los clientes transparencia y equitativo tratamiento" (art. 21¹, inc. c) TUF).

5. EL CONTRATO CONSIGO MISMO

El art. 1395

El conflicto de intereses tiene una particular manifestación en el contrato consigo mismo (art. 1395). La figura se produce en dos casos. En el primero se tiene el denominado autocontrato: el representante entra como contraparte sustancial en el contrato que celebra por la parte representada por él (A, recibido de B el poder para vender, vende a sí mismo el bien de B; o bien, recibido por B el poder para adquirir, adquiere para sí mismo el propio bien por B). El segundo caso es el de la denominada doble representación: el representante redacta el contrato en representación de ambas partes (A, recibido de X el poder para vender y de Y el poder para comprar, hace la compraventa en nombre tanto de X como de Y).

Autocontrato

Doble representación

Parte de la doctrina difiere sobre un problema totalmente conceptual, de ninguna relevancia práctica: si el contrato consigo mismo es un verdadero contrato, en cuanto acto con formación bilateral; o un contrato con formación excepcionalmente unilateral; o sea no un contrato, sino un acto unilateral.

Anulabilidad...

En el contrato consigo mismo el conflicto de intereses está *in re ipsa*: por esto el contrato es indudablemente anulable (obviamente sin que se plantee un problema de conocimiento o conocibilidad respecto a un "tercerero" que aquí coincide con la parte).

La consecuencia se desprende también si el representante contrata en realidad consigo mismo bajo la apariencia de contratar con otro sujeto, ficticiamente interpuesto (simulación), mientras en caso de interposición real (mandato, negocio fiduciario) podrá aplicarse el art. 1394.

La acción de anulación *ex art. 1395* sigue el régimen de aquella *ex art. 1394*, por lo demás con carga probatoria aligerada para el actor: al representado le basta probar que el representante ha celebrado un autocontrato o actuado en doble representación; será carga del representante demandado demostrar eventuales circunstancias idóneas para precluir la anulación.

El art. 1395 indica dos circunstancias capaces de salvar de la invalidez el contrato consigo mismo.

Una es la autorización del representado. Sin embargo esta debe ser específica: el autorizante, además de expresar que el representante podrá contratar consigo mismo, debe también precisar los contenidos del contrato autorizado.

... salvo, autorización del representado ...

En alternativa, el contrato está a salvo si su contenido “está determinado de manera que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses”. El requisito no coincide con la predeterminación por obra del representado. El contenido puede estar predeterminado, sin que pueda, sin embargo, excluirse el conflicto: si por ejemplo, el representado ha prefijado un precio mínimo para la venta de su bien, no por esto se elimina el conflicto con el representante que adquiera para sí a ese precio, porque el representante debería buscar —en el interés del representado— la posibilidad de vender a precio superior. Y viceversa, el conflicto puede excluirse en casos en los cuales el contenido no está predeterminado por el representado: como cuando el representante venda en nombre propio y adquiera para el representado bajo condiciones que el mercado objetivamente indique como no mejorables para este último. Este segundo requisito se configura, viéndolo bien, como cláusula general: el contrato consigo mismo está a salvo, si su contenido certifica la insubsistencia del conflicto de intereses.

... o de la predeterminación del contenido, tal como para excluir el conflicto

La *ratio* de la regla apenas considerada se puede ampliamente superponer a la de la norma sobre el ingreso del comisionista (art. 1735): a la luz de la cual la doctrina discute si el art. 1395 sea aplicable también a la denominada representación indirecta, esto es, a las relaciones entre las partes del mandato (del cual la comisión es un subtipo).

Ingreso del comisionista

La figura y la disciplina del art. 1395 encuentran aplicación también en la representación orgánica: tanto en la variante de la doble representación (por ejemplo, el administrador único de dos sociedades celebra un contrato entre estas); como en la del autocontrato, en el caso de la denominada autoasunción, con la cual el administrador de una sociedad celebra en nombre de esta un contrato de trabajo consigo mismo como dependiente de la sociedad.

Representación orgánica

6. LA EXTINCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN: REVOCACIÓN DEL PODER

La revocación del poder es el *negocio unilateral con el cual el representado retira al representante el poder representativo* que anteriormente le había conferido. Precisamente, su efecto típico es extinguir el poder representativo. Pero tal efecto opera solo para el futuro, haciendo ineficaces los actos sucesivamente realizados por un (ex) representante ahora privado de poderes; en cambio no toca la eficacia de los actos realizados antes de la revocación, cuando el poder subsistía.

Revocación del poder

En general, la revocación del poder se encuadra entre los poderes del representado, que puede disponerlo libremente (salvo los casos de irrevocabilidad: 12.7).

Informalidad

No requiere formas, aunque el poder revocado fuera un acto formal. Puede incluso realizarse de manera no expresa, por hechos concluyentes (la denominada revocación tácita): por ejemplo, hechos que integran o preparan el cumplimiento personal del acto por obra del representado.

Revocación tácita

Acto no recepticio

Se discute si la revocación sea recepticia. En la variedad de posiciones, parece preferible la que lo considera acto no recepticio: *ni frente al representado* (que resulta privado del poder representativo aunque no tenga conocimiento de la revocación); *ni frente a los terceros* (respecto a los cuales no tiene importancia que el representado les haya comunicado la revocación, sino solo que esta haya sido hecha pública con medios idóneos o que haya llegado a su conocimiento, como ahora se dirá mejor).

Carga del revocante (art. 1396¹)

El revocante tiene una carga: *llevar la revocación "a conocimiento de los terceros por medios idóneos"* (art. 1396¹). Los terceros en cuestión son los sujetos con los cuales el representante ha comenzado o podrá razonablemente emprender tratativas.

Medios idóneos

Los medios idóneos con los cuales darles conocimiento de la revocación pueden ser los más variados, según el objeto del poder (del tipo de negocios al cual este se refiere): una sentencia ha decidido que para un poder para vender departamentos en el ámbito de un conjunto inmobiliario es medio idóneo colocar carteles *in loco*; en otros casos podrá ser la difusión de circulares dentro del área profesional potencialmente interesada, o el recurso a medios de comunicación de masa.

Oponibilidad de la revocación al tercero

Si el revocante absuelve esta carga, la revocación produce plenamente su efecto y es oponible al tercero (aunque lo ignore) con el cual el representante haya contratado, ejercitando un poder que no tiene más: *el contrato es ineficaz*, y el tercero puede actuar para el resarcimiento contra el falso representante, según la disciplina de la representación sin poder.

Inoponibilidad de la revocación, salvo prueba de su conocimiento

En cambio, si *el revocante no absuelve la carga de publicidad*, la revocación no es oponible al tercero, salvo que el revocante llegue a probar que este por cualquier otra vía la conocía al momento de la celebración del contrato. Si tal prueba falta, *el contrato es eficaz*, como si hubiera sido celebrado por un representante aún dotado de poder: la *confianza del tercero* encuentra aquí una tutela no meramente resarcitoria, sino, por decirlo así, "real". Ello, sin embargo, dentro de los estrictos límites señalados por el doble presupuesto: que el revocante haya violado la carga de publicidad; y que el tercero tenga buena fe (o mejor, que no haya sido probada la mala fe).

La revocación del poder puede tener consecuencias también en la relación entre representante y representado (eventualmente variables, según que la revocación esté basada o no

en justa causa): por ejemplo en términos de reembolsos o indemnizaciones. Pero estas dependen de la relación de gestión.

Todo lo que se ha dicho para la revocación del poder vale, por lo expresamente dispuesto por el art. 1396, incluso para sus modificaciones: con la precisión de que las modificaciones aquí relevantes son las que *cancelan o reducen poderes representativos preexistentes*.

Modificaciones
del poder

7. EL PODER IRREVOCABLE

Que el poder sea revocable resulta expresamente del art. 1396; y por lo demás, estando el poder destinado a servir el interés del representado, la revocabilidad es coherente al principio según el cual cada uno dispone libremente de las posiciones constituidas en su interés. Al mismo principio responde la revocabilidad del mandato (art. 1723¹). Por lo demás, la regulación del mandato contempla supuestos de hecho en los cuales la revocabilidad encuentra límites (mandato irrevocable): en esta se inspira —en el silencio de la ley— también la reconstrucción de los casos de poder irrevocable.

Mandato
irrevocable

El poder es irrevocable: cuando ha sido otorgado (también) en el interés del representante o de un tercero; cuando es poder colectivo; cuando el representado se ha comprometido a no revocarlo.

El poder otorgado también en el interés del representante (y/o de un tercero) es irrevocable porque de la revocación podría salir lesionado tal interés, que es merecedor de tutela en cuanto justifica el poder. Por ello, debe tratarse no de un interés genérico y amorfo, sino de un *interés calificado*, fundador de una posición jurídica subjetiva. Por ejemplo: A, deudor de B (y/o de X), da poder a B a fin de que venda su bien y con lo obtenido satisfaga su propio crédito (y/o de X); o H, copropietario de un bien con K, da poder a K a fin de que venda el bien común. Sin embargo, el poder permanece revocable en dos casos: cuando el representado haya hecho *expresa reserva de revocación* (porque entonces la posición de interés del representante o del tercero nace conformada reductivamente por tal reserva); y cuando concorra una *justa causa*, como por ejemplo, la negligencia o la impericia de la cual el representante haya dado prueba en las tratativas (cfr. art. 1723²).

Poder en el
interés del
representante
o de terceros

Espacios de
revocabilidad

El poder colectivo es el otorgado “por varias personas (...) para un negocio de interés común”, cuando la comunidad del interés es tal que su realización implica necesariamente actuar en nombre de todos: por ejemplo, los copropietarios de un precioso objeto de arte dan poder a un experto anticuario a fin de que negocie y celebre la venta. Este *puede ser revocado*

Poder
colectivo

solo si todos los representados concuerdan (y siempre que no haya sido dada también en el interés del representado o de terceros); en cambio no es admisible la revocación del singular representado, porque la extinción del poder representativo conferido por él impediría el cumplimiento del negocio y así perjudicaría el interés de los demás (cfr. art. 1726).

Cláusula de
irrevocabilidad

El poder es irrevocable si el representado añade la cláusula de irrevocabilidad (*salvo que concurra justa causa* de revocación: art. 1723¹).

En realidad la presencia de la cláusula parece operar en el terreno de la prueba más que en el de la sustancia. En efecto, esta hace presumir que el poder haya sido dado también en el interés del representante o de un tercero, y así exonera a quien está interesado en la irrevocabilidad de la correspondiente prueba, que de otra manera gravaría sobre él; pero deja al representado, interesado en la revocabilidad, la posibilidad y la carga (por lo demás muy ardua) de probar que el compromiso de irrevocabilidad no se funda en algún interés merecedor de tutela, y, por consiguiente, no tiene causa.

Ineficacia de
la revocación

La revocación de un poder irrevocable es ineficaz, y por lo tanto *deja intacto el poder representativo* que desearía cancelar. La ineficacia de la revocación (la persistencia del poder) se manifiesta *tanto frente al representante*, al cual no podrá imputarse haber actuado sin poder; *como frente a los terceros*, que obtendrán la eficacia de los contratos estipulados con el representante.

En cambio, no parece que la irrevocabilidad del poder prive sin más al representado del *poder de realizar personalmente el acto*: depende de la razón de la irrevocabilidad.

Enlace con la
relación de
gestión

En todo caso, también la materia examinada está condicionada por los enlaces con la relación de gestión, que *puede influenciar los márgenes de revocabilidad del poder al que acceda, y las consecuencias de la revocación*: por ejemplo, la posibilidad de revocación puede ser puesta en discusión por la fuente "contractual" del poder, de la cual nazca el deber del representado de permitir que la relación de gestión se desarrolle sobre base representativa. Al contrario, una cierta conformación del poder representativo puede a su vez influenciar calificación y tratamiento de la relación de gestión: un poder para vender un bien, dotada de cláusulas de irrevocabilidad, de exoneración de la rendición de cuentas, de renuncia a futuros cuestionamientos o pretensiones, puede hacer pensar que la relación subyacente tenga *sustancia de una atribución del bien* a favor del representante.

8. OTRAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN

Además que por revocación del poder, la representación se extingue también por otras causas, a las cuales el art. 1396² alude sin precisarlas (e incluso para su individualización ayuda en parte la regulación del mandato).

Algunas no plantean particulares problemas: vencimiento del plazo; verificación de condición resolutoria; cumplimiento total del acto autorizado.

Otras merecen alguna atención ulterior: renuncia del representante; muerte o incapacidad sobrevenida del representante o del representado; quiebra del representante o del representado; extinción de la relación de gestión.

El representante puede renunciar a la representación cuyo ejercicio no tendría sentido imponerle contra su voluntad. La renuncia es *acto unilateral recepticio*: extingue el poder en cuanto sea comunicada al representado. Firme este efecto, se discuten otras consecuencias: parece cierto que si la renuncia crea daños injustos a cargo del representado, puede activarse la responsabilidad del renunciante (salvo verificar la aplicabilidad del más puntual régimen del art. 1727). También aquí dependerá de cómo se configura la *relación de gestión*, que puede diseñar en términos más o menos apremiantes el compromiso del representante de proseguir la gestión representativa.

Renuncia del representante

La representación se extingue por muerte del representado (extinción, si es un ente), y por su sobrevenida incapacidad legal. No, sin embargo, si es otorgada también en el interés del representante o de terceros (cfr. art. 1723²): en tal caso, fallecido el representado, el sucesivo acto del representante podrá comprometer a sus herederos (en cuyos nombres, no el del difunto, deberá actuarse). También se extingue por muerte del representante, que ha recibido el poder en base a la *confianza del representado*, que podría no extenderse al heredero; y, (aunque algunos dudan), por su incapacidad sobrevenida: es verdad que el interesado puede —si cree— dar poder a un incapaz legal, pero otra cosa es imponerle como representante a un incapaz, cuando originalmente él había revestido a una persona capaz (cfr. art. 1728).

Muerte e incapacidad de representado ...

... y del representante

Ciertamente, extingue la representación la quiebra del representado cuyo patrimonio entra en la *gestión de los órganos de la quiebra*. Hay menor certeza de que el mismo efecto derive automáticamente de la quiebra del representante, cuyo patrimonio no sería tocado por el ejercicio de la representación.

Quiebra

Finalmente, existe la posibilidad de que la representación se extinga por la extinción de la relación de gestión que la sostiene. Hay certeza sobre esta consecuencia cuando el poder representativo y la relación de gestión deriven de la misma, unitaria fuente negocial; o cuando sea evidente la *vinculación*. Cuanto menos intenso y claro se haga el vínculo, tanto más la balanza se inclinará hacia la exigencia de proteger la confianza de los terceros.

Extinción de la relación de gestión

Inoponibilidad
de la
extinción a
terceros que
la ignoran sin
culpa

El art. 1396² regula las consecuencias, respecto a los terceros, de la extinción de la representación por causas diversas de la revocación: tales causas “no son oponibles a los terceros que las han ignorado sin culpa”; y la no oponibilidad hace sí que el contrato celebrado por el representante aunque privado del poder sea eficaz en las relaciones entre representado y tercero.

Carga de la
prueba

Se discute sobre el consecuente modelo de repartición de la carga probatoria a aplicar en el contraste entre *el tercero que hace valer la eficacia* de ese contrato y *el representado que hace valer la ineficacia*: para los más grava sobre el representado la carga de probar la mala fe del tercero o la culposidad de su ignorancia; para otros corresponde al tercero probar su ignorancia inculpable. La jurisprudencia privilegia la primera tesis, que asimila y no desvía la regla probatoria del art. 1396² respecto a la del art. 1396¹ (salvo la específica relevancia que el primer párrafo, a diferencia del segundo, atribuye a la absolucón de la carga de publicidad). Por lo demás, la prueba estará fácilmente dada —o incluso no será configurable la ignorancia inculpable— cuando la causa de extinción forme objeto de publicidad legal: incapacidad, quiebra.

El art. 1396 está dictado para la representación voluntaria. No se aplica a la representación legal de los incapaces. En el campo de la representación orgánica y comercial, se le superponen regímenes específicos, que ampliamente lo absorben.

Restitución
del
documento

Cuando la representación se extingue, el representante debe restituir al representado el eventual documento del cual deriven sus poderes (art. 1397).

La norma identifica un *deber del representante hacia el representado*: su violación puede crear responsabilidad por los daños que este último reciba (por ejemplo, por la no oponibilidad de la revocación del poder a los terceros, cuyo representante continúe exhibiendo el poder no restituido). Pero esboza también una *carga del representado*: si este no se activa para conseguir la restitución del documento, le será más difícil probar la mala fe o la ignorancia culposa del tercero.

9. LA REPRESENTACIÓN SIN PODER

En vía de principio, “El contrato celebrado por el representante en nombre (...) del representado (...) produce efecto directamente respecto del representado” solo si es celebrado “dentro de los límites de las facultades” otorgadas al representante (art. 1388). En cambio, no produce tal efecto el contrato celebrado más allá de tales límites, esto es, que excede el poder representativo otorgado al representante, como si por ejemplo, este vendiera un inmueble del representado ubicado en Como, cuando el poder lo autorizaba a vender los inmuebles de Milán (exceso de representación). Con mayor razón no produce tal efecto el contrato celebrado por un presunto representante, que en realidad no tiene ningún poder representativo (defecto de representación en sentido estricto).

El defecto de representación se presenta cuando *el poder representativo no ha sido nunca otorgado* (incluyendo el caso-límite en que el sujeto en nombre del cual es falsamente ejercitado ni siquiera existe, como sucedería si alguien actuara en nombre de una sociedad aún no constituida. Además se presenta cuando *ha sido otorgado inválidamente* (invalidez del poder).

Defecto de
representación

El exceso de representación implica *superación de los límites de un poder representativo existente*. Por ello comprende supuestos de hecho que pueden situarse en el límite (y a veces no son fácilmente distinguibles) respecto a las de abuso de representación por inobservancia de directivas del representado: se trata de valorar caso por caso si el representante que las viola simplemente desatiende el interés del representado o, más radicalmente, actúa más allá de sus poderes.

Exceso de
representación

Tanto el defecto como el exceso de representación son asimilados bajo la categoría de la representación sin poder: en ambas hipótesis quien actúa en nombre ajeno es un *falso representante*; el titular del nombre por el que se actúa es un *falso representado*.

El contrato del falso representante no vincula al falso representado frente al tercero: precisamente porque quien actúa no tiene el poder de hacerlo; y, más sustancialmente, para impedir incisiones no autorizadas de las esferas jurídicas ajenas. Ni siquiera vincula al falso representante frente al tercero: porque el contrato es hecho en nombre del falso representado, y dispone de posiciones jurídicas de este, no del falso representante. (El falso representante puede estar vinculado frente al tercero, pero en vía extracontractual, como responsable por daños: 12.11).

El contrato no
vincula al
falso
representado
...

... ni al falso
representante

En cambio, el contrato vincula al tercero contratante, como se obtiene de la previsión por la cual el tercero y el falso representante "pueden, por acuerdo, disolver el contrato" (art. 1399³). La norma indica que el contrato produce efectos vinculantes para el tercero, aclarando que de estos el tercero no puede liberarse por decisión unilateral.

El contrato
vincula al
tercero

La naturaleza del vínculo es propiamente de sujeción: el tercero no está obligado a ejecutar la prestación contractual, sino que está *expuesto a sufrir las decisiones del falso representado sobre la suerte del contrato*. En estos términos, el vínculo está justificado: el tercero se ha comprometido en una relación contractual con el falso representado. En cambio, no estaría justificado un vínculo del tercero que se perpetuara en ausencia del vínculo correspondiente a cargo del falso representado: pero para ello existe el remedio de la interpelación (12.10).

Sujeción del
tercero

La calificación del contrato del falso representante es terreno de ejercicios conceptuales para la doctrina y la jurisprudencia. Algunas posiciones (por lo demás minoritarias) lo califican de *inválido*: oscilando entre anulabilidad y nulidad. Otras tesis lo consideran *no*

Calificación
del contrato

perfeccionado, evocando un supuesto de hecho contractual con formación progresiva que podrá eventualmente completarse solo con la ratificación del representado (12.10), visto como ulterior elemento constitutivo del supuesto de hecho mismo (con la consecuencia de que el lugar del contrato se hace coincidir con el lugar de la ratificación). Para la orientación dominante, la ratificación opera no como elemento constitutivo del supuesto de hecho, sino como su condición externa de eficacia, en el sentido de una *condicio iuris* (27.15).

Ineficacia del contrato

La ineficacia del contrato tutela al falso representado. Por ello puede hacerse valer solo por él: no puede apreciarse de oficio; tanto menos puede invocarse por el tercero contratante (que, como se ha visto, está vinculado por el contrato).

Carga de la prueba

La carga de la prueba sigue el esquema del art. 2697. Se supone que A contrata con X en nombre de B. Adquirido este dato (que invoca la prueba del actuar en nombre del representado), no es B el que, para rechazar la pretensión contractual de X, debe probar la ausencia del poder en cabeza de A; sino que es el tercero contratante X el que, para hacer valer el contrato contra B, debe probar la existencia del poder representativo.

Excepciones a la ineficacia

El principio de la ineficacia del contrato (hacia el falso representado, como hacia el falso representante) conoce excepciones, fundadas en la exigencia de *tutelar la confianza del tercero contratante* de manera más intensa de cuanto lo tutele el remedio resarcitorio *ex art. 1398* (12.11). Existen dos órdenes de excepciones.

Eficacia hacia el falso representado

...

Un primer orden comprende casos en los cuales el contrato produce efectos sobre el falso representado: este está contractualmente vinculado, aunque el (falso) representante no tenía el poder de representarlo. Allí entran tres supuestos de hecho: dos de fuente legal y uno de fuente jurisprudencial. El primer supuesto de hecho de fuente legal se refiere a los casos en los cuales *la extinción o la reducción del poder representativo no es oponible a los terceros ex art. 1396* (12.6). La segunda concierne a la *representación orgánica*: los actos realizados por los administradores en nombre de la sociedad, más allá de sus poderes representativos, vinculan a la sociedad en la amplia medida indicada por los arts. 2384 y 2384-*bis* (13.1). El supuesto de hecho de matriz jurisprudencial se funda en el principio de apariencia: el falso representado está vinculado al contrato celebrado por su representante (*falso pero aparente*) (12.12).

... y hacia el falso representante

En otro orden de excepciones, el acto produce efectos sobre el falso representante. Un caso se refiere a los negocios unilaterales, esto es, la emisión, el endoso, el aval de una *letra de cambio* o de un *cheque*: quien "pone la firma sobre la letra de cambio como representante de una persona de la cual no tiene el poder para obrar, está obligado cambiariamente como si hubiera firmado por sí mismo" (art. 11 Ley camb.); análogamente para el cheque (art. 14 Ley cheq.). Otro caso se refiere al contrato de *seguro*: si un contratante "estipula el seguro en nombre ajeno sin tener poder para ello",

él “está obligado personalmente a observar las obligaciones derivadas del contrato” dentro de los límites indicados por el art. 1890.

10. LA RATIFICACIÓN

La ratificación (art. 1399) es el negocio unilateral del falso representado —o de su heredero (art. 1399⁵)—, con el cual *se atribuye eficacia al contrato (de por sí ineficaz) celebrado por el falso representante*. Ratificando, el falso representado atribuye *ex post* al falso representante esa legitimación para contratar por él, que le faltaba al momento del contrato; con el resultado de que la situación es tratada como si el falso representante estuviera legitimado: el contrato vincula al representado. La decisión de ratificar obedece a una valoración de conveniencia del falso representado: éste ratifica si piensa que el contrato, hecho sin su autorización, sea útil para él; en caso contrario no ratifica, y el contrato permanece ineficaz.

Art. 1399

La ratificación es acto recepticio *frente al tercero contratante*: produce su efecto en cuanto le es comunicada por el falso representante (o, según una orientación jurisprudencial menos rigurosa, en cuanto le sea conocida, incluso indirectamente). El efecto específico de la ratificación, que hace necesaria la comunicación al tercero contratante, no es vincularlo al contrato, porque el tercero ya está vinculado prescindiendo de la ratificación; sino más bien es *hacer el vínculo irrevocable*, impidiendo las posibilidades de disolución del vínculo —por resolución acordada con el falso representante, o por inútil transcurso del plazo en vía interrogatoria al falso representado— que se dan antes de la ratificación.

Acto unilateral recepticio

Efecto hacia el tercero

La ratificación es acto eventualmente formal, porque debe hacerse “con la observancia de las formas prescritas para la celebración del contrato” a ratificar (art. 1399¹): las mismas formas que habría requerido el poder dirigido a dotar al falso representante de los poderes necesarios. Si la ratificación no tiene forma vinculada, la correspondiente voluntad negocial puede ser manifestada también por comportamientos concluyentes, como la ejecución también parcial del contrato, o el requerimiento de ejecución dirigida al otro contratante (denominada ratificación tácita).

Forma eventual

Ratificación tácita

Si tiene forma vinculada —por ejemplo, la escritura— puede ser suficiente que la voluntad de ratificar resulte de un documento del interesado, aunque no específicamente expresivo de tal voluntad: se ha reconocido tal valor al acto de demanda con el cual el interesado pide en un juicio la ejecución del contrato; no, en cambio, al documento de mero reconocimiento de una ratificación que se da por ya ocurrida, ni al endoso de letras de cambio recibidas como precio de la venta inmobiliaria celebrada por el falso representante.

Las
posiciones de
los
interesados
antes de la
ratificación

Veamos cómo se configuran —en el periodo que precede a la ratificación— las posiciones de los sujetos implicados en el contrato celebrado por el representante sin poderes.

Falso
representado

El falso representado no está vinculado por el contrato, y en esta situación puede hacer tres cosas. *Rechazar la ratificación*: y en tal caso, el contrato se torna definitivamente ineficaz para él, pero también ya no vinculante para el tercero (al cual el rechazo produce una confianza sobre la cancelación del negocio, que debe tutelarse). O al contrario *ratificar*: de este modo haciendo el contrato vinculante para sí, y definitivamente vinculante para el tercero contratante. O finalmente una cosa intermedia, esto es, *ni ratificar, ni rechazar la ratificación*: una actitud que puede derivar o de la decisión de tomarse un tiempo para decidir con calma qué hacer, o simplemente de la no calculada inercia.

Tercero
contratante

La prolongación de una tal espera del falso representado perjudica al tercero contratante: él está unilateralmente vinculado al contrato, sin saber si y cuando a tal vínculo se asociará (con la ratificación) el vínculo correspondiente del falso representado; o si y cuando, al contrario, el vínculo será disuelto por un rechazo de ratificación. Es verdad que la incertidumbre puede venir a menos con la disolución del contrato (posible hasta que no intervenga la ratificación), la cual rinde al contrato mismo definitivamente ineficaz para todos, precluyendo una ratificación sucesiva: pero este remedio no está en la disponibilidad exclusiva del tercer contratante, ya que requiere el acuerdo del falso representante (art. 1399³). Es necesario por ello otro *remedio, que permita al tercero salir de la situación de incertidumbre*.

Interpelación
del tercero

Este remedio es el poder interrogatorio (o de interpelación) ofrecido por el art. 1399⁴: “El tercero contratante puede invitar al interesado a pronunciarse sobre la ratificación asignándole un plazo, vencido el cual, frente al silencio, la ratificación se entiende negada”.

La esencialidad de la asignación del plazo, remarcada por la jurisprudencia, hace muy problemático, si no imposible, configurar una interpelación tácita, por hechos concluyentes.

Si bien planteada, la interpelación remueve, finalmente, la incertidumbre: o la ratificación interviene (válidamente) en el plazo, y entonces el contrato adquiere plena eficacia; o bien el plazo vence sin que intervenga la ratificación, y entonces el contrato es definitivamente ineficaz, como por un rechazo de ratificación.

Retroactividad
de la
ratificación

Por regla, “La ratificación tiene efecto retroactivo” (art. 1399²): los efectos del contrato ratificado se consideran producidos *desde el momento de su celebración*, no desde el momento de la ratificación. Así, en jurisprudencia se ha decidido que si el siniestro sucede después de la celebración del contrato de seguro por parte del falso representante, y antes de la ratificación,

esté es cubierto por el contrato ratificado; y que una causa de invalidez verificada entre el contrato y la ratificación no invalida el contrato ratificado (al contrario, la ratificación no subsana el vicio presente en el contrato al momento de su celebración).

La retroactividad no llega, sin embargo, a dejar en nada posiciones del tercero contratante, ligadas a un plazo de caducidad: si del contrato ratificado nace a favor del tercero contratante una obligación principal inmediatamente exigible, garantizada con fianza, el plazo semestral *ex art. 1957* corre a su cargo no desde el momento del contrato sino desde el momento de la ratificación.

La retroactividad de la ratificación encuentra por lo demás un límite general: quedan a "salvo los derechos de los terceros" (art. 1399²). Los terceros tutelados son esencialmente los *causahabientes a título particular del falso representado*: si después del contrato este cede (o vincula) a un tercero el mismo bien enajenado por el falso representante, la sucesiva ratificación del falso representado (o de su heredero) no afecta la adquisición del tercero.

Límite de la retroactividad: derechos de los terceros

Los terceros tutelados

La jurisprudencia incluye también terceros cuyos derechos frente al falso representado se basan en un título extranegocial: si tras el contrato, la circulación del auto vendido por el falso representante causa daño a un tercero, la posterior ratificación no impide que el falso representado responda como propietario *ex art. 2054*³.

Terceros tutelados *ex art. 1399*² no son, evidentemente, ni el falso representado ni el tercero contratante, que son en cambio las partes de la relación contractual en cuestión. Y tampoco quien en su conjunto subente en sus esferas jurídicas, como los herederos o el curador de la quiebra. Deben también excluirse los causahabientes del tercero contratante, que le hayan adquirido el mismo bien que había anteriormente cedido a un representante sin poderes: si el falso representado ratifica la adquisición, el conflicto entre él y el otro adquirente se resuelve no automáticamente a favor de este último *ex art. 1399*², sino en base a las normas comunes sobre el conflicto entre varios adquirentes del mismo bien (arts. 1155; 1380, 2644²).

La ratificación puede hacer también eficaces los actos unilaterales realizados por un representante sin poderes. Respecto a ellos se plantea sobre todo un problema: cuando un acto tal debe realizarse —frente a un concontratado— dentro de un cierto plazo bajo sanción de caducidad de un derecho del interesado, ¿*quid* si el acto es realizado (sin poder) dentro del plazo, pero la ratificación se produce fuera del plazo? En concreto: ¿el acto debe considerarse oportuno por retroactividad de la ratificación, o tardío por estar la retroactividad excluida en salvaguarda del concontratado, visto como tercero tutelado *ex art. 1399*²? La jurisprudencia oscila: admite la retroactividad de la ratificación de un despido o de una despedida, por odio al destinatario del acto (dependiente, conductor); la niega para el rescate de un fundo rústico sujeto a prelación del cultivador, esta vez tutelando al concontratado (adquirente del fundo).

Ratificación de actos unilaterales

La ratificación opera también en el campo de la representación orgánica. Pero allí opera en un ámbito limitado por la frecuencia con la cual actos realizados sin poder en nombre de la sociedad vinculan a la sociedad misma,

Representación orgánica

por ser el defecto de representación no oponible al tercero contratante *ex* arts. 2384 y 2384-*bis*. Las aplicaciones más significativas se refieren a los casos en los cuales el órgano competente de una sociedad recién constituida ratifica los *actos realizados en nombre de la sociedad, antes de su constitución*.

11. LA RESPONSABILIDAD DEL FALSO REPRESENTANTE

Art. 1398

En el caso de contrato celebrado por representante sin poderes, el tercero contratante puede sufrir daños de diverso género: el más grave se liga a la ausencia de ratificación, y consiste en haber celebrado un contrato ineficaz. El falso representante responde por ello (art. 1398).

Responsabilidad precontractual

Su responsabilidad es extracontractual, y más precisamente precontractual (8). No deriva de la lesión de una relación con el tercero contratante, y en particular no se basa en la no actuación de la relación objeto del contrato celebrado sin poderes: de esta relación el falso representante no es parte, habiéndolo negociado no para sí sino en nombre ajeno. La responsabilidad deriva de la incorrección cometida por el falso representante en las tratativas, y consistente en *haber llevado al tercero contratante a celebrar un contrato ineficaz*. Como consecuencia, el resarcimiento refleja no el interés "positivo" del tercero contratante en la operación no actuada; sino su interés "negativo" de no caer en confianzas falaces sobre la eficacia de un contrato que resulta en cambio ineficaz.

Interés negativo

También se ha decidido que no se produce la responsabilidad en discurso si el contrato presenta otro vicio (por ejemplo, causa de nulidad o anulabilidad) que, no siendo subsanable con la ratificación, absorbe la falta de poder representativo. La decisión es opinable; y, con todo, podría encontrar espacio una responsabilidad *ex* art. 1338.

Relaciones entre acción de daño y ratificación

Ciertamente la responsabilidad no se produce, por ausencia del daño considerado, si interviene la ratificación y el contrato se torna eficaz (podrá postularse, en el caso, un daño por el retardo en la operatividad del contrato). En relación a ello, surge la pregunta de si la falta de ratificación —cuya definitiva certeza se adquiere con el rechazo del falso representado o con la interpelación del tercero contratante, seguida del infructuoso transcurso del plazo asignado— sea un presupuesto necesario para la acción de responsabilidad. La jurisprudencia avala la respuesta negativa: la acción es planteable también cuando existe aún espacio para la ratificación; pero podrá ser victoriosa solo si en el curso del juicio sobrevenga —mediante rechazo, o interpelación— la certeza de su imposibilidad.

Conciencia del falso representante ...

La responsabilidad del falso representante implica el dolo o la culpa, que se puede encontrar cuando él sabía o debía saber que no tenía el poder representativo. Pero en la interpretación corriente, que debe compartirse, la culpabilidad está fuertemente objetivada hasta resolverse en una culpa *in re ipsa*: del propio defecto de poderes el representante —por el peculiar compromiso que se asocia a un actuar delicado como el actuar en nombre ajeno—

debía saber. Por esto el tercero contratante no tendrá dificultad en absolver la correspondiente carga probatoria, que formalmente le incumbe; y de la contraprueba liberatoria, basada en el elemento subjetivo, el demandado podrá favorecerse solo en casos-límite.

...
fuertemente
objetivada

La responsabilidad del falso representante se activa en relación al “daño que el tercero contratante haya sufrido por haber confiado sin su culpa en la validez del contrato” (art. 1398, en donde la “validez” evocada por el legislador puede bien leerse por el intérprete como “eficacia”); por tanto, se excluye si el tercero tiene a su vez culpa, porque en tal caso debería imputar a sí mismo el propio daño.

Confianza no
culpable del
tercero

Cae en culpa el tercero que no advierte la falta de poderes en cabeza de la contraparte, cuando —en las circunstancias dadas— podría y debería darse cuenta con la ordinaria diligencia. Para tal fin, el tercero tiene un medio codificado: el poder de exigir, durante la tratativa con el representante, “que este justifique sus poderes y si la representación resultara de un acto escrito, que le dé una copia firmada por él” (art. 1393). Pero la jurisprudencia no valora este dato, perpetuando la máxima según la cual la norma identifica una facultad y no un deber ni una carga del tercero, de forma que *el omitido requerimiento de justificación de los poderes no configura de por sí culpa* a su cargo: casi como que el tercero pudiera normalmente dar por buena la palabra de quien se dice representante.

La culpa del
tercero

Jurisprudencia

Ello es discutible: puede no estar en culpa el tercero que, habiéndose hecho mostrar el poder aparentemente emitido por el interesado, no indaga a fondo sobre la veracidad de la suscripción (que después resulta falsa); pero no está exento al menos de un cierto grado de culpa el tercero que omite hacerse mostrar el poder (que después se descubre inexistente). La máxima jurisprudencial —unida a la otra, por la cual el dolo del falso representante absorbe y hace superfluo el requisito de la falta de culpa del tercero— termina rescribiendo la regla del art. 1398, sustituyéndola con la otra regla según la cual *el tercero tiene siempre derecho al pleno resarcimiento, prescindiendo de su ausencia de culpabilidad* (salvo quizás el caso extremo de la falta de poderes que resulta de aparatos de publicidad legal). Parece más apropiado, y más coherente con la norma, un modelo de juicio que, sin negar *a priori* la culpa del tercero, vincule a la determinación de esta si no la exclusión del resarcimiento, al menos su reducción en la lógica del art. 1227².

Crítica

En relación a las circunstancias, una responsabilidad del falso representante puede encontrarse también cuando, tras una fase de tratativas, el contrato no se celebre por el rechazo del tercero, habiéndose dado cuenta de que su interlocutor no tiene poderes: más difícil, en concreto, admitir pretensiones resarcitorias del tercero cuando, celebrado el contrato, este sea luego consensualmente resuelto *ex art. 1399*³.

12. LA REPRESENTACIÓN APARENTE

El fenómeno

Eficacia del contrato del representante aparente

La representación aparente es una *subcategoría específica y calificada de representación sin poder*. Se caracteriza por esto: a la realidad de la ausencia de poderes representativos se superpone una apariencia creada por *indicadores objetivos (aunque engañosos) que hacen aparecer como existentes los poderes inexistentes*. Por indiscutible regla jurisprudencial al supuesto de hecho se vincula (en concurso con determinadas condiciones) una consecuencia muy clara: en derogación a los principios, el contrato celebrado por el falso representante, que sea calificable como representante aparente, puede ser eficaz frente al falso representado y vincularlo. El contrato del falso representante debería ser ineficaz porque está celebrado por sujeto no legitimado: *la apariencia subroga la legitimación ausente*.

Tutela de la confianza del tercero

Otros casos de apariencia relevante

Principio de apariencia

La regla se funda en una *ratio* de fuerte tutela de la confianza del tercero contratante, que precisamente la apariencia ha inducido a confiar en la existencia del poder, y por consiguiente, en la eficacia del contrato. Es la misma *ratio* que favorece a los supuestos de hecho legales en los cuales se atribuye relieve a situaciones de apariencia, igualmente consideradas idóneas para subrogar una legitimación ausente: así el *pago al acreedor aparente* —en realidad sujeto no legitimado para recibirlo— tiene el mismo efecto liberatorio que si fuera hecho al verdadero acreedor, legítimo destinatario del pago (art. 1189¹); y quien adquiere de un sujeto no legitimado para transferir, pero aparentemente provisto de la legitimación en cuanto *heredero aparente* (art. 534²) o titular aparente por tener la *posesión del bien mueble no registrado* (art. 1153¹) o por haberlo recibido en base a un *contrato simulado* (art. 1415¹), adquiere eficazmente como si hubiera adquirido de sujeto legitimado. De estos (y otros) supuestos de hecho legales los intérpretes recogen un principio general de apariencia, inherente al sistema, que encuentra una importante recaída aplicativa precisamente en la regla sobre la representación aparente.

Por lo demás, la misma disciplina positiva de la representación tiene una regla que refleja el principio de apariencia: aquella sobre la eficacia del *contrato celebrado después de la extinción de los poderes representativos del ex representante*, el cual sin embargo —a los ojos de los terceros que ignoran la causa de extinción— aparezca aún provisto de los viejos poderes (art. 1396).

La regla sobre la representación aparente opera en el concurso de dos condiciones, referidas a las esferas subjetivas del representado y del tercero contratante.

En primer lugar es necesario que el (falso) representado sea responsable de la apariencia que ha engañado al tercero: solo así se desprende ese criterio de *autoresponsabilidad*, capaz de justificar una consecuencia grave como la eficacia a su cargo del contrato no autorizado. ¿Pero cuál es el criterio de imputación de la responsabilidad? La orientación hasta ahora dominante (en doctrina y en jurisprudencia) exige la culpa del representado, requiriendo que él, si no por malicia, al menos por negligencia haya creado o concurrido a crear la apariencia (apariciencia culposa). No tendría en cambio relevancia la denominada apariencia pura, creada sin culpa del interesado.

Apariciencia
Imputable al
representadoApariciencia
culposa

Por ejemplo, se ha reconocido la culpa a cargo del viejo titular de la empresa, por no haber publicitado adecuadamente el arrendamiento o la cesión de la misma (y por no haber cuidado el cambio de la correspondiente licencia de comercio), creando así la apariencia de que el nuevo titular actúe por él. También puede encontrarse culpa en la tolerancia de una situación que, sin embargo, el interesado no ha concurrido a crear: como en el caso del empleador, quien sabiendo de un dependiente que, de propia iniciativa, a veces actúa en su nombre, no hace nada por impedirselo. Para la orientación dominante, pues, tiene relevancia aquí solo la apariencia culposa y no la denominada apariencia pura, es decir, la que se creó sin culpa del interesado.

Casos

La apariencia pura opera en algunos supuestos de hecho legales, en los cuales el sujeto sufre —casi a título de *responsabilidad objetiva*— las consecuencias de una apariencia que no se puede reconducir a su culpa: ello sucede al verdadero acreedor, al verdadero heredero, al verdadero propietario en los casos regulados por los arts. 1189¹, 534², 1153¹. Llamados a valorar la aplicabilidad del principio de apariencia a hipótesis no codificadas, como precisamente es el caso de la representación aparente, los intérpretes se han sentido alentados a hacerlo en la más blanda variante de la apariencia culposa, mientras han sido reacios de extender el criterio de la apariencia pura fuera de las hipótesis legalmente típicas. Pero, algunas recientes sentencias —a veces sin enunciarlo, a veces en términos más explícitos— parecen propensas a considerar relevante incluso la apariencia de poderes representativos no dependiente de culpa del interesado: además en casos en los cuales *la apariencia se crea al interior de un contexto organizativo* (empresarial o no), y el representante aparente, que actúa en nombre del titular de la organización, es sujeto que opera al interior de esta.

Apariciencia
pura (sin
culpa)Tendencias
extensivas

Es conceptualmente distinto del caso en el cual el interesado crea una apariencia de poderes representativos aquel en el cual otorga un *poder tácito* (aunque en la práctica en las situaciones limítrofes la distinción puede ser difícil). Si se puede encontrar poder tácito, la representación se apoya en un poder existente, y por lo tanto no tiene sentido hablar de apariencia.

Se precisa, luego, la confianza razonable e inculpable del tercero contratante: el tercero no está protegido si, pese a la apariencia, conocía la

Confianza no
culpable del
tercero

ausencia de poderes; o si habría debido conocerla yendo más allá de la apariencia. Está protegido —para repetir fórmulas recurrentes en las máximas— solo si tiene buena fe, y su error es inculpable. El criterio es el de la *ordinaria diligencia*: un parámetro que puede hacerse más riguroso a la luz de la calidad profesional del tercero, y de las relaciones anteriores con la contraparte.

Comparación
con la culpa
del tercero ex
art. 1398

En general, aquí la jurisprudencia parece entender el requisito de la ausencia de culpa del tercero en términos notablemente más rigurosos respecto al análogo requisito puesto por el art. 1398: comportamiento apreciable, no solo porque a la confianza inculpable ex art. 1398 se dan —como se ha dicho y criticado— contenidos excesivamente blandos; sino también porque la verificación del elemento constitutivo de una tutela “real” (como la consistente en la producción de los efectos contractuales a cargo del aparente representado) merece mayor rigor respecto a la determinación de los presupuestos de una tutela solamente resarcitoria.

Poder inválido

Los criterios de relevancia de la representación aparente darán lugar a soluciones diversas, cuando el poder representativo aparece porque existe un poder, pero en realidad falta porque el poder es inválido. En efecto, según los casos, la invalidez del poder puede vincularse a culpa de quien lo otorga (por ejemplo, incapacidad natural por exceso de alcohol) o bien no implicar ninguna culpa del autor (por ejemplo, víctima de dolo); puede ser apreciable por el tercero con la ordinaria diligencia (si por ejemplo, depende de incapacidad legal), o no (como en el caso de vicio de la voluntad).

13. CONTRATOS BAJO NOMBRE AJENO; ACTOS DISPOSITIVOS DE DERECHOS AJENOS

Del fenómeno de la representación se distinguen algunas situaciones, que también en algunos aspectos lo evocan. Son situaciones en las cuales la parte no declara actuar por otro sujeto, y sin embargo, emite una *declaración contractual que objetivamente pone en juego a otro sujeto*.

Contrato bajo
nombre ajeno

Es el caso de la declaración contractual bajo nombre ajeno: A, presentándose bajo la falsa identidad de X, hace un contrato con B (9.10). Estaremos en el área de la representación, si A declarara a B de contratar no para sí sino para X: en cambio A declara a B de contratar para sí, atribuyéndose falsamente la identidad de X. Por ello, el contrato no vincula a X, sino a A. Si el contrato es ejecutable por A (por ejemplo, porque implica a su cargo el pago de una suma de dinero u otra prestación fungible), B puede pretender de él la ejecución. Si no es ejecutable por A (por ejemplo, porque implica una prestación que puede ser hecha solo por X, cuyo nombre ha sido usurpado), B tiene el remedio de la anulación del contrato por error sobre la persona (35.7), y sobre todo del resarcimiento del daño.

Ello no quita que algunos supuestos de hecho puedan presentarse en términos tales, como para hacer útil un tratamiento encuadrado en algún aspecto de la disciplina de la

representación. Piénsese en el caso en el cual A, declarando falsamente ser X, promete a B una prestación que puede ser realizada solo por X: si X llega a conocer lo sucedido, acepta hacer esa prestación a B, ¿por qué excluir que ello suceda por efecto de una suerte de "ratificación" por parte de X? Piénsese luego en el caso en el cual X, por culpa o incluso con dolo, haya facilitado la usurpación de su identidad por obra de A, de tal modo concurriendo a crear, ante los ojos de B, la falsa apariencia sobre la identidad del contratante: ¿por qué no postular, en analogía con la regla sobre la representación aparente, que X esté contractualmente vinculado con B?

Evocación de las reglas de la representación

Otro caso es el acto de quien, en nombre propio, dispone del derecho ajeno: por ejemplo, A vende a B el bien de X. Si A contratara en nombre de X, estaríamos en el área de la representación (con o sin poder, según que A tenga o no el poder de X para vender). Pero si A contrata en nombre propio, la falta de actuación en nombre de X coloca al supuesto de hecho fuera de la representación, e impide el efecto: el bien de X no se transfiere a B; además, no existe ningún contrato (ni siquiera ineficaz) entre B y X. El contrato existe, y produce efectos vinculantes, entre A y B: los efectos a los cuales se refieren los arts. 1478 y ss. sobre la venta de cosa ajena.

Acto dispositivo del derecho ajeno

BIBLIOGRAFÍA

1-13. Véase antes 11.1-9.

- 3-4. L. FRANCIOSI, *Il conflitto di interessi nella rappresentanza*, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por M. Bessone, XIII, VI, Torino, 2000, p. 69; L. BAGAROTTO, *Il conflitto di interessi nella rappresentanza volontaria, legale ed organica*, en *Studium iuris*, 1999, p. 1262; A. STESURI, *Il conflitto di interessi*, Milano, 1999; G. GABRIELLI, *Il requisito di specificatezza dell'autorizzazione a contrarre in conflitto di interessi: un eccesso di rigore moralistico*, en *Rivista di diritto civile*, 1999, I, p. 547; A. FICI, *Il conflitto di interessi nelle gestioni individuali di patrimoni mobiliari*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1997, p. 281; P. SIRENA, *Alienità dell'affare e conflitto d'interessi fra rappresentante e rappresentato ex art. 1394 c.c.*, en *Rivista di diritto civile*, 1994, II, p. 85; G. COPPI, *Il conflitto d'interessi nella rappresentanza organica di una persona giuridica - Vendita con patto di riscatto e patto commissorio*, en *Giustizia civile*, 1993, I, p. 3057; A. CAVALIERI, *Ipoteca concessa dal rappresentante a garanzia del debito di un terzo: conflitto di interessi*, en *Giustizia civile*, 1993, I, p. 736; L. SAMBUELLI, *La "proprietà" nell'interesse altrui (mandato generale e conflitto d'interessi)*, en *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, 1, p. 1321; C.S. CARRASSI, *Il conflitto d'interessi nella disciplina generale della rappresentanza*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1991, II, p. 377; V. CARBONE, *Abuso di rappresentanza e inadempimento del mandato*, en *Corriere giuridico*, 1991, p. 1207; S. SIDERI, *In tema di conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato*, en *Giurisprudenza di merito*, 1984, p. 1070; E. PEREGO, *Spunti sul conflitto d'interessi nella rappresentanza volontaria*,

en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, I, p. 1434; S. PUGLIATTI, *Il conflitto di interessi tra il principale e il rappresentante*, en *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p. 57; R. IPPOLITO-L. LOMEO, *Il conflitto di interessi nella rappresentanza*, en *Vita notarile*, 1965, p. 156; L. MOSCO, *Brevi considerazioni in materia di conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1964, p. 318; L. MOSSA, *Abuso di poder*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1955, II, p. 255; V. TORRENTE, *Il conflitto d'interessi tra rappresentante e rappresentato*, en *Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione-sezioni civili*, 1954, I, p. 364; F. CARRESI, *In tema di difetto ed abuso di rappresentanza*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1951, I, p. 209; G. MINERVINI, *Il conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato nella recente codificazione*, en *Archivio giuridico*, 1946, p. 17.

5. C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1982; M. ZANA, *Buona fede e contratto con se stesso*, en *Il Foro padano*, 1972, I, p. 159; N. VISALLI, *Natura giuridica del contratto con se medesimo*, en *Rivista di diritto civile*, 1963, II, p. 378; F. MESSINEO, *Contratto con se stesso*, en *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1958, *ad vocem*; A. GALLUCCIO, *Contributo alla dottrina del contratto con se stesso*, Napoli, 1946; G. ASCOLI, *La contrattazione con se medesimo*, en *Rivista di diritto civile*, 1930, I, p. 369.
- 6-7. M. FERRARI, *Irrevocabilità del mandato e revocabilità della procura*, en *Contratti*, 1999, p. 121; R. VARANO, *Forma della procura e contratto concluso dal rappresentante*, en *Notariato*, 1998, p. 116; V. DE LORENZI, *Procura*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XV, Torino, 1996, *ad vocem*; G. DI ROSA, *La "astrattezza" della procura; alle origini di un dogma*, en *Contratto e impresa*, 1994, p. 70; A. R. VENNERI, *Sull'efficacia della procura irrevocabile a vendere*, en *Rassegna di diritto civile*, 1992, p. 895; D. MINUSSI, *Consegna della procura e conferimento della rappresentanza*, en *Corriere giuridico*, 1991, p. 779; G. GRAZIANI, *In tema di procura irrevocabile*, en *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953, p. 75; A. MINERVINI, *Contributo alla dottrina della procura irrevocabile*, en *Annali di diritto comparato*, 1949, p. 27.
- 9-10. L. FRANCARIO, *La rappresentanza senza potere*, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por M. Bessone, XIII, VI, Torino, 2000, p. 89; F. ROLFI, *Mediatore e falsus procurator*, en *Corriere giuridico*, 1999, p. 478; P. LAGHEZZA, *Falsus procurator e risparmiatore*, en *Danno e responsabilità*, 1999, p. 1014; L. NOGLER, *Sulla ratifica del contratto a termine concluso dal falsus procurator*, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1998, II, p. 248; A. BULGARELLI, *Ratificabilità del contratto simulato concluso da falsus procurator*, en *Notariato*, 1997, p. 155; M. GRAZIADEI, *Ratifica*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVI, Torino, 1997, *ad vocem*; M. DI MEO, *Contratto preliminare - contratto definitivo - negozio di ratifica: un emblematico caso di fattispecie a formazione successiva*, en *Rivista del notariato*, 1995, p. 1315; M. ORLANDI, *Falsus nuntius e falsus procurator*, en *Rivista di diritto civile*, 1995, I, p. 347; L. DI PAOLA, *Sulla tempestività della ratifica*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1994, I, 39; L. DI PAOLA, *Sulla tempestività della ratifica*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1994, I, 39; D. MINUSSI, *Scrittura privata di alienazione di un terreno e difetto di procura o di successiva ratifica scritte*, en *Corriere giuridico*, 1992,

- 437; G. FURGIUELE, *Ratifica (diritto civile)*, en *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1991, XXVI, *ad vocem*; L. BRUSCUGLIA y A. GIUSTI, *Ratifica (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, XXXVIII, *ad vocem*; C. SCOGNAMIGLIO, *Ratifica del negozio unilaterale e tutela del terzo controinteressato*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1986, II, 173; G. FAUCEGLIA, *Sulla ratifica di atti compiuti da falsus procurator nella disciplina delle società per azioni*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1986, II, p. 783; A. CINCOTTI, *Rappresentanza senza potere, apparenza del diritto e caparra confirmatoria stipulata con il falsus procurator*, en *Giurisprudenza italiana*, 1984, I, 2, p. 767; F. DEPRETIS, *Sulla ratifica della diffida ad adempiere intimata da falsus procurator*, en *Il Foro italiano*, 1981, I, p. 1988; C.M. BIANCA, *Tutela della controparte di fronte all'annullamento o alla ratifica del negozio*, en *Rivista di diritto civile*, 1973, I, p. 538; B. DEL VECCHIO, *In tema di pagamento al "falsus procurator"*, en *Rivista del notariato*, 1973, p. 975; F. ROMANO, *Responsabilità del "falsus procurator" per gli atti unilaterali*, en *Il Foro padano*, 1971, I, p. 251; G. MIRABELLI, *Ratifica*, en *Novissimo digesto italiano*, XIV, Torino, 1967, *ad vocem*; F. ROMANO, *La ratifica nel diritto privato*, Napoli, 1964.
11. V. DI GREGORIO, *Note in materia di risarcimento del danno da parte del falsus procurator*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1998, I, p. 756; E. GUERINONI, *Il diritto al risarcimento verso il falsus procurator: presupposti e prescrizione*, en *Contratti*, 1998, p. 564; S. PIZZOTTI, *La responsabilità del falsus procurator nella coassicurazione con clausola di delega*, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1996, p. 710; A. LURIDIANA, *Considerazioni in tema di contratto concluso da falsus procurator*, en *Rivista giuridica sarda*, 1995, p. 756; M. BRONZONI, *Il falsus procuratore sue responsabilità*, en *Archivio civile*, 1989, p. 514; M.C. CHERUBINI, *Falsus procurator - Responsabilità - Clausola penale*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1988, I, p. 739.
12. A. CECCHERINI, *Apparenza di rappresentanza e responsabilità del dominus*, en *Corriere giuridico*, 1999, p. 1502; P. LAGHEZZA, *Rappresentanza apparente obiettive e colpevole*, en *Danno e responsabilità*, 1998, p. 451; V. DI GREGORIO, *La rappresentanza apparente*, Padova, 1997; F. ROCCO, *Apparenza del potere di rappresentanza: nuovi confini di tutela del terzo*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1997, II, p. 32; C. TRANQUILLO, *Fondamenti e limiti del principio di apparenza in materia di rappresentanza*, en *Giurisprudenza italiana*, 1996, IV, p. 426; A. ORESTANO, *Apparenza colposa: riaffermazione di un principio in materia di rappresentanza della s.p.a.*, en *Corriere giuridico*, 1996, p. 671; D. MINUSSI, *Un singolare orientamento della Cassazione sull'apparenza colposa*, en *Corriere giuridico*, 1993, p. 826; M. BESSONE - M. DI PAOLO, *Apparenza*, en *Enciclopedia giuridica*, II, Roma, 1988, *ad vocem*; R. SACCO, *Apparenza*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, I, Torino, 1987, *ad vocem*; R. NICOLÒ, *La c.d. procura apparente*, en *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, p. 357; G. VOLPE, *Apparenza di rappresentanza e negozio concluso dal falsus procurator*, en *Giurisprudenza di merito*, 1976, I, p. 84; M. BESSONE, *Apparenza del potere di rappresentanza e responsabilità verso i terzi*, en *Rivista di diritto civile*, 1967, p. 385; A. FALZEA, *Apparenza*, en *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958, *ad vocem*; F. BENATTI, *Contratto concluso dal falsus procurator e responsabilità del dominus*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1959, p. 335.

13. M. ORLANDI, *La paternità delle scritture*, Milano, 1997; G. PIAZZA, *Negozio sotto nome altrui*, en *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1978, *ad vocem*; G. PIAZZA, *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, Napoli, 1968, G. BENACCHIO, *A proposito del tema: il negozio giuridico sotto nome altrui o falso*, en *Rivista del notariato*, 1965, p. 666.

CAPÍTULO XIII

FIGURAS ESPECIALES DE REPRESENTACIÓN

1. La representación orgánica.— 2. La representación en la empresa comercial.— 3. La gestión de negocios representativa.— 4. El contrato para persona por nombrar.— 5. *Sigue*: la declaración de nombramiento.— 6. El contrato por cuenta de quien corresponda.— 7. La denominada representación indirecta.— *Bibliografía*.

1. LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA

La representación orgánica es la *ejercitada para los entes, por las personas físicas que constituyen los órganos*: por ejemplo, el contrato de la sociedad es suscrito en nombre de esta por el presidente o por el administrador delegado. El fenómeno prescinde de la circunstancia de que el ente representado sea lucrativo o no, y que tenga o no personalidad jurídica: se le encuentra en las sociedades de capitales y en las de personas; se le encuentra en las fundaciones y en las asociaciones, y entre estas últimas en las asociaciones reconocidas como en las no reconocidas. Por lo demás, la disciplina de la representación orgánica varía, en relación al tipo de ente interesado.

Entes

En el pasado se dudaba que pudiera hablarse de verdadera y propia representación, porque esta última estaría caracterizada por la alteridad subjetiva del representante respecto al representado, mientras el órgano del ente es un elemento constitutivo del ente mismo, interno a su estructura (denominada teoría de la identificación orgánica). Hoy estas dudas están superadas: la representación orgánica es *verdadera representación*, y a ella se aplican —con las especificaciones en cada caso indicadas— buena parte de las reglas a las cuales se refieren los arts. 1387 y ss. Sin embargo, el dato subrayado por la teoría de la identificación orgánica existe, y lleva en alguna medida a diferenciar el régimen de la representación orgánica del de la representación voluntaria de derecho común: por ejemplo, mientras en esta última el *ilícito del representante* no es de por sí imputable al representado (cfr., en tema de responsabilidad precontractual (12.12), en cambio *el ilícito del órgano es por eso mismo ilícito del ente*, el cual responde junto con la persona física que, en calidad de órgano, lo ha cometido materialmente.

Teoría de la
identificación
orgánica

Respecto a la representación de personas físicas, la representación orgánica presenta algunas significativas especificidades.

Poderes de representación y poderes de administración

En los entes, junto a los poderes de representación, existen poderes de administración. Los dos órdenes de poderes son *distintos y no necesariamente coincidentes*. La administración tiene *relevancia interna*, se refiere a la formación de la voluntad del ente; la representación tiene *relevancia externa*, se refiere a la manifestación de la voluntad del ente frente a los terceros. La administración puede corresponder a órganos (en hipótesis colegiados, como por ejemplo, el consejo de administración competente para tomar el acuerdo sobre un contrato) distintos de aquellos —por regla individuales— a los cuales corresponde la representación (en hipótesis el presidente competente para estipularlo con el tercero). Y sin embargo el uno puede condicionar al otro. Además los entes, y en particular las sociedades, tienen —escrito en el acto constitutivo— un “objeto social” que *define el ámbito de su actividad, y por lo tanto de los contratos que pueden efectuarse en su nombre*.

Objeto social

Tutela de los terceros

Estos datos influyen sobre la existencia y la amplitud de los poderes representativos de los administradores, multiplicando las hipótesis de actos realizados sin poderes y por consiguiente en riesgo de ineficacia. Pero la exigencia de tutela de los terceros contratantes con la sociedad —particularmente fuerte respecto a las sociedades de capitales— induce a la ley a neutralizar este riesgo con *reglas que hacen la ausencia de poderes no oponible a los terceros en medida mucho más amplia de lo que sucede con la representación de derecho común*.

Más precisamente:

Invalidez del nombramiento

— si el nombramiento de un administrador-representante es inválido, el sujeto está privado de poderes representativos, y los actos por él realizados para la sociedad deberían ser ineficaces: pero la invalidez del nombramiento (y la consecuencia dicha) es no oponible a los terceros de los que no se pruebe la mala fe (art. 2383⁷);

Actos que exceden los poderes representativos

— si el acto constitutivo limita los poderes representativos de los administradores-representantes, los actos realizados más allá de los límites son realizados sin poder (art. 2384¹): y sin embargo los límites (y la consiguiente ineficacia del acto que los excede) no son oponibles a los terceros, salvo que se pruebe incluso algo más que su mala fe, esto es que “hayan intencionalmente actuado en daño de la sociedad” (art. 2384²);

Invalidez del acuerdo

— si es inválido el acuerdo necesario —a la luz de las reglas de administración— para autorizar un determinado acto, el acto realizado sucesivamente por el órgano que representa a la sociedad es realizado sin poderes:

pese a ello, “quedan a salvo los derechos adquiridos de buena fe por los terceros” por efecto del acto mismo (art. 2377³);

— los administradores-representantes “pueden realizar todos los actos dentro del objeto social” (art. 2384¹), y por ello los actos ajenos al objeto social son realizados sin poder: sin embargo, “La ajenidad al objeto social (...) no puede ser opuesta a los terceros de buena fe” (art. 2384-*bis*).

Actos ajenos
al objeto
social

Se ha encontrado una derogación al ordinario mecanismo representativo también en el fenómeno de la sociedad oculta (reconstruido por los intérpretes sobre la base del art. 147² Ley quiebra), bajo el perfil de que el socio oculto estaría comprometido por el actuar del otro aunque en ausencia de un actuar en nombre de la sociedad. Se debe disentir: precisamente *la ausencia de una actuación en nombre de la sociedad impide reconducir el supuesto de hecho al área de la representación* (para la cual la actuación en nombre ajeno es el elemento mínimo de identificación, aún más esencial de cuanto lo sea la misma existencia del poder representativo, si es verdad que el actuar en nombre ajeno sin poder es fenómeno de la representación, mientras el no actuar en nombre ajeno es fenómeno por definición extraño a la representación).

Sociedad
oculta

Un ente puede, a través del acuerdo y el acto de sus órganos competentes, atribuir poderes representativos a sujetos distintos de los que personifican los órganos (denominados “apoderados” de la sociedad). Con dos precisiones: que los poderes no pueden referirse a la generalidad de los asuntos sociales, que debe quedar en la competencia de los administradores; y que se trata de *representación no orgánica, sino más bien de derecho común*, con la consiguiente inaplicabilidad de las reglas peculiares de la representación orgánica (en particular de aquellas sobre la no oponibilidad de la ausencia de poderes a los terceros).

“Apoderados”
de la
sociedad

Ulteriores y diversas especificidades caracterizan el régimen de la representación orgánica cuando esta se refiere no a entes privados (como las sociedades), sino a entes públicos.

Entes públicos

Finalmente un fenómeno análogo concurre en las organizaciones no entificadas: piénsese en la representación del condominio por parte del administrador (art. 1131).

Condominio

2. LA REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA COMERCIAL

Una específica regulación está dictada para la representación del empresario comercial por parte de sus colaboradores de empresa: factores, dependientes y mancebos (arts. 2203-2213). Aplicándose solamente a las empresas del art. 2195, y no a las empresas agrícolas, esta concurre a definir el especial *estatuto del empresario comercial*.

También la representación examinada es, como la orgánica, *representación de gestión*, y comparte los caracteres y las líneas fundamentales de disciplina: firme la voluntariedad del acto de nombramiento del colaborador-gestor, es la ley la que define la amplitud de sus poderes representativos,

Voluntariedad
del nombramiento ...

... pero
definición

legal de los poderes

mediéndolos conforme a la naturaleza de los poderes de gestión; el empresario representado puede limitar los poderes representativos conferidos *ex lege*; pero la ley se preocupa —en protección de los terceros contratantes— de circunscribir los casos en los cuales tales limitaciones son oponibles a estos.

Reducida oponibilidad de los límites voluntarios

Factor

El factor es la figura con los poderes más amplios: al poder de gestión general, propio de quien es nombrado para el ejercicio de toda la empresa o de una rama o de una sede de esta (art. 2203¹⁻²), y por consiguiente se coloca en el vértice de la organización empresarial, la ley automáticamente le asocia el *poder representativo sustancial de "realizar todos los actos pertinentes con el ejercicio de la empresa a la que está designado"*, con la sola exclusión de los actos dirigidos a enajenar o hipotecar inmuebles; así como la correspondiente *representación procesal* (art. 2204). El interesado puede limitar tales poderes (art. 2204¹, que habla de "limitaciones contenidas en el poder": fórmula impropia, porque la fuente de los poderes representativos del factor no es un expreso poder, sino el mismo acto de atribución del encargo de factor, al cual la ley vincula los poderes); así como puede sucesivamente reducirlos o revocarlos. Pero las *limitaciones* y la *revocación* son oponibles a los terceros solo si observan precisos requisitos formales y publicitarios, y en particular si están *inscritas en el registro de las empresas*; a falta de publicación, no son oponibles si el empresario no prueba que los terceros las conocían al momento del contrato (arts. 2206²; 2207²).

No actuación en nombre del empresario

La representación del factor tiene una regla particular, relativa a la actuación en nombre del empresario. Si el factor no actúa en nombre del empresario interesado, según los principios, se obliga personalmente frente al tercero contratante. Pero si el acto es pertinente al ejercicio de la empresa, *también el empresario está vinculado* (art. 2208): como si la actuación en su nombre sea inherente a tal pertinencia, o sea subrogada por esta.

Dependientes

Los dependientes tienen una posición intermedia en la jerarquía de la empresa: no son designados para esta, sino para que, "en base a una relación continuada" tengan el poder de administrar los negocios, actuando en nombre del empresario. Las limitaciones y la revocación de sus poderes representativos son oponibles a los terceros en los mismos límites ya vistos para el factor (art. 2210).

mancebos

Los mancebos son los colaboradores de la empresa de rango menos elevado, y ordinariamente tienen relaciones con la clientela de la empresa (mancebos de comercio, empleados de ventanilla bancaria, etc.). Sus poderes representativos —en general conmensurados al tipo de operaciones que entran entre sus encargos (art. 2210¹)— están más puntualmente definidos en los arts. 2210-2213.

3. LA GESTIÓN DE NEGOCIOS REPRESENTATIVA

La gestión de negocios ajenos crea los efectos jurídicos a los que se refieren los arts. 2028 y ss., en el concurso de los requisitos allí descritos.

Requisitos

Los requisitos son: el *impedimento del interesado* para intervenir; la *conciencia del gestor* de obrar no en su interés, sino de cuidar un interés ajeno; la *espontaneidad de la intervención*, esto es, el conocimiento que esta no es legalmente debida; la *utilidad inicial* de la gestión. La presencia

conjunta de tales requisitos activa los efectos jurídicos, que esencialmente consisten en el nacimiento de *obligaciones recíprocas entre gestor e interesado*: en efecto, la gestión de negocios ajenos se enumera entre las fuentes de obligaciones; y precisamente entre las comprendidas en la fórmula que el art. 1173 indica en vía negativa y residual, aludiendo a obligaciones generadas por actos o hechos que no sean ni contratos ni ilícitos:

Efectos

Pero si el supuesto de hecho comprende un requisito ulterior, es decir, la actuación en nombre del interesado por parte del gestor, se produce un *efecto ulterior*: nacen directamente obligaciones del interesado frente al tercero con el cual el gestor ha contratado en nombre del interesado mismo (art. 2031¹, primer enunciado). Es (aunque algunos autores lo nieguen) el mecanismo de la *representación*. La fuente del poder representativo no es la voluntad del interesado, que no ha dado poder. Es más bien la *ley*, que en presencia de los requisitos citados antes atribuye al gestor la representación del interesado.

Actuación en nombre del interesado

Efectos directos entre interesado y tercero:

Si los requisitos no estuvieran todos presentes, el actuar del gestor en nombre del interesado sería un caso de falsa representación. Si al contrario —en el concurso de todos los requisitos— el gestor actúa, no como estaría legitimado para hacer, en nombre del interesado, sino en nombre propio, no se produciría un efecto representativo: el acto, aunque realizado para el interesado, no crearía relaciones directas entre este y el tercero, sino solamente entre tercero y gestor (y después, en recaída, entre gestor e interesado).

La norma habla solo de “obligaciones” asumidas por el gestor en nombre del interesado: pero se admite que el mecanismo de la gestión de negocios representativa pueda producir también efectos de otra naturaleza, y en particular efectos reales (piénsese en el gestor que vende a un tercero bienes deteriorables del interesado).

obligatorios ...

... y reales

4. EL CONTRATO PARA PERSONA POR NOMBRAR

El contrato para persona por nombrar es el contrato por el cual una parte (llamada estipulante) se reserva “la facultad de nombrar posteriormente a la persona que deba adquirir los derechos y asumir las obligaciones que nacen de dicho contrato” (art. 1401).

Art. 1401

Reserva de nombramiento

Tras lo cual, los casos son dos: o *el nombramiento no es hecho* y entonces los efectos del contrato se producen en cabeza del estipulante; o al contrario *es hecho*, y entonces los efectos contractuales se producen en cabeza del nombrado. En el primer caso, la situación es la de un contrato normalmente celebrado en nombre propio. En el segundo caso, es la de un *contrato celebrado por el representante en nombre del representado*. (Respecto al ordinario mecanismo de la representación, sin embargo existe una diferencia que puede hacer ventajoso recurrir a la figura: al momento de la celebración del contrato no se actúa en nombre del verdadero interesado,

Vicisitudes sucesivas

destinatario final de los efectos contractuales, que podría ser conveniente no revelar a la contraparte durante la tratativa).

Campo de aplicación

El instrumento es utilizado sobre todo en los contratos preliminares (29) de compraventa inmobiliaria: A se compromete con B, propietario de un inmueble, a adquirirlo "para sí o para persona por nombrar"; al momento del definitivo puede indicar como adquirente a C, que se convierte entonces en parte de la compraventa y propietario del bien. Nada excluye, por lo demás, que se le pueda usar también para contratos con efectos obligatorios (por ejemplo, una locación). Su empleo, en cambio, está precluido en los contratos cuyos efectos no pueden producirse si no frente a las partes que lo celebren: así no podría celebrarse para persona por nombrar el contrato entre X e Y, dirigido a disolver o modificar un anterior contrato entre los mismos X e Y, o bien la permuta entre un bien de X y un bien de Y.

La reserva de nombramiento puede contener límites subjetivos: por ejemplo, la sociedad H contrata con K, reservándose nombrar en su lugar a otra sociedad del mismo grupo. Y también límites objetivos: por ejemplo, estableciendo que al eventual nombrado se imputarán solo algunos efectos del contrato, y no otros (que quedarán en cabeza del estipulante).

Efectos inmediatos hacia el estipulante ...

Celebrado el contrato con la reserva de nombramiento, este es inmediatamente eficaz entre el estipulante y la contraparte: cada uno asume frente al otro los compromisos del contrato, y adquiere los eventuales efectos reales (si A compra "para sí o para persona por nombrar", pero en el entretanto él se convierte en propietario del bien). No se puede compartir la tesis que querría los efectos contractuales suspendidos hasta el vencimiento del plazo para el nombramiento: simplemente, durante la suspensión del plazo los efectos no están definitivamente consolidados en cabeza del estipulante, quedando abierta la eventualidad de que —con el nombramiento de otro sujeto— los efectos se desplacen a favor de este.

... pero susceptibles de desplazarse sobre el nombrado

Según otra tesis, los efectos que se producen de inmediato respecto al estipulante están sujetos a la condición resolutoria del nombramiento: intervenida la cual, el originario contrato entre estipulante y contraparte devendría ineficaz para ser sustituido por un segundo contrato entre la originaria contraparte y el nombrado. Pero postular esta *duplicidad de contratos* parece artificioso y superfluo: el contrato es uno; solo que sus efectos pueden, alternativamente, quedar fijados en cabeza del estipulante o bien transitar a otro sujeto.

Representación eventual *in incertam personam*

Da en el blanco la antigua, autorizada doctrina que habla de representación eventual *in incertam personam*. Representación, porque concurren todos los elementos esenciales del *mecanismo representativo*: los efectos del contrato son imputados a un sujeto distinto del que lo estipula; esta alteridad del destinatario de los efectos es evidenciada en el contrato (con la reserva de nombramiento, que vale como declaración de que el estipulante no necesariamente estipula para sí, sino para otros); la imputación de los efectos contractuales al no contratante se basa —como veremos dentro de poco— en su autorización, anterior (poder) o bien posterior al nombramiento (aceptación de esta, equiparable en sustancia a una ratificación). Representación sólo *eventual*: porque no es seguro que el nombramiento se

dé; y si no se da, no operará ningún mecanismo representativo. Representación en la cual el representado no está identificado al momento del contrato, sino lo será (eventualmente) con el posterior (eventual) nombramiento.

Bajo este último perfil, la situación es diferente de la que se tendría si un contratante declarara contratar no para sí, sino para otro del cual aún no da el nombre (caso en el cual, el contrato es ineficaz, a menos que concurra la figura del contrato por cuenta de quien corresponda: 13.6): la diferencia es que en nuestro caso el estipulante no excluye estar contratando para sí.

El *estipulante* es parte del contrato: su incapacidad o el vicio de su voluntad invalidan el contrato, que podrá por ello impugnarlo antes del nombramiento, y después de este por el nombrado, que se ha convertido en parte de la relación contractual.

Incapacidad y vicios

5. SIGUE: LA DECLARACIÓN DE NOMBRAMIENTO

El nombramiento es el acto (negocio) unilateral con el cual el estipulante indica al sujeto diferente al cual le son imputados los efectos del contrato.

Nombramiento

Es acto recepticio: produce efectos en cuanto es comunicado a la contraparte (art. 1402¹).

Acto recepticio

Es acto (eventualmente) formal: debe revestir “la misma forma que las partes han usado para el contrato, aunque no esté prescrita por la ley” (art. 1403¹).

Forma

Es acto cuya realización está sometida a un plazo: el nombramiento deberá ser comunicado dentro del plazo previsto por las partes; o, en ausencia de previsión convencional, en el plazo legal de tres días (1402¹). La razón está en una exigencia de certeza, en tutela de la contraparte: se desea que dentro de un breve tiempo esta tenga en claro si el destinatario de los efectos del contrato sea el estipulante o un sujeto diferente, y cuál. Ello induce a calificar el plazo como plazo de caducidad (calificación que lleva a negar la posibilidad de apreciación de oficio de su inobservancia). La oportunidad del nombramiento es condición de su *eficacia*: el nombramiento tardío no desplaza los efectos contractuales sobre el nombrado.

Plazo

Caducidad

Existe, luego, una ulterior condición de eficacia: el nombramiento “no tiene efecto si no está acompañado de la aceptación de la persona nombrada o si no existiera un poder anterior al contrato” (art. 1402²). Se precisa, pues, de un acto del nombrado, del cual resulte su *voluntad de apropiarse de los efectos del contrato* estipulado por otro.

Actos del nombrado:

aceptación
sucesiva ...

El acto puede ser posterior al contrato, y presentarse como “aceptación” del nombrado: su valor sustancial es el de una *ratificación*.

La aceptación no puede ser “en blanco”, sino que debe hacer *puntual referencia al contrato* ya celebrado mediante idóneos elementos de identificación del mismo, y debe “acompañar” el nombramiento, aunque la locución es entendida de manera no rígidamente literal por una jurisprudencia que no exige la necesaria contextualidad, admitiendo también la comunicación separada de los dos actos, siempre que sean ambas oportunas. Se discute si pueda ser *parcial*, y así determinar la apropiación de algunos de los efectos contractuales, dejando los otros en cabeza del estipulante.

... o poder
anterior

O bien puede tratarse de un acto anterior al contrato, y presentarse como poder al estipulante: en tal caso, es obvio que el objeto de este debe comprender, bajo sanción de ineficacia, el contrato posteriormente estipulado.

Forma

Sea que se presenta como aceptación o como poder, el acto debe tener la misma forma del nombramiento, esto es, la forma que han usado para el contrato (art. 1403¹).

Retroactividad

Si concurren todas las condiciones para la eficacia del nombramiento “la persona nombrada adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas del contrato con efecto desde el momento en que este fue estipulado” (art. 1404). Por consiguiente, opera un mecanismo de retroactividad: el nombrado se considera titular de las posiciones contractuales desde el inicio.

Conflictos
entre
nombrado y
terceros

Sin embargo, antes del nombramiento —y en la incertidumbre de si este se producirá o no— titular de las posiciones contractuales era el estipulante, que podría haberlo dispuesto (por ejemplo, enajenando a terceros el bien adquirido para sí o para persona por nombrar) o bien podría haber sufrido la agresión (por ejemplo, el embargo por obra de sus acreedores). El subsiguiente conflicto entre terceros adquirentes o acreedores por un lado, y nombrado por el otro, se resuelve en base al art. 1155 si están en juego *muebles no registrados*; en base al operar de los mecanismos publicitarios si se trata de *inmuebles o muebles registrados*. Respecto a esto último, la ley expresamente extiende al acto de nombramiento la carga de la *publicidad* prevista para el contrato (art. 1403²): el conflicto se resolverá en base a la anterioridad de las inscripciones (debiéndose pensar que el tercero prevalezca siempre si su inscripción es anterior a la inscripción del contrato; mientras no puede considerarse sin más vencedora su inscripción aunque prioritaria a la inscripción del nombramiento, si ella se produce en pendencia del plazo para el nombramiento mismo).

Remedios
contractuales
del
nombrado:
hacia la
contraparte ...

... y hacia el
estipulante

Puede suceder que la posición contractual que el nombrado adquiere por efecto del nombramiento, no lo satisfaga: por ejemplo, el bien no tiene las características que él esperaba. Los remedios a su disposición tienen, entonces, blancos distintos, según las circunstancias. Si él lamenta una violación del contrato, imputable a la contraparte, actúa frente a esta. Pero el blanco de su acción podría también ser el estipulante. Y en efecto existirá *una relación entre estipulante y nombrado, que funciona como “causa”*

del nombramiento: la relación de gestión que acompaña el eventual poder anterior al contrato; o la distinta relación en razón de la cual el nombrado formula su sucesiva aceptación. Si el contrato en cual el nombrado subentra resulta no conforme al prefigurado en el ámbito de la relación entre él y el estipulante, sobre tal relación el nombrado puede bien fundar una acción contra el mismo estipulante.

Si el nombramiento no interviene oportunamente, “el contrato produce sus efectos” (mejor se diría: sigue produciéndolos) “entre los contratantes originarios” (art. 1405). Lo mismo sucede si, aunque hecha oportunamente, falta alguna otra condición de eficacia. O bien si es inválida, por ejemplo, por incapacidad o vicio de la voluntad del estipulante que lo declara. En este último caso, el estipulante impugnará el nombramiento (demandando al nombrado y a la contraparte) para reapropiarse de los efectos contractuales.

Puede suceder lo contrario, cuando la aceptación del nombrado sea inválida, por ejemplo, porque está viciada por incapacidad o vicio del querer: en tal caso, el resultado final es también que los efectos del contrato se fijan sobre el estipulante, pero esta vez por iniciativa del nombrado que, impugnando su aceptación respecto a la contraparte y al estipulante, y de este modo privando al nombramiento de una condición de eficacia, rechaza de por sí esos efectos.

Consolidación o retorno de los efectos sobre el estipulante

Vicios del nombramiento...

... o de la aceptación

6. EL CONTRATO POR CUENTA DE QUIEN CORRESPONDA

El contrato por cuenta de quien corresponde es el celebrado por un sujeto (estipulante) que declara contratar no para sí, sino para otro sujeto actualmente no identificado pero que resultará identificable en cuanto *titular de una determinada situación jurídica, por el momento incierta*.

Definición

Algunas figuras están previstas legislativamente. Cuando entre comprador y vendedor se litiga sobre vicios de la cosa que podría determinar la resolución de la venta, es incierto si la propiedad regresará al vendedor (en caso de resolución) o permanecerá con el comprador (en el caso de no resolución): cuando es necesario —por ejemplo, por el deteriorabilidad del bien— el juez puede disponer la venta, y esta será hecha “por cuenta de quien corresponda”, es decir para cualquiera de los dos litigantes que resulte propietario como consecuencia del juicio sobre la resolución por vicios (art. 1513¹). Si en un transporte de cosas surge una controversia entre diversos sujetos que afirman su derecho a la nueva entrega, y si se trata de cosas perecibles, el transportador puede hacerlas vender “por cuenta de quien tiene derecho”, es decir para quien después resultará el verdadero destinatario (art. 1690²).

Figuras legales

Ventas

Mecanismo
representativo

Debe reconocerse también aquí el operar del mecanismo representativo (subespecie de representación legal), si bien bajo base distinta respecto al contrato para persona por nombrar. La primera diferencia es que aquí la representación no es eventual: el estipulante no contrata alternativamente para sí o para otros. Una segunda diferencia se refiere a la identidad del representado: indeterminada e indeterminable (al momento de la estipulación) en el contrato para persona por nombrar; aquí, en cambio, indeterminada pero determinable en base a la titularidad de la posición jurídica controvertida.

Determinabili-
dad del
representado

El contrato por cuenta de quien corresponda indica la admisibilidad de la representación de sujeto indeterminado pero determinable. En cambio, es inadmisibile (más allá de una reserva de nombramiento *ex art. 1401*) la representación de sujeto indeterminado e indeterminable: piénsese en A que contrata con B declarando de hacerlo no para sí (lo que excluye la imputación a él de los efectos), sino para un representado que sin embargo no declara, sin ofrecer algún criterio para su futura identificación (lo que impide absolutamente prefigurar quien sea o será parte de la relación contractual con B). Un tal contrato no produce efecto alguno.

Seguro

La ley prevé el seguro por cuenta de quien corresponda (*art. 1891*): por ejemplo, seguro contra los daños a mercaderías quizás destinadas a cambiar de propietario. Pero la figura es diferente. En efecto, parte del contrato es y continúa siendo el estipulante, personalmente vinculado a las deberes contractuales. Indeterminado (pero determinable) es el beneficiario del contrato, que por otro lado no se convierte en parte (según el esquema del contrato a favor de tercero: 26.1).

7. LA DENOMINADA REPRESENTACIÓN INDIRECTA

Mandato ...

Parte de los intérpretes vinculan al concepto de "representación indirecta" los supuestos de hecho en los que un sujeto actúa *por cuenta y en interés de otro*, que le ha encargado hacerlo, pero *en nombre propio*. Es prototipo el contrato de mandato, "por el cual una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta de otra" (*art. 1703*). O mejor, es prototipo esa variante del mandato que es el mandato sin representación (*art. 1705*).

... con
representación
...

En efecto el mandato puede ser estipulado con o sin representación. Si el mandato es con representación, al deber del mandatario de realizar actos para el mandante se agrega su poder de realizarlos en nombre del mismo: en tal caso se aplican, más allá de las normas sobre el contrato de mandato (*arts. 1703 y ss.*), también las normas sobre la representación (*arts. 1387 y ss.*), en primer lugar la norma según la cual *los actos del mandatario-representante, realizados en nombre del mandante-representado, producen efectos directamente en su esfera* (*art. 1704*). La fuente del poder representativo podrá ser un autónomo poder que se acompañe al mandato; pero más probablemente será el mismo contrato de mandato, que en una de sus cláusulas

lo establezca. En todo caso, el encargo conferido con el mandato constituye la relación de gestión que funda y justifica el poder representativo.

Pero el mandato también puede ser sin representación: en tal caso *el mandatario no está autorizado para actuar en nombre del mandante, sino que puede actuar solo en nombre propio* (con la ventaja de ocultar a los terceros la identidad del verdadero interesado). Si opera de tal manera, los actos del mandatario con los terceros no producen efectos directos entre estos y el mandante (“Los terceros no tienen ninguna relación con el mandante”: art. 1705²); es el mandatario quien “adquiere los derechos y asume los deberes que derivan de los actos realizados con los terceros” (art. 1705¹). Y la norma precisa que todo ello se verifica aunque los terceros “hayan tenido conocimiento del mandato”: lo que impide efectos directos en las relaciones entre terceros y mandante es la actuación en nombre de este, no subrogable por ningún otro elemento.

... y sin
representación

Ausencia de
efectos
directos entre
mandante y
tercero

Por lo tanto, si el mandatario que ha recibido el encargo de adquirir bienes para el mandante realiza el acto de adquisición, *los bienes adquiridos se convierten en propiedad del mandatario*. Sin embargo, su destinatario final es el mandante, que tiene derecho de recibirlos: pero para atribuir a él la propiedad de los bienes es necesario un segundo acto, un acto de retransferencia del mandatario al mandante. El mandatario está obligado a realizarlo y, en caso de incumplimiento, el mandante puede obtener el resultado esperado mediante el remedio de la sentencia constitutiva *ex* art. 2932, con la cual se realiza la ejecución en forma específica de la obligación de contratar (art. 1706²).

Acto de
retransferencia...

... o sentencia
constitutiva
(art. 2932)

Es razonable que esta obligación sea *recíproca*: el mandatario —además de las pretensiones financieras *ex* arts. 1719 y ss.— tiene también derecho de deshacerse de los bienes que ha adquirido, sin tener interés personal, por cuenta del mandante, el cual está por ello obligado a prestarse al acto de transferencia; si no se presta, el mandatario puede accionar en su contra el art. 2932.

El acto de retransferencia implica que los bienes no salgan del patrimonio del mandatario para entrar en el de terceros, diferentes del mandante: en tutela de esto último la ley los sustrae de las pretensiones de los *acreedores del mandatario*, en los límites y en las condiciones a las que se refiere el art. 1707. El mandante, parece, en cambio, sin defensas contra el *tercero adquirente*, a quien el mandatario infiel haya transferido el bien destinado a él. En la misma situación se encontraba el promisorio adquirente, antes que fuera considerado inscribible el preliminar (29.11-12): la tutela ahora acordada a aquél marca una injusta discriminación en daño del mandante.

Conflictos
entre
mandante y
terceros

Atención, sin embargo, el mecanismo apenas descrito vale solo para los bienes inmuebles y muebles registrados: no vale para los muebles no registrados y para los créditos, en relación a los cuales opera un mecanismo diferente que *deroga el principio de la ausencia de relaciones directas*

Excepciones
para ...

... derechos
de crédito ...

... y muebles
no
registrados

Explicaciones
de los efectos
directos entre
mandante y
tercero

Doble
transferencia
automática

Mandato para
enajenar

entre mandante y terceros. En cuanto a los “derechos de crédito que derivan de la ejecución del mandato”, el mandante, “sustituyéndose al mandatario”, *puede ejercitarlos contra los terceros deudores* (art. 1705², en donde se hace la reserva de que tal directo ejercicio no perjudique derechos del mandatario). En cuanto a los muebles no registrados, adquiridos por el mandante en nombre propio, la ley dice que el mandante *puede directamente reivindicarlos* (art. 1706¹): lo que significa que son de su propiedad, aun cuando estén adquiridos no en su nombre.

Los intérpretes se empeñan en explicar estos efectos “directos” del mandato sin representación, aparentemente similares a los que implican la existencia de poderes representativos, y proponen varias reconstrucciones: prevalece la de la denominada doble transferencia automática, según la cual por efecto del acto del mandante bienes y créditos entran en su patrimonio, para inmediatamente salir y entrar en el patrimonio del mandatario (un poco como en la venta de cosa ajena, donde *ex art. 1478²* dice que “el comprador se convierte en propietario en el momento en el que el vendedor adquiere la propiedad del titular de esta”).

Las normas sobre los efectos del mandato se refieren prevalecientemente al mandato (sin representación) para adquirir, mientras olvidan el mandato para enajenar (del cual incluso existe, con la *comisión*, una figura legalmente típica: art. 1751). El silencio de la ley abre espacios a las elaboraciones de la doctrina, mientras la exigüidad del dato jurisprudencial atestigua la escasa relevancia práctica del problema.

Presupuesto de la disciplina ilustrada hasta aquí es que el mandatario (sin representación) actúe en nombre propio. En cambio, si él, arrogándose poderes que no tiene, actúa en nombre del mandante, se produce un caso de *falsa representación*: se aplican entonces las reglas correspondientes, incluida la de la representación aparente (y la existencia del mandato podrá ser un índice no irrelevante para escudriñar la apariencia de poderes representativos y la inculpable confianza del tercero).

BIBLIOGRAFÍA

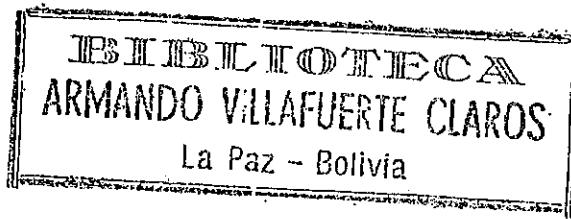
- 1-2. C. IBBA, *Rappresentanza commerciale, rappresentanza di diritto comune e registro delle imprese*, en *Rivista di diritto civile*, 2000, II, p. 145; G. GUIZZI, *Gestione rappresentativa e attività d'impresa*, Padova, 1997; P.L. CARBONE, *La rappresentanza dell'impresa*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1996, I, p. 53; G. COPPI, *Il conflitto d'interessi nella rappresentanza organica di una persona giuridica - Vendita con patto di riscatto e patto commissorio*, en *Giustizia civile*, 1993, I, p. 3057; P. BONAZZA, *Società fiduciaria e rappresentanza organica*, en *Il diritto fallimentare*, 1991, I, p. 74; AA.VV., *Amministrazione e rappresentanza negli enti diversi dalle società*, Milano,

- 1990; R. SPECIALE, *Intesa tra privato ed ente pubblico subordinata ad autorizzazione – Rappresentanza organica – Ecceso dai poteri*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1987, I, p. 425; F. BONELLI, *Studi in tema di rappresentanza e responsabilità dell'imprenditore*, Milano, 1968.
3. A. BUCCIO, *Gestione d'affari altrui*, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fundada por W. Bigiavi, *I precedenti*, al cuidado de G. Alpa, II, Torino, 2000, p. 1071; A. AJELLO, *L'obbligazione gestoria: spunti ricostruttivi*, en *Rivista giuridica sarda*, 1999, p. 609; M. DE ROBERTIS, *Gestione di affari e conflitto di interessi tra gerente e gestito*, en *Contratti*, 1998, p. 333; E.M. MASTROPAOLO, *Coesistenza di obbligazioni derivanti da contratto e da gestione di affari altrui*, en *Giustizia civile*, 1998, I, p. 2912; P. SIRENA, *La gestione di affari altrui come fonte quasi contrattuale dell'obbligazione*, en *Rivista di diritto civile*, 1997, I, p. 249; G. DI ROSA, *Rappresentanza e gestione*, Milano, 1997; M. MELITI, *Gestione d'affari, con o senza rappresentanza, ed esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, I, p. 110; P. GALLO, *Gestione di affari altrui*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, VIII, Torino, 1992, *ad vocem*; M. CASELLA, *Gestione di affari (diritto civile)*, en *Enciclopedia giuridica*, XV, Roma, 1989, *ad vocem*; L. ARU, *Gestione di affari*, en *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 630; P. D'AMICO, *Il soccorso privato*, Napoli, 1981; S. FERRARI, *Gestione affari altrui (diritto civile)*, en *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, 1969, *ad vocem*; E. ZANELLI, *Rappresentanza e gestione*, en *Studi Urbinati*, 1968, p. 279; S. FERRARI, *Gestione di affari altrui e rappresentanza*, Milano, 1962; G. DE SEMO, *Gestione di affari altrui (diritto vigente)*, en *Novissimo digesto italiano*, VII, Torino, 1961, *ad vocem*.
- 4-5. L.M. PUTTI, *Il contratto per persona da nominare*, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fundada por W. Bigiavi, *I precedenti*, al cuidado de G. Alpa, II, Torino, 2000, p. 699; C. LAZZARA, *Il contratto per persona da nominare*, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por M. Bessone, XIII, VI, Torino, 2000, p. 159; M. PENNASI-LICO, *Il contratto per persona da nominare*, Milano, 1999; R. CARAVAGLIOS, *Il contratto per persona da nominare*, en *Il Codice civile. Commentario*, dirigido por P. Schlesinger, arts. 1401-1045, Milano, 1998; N. VISALLI, *Contratto per persona da nominare e preliminare*, en *Rivista di diritto civile*, 1998, II, p. 361; F. GALGANO y G. VISINTINI, *Degli effetti del contratto - Della rappresentanza - Del contratto per persona da nominare*, en el *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, al cuidado de F. Galgano, libro IV, arts. 1372-1405, Bologna-Roma, 1993; R. DE MATTEIS, *Il contratto per persona da nominare*, en *Contratto e impresa*, 1993, p. 534; M. GRAZIADEI, *Contratto per persona da nominare*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, IV, Torino, 1989, *ad vocem*; F. GAZZONI, *Contratto per persona da nominare*, en *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1988, *ad vocem*; F. GAZZONI, *Profili della riserva di nomina del contraente*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1982, I, p. 229; G. STOLFI, *In tema di contratto per persona da nominare*, en *Il Foro italiano*, 1971, I, p. 471; F. CARRESI, *Contratto per persona da nominare*, en *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, *ad vocem*.
6. S. CHINI, *L'assicurazione contro i danni alle merci "per conto di chi spetta"*, en *Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, 1998, 28; C. MEDINA, *Ancora sull'assicurazione*

- per conto di chi spetta*, en *Il diritto marittimo*, 1998, p. 372; C. TINCANI, *L'assicurazione per conto di chi spetta su merci in viaggio e la surrogazione legale per il pagamento*, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1997, p. 720; P. MALVISI, *Alcune osservazioni in merito a Cass. n. 8658 del 1995: obblighi del contraente e dell'assicurato nel contratto per conto di chi spetta*, en *Diritto e economia dell'assicurazione*, 1996, p. 599; M. BELLARDINI, *Note in tema di assicurazione per conto di chi spetta stipulata dal vettore*, en *Giurisprudenza italiana*, 1996, I, 1, p. 817; S. FERRARINI, *Sul diritto all'indennità nell'assicurazione delle cose trasportate presa dal vettore per conto di chi spetta*, en *Assicurazioni*, 1993, II, 2, p. 8; G. MILITERNI, *Il contratto per conto di chi spetta nella teoria generale del diritto*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1960, p. 381; F. MESSINEO, *Contratto per conto di chi spetta*, en *Enciclopedia del diritto*, Milano, s.d., X, *ad vocem*.
7. AA.VV. (al cuidado de F. Alcaro), *Il mandato*, Milano, 2000; M. GRAZIADEI, *Mandato*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XI, Torino, 1994, *ad vocem*; G. BAVETTA, *Mandato (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXV, Milano, 1975, *ad vocem*; R. CALVO, *La proprietà del mandatario*, Padova, 1994; G. HAGER, *I principi della rappresentanza indiretta*, en *Rassegna di diritto civile*, 1993, p. 131; V. DE LORENZI, *Il mandato alla luce dell'analisi economica del diritto*, en *Contratto e impresa*, 1993, p. 965; U. CARNEVALI, *Mandato (diritto civile)*, en *Novissimo digesto italiano*, X, Torino, 1964, *ad vocem*; T. RAVÀ, *Circolazione giuridica e rappresentazione indiretta*, Milano, 1953.

TERCERA PARTE

EL REGLAMENTO



CAPÍTULO XIV

EL REGLAMENTO CONTRACTUAL

1. Contrato y reglamento contractual.—2. Objeto, causa, efectos y reglamento contractual.—3. Acuerdo, texto y reglamento contractual.— *Bibliografía.*

1. CONTRATO Y REGLAMENTO CONTRACTUAL

El contrato, en cuanto manifestación de autonomía, tiene la función —que el mismo étimo sugiere— de crear reglas: reglas que los privados contratantes imponen a sí mismos. Este dato está en el centro de la teoría “preceptiva” (2.8).

El contrato
como fuente
de reglas

El conjunto de reglas creadas por el contrato es el reglamento contractual. Aunque la ley no utiliza esta locución, la idea del contrato como (fuente de un) reglamento contractual tiene un soporte legislativo: el art. 1321 indica entre los fines del contrato precisamente el de “regular” relaciones entre las partes.

La fórmula “reglamento contractual” es útil sobre todo por su capacidad de sintetizar una serie de elementos que el lenguaje legislativo distingue, pero que para ser captados en su pleno significado exigen el conocimiento de los nexos recíprocos. Tales elementos son esencialmente los que el art. 1325 llama los “requisitos” del contrato: acuerdo, causa, objeto y forma; y luego los “efectos” del contrato, como se titula —en el cuarto libro del código— el capítulo V del título II.

Los requisitos
del contrato
...
... y los
efectos del
contrato ...

El esfuerzo dominante de los intérpretes es, al respecto, un esfuerzo de *análisis*, dirigido a definir singularmente, y a diferenciar recíprocamente los elementos antes citados. El esfuerzo no es inútil (aunque no siempre sabe vencer la tentación de perderse en elucubraciones tan refinadas como vacuas). Pero no menos útil es un contrario esfuerzo de *síntesis*, orientado a interrelacionar entre sí los diversos “requisitos” del contrato, y estos con los “efectos” contractuales, dentro de un lugar conceptual que a través de

tales interrelaciones valga para definir la realidad del contrato en su conjunto, es decir —si la palabra no asusta— su esencia.

... convergen
en la idea del
reglamento
contractual

Este lugar conceptual puede bien ser la categoría del reglamento contractual. La esencia del contrato es, en efecto, el ajuste de los intereses de las partes; y el reglamento contractual no es más que tal ajuste: *el modo en que el contrato ajusta los intereses de las partes*. La compraventa entre A y B de un bien al precio de 100 ajusta los intereses de A y de B de modo tal que uno transfiere el bien adquiriendo el derecho a tener 100: y el otro recibe el bien asumiendo la obligación de pagar 100: este es el reglamento contractual que corresponde al contrato entre A y B.

Los diversos elementos que la idea de reglamento contractual lleva a síntesis —los requisitos del contrato, y sus efectos—, ofrecen los puntos de vista, desde los cuales observar la unitaria realidad del contrato.

2. OBJETO, CAUSA, EFECTOS Y REGLAMENTO CONTRACTUAL

Anticipemos algunas nociones, que luego se desarrollarán más profundamente, y considerémoslas en su relación con la idea de reglamento contractual.

Objeto

El objeto del contrato está constituido por las prestaciones contractuales (15). En el ejemplo de la compraventa: la prestación del vendedor, que consiste en la atribución en propiedad de su bien al comprador; y la prestación del comprador, que consiste en el pago del precio. Pero esto no es más que el reglamento contractual: que justamente ajusta los intereses de las partes atribuyendo a una la propiedad de la cosa, y a la otra el precio. Precisamente: *el reglamento contractual observado desde el punto de vista de las prestaciones que el contrato establece a cargo de las partes*.

... y
reglamento

Causa

La causa del contrato es la razón justificativa de las prestaciones contractuales (16). En la compraventa, la prestación del vendedor está justificada por la contraprestación del comprador, y viceversa; cada prestación justifica a la otra, y se justifica ella; la general justificación del conjunto de las prestaciones contractuales está en el intercambio de una con otra; y el intercambio entre atribución de la propiedad y precio debido es la causa de la compraventa. Pero esta es solamente otra manera de representar el reglamento contractual: que precisamente ajusta los intereses de las partes mediante el intercambio propiedad/precio. O mejor: *el reglamento contractual observado desde el punto de vista de la razón que justifica las prestaciones contractuales*.

... y
reglamento

Los efectos del contrato son las transformaciones que el contrato determina en las posiciones jurídicas de las partes (22). Para permanecer en la compraventa, esencialmente: la pérdida de la propiedad por parte del vendedor y su adquisición por parte del comprador (o bien, la transferencia de la propiedad del vendedor al comprador); y el nacimiento de la obligación del comprador de pagar el precio, y del correspondiente crédito en cabeza del vendedor. Pero así, una vez más, no se hace más que describir desde otro punto de vista el reglamento contractual (que precisamente ajusta los intereses de las partes en la manera apenas indicada): *desde el punto de vista de la manera en que el contrato moviliza las posiciones jurídicas de las partes.*

Efectos ...

... y
reglamento

Existe otra noción útil para interrelacionar las categorías del objeto, de la causa y de los efectos del contrato: “desplazamientos de riqueza”. Conforme a su patrimonialidad, el contrato sirve para realizar desplazamientos de riqueza: en la compraventa la riqueza se traslada del vendedor al comprador bajo forma de propiedad que transita de uno a otro; y la riqueza se desplaza en sentido inverso, bajo la forma de dinero que debe pasar del comprador al vendedor. Estos desplazamientos de riqueza hablan al mismo tiempo de *objeto del contrato*, porque corresponden a las prestaciones contractuales; luego de *causa del contrato*, que es precisamente la razón que justifica los desplazamientos de riqueza determinados por este; y finalmente de *efectos del contrato*, en cuanto a las posiciones jurídicas de las partes, tal como son transformadas por el contrato, no son más que la forma jurídica de la riqueza desplazada por este.

Desplaza-
mientos de
riqueza

Si se desea dar otro nombre a los desplazamientos de riqueza determinados por el contrato (a las razones por las cuales, y a la manera en la cual, el contrato los determina), se puede llamar: *reglamento contractual*.

3. ACUERDO, TEXTO Y REGLAMENTO CONTRACTUAL

Dicho esto sobre el objeto y la causa, para completar la referencia a los requisitos del contrato queda por decir del acuerdo (y de la forma, que por otro lado accede al acuerdo en cuanto modo de manifestación de las voluntades que lo constituyen).

El elemento del acuerdo parece más lejano a la idea de reglamento contractual, menos integrable a este. El acuerdo es el hecho que constituye el contrato: es lo que genera el reglamento contractual —por así decirlo, su *f fuente de producción*—, pero precisamente por esto se presenta externo y separado respecto a él. Y, en efecto, el acuerdo tiene un papel importante para explicar “políticamente” el reglamento contractual. Como toda regla,

Acuerdo...

... y
reglamento

el reglamento contractual es vínculo: con él las partes se vinculan recíprocamente. Pero el vínculo no estaría conforme a la autonomía privada si no fuera deseado por quien lo padece, sino más bien le fuera impuesto unilateralmente por la voluntad ajena, o desde el exterior; en una palabra, si no se fundara en el acuerdo de los interesados (2.1). Por consiguiente, es el acuerdo que *define el reglamento contractual como mecanismo de la autonomía privada*, en vez de que como instrumento heterónomo; así pues, es el acuerdo que le confiere al reglamento contractual *su propia naturaleza*.

Texto...

El acuerdo vierte sobre un texto, que es el conjunto de los signos (escritos, verbales, de comportamiento) con los cuales las partes manifiestan sus acordes voluntades respecto al ajuste de los intereses tocados por el contrato. El texto contractual es, por así decir, la fuente *de cognición* del reglamento contractual. (Sin embargo, veremos que a menudo el reglamento contractual no corresponde plenamente al texto contractual, por el fenómeno de la integración del contrato: 21).

... y
reglamento

Distintos
significados
de «contrato»

Las tres nociones se presentan vinculadas entre sí; pero al mismo tiempo distintas entre sí: aunque todas puedan expresarse con la palabra “contrato”, esta asume gradualmente significados diversos (1.10) según que aluda a la una o a la otra de las tres nociones. Si se dice que el contrato se ha celebrado en Milán el 15 de marzo del 2000, se habla del contrato como *acuerdo* (como suceso histórico insertado en el tiempo y en el espacio). Si se dice que el contrato comprende 18 cláusulas, se habla del contrato como *texto contractual*. Si se dice que el contrato compromete a una parte a pagar 100,000 euros a la otra, o bien que es un contrato gratuito, o que ha sido resuelto por incumplimiento, se habla del contrato como *reglamento contractual* (desde el punto de vista bien de su objeto, bien de su causa, bien de sus efectos).

BIBLIOGRAFÍA

La naturaleza de este capítulo hace de la recopilación de una bibliografía, por un lado, muy difícil, por el otro, superflua. Conviene, sin más, remitir a las bibliografías de los capítulos sucesivos.

CAPÍTULO XV

EL OBJETO DEL CONTRATO

1. El objeto del contrato en sentido genérico (el bien) y específico (la prestación).— 2. Objeto y contenido del contrato.— 3. Los requisitos del objeto.— 4. El objeto imposible.— 5. La inexistencia del bien. Contratos sobre bienes futuros.— 6. El objeto ilícito: normas imperativas, orden público y buenas costumbres (reenvío).— 7. Determinación y determinabilidad del objeto. La identificación del bien.— 8. La determinación *per relationem*.— 9. La determinación remitida al tercero: arbitramiento; arbitraje no formal; pericia contractual.— 10. La disciplina del arbitramiento.— 11. La determinación remitida a las partes o a una parte.— *Bibliografía.*

1. EL OBJETO DEL CONTRATO EN SENTIDO GENÉRICO (EL BIEN) Y ESPECÍFICO (LA PRESTACIÓN)

La ley indica el objeto entre los “requisitos” del contrato (art. 1325, inc. 3); precisa qué requisitos debe presentar a su vez este (art. 1346); pero no define qué cosa sea el objeto del contrato. De aquí que la doctrina haya dado curso a su propia fantasía ideando definiciones, distinciones, contraposiciones de lo más variadas.

De primera, es fuerte la tentación de identificar el objeto del contrato con el bien al cual se refieren las posiciones subjetivas activadas por el contrato: más brevemente, con el bien tocado por los efectos contractuales. La tentación tiene la fuerza de la simplicidad, y además parece recibir algún aval del legislador: que por ejemplo, habla de “árboles o (...) frutos de un fundo” como de un posible “objeto de la venta” (art. 1472¹); o del caso en el cual “la venta tenga por objeto títulos accionarios” (art. 1531²). Ni parece difícil extender la idea a situaciones en las cuales el bien no es (como en los ejemplos apenas citados) una cosa material, sino es un bien inmaterial, o un crédito, o un conjunto de derechos y relaciones: y así decir qué objeto de la cesión de patente es la patente; qué objeto de la cesión de crédito es el crédito; qué objeto de venta de herencia o de hacienda son, respectivamente la herencia o la hacienda.

El bien como objeto

Aporías 7

Pero a veces la simplicidad engaña: la identificación del objeto del contrato con el bien tocado por sus efectos a menudo no funciona. En muchos contratos, ni siquiera con el más grande esfuerzo de fantasía puede encontrarse un "bien" idóneo como para constituir su objeto. Ningún "bien", por ejemplo, está comprendido en un contrato de trabajo subordinado, o en un pacto de no competencia (salvo que se quiera inventar como tal "bien" la energía de trabajo y el *know how* del trabajador, o, respectivamente, la clientela y el valor de la puesta en marcha de la empresa del promisorio!). Si A se compromete con B a hacer una *expertise* sobre la paternidad de un cuadro, o para la valorización económica de una hacienda, el contrato vierte sobre un bien: pero sería forzado e impropio decir que ese bien —el cuadro, la hacienda— es el objeto del contrato (como sí se podría decir respecto de la venta del uno o de la otra). E inclusive si X vende a Y un inmueble, es razonable decir que ese inmueble es el objeto del contrato; por lo demás, tampoco parece irrazonable decir lo mismo, si sobre ese inmueble X constituye usufructo a favor de Y o si se lo arrienda. Pero es evidentemente poco útil, por no decir desorientadora, una noción que llevaría a concluir que el objeto del contrato es el mismo en una venta, en una constitución de usufructo y en una locación.

Reformulaciones

Para ayudar al intérprete, la noción de objeto del contrato no debe ocultar o aplanar, sino captar y expresar las diferencias entre contratos diferentes. Esto sucede si —para quedarnos en los ejemplos— se dice que objeto del contrato en el primero es la atribución de la propiedad del inmueble; en el segundo la atribución de usufructo sobre el mismo; en el tercero la atribución de un derecho personal de goce (atribuciones provistas de compromisos de diversa naturaleza: de entrega y garantía en la venta, de entrega y mantenimiento extraordinario en la locación, etc.). En la misma lógica, objeto del contrato de *expertise* sobre el cuadro o sobre la hacienda es la debida prestación de asesoría profesional acordada. Así como en el contrato de trabajo es el debido desenvolvimiento de la actividad laboral; y en el pacto de no competencia la obligatoria abstención de la actividad competitiva.

Mero bien ...
... y bien
debido

En otras palabras. El bien puede observarse como objeto del contrato en sentido genérico, como la entidad que —en primera y superficial aproximación— parece tocada por los efectos contractuales: en este sentido el mismo inmueble en cuanto vendido puede decirse objeto de la venta, y en cuanto locado, objeto de la locación. Pero para captar más a fondo el sentido del contrato respecto al bien, es necesario ir más allá del mero bien para aferrar el bien debido: es decir, el bien por como es debido en base al contrato, o por como es deducido en la prestación contractual. En esta línea resultará que en la venta y en la locación de un mismo inmueble, si idéntico es el mero bien que en sentido genérico forma objeto del contrato, diferente es el bien debido, porque diferente es la prestación contractual que específicamente forma objeto del contrato: en la venta el inmueble en cuanto atribuido en propiedad,

o bien la atribución de su propiedad; en la locación el inmueble en cuanto atribuido en goce, o bien la atribución de su goce.

Así concebido, el objeto del contrato se identifica con las prestaciones contractuales. La identificación encuentra fuerte sostén en el lenguaje del legislador, y precisamente en los tres artículos que, siguiendo al dedicado a la lista de los requisitos del objeto, cierran la disciplina: el art. 1347 está sumillado "posibilidad sobrevenida del objeto", y en el texto habla de "prestación inicialmente imposible"; el art. 1348 habla de "prestación de cosas futuras"; la sumilla del art. 1349 es "Determinación del objeto", pero el texto habla de "determinación de la prestación".

Objeto como
prestación
contractual

Confirmaciones
legislativas

La distinción entre las dos acepciones es clara en los lugares normativos (a menudo entre sí contiguos) en los cuales el legislador habla de "objeto" en sentidos diferentes. Así, cuando habla de "contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad" (art. 1376; cfr. también art. 1378), alude al objeto del contrato en sentido específico, es decir, a la prestación contractual; mientras que cuando habla del caso en el cual "objeto de la transferencia es una determinada masa de cosas" (art. 1377), alude a su objeto en sentido genérico, es decir, se limita a identificar el bien tocado por los efectos contractuales (el bien que —podremos también decir— es objeto de la prestación contractual, la cual a su vez es el específico objeto del contrato). La misma distinción se capta, con aún mayor claridad, allí en donde la ley —hablando de *error*— considera primero el que recae "sobre el objeto del contrato", e inmediatamente después el que recae en la identidad o cualidad "del objeto de la prestación" (art. 1429, numerales 1 y 2).

art 521
civ.
Objeto del
contrato ...
art. 622
...y de la
prestación

El lenguaje legislativo evoca la "prestación" también a propósito de la obligación, presentándola como objeto de esta (art. 1174). El empleo del mismo término para definir el objeto de la obligación y el objeto del contrato es probablemente herencia de la fase en la cual el contrato era concebido esencialmente como fuente de obligaciones, y no de otros efectos jurídicos (en particular, de la transferencia de la propiedad: 3.2-3). Pero los dos conceptos de prestación no coinciden: *la prestación contractual es una realidad más amplia respecto a la prestación deducida en obligación*. O mejor: si un contrato tiene efectos solo obligatorios, puede admitirse que la una absorba a la otra. No así todas las veces que el contrato tenga efectos constitutivos de derechos reales o traslativos de derechos: la atribución de la propiedad no es materia de obligación, no es prestación *ex art. 1174*; es más bien prestación contractual (del vendedor al comprador), y es objeto de la venta. En los contratos "con prestaciones recíprocas" puede suceder que una prestación sea materia de obligación (en la venta, por ejemplo, el pago del precio), mientras la contraprestación salga del campo obligatorio (por ejemplo, la atribución de la propiedad): sin embargo ambas, son prestaciones contractuales, que forman objeto del contrato.

La prestación
como objeto
del contrato...

... y de la
obligación

El objeto del contrato entra en juego en los discursos (de predominante relieve socio-lógico) sobre la creciente "terciarización" del sistema económico, y como consecuencia del fenómeno contractual: respecto al área de los contratos que tienen por objeto "bienes" (materiales), se extiende enormemente aquella de los contratos que tienen por objeto "servicios"

Bienes y
servicios

(es decir, prestaciones de hacer). En algún caso los límites son inciertos: quien consume una comida en el restaurante, ¿compra un bien o un servicio? Pero en muchos casos no existe duda de que operaciones tradicionalmente caracterizadas por la centralidad de un "bien" cedido tienden siempre a presentar la centralidad del "servicio" al que se accede: piénsese en las ventas de bienes de consumo o instrumentales (por ejemplo, computadoras), acompañados de una gran cantidad de servicios pre y posventa (proyección del sistema más idóneo para las exigencias del cliente, adiestramiento, mantenimiento, etc.).

Desarrollándose sobre estas líneas, el discurso sobre el objeto del contrato entrecruza problemáticas relativas a la teoría de los bienes, como las de las "nuevas propiedades" (por ejemplo, la información como bien), y de la "desmaterialización" de bienes tradicionalmente "materiales": problemáticas que asumen relevancia también en el terreno del contrato, en el momento mismo en el cual se trate de bienes destinados a la circulación.

2. OBJETO Y CONTENIDO DEL CONTRATO

Existe otra noción, que todos acercan a la de objeto, y muchos identifican con esta: la noción de contenido del contrato. Se la encuentra en algunos lugares del código: por ejemplo, en el art. 1322¹ (en donde se dice que "las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato"); y en el art. 1419¹ (en donde se regula la hipótesis de que la nulidad afecte "parte del (...) contenido" contractual).

Contenido del contrato.

(art. 454
- libertad
- del contrato
- formal -)

Contenido y objeto

Y sin embargo las dos nociones merecen ser distinguidas. Así como el objeto específico (la prestación contractual) dice algo más del sentido del contrato, de cuanto lo diga su objeto en sentido genérico (el mero bien implicado en este), así el contenido del contrato revela su sentido más de cuanto lo haga la prestación contractual que forma su objeto. El factor de ilustración agregado es la causa: el contenido del contrato es *el objeto del contrato calificado por la causa*, es la prestación contractual ilustrada por la razón que la justifica. Si se consideran la venta y la donación de un mismo bien, puede decirse que estas tienen idéntico objeto, porque es idéntica en estas la prestación contractual (la atribución en propiedad del bien). Pero diferente es el contenido contractual: en la venta es *la atribución en cuanto onerosa*, justificada por la retribución del precio; en la donación es *la atribución en cuanto gratuita*, justificada por el espíritu de liberalidad del donante (y validada por la forma solemne).

Esta noción de contenido, más rica que la de objeto, da sentido completo a las normas que la emplean: porque la libertad de los particulares para "determinar libremente el contenido del contrato" (art. 1322¹) es libertad no solo para definir las prestaciones contractuales, sino también para elegir entre las diversas razones (causas) que pueden justificarlas; y la nulidad puede afectar el "contenido" del contrato (art. 1419¹) en consideración no simplemente de la prestación que forma su objeto, sino también de la causa que la califica (la atribución en propiedad de bienes futuros, válida si es dada por causa de venta, es nula *ex art. 771¹* si es dada por causa de donación).

3. LOS REQUISITOS DEL OBJETO

El art. 1346 indica los requisitos del objeto del contrato. Se extrae de él que la prestación contractual debe ser: *posible; lícita; determinada o determinable*.

Son los mismos requisitos que la teoría de la *obligación* refiere a la prestación deducida como objeto de esta (agregándole el requisito de la patrimonialidad *ex art. 1174*, que para la prestación contractual se deduce de la misma definición del art. 1321): herencia de la tradicional concepción que esencialmente miraba al contrato como fuente de obligaciones.

La relevancia de los requisitos del objeto del contrato es esencialmente esta: si el objeto está privado de uno o más de estos, *el contrato es nulo* (art. 1418², último enunciado). Por consiguiente, se trata de una relevancia negativa: quien está interesado en la nulidad del contrato, puede obtenerla probando que su objeto es imposible, ilícito, indeterminado e indeterminable.

Relevancia
negativa

4. EL OBJETO IMPOSIBLE

La "posibilidad" como requisito del objeto contractual es solo la posibilidad originaria. Por lo tanto, solo la imposibilidad originaria —es decir, registrable al momento de la celebración del contrato— hace el contrato nulo. Si la prestación contractual, originariamente posible, deviene imposible posteriormente, el contrato nacido válido permanece válido, y la imposibilidad sobrevenida podrá en este caso determinar la resolución (45): con la ulterior consecuencia eventual —si la imposibilidad sobrevenida fuera imputable al contratante obligado a la prestación— de su responsabilidad por incumplimiento.

Imposibilidad
originaria

Se discute sobre los caracteres que debe tener la imposibilidad (originaria) de la prestación contractual para determinar la nulidad. La fórmula corriente es que debe tratarse de imposibilidad objetiva y absoluta, es decir que, de ninguna manera la prestación se habría podido actuar; no sería en cambio suficiente una imposibilidad subjetiva y relativa, o bien dependiente de la inadecuación de las cualidades y de los medios del contratante comprometido o de las particulares condiciones en las cuales se encuentra operando. La fórmula es aceptable, pero debe ser explicada.

Imposibilidad
objetiva y
absoluta

Una consecuencia radical como la nulidad se justifica en los casos extremos en los cuales la imposibilidad de actuar la prestación contractual es tan irremediable, que no solo el contratante obligado a esta, sino ningún otro contratante —por más capaz, equipado, empeñoso— estaría en grado

Ratio

de realizarla. Son casos en los cuales es realista pensar que de dos una: o los contratantes conocían la situación, y entonces no han acordado comprometerse seriamente, o no la conocían, pero si la hubieran conocido no habrían hecho el contrato.

Responsabilidad
precontractual

A la nulidad puede seguirle una responsabilidad precontractual *ex art. 1338*: a cargo de la parte que conocía o debía conocer la imposibilidad; y a favor de la otra, a condición de que esta, al contrario, no la conociera ni debiera conocerla, pudiendo así jactarse de esa inculpable confianza que es presupuesto de la pretensión resarcitoria. (Responsable no es necesariamente la parte que debe realizar la prestación imposible; puede ser también el destinatario de esta, cuando es él quien controla determinados elementos que condicionan la prestación: así, si A debe ejecutar una obra en una propiedad de B, la imposibilidad puede depender de elementos que recaen bajo el debido control de A o bien, según los casos, de B).

Imposibilidad
subjetiva o
relativa

Diferente sería, si la imposibilidad no tuviera este grado extremo de irremediabilidad: es decir, si la prestación fuera "imposible" no en sentido objetivo y absoluto, sino solo con relación a elementos de la esfera subjetiva de la parte comprometida o del particular contexto en el cual ella opera, elementos susceptibles de ser remediados. Aquí para el destinatario de la prestación es imposible obtenerla del contratante comprometido con él, pero sería posible obtenerla de un mejor contratante.

Su relevancia
respecto de la
responsabilidad

Si la imposibilidad es —en este sentido— subjetiva y relativa, estaría fuera de lugar reaccionar con la nulidad del contrato. Parece más sensato decir que el contrato es válido, que resulta inactuado, que se plantea por tanto un problema de responsabilidad de la parte comprometida a la actuación.

Distinto rigor
según que
sea
sobvenida....
... u
originaria

Para su tratamiento, es necesario distinguir según que sea originaria o sobrevenida. Si es sobrevenida (y no era previsible al momento del contrato), las modernas teorías de la responsabilidad contractual enseñan que ella libera a la parte comprometida todas las veces que para ponerle remedio esta habría debido realizar un esfuerzo excedente al que —según razonabilidad y buena fe— se podía exigir de ella. Si, en cambio, esa misma imposibilidad existía al momento del contrato, el metro para valorar la posición de la parte que debe realizar la prestación (originariamente) imposible debe ser más severo: porque esta parte ha asumido la prestación sabiendo, o debiendo saber, no tener calidad y recursos suficientes para actuarla.

Ello no excluye algún argumento liberatorio para el demandado, con relación a las circunstancias del caso (por ejemplo, era presupuesto común a los contratantes, después no realizado, el posterior venir a menos de la originaria imposibilidad). Al contrario, la parte obligada a la prestación no llegaría a liberarse, si resultara que ella ha asumido un compromiso de garantía en orden a la prestación, aun cuando (relativa y subjetivamente) imposible.

Imposibilidad
físico-
técnica...

La imposibilidad es objetiva y absoluta, si se debe a causas físicas o técnicas (de la jurisprudencia: prestación de perforar un pozo capaz de proveer de una cierta cantidad de agua, sin embargo, no extraíble por insuficiencia de la napa freática). Pero puede ser también imposibilidad jurídica,

si la prestación está obstaculizada por una norma: por ejemplo, atribución de la propiedad de un edificio que se levanta sobre un área, de la cual el disponente retiene la propiedad, sin constituir derecho de superficie a favor del adquirente; o bien constitución de una sociedad de responsabilidad limitada para el ejercicio de actividad que la ley reserva a las sociedades por acciones. No es jurídicamente imposible la prestación de atribuir la propiedad de un bien del cual el disponente no tiene la propiedad: cfr. en efecto, la disciplina de la venta de cosa ajena, que es válida y genera una obligación o una garantía a cargo del disponente (arts. 1478 y ss.).

... o jurídica

Para que el contrato resulte nulo, la imposibilidad del objeto debe no solo *existir* al momento del contrato, sino también *persistir* hasta cuando el contrato —inicialmente ineficaz por estar sometido a plazo o condición suspensiva— adquiera eficacia: “si la prestación inicialmente imposible deviene posible antes de la verificación de la condición o del vencimiento del plazo”, el contrato es válido (art. 1347). También en el caso inverso (prestación inicialmente posible, que deviene imposible durante la pendencia de la ineficacia del contrato), el contrato queda válido: pero naturalmente se puede resolver.

Plazo y
condición

5. LA INEXISTENCIA DEL BIEN. CONTRATOS SOBRE BIENES FUTUROS

El problema de la imposibilidad del objeto presenta aspectos específicos cuando la prestación versa sobre un bien, y en particular es la atribución del bien mismo, el cual, sin embargo, no existe.

Un razonamiento elemental llevaría a decir: si el bien no existe, es imposible atribuirlo; y si la prestación atributiva es imposible, el contrato es nulo por imposibilidad del objeto. Pero el razonamiento no puede ser tan elemental, porque deben tomar en cuenta al menos *dos órdenes de variables*: el bien puede ser inexistente al momento del contrato, pero puede llegar a existir posteriormente; las partes pueden ignorar la inexistencia del bien, pero pueden también tener conocimiento, y modelar variadamente el contrato sobre este conocimiento. Tener en cuenta estas variables lleva a restringir mucho el área en la cual la inexistencia del bien al momento del contrato determina la nulidad de este.

Producción
futura

El contrato es ciertamente nulo cuando las partes contratan la atribución de un bien cuya existencia se da por descontada (el *chalet* de montaña de A), pero que en realidad no existe (porque el día anterior un alud lo ha barrido).

Suposición de
la existencia

Derivan de ello la restitución del precio eventualmente ya pagado al enajenante y, si este sabía de la inexistencia, su responsabilidad es precontractual *ex art.* 1338. Sin embargo,

cuando el bien que se debe atribuir sea un crédito que resulta después inexistente, al esquema de la nulidad (con las consecuencias apenas vistas), se superpone la diversa disciplina del art. 1266.

... y
conclencia de
la actual
inexistencia

Prestación de
bien futuro

No así cuando el contrato verse sobre un bien que se sabe inexistente, pero que podrá existir posteriormente (bien futuro): el contrato que tiene por objeto la prestación de bienes futuros es en línea de principio válido, salvo casos típicos, en los cuales la ley no lo admite (art. 1348). La previsión no deroga la regla de la nulidad del contrato por imposibilidad del objeto, por la simple razón de que prestar un bien futuro no es absolutamente una prestación imposible; y por tanto los casos de exclusión legal del contrato sobre bienes futuros (por ejemplo, de la donación, *ex art. 771¹*) dan lugar a nulidad no por imposibilidad, sino por ilicitud del objeto (15.6).

No
producción
del bien

Cuando no esté excluido *a priori* que el bien pueda posteriormente existir, la prestación de bien futuro es pues posible. El relativo contrato se perfecciona válidamente con el acuerdo, y es inmediatamente eficaz (no se pueden compartir las teorías que ven un contrato con formación progresiva o suspensivamente condicionado, con la existencia de la cosa en el papel de elemento de perfeccionamiento del supuesto de hecho, o de condición). El problema fundamental es, entonces, individualizar el tratamiento de los casos en los cuales el bien —contrariamente a las expectativas— no llega a existir (o llega a existir en términos cuantitativa o cualitativamente inferiores a las expectativas). Ello es afrontado, para la venta, por el art. 1472: norma cuyo sentido es, sin embargo, bastante controvertido.

En lugar de partir de ella, conviene hacerlo de la posible articulación de los diversos supuestos de hecho.

Deber de
operar para la
producción
del bien

El contrato puede contemplar el deber del promitente de operar positivamente para la producción del bien futuro a prestar (venta de un auto de serie, a poner en producción tras la orden; venta “en el papel” de un departamento por construir). En un caso así, se hace mucho esfuerzo en aplicar la regla según la cual “la venta es nula, si la cosa no llega a tener existencia” (art. 1472²): porque la nulidad se vincula por norma a factores coetáneos al contrato; y no a factores sobrevenidos, a los cuales es usual responder con la resolución; y porque es difícil no encontrar en el factor en examen un verdadero y propio *incumplimiento*, frente al cual el remedio típico es precisamente la resolución conjuntamente con el resarcimiento del daño contractual (o bien la resolución por imposibilidad sobrevenida, sin resarcimiento, si la falta de producción del bien no fuera imputable al obligado).

No faltan las vías para sostener esta última solución, y excluir el remedio de la nulidad conjuntamente con el resarcimiento del daño precontractual *ex art. 1338*: o se dice que supuestos de hecho como los planteados no son en realidad ventas, sino contratos tipológicamente distintos y por ello ajenos al área de aplicación del art. 1472²; o bien se los califica como ventas, pero se interpreta la norma como referida a los únicos casos en los cuales la prestación del bien futuro no implique una positiva obligación de hacer.

Cuando tal obligación está fuera de la prestación del bien futuro (y quien debe prestar tiene a lo más el deber negativo de no impedir la llegada en existencia del bien), si el contrato es una venta se aplica el art. 1472²: que sugiere por lo demás distinguir entre dos hipótesis. La primera es que las partes hayan acordado celebrar un *contrato no aleatorio* (por ejemplo, venta del ternero que será parido por la vaca preñada), que defina con certeza el derecho a la prestación, y la entidad de esta (denominada *emptio rei speratae*): en tal caso, la falta de producción del bien (por ejemplo, porque la vaca aborta) determina la *nulidad del contrato* —solución no demasiado repugnante desde el punto de vista sistemático—, con posterior repetición de la retribución de la prestación inactuada, y eventual resarcimiento *ex art. 1338*.

Emptio rei speratae

En cambio la segunda hipótesis es que las partes hayan deseado celebrar un *contrato aleatorio* (18.13), confiando a la suerte la existencia y la consistencia del derecho a la prestación (denominada *emptio spei*): cuando es así, la falta de producción del bien a prestar *deja válido el contrato*; y no provoca repeticiones y resarcimientos. Por ejemplo, A vende a B toda la próxima cosecha de su huerto, tras lo cual desastrosos eventos atmosféricos sustancialmente destruyen la cosecha: si el contrato es *emptio rei speratae* se deriva la nulidad (es decir, el riesgo es totalmente del vendedor, que no tiene derecho a la contraprestación); si es *emptio spei* el contrato es válido, y el riesgo grava sobre el adquirente que debe la contraprestación pese a no gozar de la cosecha.

Emptio spei

6. EL OBJETO ILÍCITO: NORMAS IMPERATIVAS, ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES (REENVÍO)

El art. 1346 dice que el objeto del contrato debe ser lícito, pero no indica los criterios de la calificación. Lo establece el art. 1343 con una norma dedicada a la causa, pero ciertamente aplicable también al objeto. De ella resulta que el objeto es ilícito cuando es contrario a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

Analizaremos más adelante los tres parámetros de la ilicitud (17.11-13). Aquí baste decir que estos expresan un juicio de *reprobación o indeseabilidad social*: es ilícito el objeto del contrato cuando la prestación es —a la luz de uno de los tres parámetros— en sí y por sí socialmente dañosa o peligrosa; por esto el ordenamiento la desaprueba y la neutraliza, haciendo nulo el contrato que la dispone.

Ilícitud

Puede existir incertidumbre de límites entre ilicitud e imposibilidad jurídica del objeto. Pueden fijarse estos criterios de máxima. El objeto es ilícito cuando *la prestación deducida en el contrato está directamente prohibida por sí misma* (por normas penales o no): por ejemplo, pagar al contado una suma superior a la permitida por las normas antireciclaje de dinero; transferir un bien del cual está prohibida la circulación (por ejemplo, droga); sustraer secretos empresariales; orquestar una campaña difamatoria contra de un tercero; etc. Además, el objeto es ilícito cuando *la prestación, aunque no prohibida en sí, es directamente instrumental a un resultado*

Distinción entre Ilícitud
...

... e Imposibilidad Jurídica

prohibido: por ejemplo, contrata para construir un edificio en una zona donde está prohibido edificar. En cambio, el objeto es jurídicamente imposible cuando no es la prestación la que es instrumental al resultado prohibido por la ley, sino *es el resultado prohibido el que es instrumental a la prestación, que depende de este*: por ejemplo, locación de bien futuro, que consiste en un edificio a construir en zona no edificable.

Casos
dudosos

Algunos casos, sin embargo, suscitan controversia: ¿es ilícita o jurídicamente imposible la prestación de desarrollar actividad reservada a sujetos con requisitos (por ejemplo, inscripción en un registro) que el contratante no tiene y no podrá tener? ¿Y la prestación de atribuir bienes no negociables (bienes de dominio público, inmuebles afectados por irregularidades urbanísticas)? La duda se desdramatiza por la identidad de consecuencias: *nulidad en todo caso* (aunque la nulidad por ilicitud pueda tener, bajo algún limitado perfil, un régimen diferente al de la nulidad por imposibilidad).

ilicitud/
imposibilidad
del objeto...

... y defectos
jurídicos del
objeto

Menos inocua —por la diferencia de los remedios aplicables, especialmente bajo el perfil de los plazos de prescripción y caducidad— es otra recurrente oscilación: aquella entre ilicitud o imposibilidad jurídica del objeto (causa de *nulidad*), por un lado, y del otro, defectos jurídicos del bien que impiden el uso en vista del cual debía ser prestado (causa de *resolución*, y de activación de otras garantías). La oscilación está testimoniada por la antigua jurisprudencia que consideraba nula la venta de ganado afectado por determinadas enfermedades contagiosas, y en cambio válida (y cubierta de garantía) la venta de vehículos con número de chasis o de motor borrado o falsificado. E inclusive, ciertas irregularidades administrativas del bien dan lugar a nulidad (por ejemplo, inmueble construido sin concesión); otras permiten la aplicación de garantías o responsabilidades fundadas en el contrato, que queda válido (por ejemplo, inmueble sin licencia de habitabilidad).

7. DETERMINACIÓN Y DETERMINABILIDAD DEL OBJETO. LA IDENTIFICACIÓN DEL BIEN

Determinación

El objeto del contrato está determinado cuando la prestación contractual está definida de manera suficiente como para que el destinatario sepa qué cosa puede pretender, y la parte obligada sepa qué cosa debe prestar. El requisito protege la seriedad del compromiso contractual.

Márgenes de
la
determinación

Para su existencia no es necesario que las partes hayan definido todo singular, pequeño aspecto de la prestación, cuando los aspectos aparentemente indefinidos están en realidad cubiertos por el sentido común o por la interpretación o por la integración legal. Si la prestación es entregar al comprador la antigua porcelana de Delft bien embalada, no puede excepcionarse la nulidad por indeterminación, argumentando que no se define de qué color deba ser la envoltura externa del embalaje; y si este deba hacerse con poliestireno o con paja; y en cuál lugar deba hacerse la entrega. A una excepción tan temeraria se replicaría que la prestación está perfectamente determinada: porque la razonabilidad indica como irrelevante el color de la envoltura; la interpretación o las reglas de responsabilidad dicen si "bien" embalado significa embalado con poliestireno o sólo con paja; y el lugar de la entrega está definido por el art. 1510¹.

El objeto está indeterminado cuando la prestación no está definida en alguno de sus aspectos relevantes. Por ejemplo: contrato con el cual A, a cambio de 12.000 euros, se compromete “a dar lo mejor de sí para hacer a B rico y feliz”; compraventa “del departamento milanés de la parte vendedora” (que en Milán tiene 14 departamentos); compraventa del departamento ubicado en Milán, calle Durini, 8/2, “por un precio que sea extremadamente ventajoso para el comprador”.

Indeterminación

E incluso: compraventa de un cierto automóvil usado sin indicación del precio, o “al justo precio”; contrata para la construcción de una cierta obra, sin indicación de la retribución debida por el comitente; contrata para la ejecución de “todas las obras de urbanización que en el plan particularizado de la zona F12 la Municipalidad X indicará a cargo del que debe actuarlo”; venta de acciones cotizadas hecha hoy pero con regulación del precio al sucesivo 31 de marzo y por el valor de bolsa que será señalado ese día.

En todos estos casos, una parte no sabe qué cosa debe prestar, y la otra no sabe qué cosa puede pretender: el objeto está indeterminado. Pero con una fundamental diferencia entre los primeros tres ejemplos y los últimos cuatro. En los primeros tres la prestación contractual está actualmente indefinida, y no existe modo de definirla posteriormente (debiéndose, en general, excluir la determinación unilateral de una parte, que rechaza al contrato como acuerdo; y la decisión de la autoridad, que repugna a la autonomía privada): el objeto está indeterminado y también es indeterminable; el contrato es nulo. En cambio, en los últimos cuatro el objeto está indeterminado, pero es determinable: actualmente la prestación no está definida, pero existe modo de definirla posteriormente; el contrato es válido, porque el requisito de la determinación puede ser subrogado por el de la determinabilidad (suficiente para garantizar la seriedad del compromiso y la posibilidad de actuación de la operación, sin lesionar los principios del acuerdo y de la autonomía privada).

Prestación indeterminada e indeterminable

prestación indeterminada pero determinable

Los modos para determinar la prestación no determinada al momento del contrato son esencialmente tres.

Puede existir determinabilidad convencional: las partes, en el mismo contrato con objeto indeterminado, indican los elementos de los cuales extraer la posterior determinación. En los últimos dos ejemplos, las partes indican la futura decisión de la Municipalidad respecto a las obras de urbanización correspondientes a ese plan particularizado, y la cotización en bolsa de ciertas acciones en un cierto día, como los elementos que determinarán la prestación del contratista, y respectivamente del comprador. Se habla, al respecto, de determinación *per relationem* (15.8). Cuando el término de la

Determinabilidad convencional ...

... per relationem

relatio (es decir, el elemento que las partes emplean para hacer determinado el objeto determinable) es la valoración de un tercero específicamente encargado, se presenta la figura del arbitramento (15.9).

Determinabilidad legal

Puede existir determinabilidad legal: las partes dejan el objeto indeterminado y no indican elementos que lo hagan determinable *per relationem*; sin embargo a ello dispone la ley. Se ha dado el ejemplo del auto vendido sin la indicación del precio, o “al justo precio”: el art. 1474 da los criterios para cuantificarlo.

De determinabilidad legal debe propiamente hablarse solo cuando la ley indica criterios externos, como el “precio normalmente practicado por el vendedor” o los “listines” del art. 1474. En cambio, cuando la prestación, dejada indefinida por las partes, es definida directamente por la misma ley —como en el caso del lugar de entrega *ex art.* 1510¹, y de tantas otras reglas de integración legal—, entonces el objeto no es simplemente determinable sino determinado: determinado no por la voluntad de las partes, sino por la ley.

Determinabilidad legal/judicial

Puede existir determinabilidad legal/judicial: faltando los elementos en los cuales de primera la ley confía la determinación del objeto, dejado indeterminado por las partes, la ley misma remite la determinación al juez. Se ha dado el ejemplo de la contrata sin indicación de la retribución: si existen tarifas o usos del sector, estos definen el precio de la contrata; pero si no existen, el precio es determinado por el juez (art. 1657). Existen provisiones análogas para la retribución del mandato (art. 1709); de la comisión (art. 1733); de la mediación (art. 1755²); del trabajo subordinado (art. 2099²), autónomo (art. 2225) y profesional (art. 2233¹).

Indeterminación...

... y no celebración del contrato

Es obvio que la falta de determinación por obra de las partes no debe depender del hecho de que estas —discutiendo del objeto, o de los criterios para definirlo— no han llegado a acordar porque ninguna ha querido renunciar a su propia posición: si fuera así, no existiría lugar para la determinación legal o legal/judicial del objeto del contrato; sino más bien no existiría un contrato celebrado, salvo expresa voluntad contraria (6.11).

Identificación del bien

Cuando la prestación contractual es la atribución de un bien, el problema de la determinación del objeto a menudo coincide (al menos en parte) con el problema de la identificación del bien.

Según su naturaleza, el bien a prestar puede identificarse en base a diversos elementos: nombres, siglas, códigos, números, colores, documentos gráficos (como el plano de un inmueble), antecedentes de registros públicos (como los datos catastrales de los inmuebles), etc. Por ejemplo: la fórmula “Mercedes 200 E SW Kompressor azul metalizado” identifica un auto diferente de aquel identificado con la fórmula en la cual no acompaña “Kompressor”, o en lugar de “azul metalizado” figure “blanco pastel”; el departamento “ubicado en Génova, avenida Caprera, civ. 14 interior 4” es un bien diferente del identificado como interior 5. Para que el bien esté identificado (y así esté determinado el objeto contractual) el contrato debe indicar los elementos necesarios de identificación.

Si no los indica, el objeto está indeterminado: y se tratará de ver si sea al menos determinable. Si los indica de manera contradictoria, la ambigüedad se resolverá con la interpretación (salvo el caso extremo que dé lugar a imposibilidad del objeto). Si los indica de manera divergente de la real voluntad de la parte, podrá aplicarse la disciplina del error. Si los indica correctamente, pero el bien prestado difiere del que estos identifican, existirá defectuosa actuación de la prestación debida, con los posteriores remedios (garantía, responsabilidad).

El problema de identificar el bien objeto del contrato puede plantearse bajo otro perfil. Es frecuente que los inmuebles sean de titularidad de una sociedad que no posee nada más y que no hace sino administrarlos (sociedad inmobiliaria). Y es frecuente que quien desee adquirirlos no los adquiera directamente de la sociedad, sino adquiera de los socios de esta todas las acciones o cuotas que representen el capital. Se puede preguntar si objeto de la venta sean las cuotas o acciones de la sociedad, formalmente deducidas en el contrato, o en cambio, sin duda los inmuebles, es decir, el bien sustancialmente perseguido por el comprador: pregunta relevante por ejemplo para establecer las garantías correspondientes al comprador, en caso de vicios de los inmuebles. La jurisprudencia tradicional se orienta en el primer sentido. Al contrario, a los fines de la obligación legal de no competencia (art. 2557¹), esta equipara la cesión del paquete accionario de una sociedad a la cesión de la hacienda de la cual la sociedad es titular.

Sociedad
Inmobiliaria:

¿venta de las
acciones/
cuotas o de
los
inmuebles?

8. LA DETERMINACIÓN *PER RELATIONEM*

El contrato con objeto determinable *per relationem* (brevemente: contrato *per relationem*) es el que no determina la prestación contractual, pero indica los elementos que la hacen determinable.

Se presupone que tales elementos sean *externos al contrato*, porque si pertenecieran al contrato este determinaría directamente su objeto: por consiguiente no es verdadero contrato *per relationem* la contrata que para definir la prestación del contratista reenvía a las "especificaciones técnicas" ilustradas en un documento materialmente distinto de la contrata pero a este anexo y por este indicado para hacer de él —como suele decirse— "parte integrante". Los elementos —externos al contrato— al cual el contrato *per relationem* remite pueden ser eventos naturales u objetivos (por ejemplo: quitar del patio de A toda la nieve que allí caerá, cada vez que nieve; pagar el precio que corresponderá a la cotización de bolsa); o bien hechos humanos, y en tal caso comportamientos materiales, o actos jurídicos, o verdaderos y propios negocios.

Los términos
de la *relatio*

El problema más debatido respecto al contrato *per relationem* se refiere a la forma: ¿si el contrato tiene forma vinculada, es admisible que su objeto sea determinado en base a elementos que, en cuanto externos al contrato, no compartan la forma? En contra de las tesis más restrictivas, que la excluyen, esta posibilidad debe admitirse. Si en el contrato escrito entre A y B se dice que A, propietario de tres áreas en diversas zonas de la ciudad, vende a B (por el precio de 45 euros el metro cuadrado) la que resultará más cercana al nuevo estadio que se construirá, cuya localización la Municipalidad aún no ha decidido, la forma escrita está respetada. En efecto, ella

Forma

Admisibilidad
de la *relatio*
en los
contratos
formales

reviste todos los elementos esenciales del contrato, esto es, causa y objeto: y no importa si este está *formalizado no en su determinación sino en su determinabilidad*, porque la forma debe cubrir aquellos que la ley indica como los elementos esenciales de un contrato válido, y tal es considerado por el art. 1346 un objeto no determinado sino solo determinable. La jurisprudencia está en esta línea.

Y no se contradice cuando juzga, en cambio, como no respetada la forma de las transferencias inmobiliarias en el siguiente caso. Una cláusula del contrato (escrito) con el cual X, constructor-vendedor de un edificio, vende un departamento a Y, cita como vinculante el reglamento de áreas comunes anexo al contrato; un artículo de este dispone que X, al verificarse una cierta condición, readquirirá en propiedad exclusiva, por un cierto precio, el local-portería actualmente de propiedad común. La transferencia del local-portería no reviste forma escrita: este está explicitado en el reglamento de áreas comunes, pero ello no vale como escritura porque no lleva suscripción de las partes; suscrito por las partes está el documento de venta del departamento pero este no indica totalmente —ni siquiera a nivel de mera determinabilidad— la atribución a X del local-portería, de la cual simplemente no habla.

Anexos del contrato

A la luz de lo apenas considerado se resuelve el problema de si —dado un contrato formal, suscrito por las partes— también los “anexos” que este cita deban estar autónomamente suscritos. La respuesta es sí, si estos son necesarios para definir sustancialmente la prestación, que el contrato no identifica ni siquiera en las líneas esenciales; es no si, en cambio, la esencia de la prestación ya está determinada en el contrato, y los anexos se limitan a precisar algunos aspectos. Pero viéndolo bien, esto no es tanto problema de fondo del contrato *per relationem*, cuanto problema de contenido mínimo de la formalización (10.5) de un contrato con objeto completamente determinado.

9. LA DETERMINACIÓN REMITIDA AL TERCERO: ARBITRAMIENTO; ARBITRAJE NO FORMAL; PERICIA CONTRACTUAL

Determinación del tercero (arbitrador)

Cuando el contrato *per relationem* deja a la valoración de un tercero, expresamente encargado, el elemento que hará determinado el objeto, actualmente solo determinable, se tiene el arbitramiento.

Encargo

Es necesario que el tercero (llamado arbitrador) haya recibido de las partes el encargo de determinar la prestación contractual, y que él lo haga justamente en relación al encargo; por ello no es arbitramiento si las partes indican como término de la *relatio* algún acto de un tercero que, sin embargo, no encuentra en el contrato ni su fuente (porque no es ejecución de un encargo dado con el contrato) ni su fin (porque no tiene el propósito específico de determinar el objeto); piénsese en el ejemplo de la contrata, cuyo objeto es determinado por la decisión de la Municipalidad.

Límites

La posibilidad de confiar la determinación del objeto a un tercer arbitrador encuentra límites. Límites específicos, como los puestos en tema de *donación* (art. 778). Y límites más generales, que derivan del sentido mismo del acto de autonomía privada. Así, no parece

admisible que sea un tercero quien determine totalmente la prestación contractual, de la cual las partes no hayan indicado *al menos algún elemento de identificación*: si A y B acuerdan que A venda a B, por un determinado precio “el bien de A que será elegido por el encargado X”, sin que resulte nada sobre la clase de bienes entre los cuales elegir, falta incluso el requisito mínimo de la determinabilidad (y a la elección del tercero no podría ni siquiera aplicarse los criterios —apreciación equitativa, iniquidad o error manifiesto— en base a los cuales el art. 1349 la hace controlable).

La naturaleza jurídica del acto de arbitramento es discutida.

Naturaleza
Jurídica del
arbitramento

Según una tesis, sería un *acto negocial*, realizado por el arbitrador *en representación* de las partes que lo han encargado. La tesis no persuade: el arbitrador no sustituye a las partes en la creación del vínculo contractual, que las partes ya han creado contratando personalmente, sino que se limita a definir el contenido del vínculo; y su acto no es negocial, porque no lo apoya la intención de disponer ni de la esfera de las partes (que ya han dispuesto personalmente) ni tanto menos de la propia. Según una tesis diametralmente opuesta, el acto sería un *simple hecho o comportamiento* del tercero, en su materialidad; pero también esta tesis es débil, porque no se concilia con la impugnabilidad del acto (no siendo “impugnabile” un hecho o comportamiento material).

Parece preferible la tesis por la cual el acto de arbitramento no es un negocio, sino un (mero) acto jurídico. Ella explica, por un lado, que el encargo al tercero pueda configurarse como *mandato*; y que el acto de este sea *impugnabile*. Por otro lado, explica que el acto sea impugnabile *en términos diversos* de los que definen la impugnación de los negocios. (15.10).

Mero acto
jurídico

El arbitramento *no debe confundirse con el arbitraje*. Este último puede ser *formal* (y entonces es un verdadero y propio juicio, a través del cual los árbitros deciden una litis con un laudo que tiene valor sustancial de sentencia); o bien *no formal*, y es sobre todo respecto a este que se manifiesta la exigencia de distinción del arbitramento.

Con el arbitraje no formal *los árbitros, encargados por las partes de definir una litis surgida entre ellas, resuelven mediante un laudo que determina las posiciones de las partes*. La naturaleza sustancial del laudo no formal no es de sentencia, sino de negocio, y precisamente de negocio transaccional puesto en existencia por los árbitros pero vinculante para las partes: en efecto, el encargo que las partes confieren a los árbitros no formales comprende el otorgamiento a estos del *poder (representativo) de transigir la litis* por las partes, las cuales desde el inicio se empeñan en aceptar las determinaciones arbitrales como si provinieran de las partes mismas. Para realizar este resultado, a veces las partes entregan a los árbitros encargados un documento firmado en blanco (10.10), que los árbitros llenarán con sus determinaciones. Es clara la diferencia con el arbitramento: este no define una litis, y no se manifiesta en un negocio celebrado en representación de las partes interesadas.

Arbitraje no
formal

Laudo-
negocio

Pericia contractual

Al arbitramiento y al arbitraje no formal se acerca una tercera figura que la jurisprudencia denomina pericia contractual. Esta se presenta cuando las partes encargan a uno o más terceros, calificados por su específica competencia, formular una valoración técnica cuyo resultado las partes se comprometen a aceptar como fuente de regulación de su relación, como si la hubieran contractualmente definido ellas mismas. En realidad, no parece que la figura tenga una propia definida autonomía: o la valoración técnica remitida al perito sirve para componer una litis (por ejemplo, cuantificación de un resarcimiento), y entonces estamos ante un arbitraje no formal; o bien, prescindiendo de litis entre las partes, sirve para completar su relación contractual (por ejemplo, determinación del importe de la multa prevista en el contrato), y entonces se recae en el arbitramiento.

10. LA DISCIPLINA DEL ARBITRAMIENTO

Art. 1349

El encargo al arbitrador puede basarse en *dos lógicas distintas*, relativas al modo en el cual las partes solicitan al tercero realizar su valoración, destinada a determinar el objeto contractual: la lógica de la apreciación equitativa, y la lógica del mero arbitrio.

Apreciación equitativa

La determinación según apreciación equitativa es aquella por la cual el tercero debe determinarse mediante el equilibrado y racional empleo de *criterios objetivos*, teniendo en cuenta las circunstancias relevantes que específicamente caracterizan el caso concreto; y debe hacer *controlable* el respeto de este modo de proceder, explicitando las *motivaciones* de su elección. Es el género de determinación considerado normal por la ley, que por tanto lo presume en ausencia de distinta previsión de las partes (art. 1349¹, primer enunciado).

Mero arbitrio

La determinación según mero arbitrio se aplica, en cambio, solo si resulta con certeza que las partes han querido recurrir a esta, en derogación al modelo de la apreciación equitativa. Ello no significa que las partes se remitan a cualquier valoración del tercero por de más caprichosa y "arbitraria"; sino más bien significa que las partes —en razón de la *especial confianza* que depositan en el tercero— lo exoneran de seguir un *iter* lógico rigurosamente fundado en criterios objetivos y racionales (y a mayor razón del correspondiente deber de motivación); y lo autorizan a elecciones que pueden también presentarse racionalmente no motivadas.

Según que el tercero haya sido encargado de proceder con apreciación equitativa, o según mero arbitrio, *cambia la disciplina del arbitramiento* que le es confiado. Tal disciplina se concentra en torno a dos hipótesis variadamente patológicas: la hipótesis que la determinación del tercero no se produzca; y la hipótesis que se produzca de manera viciada.

Determinación ausente:

La primera hipótesis es aquella en la cual "falta la determinación del tercero": ya sea por imposibilidad a él no imputable, o por incumplimiento

imputable del encargo recibido (en cuyo caso responde ante las partes mandantes).

En tal hipótesis, si el tercero debía proceder con apreciación equitativa, la determinación no hecha por él será *hecha por el juez* (art. 1349¹, segundo enunciado): la sustitución es admisible, porque el juez podrá bien aplicar esos mismos criterios objetivos y racionales en los cuales el tercero habría debido inspirar sus elecciones.

apreciación
equitativa ...

En cambio, si el arbitrador estaba autorizado a proceder según mero arbitrio, la sustitución por obra del juez no es posible precisamente porque las partes han deseado confiar en su irreplicable subjetividad. Y entonces los casos son dos: o las partes acuerdan *sustituirlo con otro arbitrador*, y el contrato resiste; o bien no acuerdan, y *el contrato será nulo* porque su objeto en este punto resulta indeterminable (art. 1349², segundo enunciado).

... y mero
arbitrio

La segunda hipótesis es que la determinación del tercero exista, pero resulte afectada por un vicio. En tal caso, la parte insatisfecha por esta puede impugnarla. Tiene importancia también aquí la naturaleza de la determinación.

Determinación
viciada, e
Impugnación:

Si es determinación que debe hacerse con apreciación equitativa, se la puede impugnar cuando sea "*manifiestamente inicua o errónea*", esto es, afectada por evidente desequilibrio o irrazonabilidad, o bien basada en evidentes errores: no sería suficiente cualquier alejamiento de valores estándar, sean de mercado o bien oficiales; es necesario un alejamiento si no macroscópico al menos notable. Acogida la impugnación, *la determinación del tercero queda ineficaz y sustituida por la del juez*, inmune de vicios (art. 1349¹, segundo enunciado).

apreciación
equitativa...

En cambio, si la determinación es confiada al mero arbitrio del tercero, la posibilidad de la impugnación está circunscrita: no puede hacerse "si no probando su *mala fe*" (art. 1349², primer periodo). Tiene mala fe el arbitrador que haya conscientemente obrado de manera parcial en ventaja de una parte y en daño de la otra; o para favorecer intereses ajenos (por ejemplo, su interés); o por alguna otra razón reprobable (piénsese en una determinación absurda, dictada solo por exhibicionista extravagancia). En efecto, solo este elemento de subjetiva reprobación en la conducta del tercero disuelve el presupuesto de la subjetiva confiabilidad, sobre la cual las partes han basado el encargo. La norma menciona solo este presupuesto subjetivo: pero se debe considerar que sea necesario también un elemento objetivo, es decir, el desequilibrio de la determinación. Cancelada la desleal determinación del tercero, la imposibilidad que su "mero arbitrio" sea subrogado por la valoración judicial lleva consigo la *nulidad del contrato*.

... y mero
arbitrio

Incapacidad y vicios de la voluntad

Se discute si la determinación del tercero sea atacable por las mismas causas que permiten impugnar los negocios (incapacidad, vicios del querer). La respuesta es en línea de tendencia negativa: la específica disciplina del art. 1349, en cuanto a los presupuestos de la impugnación, absorbe y neutraliza la más general de los arts. 1425 y ss.; la cual, luego, se basa en la identidad entre víctima del vicio y portador del interés protegido, mientras que en nuestro caso las dos figuras están disociadas (víctima es el tercero arbitrador, pero interesada es la parte del contrato). Aunque no relevante *ex se*, no obstante la presencia de la incapacidad o del vicio del querer podrá facilitar o reforzar la prueba requerida al impugnante por el art. 1349.

Forma

En cuanto a la forma del acto de arbitramento, una antigua jurisprudencia y parte de la doctrina lo consideran sometido a la misma forma impuesta al contrato a completar; otra doctrina lo considera en general con forma libre; otra doctrina distingue en función de las razones por las cuales es requerida la forma. En efecto —dado un contrato de compraventa de un inmueble, que mande a un tercero determinar si objeto de la compraventa es el inmueble x o el inmueble y— parece difícil pensar que la determinación del tercero no deba, como el contrato, hacerse también ella por escrito: si no fuera por más que para lograr la inscripción.

Venta

Una disciplina especial de tipo (pero quizá susceptible de extensiones) está dictada para el caso en que las partes de la venta hayan acordado confiar a un tercero la determinación del precio: art. 1473.

11. LA DETERMINACIÓN REMITIDA A LAS PARTES O A UNA PARTE

Remisión al sucesivo acuerdo

Quid ¿si el contrato deja indeterminado el objeto, remitiendo la determinación al posterior acuerdo de las partes? Por ejemplo: se establece la prórroga de un contrato en curso, pero “con condiciones a establecer”; se establece que el precio del contrato será pagado “con adecuado diferimiento, y con la aplicación de intereses sobre la suma diferida, a acordarse posteriormente entre las partes”).

Variedad de supuestos

Presupuesto de la cuestión es que el contrato se considere celebrado, en base a las reglas de su formación progresiva (6.11). Fijado esto, se proyectan en secuencia diversas alternativas. Ante todo, deberá verse si las partes alcanzan el acuerdo para determinar la prestación: si es así, el problema está resuelto; si en cambio no acuerdan, deberá verse si la prestación es determinable, mediante algún elemento de integración que supla la voluntad ausente de las partes (una norma dispositiva, aplicable directamente o por analogía; o la posibilidad de recurrir a la determinación judicial). Si ningún elemento del género existe, el contrato es nulo por indeterminación del objeto.

Si, en cambio, es posible recurrir a un tal elemento de integración, el objeto se determina por esta vía, y el contrato se salva: a menos que resulte con claridad que, remitiendo la determinación a su futuro acuerdo, las partes consideraban encontrar una regla distinta de la dictada por vía de integración, por ellas deliberadamente descartada, en cuyo caso debe decirse que ese contrato —a la luz de la concreta voluntad de las partes— tiene objeto indeterminable y es por consiguiente nulo. Es difícil decir más: la solución estará fuertemente condicionada por las especificidades de los casos singulares.

Diferente, y más problemático, es si *el contrato remite la determinación del objeto a una sola de las partes*. Es claro por qué: si la determinación es remitida a un arbitrador externo, su elección es la elección de un tercer sujeto (que se presume) imparcial; si es remitida al futuro acuerdo de las partes, la elección debe ser compartida por ambos interesados; en cambio si es remitida a una parte, es una *elección por definición "parcial"*, orientada al interés exclusivo de quien la realiza y susceptible de lesionar el interés de la otra parte. Se arriesgan a vulnerarse el principio y el valor del contrato como acuerdo, que son todo uno con el principio y el valor de la autonomía privada (2.1). Por esto, el supuesto de hecho debe verse con sospecha, o al menos con cautela.

Arbitramiento de parte

Sin embargo, sería exagerado excluir radicalmente su admisibilidad. En muchos casos, remitir la determinación a una parte (en hipótesis, la única en tener el control de los datos relevantes a tal fin) puede estar justificado y ser útil. No faltan los índices normativos de apertura a esta posibilidad: la entidad del *suministro* puede ser establecida por el suministrado, dentro de los límites mínimos y máximos indicados en el contrato (art. 1560²); en la *obligación alternativa*, la elección de la prestación es remitida al obligado (art. 1285); en la *subprovisión*, son válidas las cláusulas que permiten al comitente fijar cantidades y tiempos, a condición de que exista un preaviso y dentro de los términos y límites contractualmente fijados (art. 6¹ de la Ley 192/1998). Se trata sólo de impedir que el mecanismo abra la vía a abusos, exponiendo a una parte a sufrir sin remedios las elecciones sorprendentes y opresivas de la otra: y estas normas indican la vía, *vinculando la discrecionalidad de las elecciones unilaterales con resultados pre-visibles y aceptables por quien las sufre*.

Admisibilidad

Indicadores normativos

Límites y cautelas en contra de los abusos

La determinación remitida a una parte puede ser admisible también cuando —sin estar vinculada a resultados tan rigurosamente previsibles, como en los casos apenas vistos— se mueve dentro de un horizonte de razonable previsión, sobre la base de parámetros objetivos (no importa si explicitados en el contrato, o implícitos a la naturaleza de este o a las circunstancias): la determinación hecha en menosprecio a estos podrá ser impugnada por la contraparte en base a las normas sobre la impugnación del arbitramiento remitida a la apreciación equitativa del tercero (si la parte estaba investida de la determinación en razón de sus conocimientos o competencias) o bien a su mero arbitrio (si estaba investida esencialmente por acto de confianza de la contraparte). La determinación remitida a la parte es en cambio inadmisibile —y hace nulo el contrato por indeterminación del objeto— *cuando el interés de la contraparte a no sufrir sorpresas lesivas no esté adecuadamente protegido por límites puestos a la discrecionalidad de quien elige*.

Inadmisibilidad

Razonamientos de este género han sido desarrollados en torno a la *fianza omnibus*, antes de que el art. 1938 asumiera (en 1992) su tenor actual. La doctrina más advertida (seguida por algunos jueces de fondo, pero no por la Casación) cuestionaba la validez precisamente bajo el perfil de que la determinación de su objeto —la entidad del crédito garantizado— dependía de la elección ampliamente discrecional del banco respecto a la erogación

Fianza omnibus

de ulterior crédito al deudor principal. Mientras la situación recae bajo una luz diferente y menos preocupante, cuando —con la “previsión (...) del importe máximo garantizado”, ahora necesaria— la entidad de la garantía no depende ya más de la incontrolable discrecionalidad del banco.

BIBLIOGRAFÍA

- 1-11. F. SANTINI-N. BORTOLUS, *Oggetto*, en *Contratti Cendon*, VI, Torino, 2000, p. 127; G. ALPA, *Oggetto e contenuto*, en AA.VV., *Trattato di diritto privato*, dirigido por M. Bessone, XIII, III, Torino, 1999, p. 335; E. GABRIELLI, *Il contenuto e l'oggetto*, en *Trattato contratti Rescigno*, I, Torino, 1999, p. 633; G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999; G. ALPA – R. MARTINI, *Oggetto del negozio giuridico*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XIII, Torino, 1995, *ad vocem*; F. MARINELLI, *La causa e l'oggetto del contratto nella dottrina civilistica italiana*, en *Giustizia civile*, 1995, II, p. 327; D. MAFFEIS, *Oggetto del contratto di leasing e risarcimento del danno*, en *Contratti*, 1994, p. 52; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il contenuto del contratto*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, III, Torino, 1991, p. 728; G. ALPA, *Oggetto del negozio giuridico*, en *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, 1990, *ad vocem*; G.B. FERRI, *Forma e contenuto negli atti giuridici*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1990, I, p. 7; G.B. FERRI, *Capacità e oggetto del negozio giuridico: due temi meritevoli di riflessione*, en *Quadrimestre*, 1989, p. 9; G. DE NOVA, *L'oggetto del contratto di informatica: considerazioni di metodo*, en *Diritto dell'informatica e dell'informazione*, 1986, p. 803; A. CANNATA, *Oggetto del contratto*, en *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979, *ad vocem*; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1996; N. IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, en *Novissimo digesto italiano*, XI, Torino, 1965, *ad vocem*; F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, en *Rivista di diritto civile*, 1963, I, p. 365; G. GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law)*, en *Iustitia*, 1953, p. 289; L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, en *Jus*, 1952, p. 156.
5. A. DESTEFANO-P. TEDESCHI, *La vendita di cosa futura*, en *Contratti Cendon*, VIII, Torino, 2000, p. 357; F. MACARIO, *Trasferimento del credito futuro ed efficacia verso i terzi: lo “stato dell'arte” (di giudicare)*, en *Rivista del diritto privato*, 2000, p. 437; U. CARNEVALLI, *Il pegno di cosa futura*, en *Contratti*, 1999, p. 137; MARUCCI, *Accollo di debiti futuri: funzione di finanziamento e vicenda novativa*, en *Rassegna di diritto civile*, 1997, p. 535; G. FURGIUELE, *Vendita di cosa futura e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, en *Trattato di diritto civile italiano*, dirigido por F. Vassalli, VII, I, Torino, 1972; P. PERLINGIERI, *I negozi sui beni futuri. La compravendita di cosa futura*, Napoli, 1962; C. MAIORCA, *Il pegno di cosa futura ed il pegno di cosa altrui*, Milano, 1938.
7. C. COPPOLA, *La determinabilità dell'oggetto nei contratti con forma scritta “ad substantiam”*, en *Contratti*, 1999, p. 1987; F. BANDIERA, *La determinazione dell'oggetto del contratto nella somministrazione e la c.d. esclusiva “implicita”*, en *Contratto e impresa*, 1998,

- p. 687; I. OLIVA, *Brevi note sulla nullità del contratto preliminare di vendita per indeterminatezza dell'oggetto*, en *Rivista giuridica sarda*, 1998, p. 724; S. PAGLIANTINI, *Indeterminabilità dell'oggetto, giudizio di nullità e contratto di agenzia: verso l'inefficacia delle clausole di modificazione unilaterale del contratto*, en *Giustizia civile*, 1998, I, p. 2895; A. BARENGHI, *La determinabilità dell'oggetto del contratto*. Appunti, Napoli, 1997; A. GIARDINA, *La determinazione del prezzo nei contratti internazionali*, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1993, p. 283; L. ALBERGO, *Determinatezza e determinabilità dell'oggetto del contratto in specie del prezzo*, en *Vita notarile*, 1991, suplemento al n. 3; E. ROPPO, *Sugli usi giudiziali della categoria "indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto del contratto" e una sua recente applicazione a tutela dei "contraenti deboli"*, en *Giurisprudenza italiana*, 1979, I, 1, p. 146; G. ALPA, *Indeterminabilità dell'oggetto del contratto, giudizio di nullità e principio di buona fede*, en *Giurisprudenza italiana*, 1977, I, 1, p. 698; G. ALPA, *Accordo delle parti e intervento giudiziale nella determinazione dell'oggetto del contratto*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, p. 728; U. NATOLI, *Significato e limiti dell'intervento del giudice nella determinazione della cosa e del prezzo*, en *Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione - sezioni civili*, 1946, II, p. 176; A. AURICCHIO, *La individuazione di beni immobili*, Napoli, 1960.
8. F. CRISCUOLO, *Determinazione per relationem del prezzo di una somministrazione e intervento sostitutivo del giudice in sede cautelare*, en *Rassegna di diritto civile*, 1996, p. 460; A. CALDERALE, *La fideiussione omnibus: determinabilità dell'oggetto e forma del contratto*, en *Giurisprudenza italiana*, 1990, I, 2, p. 277; R. CECCHETTI, *Negozi giuridico VII) Negozi per relationem*, en *Enciclopedia giuridica*, XX, Roma, 1990, *ad vocem*; B. INZITARI, *Limiti all'ammissibilità della "relatio" nella determinazione per scritto degli interessi ultralegali*, en *Giurisprudenza italiana*, 1984, I, 1, p. 1018; L. FRANCARIO, *Osservazioni sulla forma in funzione di controllo dell'autonomia dei privati (a proposito della relatio nei negozi formali)*, en *Il Foro italiano*, 1981, I, p. 2497; R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, en *Rivista di diritto civile*, 1972, I, p. 117; N. IRTI, *Vicende della norma e rinvio negoziale*, en *Giustizia civile*, 1980, I, p. 181; G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio per relationem*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1964, II, p. 182.
- 9-11. A. SCARPELLO, *Determinazione dell'oggetto, arbitraggio, "jus variandi"*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, I, p. 346; S. SAVINI, *Brevi note in tema di arbitraggio e clausole di modificazione unilaterale del contratto*, en *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 1999, p. 215; V. SCIBETTA, *I nuovi confini della perizia contrattuale*, en *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 1998, p. 687; A. BARENGHI, *Note sull'arbitramento della parte*, en *Studi in onore di P. Rescigno*, III, 2, Milano, 1998, p. 65; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1996; F. REDAELLI, *La perizia contrattuale*, en *Contratti*, 1995, p. 369; GABRIELLI, *Arbitrato rituale, arbitrato irrituale ed arbitraggio nell'accertamento o nella transazione*, en *Vita notarile*, 1993, p. 66; A. GIANOLA, *Brevi note sulla perizia contrattuale*, en *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, 1, p. 1095; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992; G. CATRICALÀ, *Arbitraggio*, en *Enciclopedia giuridica*, II, Roma, 1988, *ad vocem*; G. MARANI, *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura*

civile, 1983, p. 610; G. FAUCEGLIA, *Riflessioni sull'arbitraggio e sulla discrezionalità nel diritto privato*, en *Giurisprudenza di merito*, 1982, p. 277; G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, Milano, 1967.

CAPÍTULO XVI

LA CAUSA DEL CONTRATO

1. La causa y el principio causalista.— 2. Las teorías de la causa: subjetivas y objetivas.— 3. Las teorías objetivas: causa abstracta (tipificada) y causa concreta (individualizada).— 4. La causa como medio de control dirigista de la autonomía privada: crítica.— 5. Causa de la prestación y causa del contrato.— 6. La causa de los contratos onerosos: reciprocidad de ventajas y sacrificios jurídicos.— 7. La causa de los contratos gratuitos: la ventaja empírica del sacrificado.— 8. *Sigue*: el reforzamiento o la realización de un preexistente crédito (causas de garantía y de cumplimiento).— 9. *Sigue*: el interés subjetivo del sacrificado (el sustento de la forma y de la entrega).— 10. Otros elementos de sustento de causas débiles: en particular, la relación preexistente entre las partes.— 11. Causas y motivos del contrato.— *Bibliografía*.

1. LA CAUSA Y EL PRINCIPIO CAUSALISTA

La causa es —junto con el acuerdo, el objeto y la forma para la validez— uno de los “requisitos” del contrato (art. 1325, inc. 2). Por ello su ausencia determina la nulidad del contrato (art. 1418²).

La causa es la razón que justifica el contrato; es su *ratio*, es decir el elemento que lo explica racionalmente, que le da un sentido racional.

Antes de explicar y profundizar la noción, conviene establecer la premisa de que —en la evolución histórica— el principio de la causa no ha tenido siempre el mismo significado y valor. Históricamente, el problema de la causa se ha planteado como problema de saber *si un “mero pacto” o una “mera promesa” —es decir la mera manifestación de la voluntad de comprometerse legalmente— sean suficientes para crear el compromiso legal*; y, en caso negativo, cuál ulterior elemento deba agregarse para crear el compromiso legal.

El Derecho Romano clásico no se plantea un problema de causa en el sentido en que se lo plantean los modernos. Para él vale el principio de que el mero pacto no genera obligación: pero “mero” significa no revestido de las formalidades o no correspondiente a los esquemas típicos a los cuales los contratos debían conformarse para obtener el reconocimiento del derecho; el elemento adicional, necesario para consentir a la voluntad contractual

Razón
Justificativa
del contrato

Perspectiva
histórica

Derecho
Romano

Jusnaturalismo

producir efectos legales, era precisamente su manifestación de manera formalizada y tipificada. Contra esta rígida concepción —ya en parte erosionada por el Derecho justinianeo y por el Derecho común— surge el pensamiento jusnaturalista, con su espíritu de exaltación de la voluntad humana y de valoración del compromiso asumido, en cuanto tomado voluntariamente. La palabra de orden es "*pacta sunt servanda*": aunque sean solo "meros" pactos en lugar de estar revestidos de formas y esquemas típicos. Como dice Grozio (Huigh de Groot, 1583-1645), "una promesa, aunque sea hecha sin causa, es vinculante por ley de naturaleza": la voluntad de asumirla es suficiente para crear el vínculo jurídico; no es necesaria ninguna ulterior razón —ninguna causa— para justificarlo.

Domat y Pothier

La desvaloración de la causa, propia del jusnaturalismo extremo, es superada en el posterior desarrollo del pensamiento jurídico europeo-continental, que ve a sus protagonistas en Jean Domat (1635-1696) y Robert-Joseph Pothier (1699-1772). Para los grandes progenitores del *code Napoléon*, el mero pacto, la simple voluntad de comprometerse no basta para crear el compromiso legal. Este debe tener un distinto "*fondement*": que para los contratos de intercambio es la retribución dada o prometida a quien se compromete; y para la donación es "*quelque motif raisonnable et juste*". Se afirma así el principio causalista: aquel por el cual *la atribución de un derecho y la asunción de un deber no son admisibles si no resultan justificados por una causa*; o bien, sintéticamente, si no tiene una causa el contrato que los produce. Desde entonces, el principio causalista se ha desarrollado en una gran variedad de teorías de la causa.

Principio causalista

2. LAS TEORÍAS DE LA CAUSA: SUBJETIVAS Y OBJETIVAS

En el complejo panorama de las teorías de la causa, la primera fundamental contraposición se divide entre doctrinas subjetivas y doctrinas objetivas.

Teorías subjetivas

Las primeras identifican la causa en un dato psicológico: causa sería el *propósito*, el *fin*, el *motivo* (a veces se precisa: el motivo último) que —en cuanto objeto de representación psíquica de la parte— la impulsa a prestar el consentimiento contractual. Ellas terminan, pues, *disolviendo el elemento de la causa en el del acuerdo*, entendido como encuentro de voluntad. Pero hoy las teorías subjetivas no son seguidas. Domina el distinto encuadramiento según el cual la causa debe buscarse en algún *elemento objetivo*, *externo* y autónomo respecto a las representaciones mentales de los contratantes.

Teorías objetivas

Con esta consecuencia: que si la causa no existe, el contrato es inválido por este dato objetivamente considerado; y no porque la parte haya subjetivamente caído en error respecto a la existencia de la causa.

Por otro lado, al interior de la concepción objetiva de la causa, se confrontan y se colisionan teorías diversas, incluso muy lejanas entre sí. Para

simplificar la presentación, puede ser útil vincularlas a encuadramientos antagónicos, identificados mediante tres parejas de conceptos contrapuestos. Así, las diversas teorías objetivas de la causa se presentan animadas por diferentes inspiraciones de fondo, en razón de las cuales las teorías pueden calificarse: *abstractas* o bien *concretas*; *dirigístico-paternalistas* o bien *liberales*; *analíticas* o bien *unitarias*.

Variedad de las teorías objetivas

3. LAS TEORÍAS OBJETIVAS: CAUSA ABSTRACTA (TIPIFICADA) Y CAUSA CONCRETA (INDIVIDUALIZADA)

El prototipo de las teorías abstractas es la teoría —elaborada por Emilio Betti (1890-1968)— que define la causa como función económica-social del contrato, y precisamente como su función económico-social típica. Conforme a ella, causa de la compraventa es el intercambio entre cosa y precio, porque lo que define el tipo contractual de la compraventa es precisamente la función de intercambiar cosa y precio, y toda compraventa tiene siempre esta causa. Así *la causa termina por aplanarse en el tipo* (18.1): con la precisión de que puede tratarse de *tipo legal*, si está nombrado y regulado por el legislador; pero también de *tipo social*, si, aunque en ausencia de previsión legislativa, es empleado y de hecho codificado en la praxis de los tráficos.

Causa abstracta

Función económico-social típica

Esta teoría (o al menos la fórmula definatoria que la sintetiza) ha tenido suerte en el mundo jurídico italiano. Sin embargo, ella merece críticas, que se han hecho cada vez más decisivas y difundidas, hasta erosionar gran parte del crédito de la cual gozaba.

Concebir la causa de manera tan abstracta y tipificada tiene un primer inconveniente: si la causa es la función típica, cuando esta sea en general aprobada por el legislador que nombra y regula el correspondiente tipo contractual —venta, locación, contrata, etc.— derivaría la impensable consecuencia de que *los contratos legalmente típicos tienen siempre, por definición, causa lícita*; y que la posible ilicitud de la causa se refiere solo a los contratos innominados. Pero existe otro inconveniente: dejar fuera del horizonte de la causa todo lo que —en relación al particular contrato del cual concretamente se discute— excede las líneas estándar del tipo, e individualiza la específica operación perseguida, significa *empobrecer y inflexibilizar la consideración del contrato*, esterilizar elementos que en cambio merecen relevancia, y así impedir el más adecuado tratamiento de los supuestos de hecho.

Críticas

Hoy se considera más adherente a las exigencias de una evolucionada teoría y disciplina del contrato concebir la causa como causa concreta: no como razón que abstractamente justifica todo contrato perteneciente al tipo del contrato examinado (intercambio entre cosa y precio, si se trata de venta); sino como *razón que concretamente justifica el particular contrato examinado*, a la luz de las especificidades relevantes que lo caracterizan (el intercambio entre la cosa y el precio, en el particular contexto de

Causa concreta

circunstancias, finalidades e intereses en los cuales tales partes lo han programado).

La jurisprudencia, cuando debe definir *en passant* la causa, queda apegada a la fórmula de la función económico-social; pero cuando debe operativamente resolver algún problema en que tenga importancia el concepto de causa, sin decirlo asume el concepto en sentido concreto.

"Concreto" no significa «subjeto»

Atención, sin embargo. La concepción concreta de la causa no significa (y no debe implicar) un retorno a la concepción subjetiva de la causa: es decir, a la impropia valoración de las motivaciones estrictamente individuales de una parte, de sus personales representaciones psíquicas, de sus intereses particulares cultivados en el foro interno. "Concreto" no se identifica con "subjeto"; *lo concreto puede (y aquí debe) declinarse en términos de objetividad*. Todo esto remite a la noción de "motivos" del contrato, contrapuestos a su causa (16.11).

4. LA CAUSA COMO MEDIO DE CONTROL DIRIGISTA DE LA AUTONOMÍA PRIVADA: CRÍTICA

El debate doctrinal sobre la causa asume una *dimensión ideológica* cuando afronta un punto, en relación al cual se colocan opuestas teorías: si la causa sea instrumento de control social, o público, de la autonomía privada.

Causa y control público sobre la autonomía privada

Que en cierta medida lo sea, es dato que surge positivamente de las normas. Si para el art. 1418² es nulo el contrato que tenga causa ilícita (17.12), ello significa que el juicio de reprobación del ordenamiento respecto a la operación de autonomía privada, y el consiguiente mecanismo de neutralización de sus efectos, pasan a través del concepto de causa. Ello es pacífico, pero el punto no está aquí.

Contratos por causa fútil

El punto está en ver si el ordenamiento desapruebe no solo —como es indiscutible— los *contratos socialmente dañosos*, como los contratos con causa ilícita; sino también los *contratos socialmente indiferentes*, es decir, ni útiles, ni dañosos desde el punto de vista social, como los denominados contratos con causa fútil: aquellos que persiguen *intereses puramente individuales*, en el límite, caprichosos o extravagantes. Se trata, en otras palabras, de saber si por no incurrir en la reprobación del ordenamiento el contrato debe ser vehículo de una positiva y específica utilidad social. Las diversas teorías de la causa dan respuestas distintas.

Teorías dirigistas

La teoría de la causa como función económico-social, además de teoría abstracta, es también, bajo este perfil, teoría dirigista de la causa. Para ella, la causa no existe o no es aprobada por el ordenamiento si no corresponde a una *función de utilidad social*. La causa de los contratos nominados, correspondientes a tipos legales, tiene por definición esta característica. En cuanto a los contratos innominados, ellos satisfacen el requisito causal si resultan

“dirigidos a realizar *intereses merecedores de tutela* según el ordenamiento jurídico” (art. 1322²): en donde, para esta doctrina, “intereses merecedores de tutela” significa “función socialmente útil”. La realizan los contratos al menos socialmente típicos, cuya utilidad social es comprobada por la amplia difusión en la praxis; no la realizan los contratos incluso socialmente atípicos, dirigidos a satisfacer intereses, o quizá caprichos puramente individuales. Contratos del tipo están privados de una causa adecuada, que los justifique a los ojos del ordenamiento.

La idea de que el contrato despojado de una positiva, específica utilidad social deba desaprobarse y reprimirse es una *idea anti-liberal*, que corresponde a una *concepción dirigista y paternalista de la autonomía privada*, en definitiva negadora de la autonomía misma. Debe preferirse la idea de que los contratos socialmente dañosos deben ciertamente desaprobarse y reprimirse; que los contratos socialmente útiles deben ciertamente aprobarse y apreciarse; pero que entre unos y otros pueden existir contratos socialmente indiferentes (ni útiles, ni dañosos) que, si no merecen ser loados, ni siquiera merecen ser reprimidos, pero ciertamente merecen ser tolerados.

El ordenamiento no puede negar su reconocimiento y la protección que se da a los contratos lícitos: aunque persigan intereses y finalidades socialmente fútiles. También ellos pueden tener una causa idónea para sustentarlos y justificarlos: porque la razón justificativa (causa) del contrato no es su función económico-social típica, sino es *la función o el sentido que las partes le asignan en sus elecciones de autonomía privada*. En esta lógica son “*intereses merecedores de tutela*” ex art. 1322² todos aquellos que —prescindiendo de su utilidad social— el ordenamiento no desapruera como socialmente dañosos, y por consiguiente no los califica como ilícitos. Y todos estos intereses pueden formar la razón justificativa del contrato, es decir, su causa.

5. CAUSA DE LA PRESTACIÓN Y CAUSA DEL CONTRATO

El código civil de 1865, bajo el modelo del *code Napoléon* (art. 1131), hablaba de causa del contrato, pero hablaba con más gusto de causa de la obligación (art. 1119). Este lenguaje sobrentendía una teoría analítica de la causa: la que refiere la causa, no al contrato unitariamente considerado, sino más bien a las singulares prestaciones contractuales, consideradas aisladamente.

La venta contempla dos prestaciones recíprocas: la atribución de la propiedad del vendedor al comprador, y el deber del comprador de pagar el precio al vendedor. La teoría analítica de la causa se pone *en la perspectiva del derecho accionado en un juicio*, y se pregunta: ¿la atribución del bien, demandada por el adquirente-actor contra el demandado-vendedor, tiene una causa (está justificada)? ¿Tiene una causa (está justificada) la obligación del demandado-comprador, en base a la cual el vendedor-actor demanda el pago de la suma? La respuesta es sí: causa del compromiso del vendedor

Crítica

Admisibilidad de los contratos socialmente fútiles

Causa de la obligación (o de la prestación)

Teoría analítica de la causa

de atribuir el bien es el precio a él debido por el comprador; causa del deber del comprador al pago del precio es la atribución del bien del vendedor. De este modo *el contrato es fragmentado en las prestaciones que componen el objeto*, y de cada una se busca la causa, en lugar de buscar la causa del contrato.

Teoría unitaria
de la causa

Causa del
contrato

Título de la
obligación

Esta visión es superada por el código vigente, y por la doctrina formada bajo su vigencia, en pro de una teoría unitaria de la causa. No se habla más de causa de la obligación, sino solo de causa del contrato. La obligación (y la correlativa pretensión acreedora) no tiene propiamente una causa, sino un *título*; y si la obligación es contractual el título es el contrato, que tiene este ciertamente su causa; y si en el contrato (por ejemplo, de venta) la obligación (pagar el precio) se enlaza con una contraprestación (atribuir el bien vendido), la unitaria causa del contrato es el nexo entre las dos prestaciones (el intercambio bien/precio). Frente a la prestación acreedora del actor, por consiguiente, no se plantea directamente un problema de causa de la obligación accionada: el actor debe probar el hecho constitutivo (el título) de su crédito, es decir, el contrato concluido con el demandado; y es respecto al contrato de este modo llevado en juicio que podrá levantarse (en vía de excepción opuesta por el demandado) un problema de causa.

Virtudes de la
teoría unitaria

La concepción unitaria de la causa es apreciable porque entrega *una imagen más realista de la operación de autonomía privada*, cuyo sentido general emerge de la percepción de ella en su globalidad, y no de la consideración atomística de las partes que la componen. Además porque introduce un principio de *economía en el tratamiento de los supuestos de hecho*: adquirido —en la lógica de la teoría analítica— que no tiene causa la prestación demandada por A contra B, se sabe lo suficiente para rechazar la pretensión de B, pero no necesariamente se sabe lo suficiente del régimen de la contraprestación debida por B a A; determinado, en cambio —en la lógica de la teoría unitaria— que no tiene causa, y por tanto que es nulo, el contrato entre A y B, de un solo golpe se sabe que caen todas las prestaciones generadas por este.

Sin embargo, algunos datos llevan a redimensionar lo apenas dicho.

Relevancia de
una «causa»
de la
prestación

El sentido de la concepción unitaria de la causa es, fundamentalmente, captar el nexo entre las diversas prestaciones contractuales. Su valor es por ello máximo respecto a los *contratos de intercambio*; mientras que se reduce respecto a los contratos en los cuales no existe intercambio entre prestación y contraprestación, porque una sola parte asume compromisos o soporta sacrificios (*contratos gratuitos*). Respecto a estos, que extinguen su objeto en la prestación de una sola parte, no es tan imperdonable sobreponer causa del contrato y causa de la (única) prestación contractual.

Además, existe al menos un lugar en el cual la misma ley aún hoy habla de «causa» no a propósito del contrato, sino de otra cosa: se alude a la norma sobre el enriquecimiento «sin

causa” o “sin justa causa” (art. 2041). Ella refiere la causa (o mejor, la ausencia de causa) a un “enriquecimiento” que bien puede derivar de una prestación realizada al enriquecido: plantearse el problema de la *causa del enriquecimiento* significa, pues, plantearse el problema de la *causa de la prestación* que lo ha creado. Podrá tratarse de una prestación realizada más allá de un contrato entre enriquecido y empobrecido. Pero también de una prestación efectuada en base a un contrato entre las partes: tanto de un contrato inválido (en donde puede plantearse el problema de enriquecimientos y empobrecimientos que queden de las restituciones hechas, o que nazcan de la imposibilidad de restituir); como de un contrato válido (piénsese en el contratante que realiza para el otro una prestación más valiosa de aquella contractualmente prevista). Se plantea en estos casos un problema de causa de la prestación que enriquece, que no coincide con el problema de la causa del contrato que la prevé.

Enriquecimiento sin causa

Otra zona en la cual entra en juego la causa de la prestación, contigua pero distinta respecto a la causa del contrato, es la zona de los *actos de cumplimiento* (*actos solutorios*). El acto de cumplimiento puede ser un contrato, necesario o idóneo para cumplir una precedente obligación (contrato definitivo en ejecución del preliminar; dación en pago): su causa —*causa solvendi*— es la preexistente obligación. Pero más a menudo el acto solutorio no es un contrato, sino una mera prestación (dación de dinero, entrega de cosa, servicio realizado): respecto a la cual, incluso, no parece impropio preguntarse si esté sustentada en una adecuada *causa solvendi*. Es cuanto, en resumidas cuentas, se pregunta, incluso sin usar el término “causa”, la disciplina de la repetición de lo indebido: y la respuesta, contenida en las reglas de los arts. 2033 y ss., es fundamentalmente en el sentido de indicar la existencia de la obligación (civil, y en ciertas condiciones también natural) como el elemento que hace irrepetible la prestación realizada porque la dota de razón justificativa, en una palabra de causa.

Actos de cumplimiento (solutorios)

Restitución de lo indebido

En conclusión. La si bien preciosa teoría unitaria de la causa del contrato no impide reconocer que un problema *lato sensu* causal puede plantearse también respecto a prestaciones a considerar en sí y por sí. Es bueno captar las *diferencias conceptuales* entre causa del contrato *ex art. 1325, inc. 2*, causa del enriquecimiento *ex art. 2041*, causa de la prestación (del pago) *ex art. 2033*. Pero es bueno también captar los *nexos sistemáticos* que conectan las figuras y los fenómenos apenas evocados, reconducibles todos a un único, fundamental principio inmanente al sistema: el principio de racionalidad de los desplazamientos de riqueza, por el cual *ningún desplazamiento patrimonial puede producirse y mantenerse firme, si no está sustentado por una adecuada razón justificativa*.

Principio de racionalidad de los desplazamientos de riqueza

6. LA CAUSA DE LOS CONTRATOS ONEROSOS: RECIPROCIDAD DE VENTAJAS Y SACRIFICIOS JURÍDICOS

En un contexto sociocultural como el nuestro —en el cual la lógica del intercambio prevalece sobre la lógica del regalo— la primera y más elemental razón que justifica los desplazamientos de riqueza creadas por el contrato, la que da sustancia más inmediatamente percible al concepto de

causa, es la *reciprocidad de las ventajas y de los sacrificios jurídicos que el contrato produce a las partes*.

Contratos de
intercambio

Es cuanto sucede en los contratos de intercambio (18.11), en donde cada parte atribuye derechos o asume obligaciones a favor de la otra porque la otra atribuye derechos o asume obligaciones a su favor: ventas, locaciones, contratos, seguros, contratos de trabajo, contratos para servicios (mandato, transporte, depósito y custodia, financiación, etc.) retribuidos; y tantos otros. *Prestación y contraprestación* se justifican recíprocamente, en cuanto intercambiadas entre sí; el intercambio entre estas justifica el contrato, es la causa.

Contratos
onerosos que
no son de
intercambio

Vale lo mismo para aquellos contratos onerosos (18.9) que no son propiamente de intercambio, porque la prestación de una parte no está dirigida directamente a favor de la otra, en vista de una contraprestación que esta última directamente realice a la primera; aunque se llaman asociativos, porque la *prestación de cada parte* concurre a la creación y al funcionamiento de una *estructura común, que responde al interés de todos* (contratos constitutivos de asociaciones, sociedades, consorcios: 18.11). Cada parte soporta un sacrificio jurídico para tener la ventaja de la estructura común, hecha posible por los sacrificios jurídicos de todas las otras partes. Ventajas y sacrificios de las partes no están entre sí en relación directa, como en los contratos de intercambio, sino en relación mediata, esta correlación de sacrificios y ventajas es una idónea razón justificativa del contrato.

Contratos
asociativos

Un discurso análogo puede hacerse para los *contratos normativos*, con los cuales las partes vinculan recíprocamente modos y contenidos de sus futuros contratos (22.10).

7. LA CAUSA DE LOS CONTRATOS GRATUITOS: LA VENTAJA EMPÍRICA DEL SACRIFICADO

Existen contratos en los que falta la reciprocidad antes referida, porque solo una parte soporta sacrificios jurídicos y solo la otra recibe ventajas jurídicas: son los contratos gratuitos (18.9), que hemos encontrado con la categoría de los contratos unilaterales, o con obligaciones solamente del proponente (6.4). En ellos, la razón justificativa debe buscarse en un *elemento distinto del intercambio jurídico*, que no existe.

Intercambio
empírico

Sin embargo, puede ser un *distinto tipo de intercambio*, que llamamos "empírico": quien soporta el *sacrificio jurídico* no obtiene a cambio ninguna ventaja jurídica (porque ningún correlativo sacrificio jurídico es atribuido a la contraparte), pero tiene —por lo general indirectamente— una *ventaja empírica, factual, apreciable en el plano económico*. Y también este

intercambio empírico puede funcionar como causa del contrato, justificándolo racionalmente. Así, el socio que da garantía por la deuda de su sociedad frente al banco, o se compromete (sin estar legalmente obligado) a suscribir un aumento de capital, tiene la ventaja de que su sociedad pueda tener crédito bancario, o bien esté más adecuadamente capitalizada: y esta ventaja es razón justificativa del compromiso asumido sin retribución.

Ejemplos

Otros ejemplos. Quien da una opción gratuita tiene la ventaja de hacer su oferta más merecedora de atención a los ojos del oponente. Quien da una prelación gratuita lo hace, generalmente, en el cuadro de una más amplia relación con el prelacionario, a la cual el concedente tiene interés. La administración de la localidad turística que ofrece a los visitantes transporte gratuito del aeropuerto al centro tiene la ventaja de atraer con ello un mayor número de turistas, en ventaja de la colectividad administrada. Quien promete una prestación al destinatario de la oferta, bajo condición de que este (sin asumir alguna obligación al respecto) haga algo que interesa al promitente, tiene la ventajosa perspectiva de que se realice lo que desea. Los bancos que renuncian en parte a sus créditos o difieren el vencimiento apuntan a evitar la quiebra del deudor y el perjuicio que recibirían de ello.

Otros ejemplos

8. **SIGUE: EL REFORZAMIENTO O LA REALIZACIÓN DE UN PREEXISTENTE CRÉDITO (CAUSAS DE GARANTÍA Y DE CUMPLIMIENTO)**

Si se da *fianza onerosa*, con una retribución al fiador, el contrato tiene una causa, que es el intercambio jurídico. Tiene una causa —el intercambio empírico— también la *fianza gratuita pero interesada*, que el fiador da para una propia ventaja factual. ¿Pero qué decir de la fianza gratuita y desinteresada dada sin ninguna ventaja objetiva del fiador, que lo hace sólo por cortesía o altruismo?

Fianza gratuita y desinteresada

Punto de partida seguro es que la fianza es válida. Por consiguiente, *tiene una causa, pero diferente tanto del intercambio jurídico, como del intercambio empírico*. Entonces, ¿cuál es entonces la causa? ¿Qué elemento justifica racionalmente el contrato? El elemento que se busca es el reforzamiento del crédito, a través de la garantía personal prestada por la fianza: una razón idónea de por sí para justificar el compromiso contractual del fiador; idónea para concluir que la fianza —incluso gratuita, incluso desinteresada— tiene una causa, que es causa de garantía.

Reforzamiento del crédito

Causa de garantía

Lo mismo vale para la dación de garantía real, o para el compromiso de darla: el contrato para constituir prenda o hipoteca está provisto de causa —causa de garantía— aunque el garante no recibe retribución ni otra ventaja (si después la recibiera, por ejemplo con una dilación del plazo de vencimiento de la deuda, la causa del contrato asumiría también el color del intercambio). Refuerzan el crédito de una parte también la delegación y la expromisión, que por ello están dotados de causa aunque la otra parte, que asume la deuda ajena, no lo hace por ninguna ventaja propia. Ídem para la asunción de deuda ajena [*accollo*], en que el crédito reforzado es de un tercero extraño al contrato.

Constitución de garantías reales

Delegación Expromisión

Asunción [*accollo*]

Actuación del
crédito

Contratos
solutorios

Causa de
cumplimiento
(*causa
solventi*)

Retransferencia
del
mutuario

Contrato
definitivo

*Datio in
solutum*

Asunción
[*accollo*]

Causa y tipo

Además del reforzamiento del crédito, otra buena razón, para justificar un contrato que no tenga causa de intercambio es la realización del crédito mismo. Desarrollan esta función los contratos solutorios. Por ejemplo, el acto con el cual el mandatario (re)transfiere sin retribución el bien adquirido por el mandante ciertamente tiene una causa: el cumplimiento del deber de (re)transferencia a cargo del mandatario. Y ¿cuál es la causa de la venta definitiva con la cual se realiza el preliminar de compraventa? Aquí el disponente recibe una retribución, y en razón de ello podría pensarse que la causa es únicamente causa de intercambio. Pero sería una amputación del supuesto de hecho (e impediría la correcta percepción de este) olvidar que a espaldas de la venta existe el preliminar de venta; y que también concurre para explicar el “por qué” del contrato, a ofrecer la razón justificativa: en verdad, en la causa del contrato *confluyen tanto una causa de intercambio* (porque el contrato prevé prestaciones recíprocas) *como una causa de pago* (porque el contrato cumple la obligación creada por el preliminar).

Y se considere la dación en pago: lo que la justifica es la mixtura entre la ventaja del *solvens*, que con la prestación aunque distinta de la debida se libera de la deuda (causa de intercambio), y la satisfacción del crédito (*causa solventi*). A su vez, la asunción de deuda ajena por acuerdo entre un tercero y el deudor puede exhibir una mixtura entre causa de garantía y *causa solventi*: poniéndose en la perspectiva del acreedor (tercero extraño al contrato) la causa es el reforzamiento de su crédito; pero poniéndose en la perspectiva de la relación entre las partes —el tercero que asume la deuda y el deudor—, a la causa de la asunción de la deuda puede concurrir la circunstancia de que con ello el tercero extingue, en todo o en parte, la deuda que tiene frente al deudor (piénsese en el pago parcial del precio de la venta inmobiliaria mediante asunción, por parte del comprador, de la deuda restante que el vendedor tiene frente al banco que financia).

Podemos ahora entender mejor la relación entre causa abstracta y causa concreta, o mejor entre causa y tipo contractual. La función típica, concurrente para todos los contratos del tipo, es indudablemente un elemento importante de la causa y puede bastar por sí sola para sustentar el contrato: así, se ha visto que la fianza puede regirse en base a la simple causa de garantía, que todas las fianzas comparten. Pero si una particular fianza es prestada con retribución, o por una ventaja factual del fiador, en ella tiene relevancia causal también el elemento del intercambio, que se vincula a la función de garantía al formar la causa (concreta).

9. SIGUE: EL INTERÉS SUBJETIVO DEL SACRIFICADO (EL SUSTENTO DE LA FORMA Y DE LA ENTREGA)

Las causas vistas hasta aquí tienen carácter objetivo: justifican el contrato con elementos —el intercambio entre prestaciones o ventajas de las partes, el crédito a reforzar o satisfacer— que son externos a la esfera

subjetiva de los contratantes. Preguntémosnos ahora si existen causas distintas de estas: causas de contratos que no realizan ningún intercambio, ni jurídico ni empírico; y que no sirven para garantizar ni para satisfacer créditos. Contratos de este género existen: primeramente la donación, luego el mutuo, depósito, comodato gratuitos y desinteresados; y aún otros. Pero si existen, deben tener una causa.

Otros
contratos:
gratuitos y
desinteresados

Aquí, sin embargo, *la causa no logra verse en ningún elemento objetivo*. Estos contratos están sustentados, viceversa, por un elemento potentemente subjetivo, que pertenece a la esfera interior de quien se compromete de manera gratuita o desinteresada: un deseo suyo, o finalidad, o intención, o espíritu, o *animus* de generoso altruismo frente a la contraparte. Con inevitables efectos de indistinción entre causa y voluntad contractual, o de tautología: siendo tautológicas las definiciones corrientes, según las cuales causa de la donación es el “espíritu de liberalidad” del donante, o bien su “*animus donandi*”.

Subjetivo
Interés
altruista

El elemento puramente subjetivo de la “voluntad de donar” puede ser causalmente fuerte dentro de contextos socioculturales en los cuales la lógica del regalo tenga una relevancia social igual si no superior a la lógica del intercambio utilitarista: antropólogos culturales como Marcel Mauss (1872-1950) nos traen testimonios de áreas del mundo en todo sentido lejanas al nuestro. Lo es mucho menos en nuestra civilización, en la cual *el intercambio utilitarista es el paradigma dominante de la racionalidad social*. El subjetivo interés altruista de la parte es por lo tanto, para nosotros, un elemento causalmente frágil. No insignificante, sino frágil. Su no insignificancia hace ciertamente que el ordenamiento no excluya de manera apriorística y absoluta de su propio reconocimiento los contratos que agoten en ello su causa. Su fragilidad lleva al ordenamiento a considerarlo no suficiente para sustentar el contrato, sin la ayuda de algún otro elemento que lo integre y lo refuerce.

Causa débil

Una causa débil como aquella que se reduce a la voluntad del contratante *tiene necesidad de elementos de sustento*; y de elementos *máximamente objetivos*, para balancear la subjetividad del elemento causal.

Elementos
objetivos de
sustento

La objetividad está en la *solemnidad*, cuando el elemento de sustento es la forma. El discurso se refiere a la donación: aquí la debilidad de la causa es compensada por la fuerza ritual del modo en el cual debe manifestarse la voluntad (escritura pública, con presencia de testigos).

Forma
(donación)

La objetividad está en la *materialidad*, cuando el elemento de sustento es la entrega de la cosa: en los contratos reales gratuitos (mutuo, depósito, comodato) la debilidad de la causa es compensada por un hecho al mismo tiempo fuertemente físico y simbólico, como la *traditio*. Su indispensabilidad, para sustentar el contrato, tiene como reflejo la *inadmisibilidad de variantes obligatorias* de los mencionados contratos, si son gratuitos; en donde variantes consensuales pueden admitirse para los mismos contratos, si son onerosos (6.9).

Entrega
(contratos
reales
gratuitos)

10. OTROS ELEMENTOS DE SUSTENTO DE CAUSAS DÉBILES: EN PARTICULAR, LA RELACIÓN PREEXISTENTE ENTRE LAS PARTES

Existen contratos que pese a ser gratuitos, no traen ninguna comprensible ventaja empírica a quien se compromete unilateralmente, no realizan ni refuerzan el preexistente crédito del beneficiario, y son válidos sin forma solemne y sin entrega de la cosa. Si no se quiere decir que son contratos sin causa, es necesario individualizar algún otro elemento que, fortaleciendo una causa de por sí débil como la representada por el mero interés subjetivo de quien se compromete (de su voluntad de comprometerse), le da la fuerza para sustentar el contrato.

Tal elemento puede estar constituido por la circunstancia de que el contrato incida sobre una preexistente relación entre las partes.

Esto vale primeramente para las renunciaciones, totales o parciales, a derechos preexistentes. ¿Por qué es válida incluso sin forma solemne la remisión, que aunque enriquece al deudor no le trae, en hipótesis, ninguna ventaja al acreedor? Porque *las partes llegan al contrato sin ser extrañas, sino ya estando ligadas entre sí por una relación sobre la cual el contrato va a incidir*: y la ley, con razón o sin ella, considera que renunciar a un crédito preexistente entre las partes sea un acto menos "pesado" que crear una nueva deuda entre las partes hasta aquel momento extrañas; que la preexistencia de la relación sea una buena razón para mirar con mayor tranquilidad y menor desconfianza al contrato que lo presupone, para considerarlo más fácilmente justificado.

Un razonamiento análogo puede hacerse para los contratos modificatorios de anteriores contratos: si las modificaciones son *bilaterales* (algunas en ventaja de una u otra parte), la causa es de intercambio; pero si son *unilaterales*, porque aventajan exclusivamente a un contratante frente al otro, solo la preexistencia de la relación entre ellas es razón justificativa. Vale lo mismo para los contratos de fijación, con los cuales las partes eliminan la incertidumbre que envuelve una relación preexistente, redefiniéndola sobre bases de certeza (aunque la certeza vaya toda en detrimento de una parte).

Fuera de una relación preexistente entre las partes, la razón justificativa de los contratos gratuitos no justificados de otro modo o causalmente reforzados puede estar solo en la tenuidad de las consecuencias económico-jurídicas a cargo de quien se compromete: piénsese en el *mandato gratuito*.

Si un compromiso gratuito no alcanza a justificarse ni siquiera por esta vía, la conclusión más probable es que no sea materia de un contrato y no valga como compromiso jurídico. Piénsese en el *transporte*: si es oneroso, es un contrato con causa de intercambio jurídico; si es gratuito pero da una ventaja al transportador, es un contrato con causa de intercambio empírico; si es *gratuito y desinteresado*, no es un contrato sino un mero acto de cortesía.

Renunciaciones de derechos

Contratos modificatorios

Contratos de fijación

Tenuidad de las consecuencias

Relación no contractual

11. CAUSAS Y MOTIVOS DEL CONTRATO

El contrato es, antes de todo, *terreno de confrontación y colisión de egoísmos privados*. Cada parte se acerca para secundar sus propios impulsos, para satisfacer sus propias necesidades, para conseguir sus propios fines: en una palabra, para realizar sus propios intereses.

Egoísmo del contrato

Estos son en gran medida antagonistas a los intereses de la otra parte: en la tratativa para la venta, el vendedor apunta a obtener el precio más alto, a conseguir el pago inmediato, a comprometerse lo menos posible en orden a la calidad del bien vendido, a no tener cargas de envío; por el contrario, el comprador apunta al precio más bajo, a largas dilaciones de pago, a la máxima garantía respecto a la calidad del bien adquirido, a la entrega en su propio domicilio. En igual medida, los impulsos, las necesidades, los fines —brevemente, los intereses— de una parte son indiferentes a la otra: al vendedor no le importa mucho si el comprador adquiere el cuadro para decorar la casa de campo en lugar de la casa de la ciudad o el estudio profesional, o bien para ponerlo en el *caveau* de un banco tratándose de una inversión, o para regalarlo a su mujer en vista de su cumpleaños o como regalo de boda al amigo que se casa; mientras que al comprador no le importa si el vendedor vende para invertir el producto en la adquisición de un bien sustitutivo o para darlo en beneficencia o para pagar a los molestos acreedores o simplemente porque el cuadro ya no le gusta.

Posiciones recíprocas de las partes: antagonismo

...

... e indiferencia

Pero el contrato es también, finalmente, *terreno de encuentro de los egoísmos privados*. Las partes encuentran un punto de equilibrio, aceptable para ambas, de las iniciales posiciones antagónicas; cada una acepta tener en cuenta los intereses de la otra, que en principio le serían indiferentes, si no fuera por más que porque solo así la otra parte aceptará tener en cuenta los suyos.

De la colisión al encuentro

El logro de este punto de equilibrio es el acuerdo de las partes, por consiguiente es el contrato. De este modo sucede que algunos intereses individuales de una y otra parte entren en el contrato, mientras otros quedan fuera del contrato.

El acuerdo como punto de equilibrio de los intereses en conflicto

Entran en el contrato los intereses de las partes, por cuanto personalísimos o incluso caprichosos, que las partes hayan expresamente tomado en consideración, dedicando a estos una específica regla del reglamento contractual. Si el comitente de una reestructuración inmobiliaria, curiosamente alérgico a las esquinas y los ángulos vivos, hace insertar en el contrato con el contratista la cláusula que impone redondear toda esquina y ángulo presente en el inmueble, su interés entra en el contrato e incide sobre el contrato: el contratista está obligado a redondear cada ángulo y esquina, y si deja alguno vivo se expone a las consecuencias de su incumplimiento. Ídem si el comprador, que compra el bien con el único propósito de hacerle un regalo de boda a un amigo, acuerda con el vendedor que la venta esté condicionada a la celebración del matrimonio: donde el interés del comprador

Intereses cubiertos por el contrato:

contemplados por el acuerdo...

venga a menos porque el amigo rompe el noviazgo y no se casa, la venta es ineficaz.

... o
considerados
por la ley...

Cuando el interés de la parte no está expresamente contemplado por una regla contractual comprendida en el acuerdo, puede darse que esté contemplado por una regla contractual establecida por la ley: y también en tal caso entra en el contrato. Si el vendedor tiene una invencible intolerancia a las relaciones con transportista y porteadores, y por lo tanto, su interés es no enviar la cosa al comprador, sino esperar que este lo retire, él puede no preocuparse de escribirlo en el contrato, porque su interés personal se convierte en regla contractual con la norma sobre el lugar de entrega de la cosa vendida (art. 1510).

Surgen problemas, cuando el interés de la parte no está contemplado ni por el acuerdo contractual ni por una específica norma aplicable al contrato. Es en estos casos que se pone en juego la distinción entre causa y motivos del contrato. Ella formula en términos conceptuales la que, en términos operativos, es la distinción entre intereses de las partes que (si bien no son contemplados por el acuerdo o por la ley) merecen entrar en el contrato, e intereses que en cambio quedan fuera; y por consiguiente entre intereses relevantes e irrelevantes para la suerte del contrato.

... o
comprendidos
en la causa

La causa del contrato comprende *los intereses de la parte que el contrato debe asegurarle, porque forman la razón justificativa del contrato mismo*. Así, en los contratos que tienen típica causa de intercambio, los eventos que frustran el interés de la parte al intercambio (vicios materiales o jurídicos de la cosa, incumplimiento, imposibilidad o excesiva onerosidad sobrevenidas de la prestación, inadecuación del intercambio en los casos de rescindibilidad) puede decirse que afectan la causa: he aquí por qué se habla de estos como de defectos —según los casos genéticos o funcionales— de la causa (17.7).

Causa
concreta

Recuérdese, sin embargo, que causa no es solo la abstracta y típica, sino también la causa concreta: si A da una fianza a B para garantizar su ingente crédito hacia la deudora sociedad X, impulsado por el interés que deriva de ser socio mayoritario de X (convertido en tal por sucesión hereditaria del antiguo socio difunto), su interés introduce en el contrato una concreta causa de intercambio empírico respecto a la típica causa de garantía; por ello la disolución de este interés (por ejemplo, donde resultase que un testamento posteriormente descubierto priva a A de la herencia, y así de la calidad de socio) es evento que pertenece a la causa del contrato, y abre el problema de la suerte de este.

Motivos:
Intereses no
cubiertos por
el contrato

En cambio, motivos son *los intereses (necesidades, impulsos, finalidades) de la parte, que quedan fuera del contrato porque no forman parte de su razón justificativa*. El deseo de utilizar la cosa comprada como regalo de boda para el amigo, la intolerancia a esquinas y ángulos vivos son simples motivos que quedan confinados en la esfera individual de la parte y no entran en la venta y respectivamente en la contrata, como elementos de su causa. Por esto son irrelevantes, salvo que sean llamados en el contrato por

la voluntad de las partes: si ninguna condición o cláusula contractual los contempla, su frustración (la cancelación del matrimonio, la ejecución por parte del contratista de normales esquinas o ángulos vivos) no incide sobre la suerte del contrato.

Más directamente: mientras la frustración de los intereses comprendidos en la causa suscita remedios contractuales, *la frustración de los intereses que son simples motivos no suscita remedios contractuales*. La razón de la irrelevancia de los motivos de la parte es clara: es la *defensa de la estabilidad del contrato* —y así de la confianza puesta en él por la otra— contra el intento del portador de los motivos de desestabilizar el contrato mismo, en nombre de sus intereses particulares de los cuales solo él debe hacerse cargo, sin pretender cargárselos a la contraparte.

Irrelevancia de los motivos

Ratio

Se comprenden así la importancia y la sutileza de la valoración si el interés, invocado por la parte como fundamento de un remedio contractual, sea causa o motivo: valorar mal significa, según los casos, negar injustamente protección al portador del interés, que en cambio la merece: o bien lesionar injustamente la confianza de la contraparte en la estabilidad del contrato.

El criterio no es si el interés de la parte sea conocido por la contraparte, y ni siquiera si la parte que es portadora la haya expresamente exteriorizado a la otra. Este dato subjetivo puede ser relevante, pero por sí solo no es decisivo. Debe existir *algún otro dato, que dé dimensión objetiva al interés invocado* por la parte, y al relieve que este tiene para la posición contractual de la parte misma.

El conocimiento del motivo no es decisivo

Retomemos el ejemplo de la fianza dada para la sociedad del (supuesto) socio que descubre después no serlo: para poner en discusión el contrato puede ser importante que el banco garantizado supiera que el fiador garantizaba en cuanto socio; pero mucho más cuenta, a los fines de su relevancia causal, que esta razón de la garantía no sea un dato meramente psicológico, sino que se vincule a un dato objetivamente apreciable como la calidad de socio. Al contrario, si A da fianza a B por la deuda de X, y explica que lo hace porque tiene gran amistad con el deudor, este da un motivo irrelevante aun cuando comunicado a la contraparte: el posterior rompimiento de la amistad con X ciertamente frustra el interés contractual de A, pero frustrando un interés inscrito en una dimensión totalmente subjetiva, frustra un motivo y no la causa del contrato, el cual por tanto no se afecta.

Necesidad de una dimensión objetiva del interés

En las motivaciones de las sentencias, a veces, la causa es definida como el “fin común a las partes”. Esta definición es funcional sobre todo a la distinción de la causa respecto al motivo: *motivo es el fin no “común” a las partes, sino individual de una de ellas* (y con el propósito de que el fin de la parte sea hecho “común” a la otra, elevándose de este modo de motivo a causa, se ha visto que no basta un dato subjetivo de conocimiento, sino es necesario que la comunidad se apoye en bases de objetividad).

Causa como “fin común”

Los motivos
como variable
dependiente
de la causa

Los motivos son una variable dependiente de la causa: *el área de ellos se diseña en vía residual, por diferencia del área de la causa*. Si la causa se define en los términos angostos de la causa abstracta (función típica), correlativamente muy extendido es el territorio de los motivos irrelevantes: quien toma esa concepción de la causa, pero conjuntamente advierte la insatisfacción por una excesiva dilatación del área de los motivos, esto es, de los intereses de las partes a los cuales se niega importancia, es llevado a poner en discusión el principio de la irrelevancia de los motivos. Pero de esta excepción puede oportunamente prescindirse, si se amplía de modo apropiado el concepto de causa, según la idea de la causa concreta: porque cuanto más extendida es la causa —lugar de los intereses relevantes— tanto más reducida es el área en la cual se limitan los intereses irrelevantes, que se llaman motivos.

Causa
abstracta ...
...y concreta

Motivo
relevante

El principio de la irrelevancia de los motivos conoce, sin embargo, algunas derogaciones: casos en los cuales el interés de las partes, normalmente irrelevante, adquiere excepcionalmente relevancia e incide sobre la suerte del contrato a los limitados fines de las normas que prevén la excepción. Estas se refieren a: el *motivo ilícito* en la donación y en los contratos distintos de la donación (17.18); el *motivo erróneo* en la donación (35.3).

BIBLIOGRAFÍA

- 1-11. E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000; G. MARINI, *La causa del contratto*, en *Contratti Cendon*, VI, Torino, 2000, p. 1; C. COPPOLA, *Gli elementi costitutivi della donazione e la nozione unitaria di causa del contratto*, en *Contratti*, 2000, p. 1088; U. BRECCIA, *Causa*, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por M. Bessone, *Il contratto in generale*, vol. XIII, III, Torino, 1999; AA.VV. (al cuidado de L. VACCA), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1999; G. ALPA, *La causa*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, III, Torino, 1999, p. 1877; G. ALPA, *La causa e il tipo*, en *Trattato contratti Rescigno*, Torino, 1999, p. 483; U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto. I. La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 1999; E. PAOLINI, *La causa del contratto*, Padova, 1999; D. CARUSI, *La disciplina della causa*, en *Trattato contratti Rescigno*, Torino, 1999, p. 531; U. LA PORTA, *La causa del trasferimento del credito, gli effetti preliminari e la disposizione del diritto futuro*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1998, II, p. 708; G. LENER, *Mancata consegna nel leasing, obbligo di buona fede e causa contrattuale*, en *Il Foro italiano*, 1996, I, p. 164; G. ALPA, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, II, p. 1; G. SICCHIERO, *Appunti sulla causa del contratto*, en *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, p. 733; G. RAGUSA MAGGIORE, *La scomparsa degli idola fori: la causa del contratto*, en *Diritto fallimentare*, 1995, I, p. 553; F. MARINELLI, *La causa e l'oggetto del contratto nella dottrina civilistica italiana*, en *Giustizia civile*, 1995, II, p. 327; And. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992; A. CECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, en *Rivista di diritto civile*, 1991, p. 229; A. FIGONE, *La causa*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, III, Torino,

- 1991, *ad vocem*; A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, en *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, *ad vocem*; G.B. FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. del 1865 al cod. civ. 1942)*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1986, I, p. 127; P.G. MONATERI, *La sineddoche*, Milano, 1984; PELLICANÒ, *Causa del contratto e circolazione dei beni*, Milano, 1981; R. NICOLÒ, *Aspetti pratici del concetto di causa*, en *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1980, p. 1379; A. PELLICANÒ, *Problemi della causa del contratto*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1979, p. 904; M. BESSONE, *Causa del contratto, funzione del tipo negoziale ed economia dello scambio*, en *Giurisprudenza di merito*, 1978, IV, p. 1327; M. BESSONE-E. ROPPO, *Causa e contratto*, en G. Amato, S. Cassese, S. Rodotà (al cuidado de), *Il controllo sociale delle attività private*, Napoli, 1972; E. ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, en *Il Foro italiano*, 1971, I, p. 2379; G. GORLA, *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1967, p. 1497; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti tra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965, p. 2; G. MIRABELLI, *Causa subiettiva e causa obiettiva*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1951, p. 323; E. REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, p. 814; P. CARUSI, *La causa dei negozi giuridici e l'autonomia della volontà nel diritto privato*, Napoli, 1947; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1947, I, p. 13; M. GIORGIANNI, *Causa*, en *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1960, *ad vocem*; P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1908, I, p. 115.
11. C. MANCINI, *La rilevanza dei motivi nel contratto*, en *Contratti Cendon*, VI, Torino, 2000, p. 265; M. AMBROSOLI, *Il motivo tra vizi del consenso e causa del contratto*, en *Contratti*, 1995, p. 362; V. SANTASIERSE, *Ricerca sui motivi del contratto*, en *Il Nuovo diritto*, 1994, p. 601; G. FERRANDO, *Motivi*, en *Enciclopedia giuridica*, XX, Roma, 1990, *ad vocem*; M. BESSONE, "Motivi" del contratto, dogma della loro irrilevanza e obiter dicta giurisprudenziali, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1979, II, p. 92; M. BESSONE, *Causa tipica e motivo del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1979, p. 1098; L. RICCA, *Motivi*, en *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano, 1977, *ad vocem*; E. BALESTRINI, *Causa e motivo nel negozio giuridico; concetti in corso di revisione*, en *Il Foro padano*, 1974, I, p. 115; L. CORSI, *Causa dell'attribuzione patrimoniale, negozio a titolo gratuito e rilevanza dei motivi*, en *Giurisprudenza italiana*, 1973, I, 1, p. 1187; E. ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante e contratto illecito*, en *Il Foro italiano*, 1971, I, p. 2376; R. GUZZI, *Motivo del negozio giuridico*, en *Novissimo digesto italiano*, X, Torino, 1964, *ad vocem*; G. DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939.

CAPÍTULO XVII

LA RELEVANCIA DE LA CAUSA: CONTRATOS SIN RAZÓN Y CONTRATOS ILÍCITOS

1. Premisa.— 2. La ausencia de causa.— 3. La adecuación de la retribución.— 4. *Sigue*: nuevas tendencias.— 5. Los contratos vinculados.— 6. *Sigue*: la relevancia de la vinculación.— 7. Defectos genéticos y defectos funcionales de la causa.— 8. El contrato abstracto: principio de la causa y principio de abstracción.— 9. El rechazo de la abstracción en el campo de los derechos reales.— 10. Aperturas a la abstracción en el campo de las obligaciones.— 11. Otras figuras de la abstracción.— 12. Contratos ilícitos: la causa ilícita.— 13. Los parámetros de la ilicitud: normas imperativas.— 14. *Sigue*: orden público.— 15. *Sigue*: buenas costumbres.— 16. Contrato inmoral y no repetición de la prestación.— 17. El contrato en fraude a la ley.— 18. El motivo ilícito.— *Bibliografía*.

1. PREMISA

La causa tiene importancia para la suerte del contrato predominantemente en dos órdenes de casos, ambos de relevancia, por así decirlo, negativa.

Esta tiene importancia cuando *no existe*: ausencia de causa. Siendo la causa la razón justificativa del contrato, los contratos privados de causa son contratos injustificados, contratos sin razón (17.2-11).

Ausencia

Además esta tiene importancia cuando *no es lícita*: ilicitud de la causa. Causa ilícita significa que la “razón” del contrato, el “sentido” de la operación que con este las partes persiguen, son desaprobados por el ordenamiento porque son socialmente dañosos o peligrosos (17.12-18).

Illicitud

2. LA AUSENCIA DE CAUSA

El problema de la ausencia de causa puede plantearse en supuestos de hecho distintos, no todos a tratar de la misma manera.

Un primer supuesto de hecho es aquel en el cual el contrato no indica su causa. Si por ejemplo A y B suscriben un documento en el cual se dice

Ausencia de
Indicación de
la causa

que A transfiera la propiedad de un inmueble a B, que acepta en recibirla, en el supuesto de hecho subsisten tres "requisitos" del contrato: existe el acuerdo, existe el objeto (perfectamente determinado), existe la forma necesaria para una transferencia inmobiliaria. Falta el cuarto requisito, porque no existe la causa: no existe causa de intercambio, porque no resulta que la atribución de A tenga la retribución de un precio (por consiguiente, no es venta) o del cierre de una litis con B (por consiguiente, no es transacción); no existe *causa solvendi*; porque no resulta que la atribución sea hecha para extinguir una deuda de A hacia B (por consiguiente, no es prestación en lugar de cumplimiento, ni otro acto solutorio); no existe *causa donandi*, porque no resulta que la atribución sea hecha por espíritu de liberalidad (por consiguiente, no es donación); y no existe finalmente ninguna otra causa que justifique la atribución inmobiliaria, y así explique el "por qué" de la correspondiente transferencia de riqueza de A a B. Un contrato de este tipo no tiene razón: y la jurisprudencia lo considera nulo por ausencia de causa.

Podría objetarse que la causa, aun cuando no revelada en el contrato, puede en realidad existir: si antes del contrato del ejemplo, que tampoco lo menciona, existiera un preliminar que obliga a A a transferir el inmueble a B, el contrato traslativo que ejecuta la transferencia debida tendría *causa solvendi*. Pero esta justa distinción entre *objetiva inexistencia* y *ausente mención* de la causa introduce el problema del contrato abstracto, que consideraremos más adelante.

Problema de la abstracción: remisión

Indicación de una causa irrealizable

Un distinto supuesto de hecho es aquel en el cual el contrato menciona su causa, pero esta causa no puede realizarse: también aquí tenemos un contrato sin razón. El ejemplo tradicional es la venta de cosa ya en propiedad del comprador (para un caso plausible, piénsese en el heredero real pero desconocido, que adquiere del heredero aparente): el contrato expresa causa de intercambio, pero aquí el intercambio no existe. Otros ejemplos: si A otorga fianza a B por la deuda de C, el contrato expresa una causa de garantía; pero si la deuda garantizada resulta inexistente, inexistente es también la causa de garantía que debería justificar el contrato. Si X asegura contra los daños una cosa, el contrato expresa una causa de intercambio —entre la cobertura de un riesgo y las primas en dinero—; pero si en desconocimiento de X, la cosa se destruyó un día antes, falta el riesgo a cubrir y con él el presupuesto del intercambio que causalmente lo justifica.

Interferencias con la inexistencia del objeto

Los últimos dos ejemplos se prestarían a ser descritos también en términos de inexistencia del objeto (la prestación del fiador es pagar la deuda ajena; la del asegurador es cubrir un riesgo); y en efecto los límites con la ausencia de causa pueden ser endebles, por la obvia conexión que existe entre la razón de un contrato y las prestaciones que este pone a favor y a cargo de las partes. Por ello, no sorprende ya mucho la tendencia —presente dispersamente, tanto en doctrina como en las motivaciones de las sentencias— a superponer (ausencia de) causa y (ausencia de) objeto.

Los casos ahora considerados son lineales y poco problemáticos, porque se refieren a contratos con causa típica (una normal venta, seguro, fianza), en los cuales lo que falta es un elemento de la causa típica (intercambio entre cosa y precio, intercambio entre cobertura del riesgo y primas, garantía). Pero el principio de la causa concreta impone tener en cuenta también los *elementos atípicos* que pueden concurrir a la causa del particular contrato del cual se busca el tratamiento; y las cuestiones se hacen entonces más difíciles. La problemática de la ausencia de causa, en la perspectiva de la causa concreta, puede útilmente afrontarse considerando dos subtemas del tema causal: la *adecuación de la retribución* y los *contratos vinculados*.

Causa
concreta

3. LA ADECUACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN

Dado un contrato que dispone la transferencia de un bien, consideremos algunas posibles variantes.

Primera variante. El contrato no menciona ninguna retribución: entonces no tiene causa de intercambio; y si no resulta de él ninguna otra causa, es un contrato nulo por ausencia de causa (salvo las problemáticas del contrato abstracto y de la vinculación entre contratos: 17.8 y 17.6).

Retribución
no
mencionada

Segunda variante. El contrato enuncia una causa de intercambio mencionando un precio retribución de la atribución, pero no indica el monto limitándose a decir que este “está contextualmente pagado” o “ha sido pagado anteriormente” al vendedor, que da el recibo. El supuesto de hecho no plantea un problema de causa, pero si de objeto, y precisamente de su determinabilidad: problema que parece resolverse en el sentido de la determinabilidad *per relationem* al evento del pago que las partes declaran realizado.

Retribución
mencionada
pero
no
cuantificada

Por lo demás, en relación a las circunstancias del caso concreto podrán plantearse una serie de cuestiones: defecto de forma, la cual no cubre un elemento esencial del objeto; dificultad de probar (por ejemplo, a los fines de la rescisión) el monto de un precio no declarado en el contrato; posibilidad de impugnar el contrato por simulación, si se prueba que las partes habían contradecido no querer en realidad un precio; etc.

Tercera variante. El contrato enuncia una causa de intercambio e indica con precisión una retribución, que sin embargo es objetivamente inadecuada respecto al valor del bien con el cual es intercambiado: el precio es 1.000 por un bien que en el mercado vale 10.000. El tratamiento del contrato con retribución inadecuada debe considerar algunos datos.

Retribución
mencionada y
cuantificada,
pero
inadecuada

Punto de partida es el *principio de libertad contractual*, del cual deriva la tendencial incompetencia de la autoridad pública —ley, administración, jurisdicción— de censurar las elecciones de los particulares contratantes, y en particular los términos económicos de sus intercambios (salvo en los

Incontrolabili-
dad de la
razón de
intercambio

específicos sectores en los cuales se considera oportuno un control público de los precios).

Que el principio sea este, emerge con claridad de los datos del sistema. La disciplina de la rescisión indica que el desequilibrio económico del intercambio contractual no es relevante, sino en los casos extremos en los cuales la contratación resulte contaminada por circunstancias anormales y penalizantes (estados de peligro y de necesidad): en la normalidad de los casos, el contratante penalizado por un intercambio injusto no tiene remedios. El contrato oneroso caracterizado por notables desequilibrios en daño de la parte luego quebrada es revocable si se dan las condiciones del art. 67¹, inc. 1 de Ley quiebra: pero ello significa que fuera de tales condiciones el contrato es válido y eficaz. Lo indiscutible de la adecuación económica del intercambio es repetido incluso en un contexto dominado por políticas de protección de los contratantes débiles contra los abusos de los contratantes fuertes: en los contratos entre consumidores y profesionales (41.7), la calificación de vejatoriedad de las cláusulas predispuestas por regla "no atiende (...) a la adecuación de la retribución de los bienes y de los servicios" (art. 1469-ter²).

Aplicando el principio, la jurisprudencia niega que un contrato con causa de intercambio pueda declararse ausente de causa solo porque el intercambio es económicamente desequilibrado. Ello vale también si el desequilibrio es enorme, por ser la retribución del todo irrisoria: hay sentencias que han reconocido una válida causa de intercambio en casos en los que la diferencia de valor entre las prestaciones era de 1 a 66, o incluso de 1 a 300.

En casos así surge el problema de si a la causa de intercambio se asocia una causa de liberalidad: se trata de verificar —en base a las circunstancias del caso concreto— si el *enriquecimiento* generado por el intercambio desigual sea un *objetivo liberal* de la parte sacrificada, o en cambio dependa de *otras razones* (desconocimiento respecto al valor del bien vendido; ventajas indirectas, causadas por el contrato, tales como para compensar a los ojos del contratante la pérdida que este directamente le crea; etc.). En este último caso, el enriquecimiento —inconsciente o interesado— no mella la causa de intercambio, que permanece pura. En cambio, si el enriquecimiento es conciente o desinteresado, la causa de intercambio se integra con la de liberalidad, dando lugar a la denominada donación indirecta, o *negotium mixtum cum donatione*: entonces el acto está sujeto a las reglas sobre la donación indicadas por el art. 809 (entre las cuales no está comprendida la regla sobre la forma).

La misma jurisprudencia, sin embargo, distingue entre precio irrisorio y precio puramente simbólico (1 euro, por un bien que en el mercado se vendería al menos en 12,000). El precio irrisorio es siempre un precio, y su insignificancia no es relevante porque —afirman las sentencias— ella se coloca en el área de los motivos y no en el terreno de la causa. En cambio, el precio simbólico es un “no precio” que disuelve la causa de intercambio y hace nulo el contrato: se tratará solo de elegir si se debe hablar de venta nula por ausencia de causa, o de donación nula por ausencia de forma.

Precio
“simbólico”

Nulidad

Sin embargo, estas proposiciones son corregidas o al menos integradas, en la perspectiva de la causa concreta. No es justo decir que es sin duda motivo irrelevante haber vendido a 30 lo que en el mercado vale 100, cuando este intercambio (aparentemente) desigual encuentra razón en algún elemento de conveniencia externa a él, pero a él vinculado, capaz de compensar el déficit económico y así hacer la operación conjuntamente apetecible para quien a primera vista sale sacrificado. El principio de la causa concreta puede imponer el reconocimiento de que aquí la causa no es simplemente el intercambio entre el precio (30) y el bien (100); sino es el intercambio entre el bien por una parte, y por la otra el *precio más el ulterior elemento de conveniencia* que el vendedor espera de la venta: elemento que puede valer como parte integrante de la causa, y por consiguiente tener relevancia causal. Puede, pero no necesariamente debe: todo depende de ver si —en base a los criterios de distinción entre causa y motivos— ese elemento de conveniencia entre a integrar la objetiva razón justificativa del contrato, o bien quede fuera, como mero deseo o esperanza individual del contratante.

Causa
concreta

En análoga perspectiva, debe reconsiderarse la afirmación según la cual el contrato que atribuye un bien sin indicar ninguna retribución (y no sea donación) no tenga causa. La causa puede estar en otro lugar: por ejemplo, en otro contrato, vinculado con aquel aparentemente sin causa (17.5); o como una ventaja para el disponente, diferente de la percepción de una formal retribución. Si A cede “gratuitamente” a B, que acepta recibirlos y tomarlos en su disponibilidad, todos los viejos y no más utilizados objetos que abarrotan su sótano, el contrato tiene una causa, que es el intercambio entre los bienes dados y la ventaja recibida en términos de liberación de su local. No es una venta, porque el intercambio no es de cosa contra precio, y se tratará de saber qué tipo de contrato es: pero en juego está solo la calificación del contrato (18.5), y no la existencia de su causa, que ciertamente existe.

Atribución sin
Indicación de
retribución

En la misma lógica pueden explicarse figuras aparentemente paradójicas, como las atribuciones de bienes a precio negativo: es decir, aquellas con retribución a cargo del cedente, que además de privarse del bien paga un precio, mientras el cesionario además de recibir el bien recibe también un precio. La figura encuentra explicación (o, el contrato tiene su causa) en una ventaja que el disponente recibe de haber transferido el bien a otros: si el interés de la liberación del sótano es particularmente fuerte, tiene sentido que el propietario, además de ceder los viejos mobiliarios sin retribución, pague algo a quien los hace propios. E inclusive, si el empresario cede *pro soluto* al *factor* créditos difícilmente realizables a cero liras, y además paga una “comisión”, tiene a cambio la ventaja de que el importe del crédito es ahora una pérdida fiscalmente deducible; si el titular del bien lo transfiere en propiedad a un fiduciario (30), al cual además paga una prima, la razón es que le interesa no figurar como propietario del bien. En todos estos casos se podrá discutir si la causa es típica (y a qué tipo corresponde) o en cambio atípica: pero existe una causa.

Atribución a
precio
negativo

4. SIGUE: NUEVAS TENDENCIAS

Adecuación
del
Intercambio:
síntomas de
relevancia

Trabajo

El principio según el cual la inadecuación de la retribución contractual es irrelevante, conoce sin embargo derogaciones: por ejemplo, es eliminado para el contrato de trabajo, en donde el vínculo de una retribución adecuada —una remuneración “proporcionada” y “suficiente”— tiene incluso rango constitucional (art. 36¹ C).

Pero este sufre erosiones sobre todo con el desarrollo de la legislación especial.

Cláusulas
vejatorias

En los contratos entre profesionales y consumidores están prohibidas, en cuanto “vejatorias”, las cláusulas que determinan un “*significativo desequilibrio*” entre las posiciones de las partes (art. 1469-*bis*¹: 41.5). Es verdad que, como se ha dicho antes, el desequilibrio prohibido no es el desequilibrio económico, relativo al precio. Sino la prohibición de un *desequilibrio “normativo”* —correspondiente a los derechos y a las obligaciones derivadas del contrato— indica que el legislador no es indiferente al modo en el cual se coordina, entre las partes, el balanceo, en su conjunto, entre prestaciones y contraprestaciones.

Capitalización
de intereses

Otro ejemplo de sensibilidad del reciente legislador al equilibrio entre las posiciones de las partes va más allá de las relaciones entre profesionales y consumidores, porque se refiere a las relaciones entre los bancos y todos sus clientes. Si en la relación de cuenta corriente se establece la capitalización de los intereses activos (debidos al banco por los clientes financiados) según una cierta periodicidad, *idéntica periodicidad* debe aplicarse para la capitalización de los intereses pasivos (que el banco debe a los clientes sobre las existencias de cuenta corriente): nuevo art. 120² TUB, introducido por el D. Leg. 342/1999. Aquí el legislador valoriza entre las partes un *principio de igualdad* (4.3), y más precisamente de *reciprocidad*.

Usura

Además, existen al menos dos disciplinas especiales que dan relevancia al *equilibrio económico* del contrato. Una es la introducida por la Ley 108/1996 sobre la usura, que prohíbe toda “retribución” consistente en “intereses u otras ventajas usurarias” (art. 644¹ CP: 40.8). La otra impide que el subproveedor ceda al comitente derechos de exclusividad (por ejemplo, una licencia) “sin *adecuada retribución*” (art. 6³ Ley 192/1988: 41.16). Con estas normas, la posibilidad de controlar la inadecuación de la retribución económica prevista en el contrato no está ya circunscrita a los casos de contratación ocurrida en condiciones de *patología social* (como los estados de peligro y de necesidad: presupuestos de la disciplina de la rescisión), sino que se afirma también para los contratos celebrados en condiciones de *fisiología social*.

Subprovisión

Principios
Unidroit

Principios
europeos

La misma línea emerge a nivel internacional (4.7): los Principios *Unidroit* permiten a la parte impugnar el contrato que dé a la otra “*unjustifiably (...) an excessive advantage*” (art. 3.10, titulado “*Gross disparity*”); los Principios del Derecho europeo de los contratos dan impugnación en contra de la parte que abusa de su posición de fuerza respecto a la otra, para obtener del contrato “*an excessive benefit*” (art. 4.109).

5. LOS CONTRATOS VINCULADOS

Dos o más contratos están vinculados cuando, por alguna razón, uno

depende del otro: con la consecuencia de que el tratamiento jurídico de uno es influenciado por la existencia y por las vicisitudes del otro.

Ello ocurre con la vinculación sustancial y no con aquella solo formal (documental o material), que se tiene cuando los diversos contratos están simplemente *reunidos en un mismo contexto*: por ejemplo, están escritos en el mismo documento. Dos contratos formalmente vinculados pueden estar vinculados también sustancialmente (y la vinculación formal podrá ser un indicio en tal sentido); pero pueden también no tener entre sí ninguna vinculación sustancial. Al contrario, una vinculación sustancial puede bien existir entre contratos que no están formalmente vinculados (porque están escritos en documentos distintos, celebrados en momentos y lugares diferentes, etc.).

Vinculación formal ...

... y sustancial

Puede distinguirse una vinculación necesaria (o típica) y una vinculación voluntaria.

Están necesariamente vinculados (porque la vinculación está legalmente prevista, o está *in re ipsa* y prescinde de la voluntad de las partes) el contrato definitivo respecto al preliminar; el subcontrato –sublocación, subcontrata, etc.– respecto al contrato-base (26.12). También aquí un contrato influye sobre el otro: pero en maneras que están, por lo general, legalmente tipificadas.

Vinculación necesaria...

Ninguna tipificación legal asiste, en cambio, a la vinculación voluntaria: esta se presenta cuando *dos contratos, que en abstracto podrían ser entre sí independientes, están en concreto programados por las partes como elementos de una misma operación*. La vinculación voluntaria puede presentarse de diversas maneras.

... y voluntaria

Puede presentarse, primeramente, como vinculación expresamente declarada por las partes: en el contrato (a) se explicita que este está vinculado al contrato (b), y, si del caso, viceversa; y quizá se precisa que el uno es razón del otro, y que las vicisitudes de uno (por ejemplo, disolución) repercuten sobre el otro (que se disolverá a su vez). La vinculación expresa es la menos problemática: se tratará de aplicar cuanto se ha previsto y regulado de manera explícita por las partes.

Vinculación expresa...

El intérprete tiene una tarea más ardua frente a contratos que no explicitan su propia vinculación. En estos casos, la vinculación emerge comúnmente como *materia de litis* entre las partes: una lo niega, para extraer de su inexistencia consecuencias para sí favorables; la otra invoca consecuencias opuestas, fundadas sobre la existencia de la vinculación.

... y no explicitada

6. SIGUE: LA RELEVANCIA DE LA VINCULACIÓN

Las litis sobre la vinculación entre contratos (o bien, los perfiles de posible relevancia de la vinculación) se refieren esencialmente a dos cuestiones.

Valor causal
de la
vinculación

La primera cuestión es si un contrato —aparentemente privado de causa o aparentemente dotado de una cierta causa— en realidad encuentre causa o una integración de la causa en otro contrato vinculado con este.

Carga de la
prueba

A licencia a B una patente sin retribución, y en un contrato separado se estipula el suministro de B a A de productos fabricados en base a la licencia. Si A impugna la licencia por ausencia de causa, B puede oponerle que la causa está dada por el contrato de suministro, en cuanto vinculado a la licencia. Por otro lado, deberá demostrar la vinculación, esto es —repetiendo la fórmula corriente en jurisprudencia—, el que los dos contratos están “funcional y teleológicamente vinculados, puestos en relación de recíproca interdependencia”. La prueba debía lograrle si, por ejemplo, resultara que el suministro ha sido pactado a un precio inferior al de mercado, precisamente por tener en cuenta la licencia dada sin retribución: contra la apariencia, entonces aquella estaría sostenida por una causa de intercambio, estando objetivamente justificada por la ventaja que el licenciatarario recibe del suministro a precio rebajado. (Si, en cambio, resultara que la vinculación existe solo en las representaciones o expectativas individuales de la parte, ello no sería una vinculación relevante: respecto a uno de los contratos el otro no sería causa, sino simple motivo).

Contratos de
distribución
de
combustible

Otro ejemplo. Las empresas petrolíferas normalmente celebran con los gestores de las instalaciones de distribución del combustible un doble contrato: *suministro* para el abastecimiento del combustible, y *comodato* para atribuir el uso de la instalación (que es propiedad de la empresa petrolífera): ahora, aunque este segundo contrato se denomina “comodato”, él no tiene la pura causa típica del comodato, porque la atribución gratuita de la instalación tiene en realidad una contrapartida en ventaja de la empresa petrolífera, dada por la seguridad —a través del vinculado contrato de suministro— de encontrar una salida a la propia producción; en virtud la vinculación, la causa del pretendido “comodato” toma un color de intercambio, que puede precluir la aplicación de algunas reglas dictadas para el comodato “puro” (por ejemplo, las del momento de restitución de la cosa).

Repercusión
de las
vicisitudes

La segunda cuestión (conexa a la precedente) es si un contrato, de por sí inmune de vicios capaces de perjudicar su validez y su eficacia, pueda ser tocado y arrastrado por la invalidez y por la ineficacia que afectan a otro contrato, en base a la vinculación existente entre los dos. La respuesta es sí, si la vinculación entre los dos contratos es tan relevante, que uno encuentra al menos en parte en el otro su razón justificativa: en tal caso, es justo que la nulidad, la anulación o la resolución de uno arrastre también al otro, que ve resquebrajada o destruida su causa.

Una empresa informática celebra con un cliente dos contratos: venta de *hardware* (6 computadoras) y desarrollo de *software* (elaboración y puesta en obra de programas expresamente calibrados en base a las específicas exigencias del cliente): si el contrato *software* es resuelto por incumplimiento de la empresa, que no llega a elaborar o hacer operativos los programas prometidos, puede estar justificado que el cliente pretenda la resolución también del contrato *hardware*, que incluso ha sido regularmente cumplido (las computadoras han sido entregadas, y son de por sí idóneas); en efecto, las computadoras fueron adquiridas porque (por la razón justificadora de que) el comprador esperaba poderlas útilmente emplear mediante los programas que, con el otro contrato, el mismo vendedor se había comprometido a proporcionar.

Quid si en un caso como este último, en el cual los contratos están objetivamente vinculados, ¿los contratos mismos niegan de manera expresa la vinculación? Por ejemplo, una cláusula del contrato *hardware* dice que el contrato mismo debe considerarse independiente del contrato *software* celebrado entre las mismas partes, y quedará firme aunque este último, por alguna razón, se resolviera. En un cierto sentido, se introduce un elemento de abstracción de la causa (17.8-11). Una previsión tal entra en el contrato además a iniciativa y en el interés de la parte contractualmente más fuerte (la empresa informática), en menoscabo de la otra (el cliente). Se trata de saber si esta explícita voluntad contractual es respetada o puede ser desatendida por el intérprete, habilitado a despecho de ella para hacer valer la vinculación. El problema es de límites de la autonomía privada, y es susceptible de soluciones diversas según las concretas peculiaridades del supuesto de hecho: si sea aplicable la disciplina de las cláusulas vejatorias en los contratos entre profesionales y consumidores; si frente a la preclusión de valerse de la vinculación con el contrato *software* el cliente haya obtenido en el contrato *hardware* condiciones muy ventajosas; etc.

Negación de vinculación existente

Un ulterior perfil de relevancia de la vinculación resulta de la disciplina de los *contratos de los consumidores*: para valorar si una cláusula determina el “desequilibrio” que la haría vejatoria, debe tenerse en cuenta (por su posible efecto reequilibrador) eventuales otros contratos, vinculados con aquel bajo juicio (art. 1469-ter³: 41.7).

Otros perfiles

La vinculación es concebible también entre contratos concluidos por *partes distintas*: como sucede si, por ejemplo, la venta del *hardware* sea celebrada por el cliente con la casa matriz, y el contrato sobre el *software* con otra sociedad del grupo. O piénsese en la vinculación entre la compraventa con la cual A adquiere de B un terreno, y la contrata con la cual A encarga a C construir un edificio.

La vinculación puede ser *biunívoca*, cuando un contrato influye sobre otro, y viceversa; o solo *unívoca* cuando un contrato influye sobre otro mientras este último no influye al primero, que queda insensible a sus vicisitudes. En el ejemplo apenas dado, la suerte de la venta del terreno probablemente influye sobre la contrata, mientras las vicisitudes de la contrata no deberían afectar a la venta.

Conceptualmente, el fenómeno de los contratos vinculados presupone la *pluralidad de contratos*. Este se distingue por ello de la figura del contrato

Contratos vinculados...

... y contrato mixto

complejo o mixto, que es un *contrato único* en el cual se combinan esquemas contractuales diversos. Como veremos, la distinción se basa generalmente en el criterio de la causa (18.4).

7. DEFECTOS GENÉTICOS Y DEFECTOS FUNCIONALES DE LA CAUSA

Parte de la doctrina evoca la causa tanto cuando esta *presenta problemas desde el origen*, como también cuando *es tocada por eventos sucesivos a la celebración del contrato*. En el primer caso se tendría defecto genético de la causa: por ejemplo, el contrato con causa de intercambio nace sin causa por la no realización del intercambio, ya siendo el adquirente propietario del bien. En el segundo caso se tendría defecto funcional de la causa: el contrato de intercambio nace con su causa, pero esta es destruida o disuelta posteriormente porque el intercambio se frustra por eventos sobrevenidos (como la imposibilidad o la excesiva onerosidad o el incumplimiento de una de las prestaciones que dan cuerpo al intercambio).

Discusión

Otra doctrina juzga impropio el empleo del concepto. Para esta, la causa tiene importancia solo en la perspectiva (estática) de la estructura del contrato-acto, solo en cuanto defectos en el origen: en cuyo caso, el remedio es la nulidad. No sería correcto evocarla en la perspectiva (dinámica) del contrato-relación y de su evolución, frente a eventos a los que responde el distinto remedio de la resolución (42).

Esta última posición parece inútilmente rígida. Ciertamente el código nombra la causa en la sola perspectiva de su defecto genético, productor de nulidad; y es verdad que los correspondientes problemas son profundamente diversos de aquellos que evocan la resolución. Sin embargo, también por problemas abiertos por defectos sobrevenidos de la relación contractual, y a tratar, en términos de resolución, el concepto de causa puede desplegar una función útil. Tienen esta naturaleza los problemas de la vinculación entre contratos y de la presuposición (47.2-3), cuyo enfoque encuentra un auxilio potente en la idea de causa, y en la contraposición entre causa y motivos.

8. EL CONTRATO ABSTRACTO: PRINCIPIO DE LA CAUSA Y PRINCIPIO DE ABSTRACCIÓN

Principio causalista: tutela del declarante/ disponente...

... en contra del beneficiario y terceros

El principio de la causa tutela a quien declara la voluntad de comprometerse, ofreciéndole un argumento para poner en discusión la promesa o la atribución, y así liberarse del compromiso: invocar el defecto de causa. Por ello mismo, el principio de la causa puede perjudicar a quien confía en los efectos legales de la declaración ajena, y en particular a los terceros que hayan adquirido derechos dependientes de una precedente estipulación. A dispone de un derecho a favor de B, que después lo retransfiere a X: si la atribución de A a B estuviera privada de causa, la nulidad inducida por el principio de causalidad arrastraría también la adquisición de X; que en cambio no sería tocado si rigiera el principio de irrelevancia de la causa.

Imaginemos que exista un tal *principio de irrelevancia de la causa*: lo llamamos principio de abstracción; y llamamos contrato abstracto al contrato en el cual sea irrelevante la causa. En general (pero con las precisiones que siguen), decimos que *nuestro sistema acoge el principio de la causa y rechaza el contrapuesto principio de abstracción*: por consiguiente rechaza el contrato abstracto. Otros sistemas —como el alemán— son en cambio conocidos por acoger el principio de abstracción y reconocer el contrato abstracto.

Principio de abstracción

Pero estas formulaciones deben ser precisadas. Hay que establecer la premisa de que aquí *se trata de balancear intereses, no de afirmar valores absolutos*. Por consiguiente no es una cuestión de blanco o negro, sino de grises variadamente matizados. Los sistemas jurídicos no asumen de manera total e incondicional el principio de la causa o el principio de la abstracción; sino que hacen *elecciones intermedias y de tendencia*, bien más proyectadas hacia la causa, bien más sensibles a la abstracción.

Algunos sistemas —como el italiano y en general los romanísticos— son *más sensibles a la tutela del promitente o disponente contra los compromisos asumidos sin razón*, y por lo tanto *más marcadamente causalistas*: pero ello no quita que también estos sistemas adviertan en alguna medida la exigencia de tutela de los terceros, y en nombre de ella se abran al principio de la abstracción. En otros sistemas el equilibrio se ajusta con posiciones más favorables al principio de la abstracción. Así, en el sistema alemán *la mayor preocupación por la seguridad del tráfico jurídico (y por consiguiente a la tutela de los terceros)* lleva a un *más amplio reconocimiento del contrato abstracto*: pero ello no quita que también este sufra repercusiones por el comprobado defecto de la causa.

Sistemas romanísticos

Sistema alemán

En Alemania el principio de abstracción opera de este modo. La transferencia negocial de los derechos se basa en la escisión entre *titulus acquirendi* y *modus acquirendi*: para transferir la propiedad de la cosa vendida no basta el contrato de venta, aunque sea lo que justifica la transferencia, es la causa (“título”); es necesario un ulterior y distinto acto de transferencia del derecho (“modo” de la adquisición). Este último puede limitarse a decir que A transfiere a B el bien, sin mencionar la anterior venta, esto es, su causa. El acto se considera válido y eficaz, idóneo para procurar la adquisición del derecho a favor de B. He aquí una primera manifestación del principio de abstracción: *entre las partes, el acto opera aunque no menciona la causa*.

La abstracción en Alemania

Titulus y modus acquirendi

Pero supongamos que emerja después la ausencia de causa del acto de transferencia (la venta no existía, o era inválida). En tal caso, la transferencia es perjudicada, porque A tiene acción contra B para la restitución del bien transferido sin causa: opera por lo tanto también en Alemania el principio de la causa, aunque *ex post* para reponer en discusión un efecto ya producido, en lugar de (como en Italia) *ex ante* para impedir la producción del efecto.

Márgenes de relevancia de la causa

Imaginemos ahora que antes de la impugnación de A, B hubiera retransferido el bien a X. La demostrada ausencia de causa de la transferencia de A a B es relevante entre las partes

pero solo entre las partes, atribuyendo a A una acción personal (resarcitoria) hacia B. En cambio no es relevante hacia el tercero X, que deja a salvo su adquisición aun cuando fundada sobre una anterior adquisición despojada de causa: y regresa a manifestarse el principio de abstracción, porque la ausencia de causa es irrelevante frente a los terceros.

9. EL RECHAZO DE LA ABSTRACCIÓN EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS REALES

A diferencia de Alemania, en Italia los actos que transfieren derechos (o, con todo, inciden sobre derechos reales) sin mencionar su causa son *prima facie* nulos por ausencia de causa.

Presunción de
inexistencia
de la causa
no
mencionada

La causa no mencionada se presume inexistente. Por lo tanto, es carga del adquirente, que desea salvar la adquisición, demostrar que la causa, aunque no mencionada, en realidad existe: carga tanto más gravosa para las transferencias inmobiliarias, porque la causa debe revestir forma escrita. Si la causa no es probada, su defecto es relevante también hacia los terceros: el autor de la atribución sin causa tiene una acción real para la recuperación del bien, que le permite reivindicarlo incluso frente al tercero al cual haya sido retransferido por el primer adquirente.

Relaciones
con el
consentimiento
traslativo

Veremos que un dominio tan fuerte como el principio de la causa y tan fuerte rechazo del principio de la abstracción se conectan al efecto traslativo del consentimiento, acogido en los sistemas romanistas; mientras el más amplio espacio dado a la abstracción en el derecho alemán, refleja el rechazo del consentimiento traslativo, propio de ese sistema (22.4).

Pero el régimen duramente causalista apenas descrito opera solo cuando están en juego actos constitutivos de derechos reales, o traslativos de derechos. En el diverso campo de las promesas o de los actos con efectos obligatorios el principio de la abstracción encuentra espacio también en Italia.

10. APERTURAS A LA ABSTRACCIÓN EN EL CAMPO DE LAS OBLIGACIONES

Cuando no están en juego derechos reales, el principio de la causa atenúa su rigor.

Presunción de
existencia de
causa

En los actos obligatorios la causa se presume. Un contrato generador solamente de obligaciones, que no mencione su causa, es *prima facie* válido, y no nulo por ausencia de causa (como en efecto sería un acto traslativo). El promitente que quiera rechazar la obligación tiene más bien la posibilidad de impugnarlo por defecto de causa: pero la carga de probar que la causa está ausente, o es defectuosa, grava sobre él. A falta de esta prueba, el

contrato es tratado como válido aunque su causa queda oculta (y desconocida).

Opera en este sentido el principio de abstracción: pero opera como abstracción solo procesal a los limitados fines de una inversión de la carga de la prueba respecto a la causa. Esta, en cuanto prueba de un elemento constitutivo del derecho a la prestación, debería *ex art. 2697¹* cargar al actor destinatario de una promesa unilateral que actúa para conseguirla; en cambio es puesta *a cargo del demandado promitente, que rechaza la prestación, la prueba del defecto de causa*. La abstracción no es sustancial, no alcanza a hacer válida la promesa prescindiendo de la causa: porque si resulta el defecto de causa, la promesa es invalidada.

Abstracción procesal

Inversión de la carga de la prueba

Todo ello se obtiene del art. 1988, en tema de *promesa de pago (y reconocimiento de deuda)*. La norma hace expresa referencia a los actos unilaterales de promesa o de reconocimiento, pero ella expresa un principio aplicable también a las promesas contenidas en contratos: si el destinatario de la promesa sin mención de causa está exonerado de probarla cuando la promesa es unilateral, no tiene sentido cargarlo de la prueba cuando, en cambio, la promesa derive de un acto en el cual él ha participado con su acuerdo.

Art. 1988

Promesas unilaterales ...
... Y contractuales

Merece atención otro problema. Si la promesa —unilateral o acordada que sea— menciona un elemento causal de por sí insuficiente para sustentarla, ¿este dato pone fuera de juego el esquema de repartición de la carga probatoria *ex art. 1988*, o no? O bien: ¿la mención de una causa insuficiente crea una evidencia *prima facie* de defecto de causa, y así rebota sobre el promisorio la carga de probar elementos capaces de integrarla y hacerla suficiente? O —bajo el presupuesto de que una causa mencionada parcialmente es siempre algo más respecto a una causa no mencionada para nada— ¿debe mantenerse sobre el promitente la carga de probar que no existe algún otro elemento idóneo a integrarla hasta hacerla suficiente?

Causa insuficiente

Se discute si el art. 1988 sea aplicable a las declaraciones que reconocen derechos reales a favor de otros: por ejemplo, A declara que un cierto bien, ya de su propiedad, es ahora propiedad de B, sin mencionar, por lo demás, el título de la adquisición; o que un bien, aparentemente en su propiedad exclusiva o plena, está en realidad en copropiedad con B o gravado por usufructo a favor de B. La jurisprudencia lo niega, rechazando exonerar al beneficiario de la declaración de la *carga de probar el título de su derecho* (la causa de su adquisición). Esta solución es coherente con la *ratio* que distingue entre un campo de los efectos reales, dominado por el *pleno rigor del principio de la causa*, y un campo de los efectos obligatorios, más abierto a las incursiones del principio de abstracción; y es sugerida además —para los derechos reales inmobiliarios— por la consideración de que hecho constitutivo del derecho es no solo la causa, sino también la

Reconocimiento de derechos reales

Inaplicabilidad del art. 1988

forma vinculada, o mejor la *causa expresada en tal forma*. En cambio, mayores aperturas manifiesta la doctrina.

Abstracciones
sustanciales

Delegación
pura

Una más marcada apertura a la abstracción se tiene con la disciplina de la delegación pura (o, justamente, abstracta), en la cual el delegado promete al delegatario sin mencionar la relación de provisión y la relación de valor, que son la causa de su promesa. La promesa del delegado se considera válida y eficaz, y ello no sorprende dado que en materia de obligaciones la causa se presume. Pero aquí la irrelevancia de la causa va más allá del terreno probatorio, hasta el sustancial: el delegatario no solo está exonerado de probar la causa de la promesa recibida, sino es *immune de excepciones del delegado relativas al defecto de causa*. En efecto, el delegado no puede invalidar su promesa excepcionando la (parcial) ausencia de causa, dada por inexistencia o vicios de la relación de provisión o de valor, que él no ha mencionado. El principio de la causa retoma vigor solo en el caso extremo en el cual la causa falta totalmente, por ser inexistentes o viciadas tanto la relación de provisión como de valor (art. 1271).

Letra de
cambio

Terceros y
partes

La abstracción tiene espacio aún mayor en tema de letras de cambio. Y también aquí se manifiesta sobre el plano no solo probatorio sino sustancial, bajo la forma de *no oponibilidad de las excepciones relativas a defectos de la causa*. La relación fundamental entre girador y primer tomador es la causa de la letra de cambio: pero el girador no puede desconocer la promesa cambiaria oponiendo al tenedor que esta no tiene causa por inexistencia o vicio de la relación fundamental. Sin embargo, ello vale solo si el tomador es un tercero extraño a la relación fundamental; entre las partes de ella el principio de la causa mantiene vigor, y permite al girador desconocer frente a la contraparte la promesa cambiaria, excepcionando el defecto de causa por problemas relativos a la relación fundamental (art. 21 Ley camb.). Se confirma así que *ratio* fundamental de la abstracción es proteger —en relación a los terceros— la seguridad de la circulación.

Camblantes
equilibrios
entre
principio
causalista y
principio de
abstracción

En síntesis. Principio de la causa y principio de la abstracción encuentran entre sí equilibrios conjuntamente distintos en los *diversos ordenamientos*. Y, al interior de cada ordenamiento, equilibrios aún diversos según las *posiciones subjetivas* en juego (obligaciones, derechos reales); de las *esferas subjetivas* afectadas (relaciones entre las partes, reflejos hacia los terceros); del *ámbito de incidencia* (sustancial, probatoria).

11. OTRAS FIGURAS DE LA ABSTRACCIÓN

Parte de los intérpretes vinculan al área de la abstracción a algunas figuras: sea con mayor o con menor fundamento.

Poder

Se dice que sea (o pueda ser) un acto abstracto el poder, en la medida en que no indique la *subyacente relación (de gestión)* que la justifica, y no tenga repercusiones de las vicisitudes de este: como sucede en muchos casos en los que defectos de la relación de gestión no afectan al poder y no perjudican los actos que en base a este el representante realice con los terceros (11.7).

No parece impropio ese llamado al principio de abstracción, o cuanto menos a su general *ratio* "política": también aquí, en efecto, un elemento que objetivamente concurre a formar la razón justificativa (causa) del acto se hace en alguna medida irrelevante, bajo forma de inoponibilidad de las correspondientes excepciones, en nombre de la exigencia de tutelar a los terceros.

Se dice que sea abstracto el contrato autónomo de garantía: en base al cual el garante debe pagar, *sin poder oponer excepciones basadas en la relación de la que nace el crédito garantizado* (que también es la causa de la garantía). La abstracción opera aquí no obstante la expresa mención de la causa (la deuda principal es obviamente enunciada); y opera a mayor tutela ya no de terceros, sino de quien es parte del contrato. Si el oxímoron no perturba, podría hablarse de "abstracción causal", porque la *abstracción* que concurre aquí es, paradójicamente, ella misma *causa del contrato*: en efecto la razón justificadora de este es precisamente *dar al acreedor una garantía particularmente fuerte y segura*, insensible a las excepciones ordinariamente capaces de bloquear una normal garantía de fianza.

Contrato autónomo de garantía

"Abstracción causal"

Por otra parte, la "abstracción causal" llega solo hasta un cierto punto. La excepción relativa a la causa no bloquea el pago del garante al acreedor garantizado; pero después el deudor que haya reembolsado al garante puede invocar el defecto del crédito garantizado para recuperar del acreedor lo que este ha cobrado sin causa. Además, la abstracción no llega a conservar la operatividad del contrato en presencia de *factores radical y evidentemente destructivos de su razón de garantía* (como sería la evidente inexistencia del crédito garantizado): en situaciones tan extremas, la regla de la buena fe impone dar de inmediato relevancia a la causa, haciendo emerger que aquí falta la razón justificativa misma de la garantía autónoma (que es tutelar al acreedor en contra de excepciones capciosas o al menos opinables y de no fácil determinación, y no en cambio en contra de excepciones de evidente fundamento y de drástico impacto sobre el crédito garantizado); sobre esta base, el argumento causal puede bloquear la garantía.

Márgenes de relevancia de la causa

Se dice que sea abstracta la cesión de crédito, porque de por sí no se sostiene por ninguna causa que justifique el sacrificio del cedente. O se dice que tenga *causa variable*, porque según los casos puede resultar que se sustente en razones de justificación diversas (intercambio, garantía, liberalidad).

Cesión de crédito

Estas tesis parten de una premisa equivocada: que la "cesión de crédito" sea un contrato. En cambio esta no es un contrato, más de cuanto lo sea la "transferencia de la propiedad". Esta última es solo una prestación, que puede formar objeto de contratos diversos (venta, permuta, transacción, sociedad, etc.). También la cesión de crédito *no es un contrato, sino una posible prestación contractual*. Por consiguiente el problema de la causa se pone no para la cesión de crédito, sino para el contrato que la establezca como prestación, estableciendo al mismo tiempo su causa (que será por

ejemplo de intercambio si el crédito es cedido frente a retribución, o de liberalidad si es cedido solo para enriquecer al cesionario).

Otros
mecanismos

Finalmente, no pertenecen al área de la abstracción los mecanismos que pueden realizar por otra vía (en base a otros principios) *resultados prácticos equivalentes a los que derivarían de la irrelevancia de la causa*.

Adquisiciones
originarias

En el campo de las *atribuciones de bienes*, estos mecanismos son sobre todo las adquisiciones originarias. Si la causa fuera irrelevante, el bien atribuido sin causa quedaría al beneficiario, mientras el principio de su relevancia da al disponente la posibilidad de recuperarlo, incluso respecto de terceros. Pero si el disponente deja que *el beneficiario pueda usucapir el bien*, la adquisición se consolida a favor de quien ha recibido sin causa; e inclusive en ausencia de usucapición, si el beneficiario transfiere a un tercero el bien mueble recibido sin causa, la regla "*posesión vale título*" impide al disponente sin causa recuperarlo (dejándole solo una acción personal rescabitoria contra el beneficiario sin causa).

Remisiones y
prescripciones

En el campo de las *obligaciones*, el principio de la causa puede ser puesto prácticamente en nada por remisiones y prescripciones. Quien promete sin causa y después ejecuta la prestación, tiene repetición contra el promisorio: pero si renuncia a su crédito o lo deja prescribir, la prestación queda legítimamente en la esfera de quien la ha recibido sin causa.

Negocios de
fijación y
confesiones

Por no hablar de mecanismos más marcadamente patológicos: contratos de fijación con los que se certifican posiciones subjetivas en realidad inexistentes, concientes confesiones de hechos no verdaderos pueden determinar a favor de alguien, atribuciones "sin causa".

Sin embargo, todo esto no constituye derogación o límite al principio de la causa: no deriva del operar del principio de abstracción, sino encuentra *ratio* en otros principios.

12. CONTRATOS ILÍCITOS: LA CAUSA ILÍCITA

Causa ilícita

El contrato tiene causa ilícita cuando su "razón", el "sentido" de la operación que con este las partes persiguen, son reprobados por el ordenamiento jurídico porque contrastan con intereses, objetivos, valores esenciales para el ordenamiento mismo. Puede tratarse de intereses y objetivos *lato sensu* políticos, como los subyacentes a normas imperativas y a los principios del orden público; o de valores morales, reconducibles a la noción de buenas costumbres: los tres posibles parámetros de la ilicitud serán analizados dentro de poco.

... y contrato
ilícito

El contrato con causa ilícita puede llamarse, más brevemente, contrato ilícito. Por lo demás, *las dos categorías coinciden solo en parte*: la segunda contiene a la primera pero es más amplia, porque contiene también otras figuras. Además de los contratos con causa ilícita, son contratos ilícitos: los contratos con *objeto ilícito* (15.6); los contratos con *motivo ilícito común* (17.18); y los contratos sometidos a *condición ilícita* (27.5).

Ilícitud de la
causa...

La ilicitud de la causa se distingue conceptualmente de la ilicitud del objeto. El objeto es ilícito cuando la prestación contractual en sí y por sí

considerada (es decir, prescindiendo de su deducción en el contrato) viola una norma imperativa o el orden público o las buenas costumbres, como a su tiempo ejemplificado. Es ilícita la causa cuando —siendo la prestación de por sí lícita— ilícita resulta su deducción en el contrato, y más precisamente en ese particular contrato.

... y del objeto

El contrato con el cual se promete dinero a un funcionario municipal por su compromiso de alterar o destruir documentos, cuya tenencia respecto a la Municipalidad impediría tener el resultado deseado por el promitente, tiene *objeto ilícito* porque contempla una prestación prohibida *ex se*.

Ejemplos

En cambio, es lícita la prestación que consiste en sostener ante los órganos de decisión de la Municipalidad la instancia de un particular para obtener una determinada resolución, por ejemplo, desplegando ante los asesores y los consejeros municipales una tarea de persuasión respecto a la legitimidad y oportunidad de la resolución requerida. Puede lícitamente realizar esta actividad —más bien, debe realizarla como parte de su labor profesional— el dirigente municipal que considere la resolución en cuestión legítima y oportuna. Puede lícitamente realizarla también un sujeto externo a la administración (por ejemplo, un profesional en relaciones públicas), y puede incluso hacerlo materia de un propio compromiso contractual con el particular interesado en la resolución, a cambio de una retribución por su acción de *lobbying* (el contrato tiene *objeto lícito* y *causa lícita*).

No obstante es inadmisibles el contrato con el cual el dirigente público se compromete con el particular a desplegar esa misma actividad, recibiendo una retribución. Un contrato de este tipo tiene *objeto lícito pero causa ilícita*: el ordenamiento desaprueba no la prestación del dirigente público, sino su deducción en contrato, el que se haga materia de intercambio, o bien desaprueba la “razón”, el “sentido” —en fin, la causa— del contrato, que es precisamente intercambiar esa prestación con una retribución.

Por consiguiente la ilicitud de la causa puede depender de la calidad de la parte. Si es así, debe reconocerse que la calidad de la parte en un cierto sentido *entra en la razón que justifica el contrato*, que colorea la causa. Pero una constatación tal es compatible solo con una idea de la causa que valore los elementos relevantes del singular supuesto de hecho: por lo tanto, con una concepción concreta e individualizada, y no abstracta y tipificada. Por lo demás, el principal argumento contra la teoría de la causa abstracta y típica es que conforme a ella ningún contrato correspondiente a un tipo (como el contrato de obra de nuestro ejemplo) tendría jamás causa ilícita.

Calidad de la parte

En algún caso es difícil entender si la ilicitud afecta la causa o más bien al objeto. Pero la incertidumbre no perjudica la identificación de la disciplina, que en todo caso es la misma: se aplica el ordinario régimen del contrato nulo; y cuando se le deroga para particulares tipos contractuales, la derogación mancomuna la ilicitud del objeto y de la causa (cfr. el art. 2126¹, primer párrafo *in fine*, sobre la nulidad del contrato de trabajo). A los fines del tratamiento

Disciplina

tiene importancia el parámetro de la ilicitud, por las consecuencias diferenciadas que el art. 2035 conecta al contrato inmoral (17.16).

Ilícitud y no configuración del contrato

Los límites del supuesto de hecho del contrato ilícito son rozados por casos en los que está en discusión la posibilidad misma de reconocer un "contrato", porque el acuerdo de las partes vierte sobre materia no calificable como "relación jurídica patrimonial": acuerdos para regular *situaciones y comportamientos de la esfera sexual, reproductiva, afectiva, familiar o parafamiliar, ideológica, etc.*: acuerdos de convivencia, acuerdos sobre comportamientos personales a los que los cónyuges se vinculan durante el matrimonio o incluso después de la separación; acuerdos sobre la procreación; acuerdos sobre elecciones políticas, religiosas, etc. (1.3-5).

Supuestos de hecho

Si se reconoce la presencia de un contrato, este podrá calificarse variadamente, en relación a las circunstancias del caso concreto.

Lícito y válido, si la deducción en contrato de esa prestación no es reprobable, y no impide que el contrato tenga una causa: por ejemplo, el contrato entre el futbolista y la sociedad compromete al primero, entre otras cosas, a "manifestar un apego a los colores sociales".

O bien, lícito pero inválido por otra razón (por ejemplo, por ausencia de causa), si la prestación no patrimonial resulta no idónea para sustentar causalmente la contraprestación patrimonial: por ejemplo, A atribuye a B la propiedad de un inmueble, a cambio del compromiso de B de convertirse en hincha del equipo querido por A.

O bien, ilícito porque la causa, incluso existente, es ilícita, cuando la deducción en contrato de esa prestación viola una norma imperativa o el orden público o las buenas costumbres: contrato por "subrogación de maternidad"; contrato con el que la parte se compromete a casarse con una cierta persona o a no casarse con cierta persona o, simplemente, a no casarse; o bien a pedir o viceversa no pedir la separación al cónyuge (en estos casos la deducción en contrato y en obligación de una conducta lícita, es ilícita porque ataca la libertad de elección del sujeto, que en estas materias se quiere plena).

O bien, ilícito porque establece una retribución patrimonial frente a atribuciones que la ley no prohíbe, pero sustrae de la lógica del intercambio económico (1.5).

13. LOS PARÁMETROS DE LA ILICITUD: NORMAS IMPERATIVAS

En primer lugar, la causa es ilícita "cuando es contraria a normas imperativas" (art. 1343).

Normas Imperativas

Las normas imperativas a las que se refiere el art. 1343 son aquellas que *prohíben directa y específicamente lo que el contrato desea realizar, en nombre de intereses públicos o generales dominantes*, que el contrato pondría en riesgo. Por ejemplo, el art. 2 Ley 287/1990 (ley *antitrust*) prohíbe las concertaciones restrictivas de la competencia. Causa de una tal concertación es el compromiso recíproco de las empresas contratantes a tener

ciertos comportamientos de mercado. Estos no están prohibidos si una empresa los tiene por libre elección individual; lo que se prohíbe es hacerlos materia de compromisos asumidos de manera concertada entre diversas empresas: el contrato tiene causa ilícita, porque su causa es exactamente lo que la norma prohíbe.

Por la misma razón tienen causa ilícita: el contrato asociativo que crea una organización funcional a fines criminales de los asociados, cuya causa contrasta con la norma penal que incrimina la asociación para delinquir (art. 461 CP); el contrato con el que uno dispone de su integridad física, de manera que se ocasionan disminuciones permanentes, porque su causa contrasta con el art. 5.

No todas las normas que regulan la deducción en contrato de bienes o comportamientos son imperativas. Norma imperativa es la que prohíbe determinados comportamientos o resultados, porque son considerados —a juicio político del legislador— dañosos o peligrosos para el interés general. La calificación de imperatividad puede obtenerse de *indicadores textuales*: como cuando la misma norma se autodefine inderogable, o dispone la nulidad del contrato que la viole. Pero puede obtenerse también de *datos extra-textuales*, o bien del juicio de relevancia social de los intereses que la norma protege. Un tal juicio puede, a su vez, deducirse de la *gravedad de la sanción* con la cual la norma favorece los intereses tutelados: en este sentido, se consideran, como tendencia, imperativas todas las normas penales.

Indicadores de la imperatividad

Parte de la doctrina sugiere distinguir entre contrato propiamente ilícito y contrato simplemente ilegal, según el modo en que el contrato contrasta con la norma imperativa. Regresaremos sobre el tema más adelante, hablando de las causas de nulidad del contrato (33.12).

Contrato ilícito ...
... e ilegal

Finalmente, para captar los modos en los cuales la norma imperativa incide sobre el contrato es útil distinguir entre normas prohibitivas y confirmativas (21.10).

14. SIGUE: ORDEN PÚBLICO

La causa es ilícita también cuando es contraria al orden público (art. 1343).

Las normas imperativas tienen la ventaja de la precisión: identifican puntualmente el comportamiento o el resultado que desean prohibir, y así hacen más fácil y cierta su represión. Sin embargo, tienen el correlativo defecto de la rigidez: particularmente porque describen supuestos de hecho precisos, no están en grado de describir todos los supuestos de hecho que merecen ser afectados por desaprobación social.

Precisión y rigidez de las normas imperativas

La fantasía, la productividad, la capacidad de previsión y adecuación del legislador son limitadas. Él no está en grado de imaginar todos los comportamientos y resultados que deben ser prohibidos, y producir todas las normas imperativas necesarias: también porque a las viejas jerarquías de intereses y valores la evolución social gradualmente sustituye jerarquías nuevas; mientras a los tradicionales instrumentos y a las experimentadas ocasiones de violación de los intereses y de los valores protegidos se vinculan instrumentos y ocasiones siempre nuevos e inesperados, en una dinámica que el legislador no puede seguir en tiempo real.

Función del
orden público

Auxilia la categoría del orden público, que permite *afectar contratos socialmente dañosos o peligrosos, aunque no correspondientes a algún supuesto de hecho precisamente descrito por normas imperativas*. Ninguna norma imperativa prohíbe los contratos que comprometen a casarse o no, o a casarse o no con una cierta persona. Ni existe una norma imperativa que prohíba los contratos de seguro contra riesgo de sufrir condenas penales. Pero contratos tales pueden ser declarados ilícitos por contrariedad (de su causa) a un principio de orden público: en el primer caso al principio de libertad de las elecciones matrimoniales, que sería violado por hacerlo materia de compromisos contractuales; en el segundo al principio de efectividad de la disuasión penal, que sería resquebrajado si la condena por un delito diera al condenado el derecho contractual a la indemnización de seguro.

Orden
público

El orden público es la serie de los *principios políticos, sociales, económicos que están en la base del ordenamiento jurídico en un determinado momento histórico*. No están necesariamente enunciados de manera expresa, y tanto menos explicitan la prohibición de los contratos que los contrasten (porque en tal caso serían normas imperativas). Se captan, por lo común, de normas o conjuntos de normas que, sin enunciarlos, los presuponen: así, es del conjunto de las normas correspondientes al matrimonio que se capta el principio de libertad (y por consiguiente de no compromiso contractual) de las elecciones matrimoniales. Obvio que la búsqueda de ellos podrá ser tanto más fecunda, cuanto más se dirige a contextos normativos llamados a la enunciación de principios generales y fundamentales: y así, sobre todo, a la Constitución.

Fuentes

Una afortunada clasificación sugiere repartir los principios de orden público en diversas categorías, en razón de la naturaleza de los intereses y de los valores tutelados.

Orden
público
político

El orden público político comprende los principios que se refieren a *la existencia y el funcionamiento del Estado* y en general de los poderes públicos; así como *las libertades y los derechos fundamentales* de las personas

sea como singulares sea en relación a los grupos sociales a los que pertenece.

Bajo el primer perfil son contrarios al orden público los contratos que: alteran la pureza de los mecanismos de representación política (pactos de voto, acuerdos para la renuncia a cargos públicos); perjudica la defensa del Estado, y amenazan la seguridad externa e interna; perturban el correcto y eficaz ejercicio de las fundamentales funciones públicas (legislación, administración, jurisdicción); inciden sobre el *status* de ciudadanía.

Funciones estatales

Bajo el segundo perfil son contrarios al orden público los contratos que: limitan excesiva o impropriamente derechos de la personalidad y libertades fundamentales (en el campo religioso, ideológico, asociativo, familiar, existencial, etc.), inciden sobre los *status* de filiación, como por ejemplo acuerdos sobre acciones de estado, sobre reconocimiento de hijos naturales o impugnaciones de reconocimientos, sobre adopciones; tienen causa de discriminación racial, sexual, social, etc., en desdén del art. 3^o C. En este sentido y en estos límites pueden indicarse entre los principios de orden público también el principio de igualdad o de paridad de tratamiento: sentido y límites a definir con prudente medida, para evitar generalizaciones extremas que afectarían de manera indebida la autonomía privada: 4.3.

Derechos y libertades personales

Es un campo dominado por la incertidumbre y por el cambio. Inciertos son a veces los límites entre determinados perfiles del orden público político, y las buenas costumbres. Y no son raras las variaciones de pensamiento, que conducen a considerar lícito lo que antes se consideraba ilícito (o viceversa). Por ejemplo, los acuerdos económicos entre cónyuges en vista de la separación o del divorcio (tradicionalmente tratados con dureza, por principios de no comerciabilidad del *status* conyugal y de indisponibilidad de las correspondientes elecciones procesales) son mirados con menor severidad por la jurisprudencia más reciente.

Incertidumbre y cambio

El orden público económico comprende los *principios que protegen la producción y la circulación de la riqueza*.

Orden público económico

En base a ellos, violan el orden público los contratos que: restringen o falsean el juego de la competencia; aniquilan la iniciativa económica y la libertad profesional de los operadores; crean insoportables obstáculos a la circulación y a la utilización productiva de los bienes; contrastan medidas de política económica y monetaria legítimamente tomadas por la autoridad pública.

En el ámbito del orden público económico, crece la importancia de lo que suele llamarse orden público de protección. Este implica la confrontación entre las posiciones y los intereses de *categorías económico-sociales contrapuestas en el mercado*; parte del reconocimiento que de las dos categorías una se encuentra respecto a la otra —de hecho— en condiciones de debilidad o de inferioridad, de modo que sus intereses merecedores de tutela corren el riesgo de ser sacrificados por la fuerza dominante de la categoría

Orden público de protección

contrapuesta; y sugiere políticas de protección de la categoría "débil", para contrastar el desequilibrio y el sacrificio que la realidad pone a su cargo (el dato normativo de referencia puede indicarse en el art. 3²C).

A la categoría pueden así vincularse los principios de protección de los *trabajadores* frente a los empleadores; de los *conductores* frente a los locadores; de los *inquilinos de fundos rústicos* frente a los concedentes; de los *consumidores* frente a los profesionales; de las *pequeñas empresas satélites* frente a las grandes empresas de las cuales las primeras dependen económicamente.

Interacción
con las
normas
imperativas

Los últimos ejemplos muestran la interacción entre orden público y normas imperativas. Por un lado, las normas imperativas, fundan el orden público: de este modo, es por la presencia de normas imperativas dirigidas a tutelar, en determinados sectores y bajo determinados perfiles y categorías de consumidores, que se ha podido recoger en un principio general de protección de los consumidores. Por otro lado, la multiplicación de las normas imperativas contenidas en disciplinas del sector reduce el espacio operativo de los principios de orden público: hoy muchos de los ámbitos en los cuales se manifiestan exigencias de protección de los consumidores son cubiertos por expresa legislación especial, a la cual se agrega también una ley general de protección de los consumidores; en consecuencia, para contrastar contratos hostiles a los consumidores hoy más que en el pasado puede recurrirse al riquísimo arsenal de las tantas, específicas normas imperativas que persiguen tal finalidad, sin demasiada necesidad de invocar un más genérico orden público de protección de los consumidores.

15. SIGUE: BUENAS COSTUMBRES

Finalmente la causa es ilícita cuando es contraria a la buenas costumbres (art. 1343). Las buenas costumbres son la serie de *principios éticos compartidos por gran parte del cuerpo social en un determinado momento histórico*, de modo que un acto contrario a ellas sería percibido por la mayoría de los asociados como inmoral y vergonzoso.

Relaciones
con el orden
público

Las buenas costumbres comparten con el orden público la naturaleza de *cláusula general*, es decir, de criterio elástico, bueno para aplicarse a una pluralidad indeterminada de supuestos de hecho no predefinidos analíticamente (y esto la diferencia de las normas imperativas). Se destaca bajo otro perfil: el orden público expresa (al igual que las normas imperativas) elecciones políticas del legislador, mientras los principios de las buenas costumbres son *extralegales*, porque nacen del cuerpo social sin la mediación de la autoridad política.

Estabilidad y
variación

Puede admitirse que las buenas costumbres sean relativamente más estables que el orden público, pero también ellas varían en el tiempo con el variar de la conciencia social: si en 1950 la convivencia fuera del matrimonio era percibida generalmente como inmoral, y podía por lo tanto considerarse contra las buenas costumbres los contratos que la asumían en su causa o en su objeto, hoy no es ya así.

Para tener rango de “buenas costumbres”, un principio ético debe encontrar en la sociedad un consenso ampliamente mayoritario. No es necesario que lo comparta el 100% de los asociados, porque la presencia de pequeñas minorías disidentes no puede negar relevancia al sentir común de los otros; pero ni siquiera puede pensarse que valga en este campo la estricta lógica del 51%, porque frente a un disenso muy amplio el principio adoptado por la mayoría, no podría decirse generalmente compartido. Por ello, es claro que las buenas costumbres ocupan espacios directamente proporcionales al grado de homogeneidad ético-cultural de la sociedad de referencia: su área se reduce en las sociedades muy fragmentadas.

Grado de
consenso
social

Homogeneidad
ético-cultural

Por otra parte, “generalmente compartido” no es sinónimo de “rigurosamente practicado”: la inducción del funcionario público a violar los deberes de su cargo es inmoral, aunque muchos de esos mismos asociados que en línea de principio la consideran tal, en línea de hecho toleran pedir al policía municipal “cerrar un ojo” frente al auto estacionado en una zona prohibida, o en la “recomendación” del hijo bajo examen al profesor amigo. Se precisa en el intérprete equilibrio y sutileza para entender cuándo una praxis contraria al principio expresa solo una fisiológica desviación, que se debe descontar; y cuándo en efecto deshace el principio.

El principio y
la práctica

Pertenece a las buenas costumbres el respeto de la dignidad y de la sensibilidad de la persona humana. Son, por tanto, ilícitos los contratos que implican su degradación: contratos para prestaciones humillantes, contratos para espectáculos atroces (por ejemplo, para la producción de audiovisuales con torturas sobre seres humanos o sobre animales).

Dignidad y
sensibilidad

Pertenece a las buenas costumbres los principios de la moral sexual, que llevan a considerar reprobable la comercialización del sexo: de aquí la ilicitud de los contratos relativos a la prostitución y a la pornografía.

Moral sexual

Podría contrastar con las buenas costumbres alterar de manera enorme los procesos de la reproducción humana: de aquí la posible ilicitud de los contratos de “subrogación” de la maternidad (posible pero no cierta, como demuestran algunas oscilaciones de la, aunque escasa, jurisprudencia).

Esfera de la
reproducción

Pertenece a las buenas costumbres la ética profesional, cuanto menos en sus bases mínimas representadas por un deber de fidelidad. Son, por tanto, ilícitos los contratos con los que: un deportista se compromete a no jugar o a jugar mal, para contribuir a la derrota de su equipo; un editor o un periodista se presta a una artera e infundada campaña de prensa, para favorecer intereses particulares; el administrador o el empleado de una empresa se compromete con un competidor a realizar acciones ventajosas para él, y dañosas para su empresa; un funcionario público comercializa actos relacionados con su cargo, o se compromete a realizar actos contrarios a esos deberes. Quien ha recibido un encargo profesional o político puede renunciar a su empleo o cargo espontáneamente, sin suscitar reprobación: sería reprobable si pactara su dimisión para favorecer intereses ajenos (por ejemplo, para hacer subentrar a otro en el cargo), contra una compensación para sí.

Ética
profesional

Áreas
opinables

Inevitablemente las buenas costumbres conocen áreas opinables y sufren la influencia de elementos concretos y quizás también subjetivos. Un ejemplo tradicional de contrato inmoral se refiere a la materia de los juegos de azar (contratos de juego, de administración de la casa de juego, de financiamiento del jugador): ¿pero existe siempre indecencia detrás de estos contratos, o no deberá más bien distinguirse en base a las circunstancias del singular supuesto de hecho (tipo y contexto del juego, condiciones del jugador, conocimiento de la contraparte)? ¿Cuál es el límite entre el contrato que lleva a algunos a maquinar ante la administración pública para inducir a favorecer a un particular, y el relativo a una transparente acción profesional de consultoría y relaciones públicas, que aunque se llama *lobbying* no parece en definitiva reprochable? Y se han ya mencionado las dudas sobre el contrato de maternidad subrogada.

Doble Ilícitud

Un contrato puede ser ilícito por contrariar a las buenas costumbres, y conjuntamente a una norma imperativa o al orden público: ello sucede cuando la inmoralidad (advertida ya a nivel prelegal) es también sancionada por el ordenamiento jurídico. Un contrato de corrupción del funcionario público repugna a las buenas costumbres, y al mismo tiempo viola el art. 319 CP. El fenómeno de la doble ilicitud está destinado a crecer, con la expansión del derecho escrito prohibitivo en áreas antes protegidas solo por un juicio ético (piénsese en la Ley 108/1996 sobre la usura, o en la Ley 269/1998 sobre la pedofilia, pornografía infantil y "turismo sexual").

16. CONTRATO INMORAL Y NO REPETICIÓN DE LA PRESTACIÓN

El contrato ilícito es siempre nulo, pero las consecuencias son parcialmente diferentes según que la ilicitud dependa de una violación de las normas imperativas o del orden público, o de un *contraste con las buenas costumbres*.

Inmoralidad
común

En el primer caso la nulidad produce —como regla— la repetición de todas las prestaciones realizadas en base al contrato nulo (39.4). En cambio en el caso de contrato inmoral quien ha realizado una prestación "para un fin que, también de su parte, constituya ofensa a las buenas costumbres *no puede repetir lo que ha pagado*" (art. 2035): el contrato de corrupción del funcionario es nulo, pero el corruptor no tiene derecho a la restitución de la compensación pagada al corrupto. Ello vale —se repite— solo si quien ha realizado la prestación es partícipe de la inmoralidad ("también de su parte"), no ha permanecido ajena a esta: de modo que, si el contrato fuera fruto no de corrupción sino de concusión, porque la promesa de dinero del particular nace de la iniciativa y de las presiones del funcionario (art. 317 CP), el contrato sería igualmente inmoral, pero siendo la inmoralidad total y únicamente del funcionario público, el particular afectado por la concusión tendría derecho a la repetición de lo pagado.

Rationes
tradicionales

El art. 2035 se suele justificar con una consideración que se refiere a las relaciones entre las partes: siendo la posición de quien ha dado tan reprochable como la de quien ha tomado ("*in pari causa turpitudinis*"), el primero no merece tutela contra el segundo. Y con

otra consideración, concierne a las relaciones entre quien ha dado y el sistema público de justicia: parece indecente que se demande ante el juez una pretensión (restitutoria) —y que el juez deba acogerla— sobre la base de la alegación de una inmoralidad del mismo actor.

Tales motivaciones no persuaden al intérprete moderno, que denuncia su fragilidad. Y propone una lectura restrictiva de la norma, capaz de ampliar el área de la repetición de lo prestado en base a un contrato inmoral (por ejemplo, ampliando el reconocimiento de los casos en los que el *tradens* no puede considerarse cómplice de la ofensa a las buenas costumbres, así como poner fuera de juego el presupuesto de la inmoralidad “bilateral” al cual el art. 2035 conecta la *soluti retentio*).

Perplejidades

Lecturas restrictivas

17. EL CONTRATO EN FRAUDE A LA LEY

La causa del contrato es ilícita no sólo cuando “es contraria a normas imperativas” (art. 1343), sino también cuando “el contrato constituya el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa” (art. 1344): es el contrato en fraude a la ley, subespecie del contrato ilícito por *ilicitud de la causa*, y como tal nulo.

Art. 1344

La explicación corriente de la figura se basa en la relación entre resultado jurídico y medio jurídico. La norma imperativa desea impedir un resultado indeseable, normalmente perseguido por los particulares a través de un acto contractual típico: la norma entonces prohíbe el acto-medio, pensando impedir así también el resultado. Por ejemplo, no se desea que el acreedor se garantice con la perspectiva de convertirse en propietario de bienes del deudor que incumple; como un resultado así se realiza típicamente con el pacto comisorio, que prevé el paso en propiedad al acreedor de la cosa, ya constituida en prenda o hipoteca, si el deudor no cumple, la norma imperativa prohíbe el pacto comisorio (art. 2744).

Resultado y medio

Medio típico y medios atípicos

Ej.: pacto comisorio y venta con pacto de rescate

Pero imaginemos que, contraída la deuda, el deudor venda al acreedor su bien con cláusula de rescate cuyo término de ejercicio se hace coincidir con el vencimiento de la deuda: el precio —fijado en igual medida a la deuda por capital e intereses— no es pagado, por compensación con la deuda apenas surgida; si al vencimiento el deudor-vendedor está en grado de restituir el precio (en realidad, de pagar la deuda), recupera la propiedad del bien; sino está en grado de restituir el precio (o bien, en realidad, resulta incumplidor respecto a la deuda), la propiedad se consolida a favor del acreedor-comprador. Con un medio diferente y normalmente lícito (una venta con pacto de rescate) deriva de este modo un resultado equivalente a aquel que la norma sobre el pacto comisorio desea impedir. Pero entonces una venta con pacto de rescate hecha en el contexto y en el modo apenas descrito, es medio para eludir el art. 2744; por consiguiente es en fraude a la ley, y por ello ilícita y nula. La jurisprudencia, tras un itinerario atormentado, finalmente ha llegado a compartir esta conclusión.

Vinculación
entre
contratos

El objetivo de plegar un contrato normalmente lícito hacia resultados ilícitos puede lograrse dando al contrato contenidos particulares, como en el caso apenas visto; o bien vinculando dos contratos entre ellos —cada uno en sí típicamente lícito—, que en su particular combinación producen el resultado aborrecido por la norma imperativa. Un campo fértil es el de las *prohibiciones de adquisición*, eludibles por vía de la interposición. No se desea que el magistrado adquiriera créditos litigiosos (art. 1261): pero si en virtud de una previa concertación el titular del crédito lo cede a X, que después lo cede al magistrado, he aquí que la combinación de las dos cesiones hace al magistrado adquirente del crédito que la norma desea impedirle adquirir. Cada cesión, aisladamente considerada, respeta el art. 1261: pero las dos cesiones, vinculadas entre sí, la eluden y sustancialmente la violan.

Implicación
de la causa

Los ejemplos explican bien por qué el fraude a la ley implique, propiamente, *ilicitud de la causa*. Como se ha visto hablando de vinculación entre contratos, cada contrato vinculado concurre a formar la causa del otro: la razón de la cesión del crédito a X es la sucesiva retransferencia programada por X al magistrado; y este se funda en la cesión anterior. Pero es precisamente esta causa —o bien la vinculación entre las dos cesiones— lo que las hace ilícitas. Análogamente: la venta con pacto de rescate en fraude al art. 2744, es ilícita porque su causa tiene la connotación de causa de garantía, contra la norma imperativa hostil a que una causa tal sustente transferencias de propiedad. Es claro que todo esto implica una concepción de causa concreta, y no abstracta o típica.

Causa
concreta...

La relevancia causal de la vinculación en el primer ejemplo, y la presencia de la causa de garantía en el segundo, se obtienen de *elementos objetivos* presentes en el supuesto de hecho concreto, y no de las representaciones mentales de las partes: la jurisprudencia sobre el fraude al art. 2744 valora, por ejemplo, la preexistencia de la deuda entre vendedor y comprador, la identidad del importe entre la deuda y el precio, la identidad de fechas entre el vencimiento de la deuda y el plazo para el ejercicio de la rescate, la falta de entrega de la cosa al comprador. Ello desmiente la tesis según la cual referir la nulidad del contrato en fraude a la ley, a la ilicitud de la causa, significaría adoptar una concepción subjetiva de la causa. No es verdad: significa —repetimos— adoptar una concepción de causa concreta y no abstracta; pero “concreto” no equivale a “subjetivo” porque la concreción puede tener sólidas bases de objetividad.

... pero no
subjetiva

límites

Puede plantearse el problema de distinguir el fraude a la ley del *orden público* y de la *aplicación analógica de la norma imperativa*: ¿en lugar de decir que la venta con pacto de rescate que tiene función de garantía es ilícita (*ex art. 1344*) por fraude al art. 2744, no podría decirse que lo es (*ex art. 1343*) por directo contraste con el art. 2744, aplicado por analogía? O bien ¿con el principio de orden público que excluye el empleo de la propiedad con propósito de garantía del crédito (o mejor, de cualquier crédito diferente del crédito por el precio de la cosa transferida)? La cuestión, de notable alcance teórico, tiene escasa relevancia práctica.

Prácticamente más relevante es otra cuestión. En la definición corriente, el contrato defrauda la ley cuando realiza un resultado equivalente a aquel que la norma imperativa desea impedir. Queda por explicar cuándo el resultado producido debe considerarse "equivalente" a aquel prohibido; y cuándo en cambio, siendo "similar", no puede decirse "equivalente" (de manera que no hace nulo el contrato). Por ejemplo: ¿por qué la jurisprudencia afecta por fraude al art. 2744 la venta con pacto de rescate que tiene función de garantía, y considera en cambio lícito el *lease-back*, que sustancialmente realiza una transferencia de propiedad con función de garantía?

Resultado
"equivalente"

Las decisiones no lo explican en términos persuasivos y útiles para construir una regla de juicio. Ni siquiera la doctrina da grandes contribuciones, si se exceptúa la propuesta de individualizar la diferenciación en la presencia o en la ausencia de un *interés relevante de las partes a preferir el resultado concretamente realizado, respecto al resultado típicamente prohibido por la norma*. Este criterio valora la específica diferencia que siempre existe entre los dos resultados: por ejemplo, el pacto comisorio remite el paso de propiedad al momento del incumplimiento, mientras la venta con pacto de rescate con propósito de garantía lo anticipa al momento de la venta misma. Y reconoce fraude a la ley cuando no sea identificable un apreciable interés de las partes en orden a esa diferencia de resultados (por ejemplo, un apreciable interés a que la transferencia se realice con el contrato, en vez de que en un momento sucesivo).

Un criterio

El fraude a la ley no se confunde con la simulación (31). El contrato en fraude a la ley no es simulado sino *realmente querido*: las partes desean sus efectos y precisamente esos efectos, como medio para el resultado elusivo al cual apuntan.

Simulación

Tampoco debe confundirse con el fraude a los acreedores, afectado por la acción revocatoria (arts. 2901 y ss.). El contrato revocable no elude ninguna norma imperativa, sino simplemente perjudica las razones de los acreedores del disponente; no es afectado por nulidad, sino por ineficacia relativa.

Fraude a los
acreedores

Ni con el contrato que perjudica derechos de terceros, protegidos por una norma imperativa. Es tal, por ejemplo, la norma que atribuye la prelación al conductor de la locación no habitacional (arts. 38; 79¹ Ley 392/1978). Pero si A vende a B el inmueble locado a X, violando la prelación de éste, no deriva la nulidad del contrato entre A y B, sino el rescate a favor de X. En cambio, sería nulo, en contraste con la norma imperativa, el pacto entre conductor y locador, con el cual el primero renunciara anticipadamente a la prelación.

Contratos que
perjudican
derechos de
terceros

No sería contrato en fraude a la ley *ex art. 1344* ni siquiera el que se hiciera para eludir la norma sobre la prelación. A vende a B, con pacto de rescate, todo el conjunto inmobiliario compuesto por 24 unidades: si la unidad 24 resultara locada al conductor X, y si el vendedor ejercitara el rescate para las unidades del 1 al 23, se debería dudar de que el real objetivo de las partes fuera solamente la venta de la unidad 24, y que el más complicado mecanismo contractual sirviera solo para eludir la prelación de X. Pero incluso admitiéndolo, no se

derivaría la nulidad del contrato por fraude a la ley, sino, nuevamente, el específico remedio del rescate a favor del prelacionario.

18. EL MOTIVO ILÍCITO

Art. 1345

El art. 1345 individualiza un tercer caso de contrato ilícito, más allá de los casos de ilicitud del objeto y de la causa: aquel en el cual es ilícito el motivo que ha impulsado a las partes a contratar, a condición de que el motivo tenga la doble característica de ser exclusivo y común a ambas partes.

Irrelevancia del motivo ilícito...

A diferencia de la causa, el motivo (también ilícito) por regla no es relevante. El empleo que se considera hacer de la suma no influye el tratamiento del mutuo, aunque sea un empleo para fines ilícitos, de manera que el mutuo queda válido aunque la intención del mutuuario sea emplear el dinero para actividades criminales; ídem para la locación de un avión, con la que el conductor desea transportar droga. La razón es que dar relevancia al motivo de la parte —y sobre esta base invalidar el contrato— perjudicaría intereses individuales y sociales merecedores de tutela: la confianza de la contraparte sobre el negocio celebrado, la estabilidad de las relaciones contractuales, la propensión de los operadores a contratar; en definitiva el buen funcionamiento del sistema económico. Estas razones valen aunque el motivo ilícito de una parte sea conocido por la contraparte: el simple hecho de que A conozca el motivo de B no basta para justificar la destrucción de la posición contractual de A, que a ese motivo es ajeno.

... aunque conocido por la contraparte

Relevancia del motivo ilícito común
...

El discurso cambia si el motivo ilícito de una parte *no es simplemente conocido a la otra, sino compartido por esta*, de modo que se pueda decir “común a ambas” (art. 1345). Ello sucede cuando la contraparte *se adhiere subjetivamente* al motivo: piénsese en el mutuo dado por la casa de juego al jugador que ha perdido todo para seguir permitiéndole jugar (es este mismo motivo —continuar el juego— que impulsa hacia el contrato tanto al mutuuario como al mutuante). Además cuando el motivo de una parte resulta objetivamente relevante para la otra, en el sentido de fundar su *objetiva ventaja contractual*: como en el caso que el mutuante fije un interés muy alto precisamente en razón de los elevados beneficios que el empleo ilícito de la suma dará al mutuuario; o que el locador pacte una retribución exorbitante por el uso del avión, en consideración de las enormes ganancias que el conductor obtendrá transportando la droga.

... y exclusivo

En los ejemplos, el motivo presenta también la otra característica deseada por el art. 1345: la exclusividad. El mutuo es dado, el avión es locado “exclusivamente” para el ilícito empleo de la suma o respectivamente del

medio de transporte: las partes no habrían hecho el contrato por ningún otro motivo.

Por otro lado, es legítima la sospecha de que un "motivo" con estas características concorra a formar la objetiva razón justificativa del contrato, por consiguiente su "causa" (en sentido concreto): con la consecuente dificultad de distinguir entre contratos ilícitos por ilicitud de la causa y por ilicitud del motivo común. Ello explicaría por qué el art. 1345 recibe escasas aplicaciones prácticas.

Motivo y
causa

De la disciplina del art. 1345 se desprende el tratamiento del motivo ilícito en la donación: piénsese en la donación hecha para recompensar a quien ha hecho favores ilícitos al donante, o para inducir al donatario a abandonar al cónyuge e ir a convivir con el donante. Para que la donación sea ilícita basta que el motivo haya impulsado al donante a realizar el acto (no se requiere que este sea común al donatario); sin embargo, debe ser motivo *exclusivo*, es decir, el único que ha determinado al donante a donar; y sobre todo debe *resultar del acto* (art. 788).

Donación

Este último requisito reduce drásticamente la aplicación práctica de la norma (siendo improbable que un notario acepte formalizar un acto de donación que evidencia motivos ilícitos). Para superar el impasse, en presencia de un "motivo" ilícito no enunciado en el acto de donación, se debería tratar de remitir la ilicitud de este no a un motivo ilícito *ex art. 788* sino a una causa ilícita *ex art. 1343*.

BIBLIOGRAFÍA

1-18. V. 16.1-11.

2. A. PANDOLFI, *Contratto di mantenimento e nullità per mancanza di alea*, en *Contratti*, 1999, p. 221; V. CAREDDA, *Nullità del vitalizio alimentare: mancanza di causa o illiceità*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1995, II, p. 620; V. MARICONDA, *Trasferimenti atipici e nullità per mancanza di causa*, en *Corriere giuridico*, 1993, p. 174.
- 3-4. G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, en *Rivista del diritto privato*, 2000, p. 21; G. OPPO, *Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, en *Rivista di diritto civile*, 1999, I, p. 533; F. BENATTI, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999, p. 837; M. TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei principi Unidroit*, en *Contratto e impresa. -Europa*, 1997, p. 141; G. DI GIOVINE, *Controllo giudiziale della causa e congruità delle prestazioni contrattuali*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1995, p. 261; F. GALGANO, *Sull'equitas delle prestazioni contrattuali*, en *Contratto e impresa*, 1993, p. 419; G. SANTINI, *Della compravendita con prezzo a carico del venditore e di altri scambi anomali con funzione di servizi*, en *Contratto e impresa*, 1987, p. 416; M. COSTANZA, *Meritevolezza di interessi e equilibrio contrattuale*, en *Contratto e impresa*, 1987, p. 422; M. COSTANZA, *Oneri reali*

ed adeguatezza del corrispettivo, en *Giustizia civile*, 1987, I, p. 1499; R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, en *Contratto e impresa*, 1985, p. 310; M. CASSOTTANA, *Cause ed "economia" del contratto*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1979, p. 834; S. GATTI, *L'adeguatezza delle prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1963, I, p. 447.

- 5-6. S. RONDELLI, *I contratti collegati: profili dell'interpretazione*, en *Europa e diritto privato*, 2000, p. 133; G. BONILINI, *Sul contratto di mutuo connesso al giuoco*, en *Contratti*, 2000, p. 601; A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, en *Contratti Cendon*, VI, Torino, 2000, p. 97; G. FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenza innovative*, en *Contratto e impresa*, 2000, p. 127; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; A. GRISSINI, *Sulla definizione di collegamento contrattuale*, en *Contratti*, 1999, p. 340; G. RAGUSA MAGGIORE, *Una ipotesi di collegamento negoziale e le sue conseguenze in caso di fallimento di una parte*, en *Diritto fallimentare*, 1999, II, p. 815; A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998; A. IZZO, *Il collegamento contrattuale: note in materia civile, arbitrale internazionale e di conflitti di legge*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1998, II, p. 69; D. CENNI, *Superamento dello schermo della personalità giuridica, collegamento contrattuale e dintorni*, en *Contratto e impresa*, 1998, p. 1063; G. LENER, *Leasing, collegamento negoziale ed azione diretta dell'utilizzatore*, en *Il Foro italiano*, 1998, I, p. 3083; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale*, Milano, 1997; G. FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1997, II, p. 233; F. SANGERMANO, *La dicotomia contratti misti-contratti collegati: tra elasticità del tipo ed atipicità del contratto*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1996, II, p. 551; G. STUMPO, *Di un caso di collegamento funzionale tra contratto di mutuo e contratto di compravendita di autovettura*, en *Il Foro padano*, 1997, I, p. 256; R. PIROTTA, *Contratto per persona da nominare e collegamento negoziale*, en *Contratti*, 1996, p. 337; G. CHINÈ, *Il collegamento contrattuale tra atipicità*, en *Giustizia civile*, 1996, I, p. 1095; C. DE MARI, *Collegamento negoziale materiale e legittimazione all'azione di nullità*, en *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, 1, p. 1076; E. ZERELLA, *Collegamento contrattuale e recesso*, en *Rassegna di diritto civile*, 1993, p. 429; D. CLAPIZ, *Forma dei negozi complementari e collegati*, en *Rivista di diritto civile*, 1992, II, p. 739; M. LUBRANO, *Riflessi di vicende sospensive dell'efficacia del contratto nel collegamento negoziale*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1992, p. 602; G. FERRANDO, *I contratti collegati*, en *Giurisprudenza Alfa-Bessone*, III, Torino, 1991, p. 571; G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale. Con ampia appendice di giurisprudenza*, Napoli, 1983; G.P. CIRILLO, *Negozi collegati ed eccezione di inadempimento*, en *Giurisprudenza italiana*, 1982, I, 1, p. 378; R. CLARIZIA, *Collegamento negoziale e vicende della proprietà*, Rimini, 1982; G. GASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio*, en *Rivista di diritto civile*, 1979, II, p. 397; F. MESSINEO, *Contratto collegato*, en *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, *ad vocem*; R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, en *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, *ad vocem*; F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento)*, en *Rivista di diritto civile*, 1959, p.

- 412; N. GASPEROZI, *Collegamento e connessione tra negozi*, en *Rivista di diritto civile*, 1955; I, p. 357; G. OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942; M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, en *Rivista italiana scienze giuridiche*, 1937, p. 275.
- 8-11. L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000; F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche*, en *Rivista di diritto civile*, 2000, II, p. 253; G. CHINÈ, *Garanzia a prima richiesta*, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fundada por W. BIGIAMI, *I precedenti*, al cuidado de G. Alpa, II, Torino, 2000, p. 919; A. LAMANUZZI, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, en *Contratti*, 2000, p. 139; R. ROCCUCCI, *Accessorietà ed autonomia nella garanzia "a prima richiesta"*, en *Corriere giuridico*, 1999, p. 219; P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano, 1999; G. BOZZI, *Le garanzie atipiche. I. Garanzie personali*, Milano, 1999; A. DONATI, *I titoli di credito nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1999; P. LAMBRINI, *Contratto autonomo di garanzia ed exceptio doli generalis*, en *Rivista di diritto civile*, 1998, II, p. 443; G.B. PORTALE, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, en *Rivista giuridica sarda*, 1998, p. 843; G. GRISI, *Forme e modelli della garanzia*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1997, p. 183; G. OPPO, *Astrazione cartolare e linee generali della disciplina dei titoli di credito*, en *Studium iuris*, 1997, p. 1023; A. DACCÒ, *Garanzie "astratte" - Appalti internazionali ed exceptio doli generalis*, en *Giurisprudenza italiana*, 1996, I, 2, p. 59; A. FELICI, *Escussione della garanzia autonoma e legittimazione del debitore all'inibitoria ex art. 700 c.p.c.*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1996, p. 409; L. BOZZI, *Note preliminari sull'ammissibilità del trasferimento astratto*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1995, I, p. 199; A. GIAMPIERI, *La convenzione Uncitral sulle garanzie autonome e le stand by letters of credit*, en *Diritto del commercio internazionale*, 1995, p. 807; R. SACCO, *Negozio astratto*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XII, Torino, 1995, *ad vocem*; L. RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali*, Napoli, 1995; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1994; F. NAPPI, *Garanzia autonoma e garanzie con clausole di pagamento "a prima richiesta"*, en *Giurisprudenza italiana*, 1993, IV, p. 575; A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, Padova, 1992; B. TROISI, *Negozio astratto*, en *Enciclopedia giuridica*, XX, Roma, 1990, *ad vocem*; S. VIALE, *"Performance bonds" e contratto autonomo di garanzia: il regime delle eccezioni tra astrazione e causalità*, en *Il Foro italiano*, 1987, I, p. 297; B. TROISI, *Appunti sull'astrattezza negoziale*, en *Rassegna di diritto civile*, 1987, p. 401; C. GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva dei diritti reali*, Milano, 1983; F. BENATI, *Garanzia (contratto autonomo di)*, en *Novissimo digesto italiano*, App. III, Torino, 1982, p. 918; C.A. GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali*, Padova, 1980; V. SCALISI, *Negozio astratto*, en *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1978, *ad vocem*; A. PELLICANÒ, *L'astrazione causale nella ideologia dello scambio*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977, p. 855; L. MENGONI, *Il trasferimento dei titoli di credito nella teoria dei negozi traslativi con causa esterna*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1975, I, p. 385; A. DONATI, *Causalità e astrattezza nella delegazione*, Padova, 1975; A. LENER, *"Expressio causae" e astrazione processuale. Note preliminari ad uno studio sistematico sull'astrazione*, en *Studi in onore di Santoro-Passarelli*, III, Napoli, 1972, *ad vocem*; E. BETTI, *Astrazione*, en *Novissimo digesto italiano*, I, Torino, 1958, *ad vocem*; L. MONTESANO, *In*

tema di accertamento negoziale e di astrazione della causa, en *Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione - sezioni civili*, 1951, p. 782.

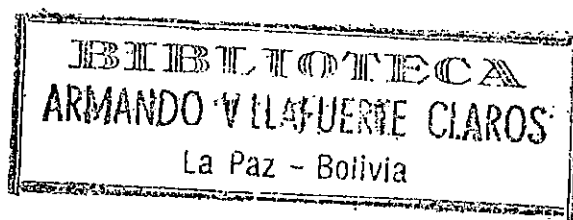
- 12-13. F. DI MARZIO, *Norme imperative*, en *Contratti Cendon*, VI, Torino, 2000, p. 153; M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, II, p. 203; H. KÖTZ, *La invalidità dei contratti per contrarietà alla legge e al buon costume. Appunti di diritto comparato*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1995, p. 675; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; M. MANTOVANI, *Divieti legislativi e nullità del contratto*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1987, p. 68; G.M. DANUSSO, *Norme imperative sopravvenute e nullità del contratto*, en *Giurisprudenza italiana*, 1987, I, 2, p. 53; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1985, p. 35; R. BIRKE, *Libertà contrattuale e norme imperative*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1985, p. 473; F. MAGANZA, *Autonomia privata e intervento legislativo nella disciplina del contratto*, en *Rassegna di diritto civile*, 1982, p. 1114; R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, en *Legislazione economica (1978-1979)*, Milano, 1981, p. 300; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971.
14. F. DI MARZIO, *Ordine pubblico*, en *Contratti Cendon*, VI, Torino, 2000, p. 181; A. GUARNERI, *Ordine pubblico*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XIII, Torino, 1995, *ad vocem*; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 1995; L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993; G. PANZA, *Ordine pubblico I) Teoria generale*, en *Enciclopedia giuridica*, XXII, Roma, 1990, *ad vocem*; M. BESSONE, *Tutela del contraente debole e ordine pubblico economico - Il caso degli standards negoziali di impresa*, en *Giurisprudenza di merito*, 1986, p. 1261; M. BESSONE, *Economia del diritto e ordine pubblico economico a tutela dei consumatori*, en *Giurisprudenza italiana*, 1984, IV, p. 92; L. LONARDO, *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Napoli, 1981; G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, en *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, *ad vocem*; N. DI PRISCO, *Note su "public policy" e ordine pubblico*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1979, p. 16; A. GUARNIERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, 1974; S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, en *Giurisprudenza di merito*, 1970; II, p. 105; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milano, 1970; M. SCERNI, *Ordine pubblico*, en *Novissimo digesto italiano*, XII, Torino, 1939, *ad vocem*.
15. F. DI MARZIO, *Buon costume*, en *Contratti Cendon*, VI, Torino, 2000, p. 245; M.F. NODARI, *Pubblicazioni oscene e contratti di rilegatura*, en *I Contratti*, 1996, p. 11; F. MASTROPAOLO, *Appunti sulla nozione di buon costume come limite per l'autonomia privata*, en *Justitia*, 1995, p. 307; G.B. FERRI, *Buon costume II) Diritto civile*, en *Enciclopedia giuridica*, V, Roma, 1988, *ad vocem*; A. DE CUPIS, *Costume, buon costume e diritto*, en *Giustizia civile*, 1982, II, p. 486; G.B. FERRI, *Illiceità delle convezioni elettorali*, en *Studi in memoria di Bracco*, Padova, 1976; G.B. FERRI, *La neutralità del gioco*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1974, I, p. 28; G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973; A. TRABUCCHI, *Buon costume*, en *Enciclopedia del diritto*, V,

Milano, 1959, *ad vocem*; A. MUSATTI, *Raccomandazione e buon costume*, en *Il Foro italiano*, 1949, I, p. 447.

16. D. CARUSI, *Illiceità del contratto e restituzioni*, en *Rivista di diritto civile*, 2000, II, p. 495; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999; E. BELLIZZI, *Contratto illecito, reato e irripetibilità ob turpem causam. Profili restitutori di corruzione e concussione*, Torino, 1999; S. DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela della proprietà. Per una riflessione sul sistema traslativo dei diritti*, Padova, 1997; D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio, L'art. 2035 cod. civ. tra vecchie e nuove "immoralità"*, Napoli, 1995; G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Una analisi economica*, en *Quadrimestre*, 1992, p. 32; G. PANZA, *L'antinomia tra gli artt. 2033 e 2035 c.c. nel concorso tra illegalità ed immoralità del negozio*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1971, p. 1174; P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, en *Rivista di diritto civile*, 1966, I, p. 1; W. BIGIAMI, *Ripetibilità del sovrapprezzo pagato al mercato nero*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1946, p. 280.
17. F. DI MARZIO, *Frode alla legge*, en *Contratti Cendon*, VI, Torino, 2000, p. 297; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000; F. GIGLIOTTI, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1999; F. DI MARZIO, *Frode alla legge nei contratti*, en *Giustizia civile*, 1998, II, p. 537; F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997; M. BUSSANI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997; M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato (Appunti per una ricerca)*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1197, p. 113; G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 1996; E. STELLA RICHTER, *Vendita con patto di riscatto e frode alla legge*, en *Notariato*, 1996, p. 409; G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993; U. MORELLO, *Frode alla legge*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, VIII, Torino, 1992, *ad vocem*; F. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge*, Torino, 1991; P. UBALDI, *Frode alla legge*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, III, Torino, 1991, *ad vocem*; U. MORELLO, *Negozi in frode alla legge*, en *Enciclopedia giuridica*, vol. XX, Roma, 1990, p. 1; G. PUGLIESE, *Riflessioni sul negozio in frode alla legge*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1990, I, p. 161; G. GITTI, *I contratti in frode alla legge: itinerari della giurisprudenza*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1989, p. 697; V. MARICONDA, *Le Sezioni Unite dichiarano la nullità delle alienazioni in garanzia*, en *Corriere giuridico*, 1989, p. 525; F. GALLO, *Elusione, risparmio d'imposta e frode alla legge*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1989, I, p. 377; E. ROPPO, *Patto di riscatto-Patto commissorio*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1985, I, p. 103; G. NICOLINI, *Interposizioni in frode alla legge nei rapporti di lavoro*, Milano, 1980; U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969; G. GIACOBBE, *Frode alla legge*, en *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, 1969, *ad vocem*; L. CARRARO, *Frode alla legge*, en *Novissimo digesto italiano*, VII, Torino, 1961, *ad vocem*; G. GIACOBBE, *La frode alla legge*, Milano, 1968; C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, p. 298; L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943.

18. M.P. MONACO, *Motivo estraneo e motivo illecito: un'equiparazione rilevante al fine di valutare la liceità dell'esercizio del potere di recesso del datore dal patto di prova*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1998, I, p. 728; L. ZANOTELLI, *Motivo illecito determinante e licenziamento*, en *Rivista italiana del diritto del lavoro*, 1996, II, p. 876; M. BESSONE, *Causa tipica e motivo del contratto, dogmi di teoria generale; orientamenti della giurisprudenza*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1979, p. 1098; A. CORSI, *Causa dell'attribuzione patrimoniale, negozio a titolo gratuito e rilevanza dei motivi*, en *Giurisprudenza italiana*, 1973, I, 1, p. 1187; E. ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante e contratto illecito*, en *Il Foro italiano*, 1971, I, p. 2376.

V. también 16.11.



CAPÍTULO XVIII

TIPOS Y ESTRUCTURAS CONTRACTUALES

1. El tipo contractual y la disciplina legal de los tipos: contratos típicos y atípicos.— 2. Los contratos atípicos: libertad y límites.— 3. Definición y elasticidad del tipo: contratos típicos y prestaciones típicas.— 4. Los contratos mixtos.— 5. La calificación del contrato.— 6. Tipo y causa.— 7. La tendencia a la tipificación y la centralidad de los tipos.— 8. Estructuras contractuales y clasificaciones de los contratos.— 9. Contratos onerosos y gratuitos.— 10. Gratuidad y liberalidad: contratos liberales y contratos interesados.— 11. Contratos con prestaciones recíprocas y con comunidad de fin.— 12. Los contratos plurilaterales con comunidad de fin.— 13. Contratos aleatorios y conmutativos.— 14. *Sigue:* alea típica y atípica; el tratamiento de los contratos aleatorios.— 15. Clasificaciones de los contratos por la calidad de las partes.— *Bibliografía.*

1. EL TIPO CONTRACTUAL Y LA DISCIPLINA LEGAL DE LOS TIPOS: CONTRATOS TÍPICOS Y ATÍPICOS

El tipo contractual es *un modelo de operación económica, llevada a cabo mediante contrato, conocida y difundida en la vida de relación.* Por ejemplo, la compraventa es un tipo contractual: es el modelo de operación económica con la que las partes realizan, mediante contrato, el intercambio entre la propiedad de un bien y dinero.

Tipo contractual

La ley regula muchos tipos contractuales, con el fin de ordenar las correspondientes operaciones en los modos que la ley misma considera más idóneos para la equilibrada composición de los intereses de las partes o para la tutela de intereses generales. Así, por ejemplo, la ley regula el tipo compraventa estableciendo —entre otras tantas cosas— en qué lugar la cosa vendida deba ser entregada por el vendedor al comprador (art. 1510); y cuáles obligaciones tenga el vendedor respecto al comprador en el caso en que el bien vendido presente defectos (arts. 1490 ss.).

Disciplina legal de los tipos

La disciplina legal de los tipos se encuentra predominantemente en el *título III* del libro cuarto del código, dedicado a los “contratos en particular”. Pero se encuentra también en *otros libros del código*: por ejemplo, los contratos agrarios, los contratos de trabajo autónomo y subordinado, los

Lugares de la disciplina legal de los tipos

contratos de asociación en participación y de consorcio (por no decir de los contratos de sociedad) están regulados en el libro quinto. O bien en *otros códigos*: piénsese en los contratos inherentes a la navegación marítima y aérea, regulados en el código de navegación. Y se encuentra también *en la legislación especial extracodificista*, que siempre más a menudo se propone como sede de la regulación de tipos contractuales: del alquiler de fundo rústico a la locación de inmuebles urbanos, de la cesión de créditos de empresa a los contratos turísticos, de los contratos de intermediación financiera a los contratos bancarios a los contratos para la venta de multipropiedad inmobiliaria, etc.

Sentido del tipo

El sentido fundamental del tipo está justamente en *determinar las reglas aplicables a las relaciones contractuales pertenecientes al tipo*, y así —en concreto— los derechos y las obligaciones de las partes. Si un contrato entra en el tipo “compraventa”, y la cosa que forma su objeto es defectuosa, los correspondientes derechos y obligaciones de las partes son los definidos por los arts. 1490 y ss., porque esta es la disciplina del tipo en cuestión. No se aplican, en cambio, los arts. 1667 y ss., pese a que también se ocupan de los defectos presentes en la cosa que una parte del contrato recibe de la otra, porque tales normas regulan el tipo “contrata”, que es un tipo contractual diferente a la compraventa.

Tipo y contrato en general

El tipo contractual se define en relación al contrato en general: un contrato de compraventa es típico, si es mirado sobre el fondo de la figura general del contrato, a la cual pertenece también (más bien, a la cual pertenece aun antes de pertenecer al tipo compraventa). Esto se refleja en la identificación de las disciplinas aplicables. Un contrato de compraventa es primeramente un contrato: por consiguiente se le aplican las reglas del contrato en general (arts. 1321-1469-*sexies*). Pero, luego, es también una compraventa: por consiguiente se le aplican también las reglas dictadas para el tipo “compraventa” (arts. 1470 y ss.). Si los dos órdenes de reglas son en algún aspecto incompatibles, *prevalece la disciplina del tipo*. Así, por ejemplo, los contratos en general se celebran con la formación del acuerdo; pero si la disciplina del tipo (por ejemplo del depósito, del comodato, del mutuo o de otro contrato real) sujeta la celebración a la entrega de la cosa, para los contratos que le pertenecen es ésta la disciplina que domina: los arts. 1766, 1803, 1813 ponen fuera de juego a los arts. 1326 y ss.

Reglas incompatibles

Subtipos

Pero, a su vez, el fenómeno del tipo se presenta en diversos niveles de generalidad: a la cual corresponde una posible articulación del tipo en subtipos; y a estos, posteriormente, en subsubtipos. Así, la venta a plazos con reserva de propiedad es típica respecto a la venta, de la cual es subtipo; lo mismo vale en la relación entre locación y locación de inmuebles urbanos; pero este último subtipo de locación se divide aún en los dos subsubtipos de la locación de inmuebles urbanos para uso habitacional y para uso no habitacional. Y naturalmente

la disciplina del supuesto de hecho más restringido prevalece sobre aquella del supuesto de hecho más amplio.

Los ejemplos muestran la posible variedad de los elementos de identificación del tipo (y de las ulteriores figuras tipológicas en las cuales este puede articularse): la locación se identifica por la *naturaleza de la prestación* de una parte; la locación de inmuebles urbanos por la *naturaleza del bien* que forma objeto de la prestación; la locación de inmuebles urbanos para uso habitacional por la *función* del bien objeto de la prestación. Otro elemento puede consistir en las *modalidades de ejecución de la prestación*, vinculadas a la *cualidad de la parte*: como identidad de la prestación —realizar “una obra o un servicio”— si quien la asume es un empresario que realiza con su propia organización y riesgo, el tipo es la contrata (art. 1655); si no es empresario, y provee “con trabajo predominantemente propio”, el tipo es el contrato de obra (art. 2222).

Elementos de identificación

Dado un singular contrato (supuesto de hecho concreto), este se denomina contrato típico si corresponde al supuesto de hecho abstracto de alguno de los tipos contractuales definidos y regulados por la ley (de los “tipos que tienen una disciplina particular”, como dice el art. 1322²); se denomina atípico si no corresponde a ninguno de tales tipos.

Contrato típico ...

... y atípico

Sinónimo de “típico/atípico” es “*nominado/innominado*”: terminología más adherente al lenguaje del viejo código, que en el art. 1107 definía los contratos no pertenecientes a ningún tipo como contratos sin “una denominación propia”.

Cuando se dice “tipo” se entiende normalmente “tipo legal”, es decir tipo previsto, denominado y regulado por la ley. Pero veremos dentro de poco que a los tipos “legales” se flanquean tipos “social-jurisprudenciales”.

Tipo legal

2. LOS CONTRATOS ATÍPICOS: LIBERTAD Y LÍMITES

El Derecho moderno permite celebrar contratos atípicos: “Las partes pueden (...) celebrar contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular” (art. 1322²).

Art. 1322²

Nos separamos así del Derecho Romano, que construía el sistema contractual esencialmente como sistema de contratos típicos (*emptio, locatio*, etc.), y confiaba la tutela de los contratantes al ejercicio de las correspondientes acciones judiciales a su vez típicas (*actio ex emptio, actio ex locato*, etc.). Hoy, con el reconocimiento general del contrato atípico, la parte que pretende accionar derechos contractuales no tiene más la carga de nominar el tipo de contrato celebrado y la correspondiente acción: puede limitarse a afirmar haber celebrado un contrato, y a pedir la tutela de los derechos consecuentes sobre la base de una *atípica e innominada acción por contrato*.

Derecho Romano

La libertad de hacer contratos atípicos es un aspecto importante de la más general libertad contractual reconocida a los particulares, y se basa en

Atipicidad y libertad contractual

Ratto

fuertes razones de oportunidad social. Ella *permite a los particulares organizar las propias operaciones contractuales en los modos más conformes a sus exigencias, y, por consiguiente, más idóneos para garantizar la eficiencia de su acción*. Frente a exigencias nuevas, inducidas por los progresos de la tecnología y de la economía, en efecto, puede suceder que ningún tipo legal ofrezca respuestas satisfactorias; de aquí la necesidad de salir de los tipos, de celebrar un contrato atípico.

Si un empresario tiene necesidad de maquinarias para su empresa, puede ser que para él no sea conveniente adquirirlas con una típica compraventa, porque no tiene la liquidez suficiente y no puede o no desea obtener una financiación bancaria, o porque no desea adquirirlas en propiedad, prefiriendo reservarse la posibilidad de sustituirlas después de algunos años con modelos más evolucionados (lo que hace inadaptable a sus necesidades también el subtipo venta a plazos); por otro lado, él desearía, más allá del goce temporal, también la posibilidad de decidir luego la adquisición de la propiedad de los bienes, cosa que no le estaría garantizada por una típica locación. Para satisfacer todas sus exigencias, él podrá hacer un *leasing* (o locación financiera): contrato no correspondiente a ningún tipo contractual previsto y regulado por la ley.

Los operadores italianos desde hace años aprovechan la libertad de celebrar atípicos contratos de *leasing*, y el *leasing* se ha convertido así en un esquema de contrato muy difundido en la práctica: los operadores lo utilizan ampliamente; y con frecuencia surgen litis derivadas de este, que son llevadas ante los jueces; y a menudo los jueces deciden sobre derechos y obligaciones que el contrato crea para las partes, según reglas que, consolidándose, dan lugar a la disciplina (jurisprudencial) del *leasing*.

Tipos social-
JurisprudencialesTransformaciones en
tipos legales

En tal sentido, el *leasing* ha conquistado su "tipicidad": no legal, sino precisamente social-jurisprudencial. Esta podrá después convertirse en tipicidad legal, en el momento en el cual el legislador decidiera intervenir para regular el contrato con sus normas (las cuales, razonablemente, tendrán en cuenta las reglas anteriormente creadas y aplicadas por los jueces). Ello no ha sucedido aún para el *leasing*, no obstante las recurrentes iniciativas parlamentarias en tal sentido. Pero ha sucedido para tantos otros contratos: desde el suministro, hecho legalmente típico por el código de 1942 (arts. 1559 y ss.) hasta la cesión de créditos de empresa (Ley 52/1991); desde los contratos turísticos (D. Leg. 111/1995) hasta los contratos para la gestión de portafolios (art. 24 TUB; arts. 37 y ss. Reg. Consob 11522/1998); desde los pactos parasociales (art. 122 TUF) hasta los contratos para la venta de multipropiedad (D. Leg. 427/1998).

Los pactos parasociales han recibido una tipificación *sui generis*: la ley ahora los prevé no tanto para disciplinar derechos y obligaciones recíprocos de las partes; sino esencialmente para poner en relación a estos límites de contenido y obligaciones de conducta, relevantes ante la autoridad pública (art. 122 TUF).

Se elevan a tipicidad legal por lo general contratos que precedentemente habían conquistado tipicidad social-jurisprudencial. Pero este es el resultado de un proceso en cuyo inicio los contratos no eran típicos ni siquiera en sentido social-jurisprudencial: y no obstante podían hacerse, por el principio que da libertad para la celebración de contratos atípicos. La libertad de celebrar contratos atípicos —haciendo posible la creación de contratos hasta ese momento desconocidos, que después se difundirán y consolidarán en tipos social-jurisprudenciales, susceptibles después de ser tipificados legalmente— es la base para la construcción de nuevos tipos legales.

La libertad de celebrar contratos atípicos puede encontrar límites. Ello sucede cuando —en relación a determinados géneros de bienes, actividades o intereses— la ley define algunos tipos contractuales, y prohíbe hacer contratos no reconducibles a estos: atendiendo a que, en el sector considerado, reglamentos contractuales distintos de los tipificados no darían un ajuste satisfactorio a los intereses en juego. Tiene esta razón la prohibición de los *contratos agrarios* atípicos (art. 13¹ Ley 756/1964); y de las *convenciones matrimoniales* atípicas (art. 160).

Sería un equívoco pensar que la libertad de celebrar contratos atípicos esté limitada por el vínculo de tipicidad que circunda determinadas posiciones o estructuras jurídicas susceptibles de ser constituidas por contrato, como los derechos reales. No debe confundirse entre *tipicidad del Derecho real* y *tipicidad del contrato que lo crea*. El contrato que crea un Derecho real atípico no es necesariamente un contrato atípico: si el beneficiario del Derecho real atípico se obliga, en cambio, a hacer disfrutar una cosa propia al disponente o a transportar sus cosas, este es un típico contrato de locación o de transporte. Ciertamente es un contrato nulo, pero no por violación de un vínculo de tipicidad contractual, sino por ilicitud del objeto: pues es ilícito por violación del principio de orden público de la tipicidad de los derechos reales. El mismo discurso vale para el contrato de sociedad (típico *ex art.* 2247) que esté dirigido a crear una sociedad atípica. (Viéndolo bien, el pináculo entre tipicidad del contrato y tipicidad de la situación jurídica que extingue objeto y efectos es bastante tenue con respecto a las convenciones matrimoniales).

En cambio, sería un error considerar que ulteriores límites a la libertad de celebrar contratos atípicos deriven de la norma que los admite solamente si están “dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico” (art. 1322²). Como ya se ha dicho, esta es la tesis que considera la causa como instrumento para garantizar la utilidad social del contrato: mientras los contratos típicos desarrollarían sin duda una función socialmente útil (por consiguiente, tendría una causa apreciable) porque

Límites de la atipicidad

Tipicidad del contrato ...

... y de la situación jurídica objeto del contrato

Contratos atípicos e «intereses merecedores de tutela» (art. 1322²)

Tesis del control de validez ulterior

es aprobada por el legislador en el momento en el cual reconoce y regula el tipo, lo mismo no podría decirse en relación a los contratos atípicos, que no tienen semejante aprobación legislativa. Para ellos sería necesario un control de validez ulterior y más riguroso, dirigido a verificar caso por caso si sean portadores de una *específica, positiva utilidad social*.

Crítica

Ya se ha dicho por qué razones en un sistema como el nuestro —ni dirigista ni moralista— esta tesis deba rechazarse, y puedan encontrar espacio también contratos celebrados para satisfacer necesidades o intereses exclusivamente individuales —hasta los límites de la frivolidad o del capricho— sin realizar alguna significativa utilidad social. Un contrato —típico o atípico que sea— merece desaprobación no en cuanto socialmente indiferente, sino solo en cuanto socialmente dañoso o peligroso: es decir, en cuanto ilícito. Por ello, los contratos atípicos no “dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela”, y por ello prohibidos *ex art. 1322²*, no son más que aquellos *contrarios a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres*.

Se objetará que de este modo el art. 1322² se convierte en un inútil duplicado del art. 1343. Aunque así fuera, una norma inútil porque repetitiva sería siempre preferible a una norma con significados repugnantes al sistema. Pero no es imposible atribuir al art. 1322² un sentido autónomo. Partiendo del presupuesto de que las normas imperativas y las reglas de orden público y de buenas costumbres comúnmente se refieren, de primera, a los contratos típicos, la norma tiene el sentido de advertir que su observancia no puede ser eludida solo porque las partes, en lugar de celebrar el contrato típico de referencia, celebran un contrato atípico que produce análogos resultados jurídico-económicos.

3. DEFINICIÓN Y ELASTICIDAD DEL TIPO: CONTRATOS TÍPICOS Y PRESTACIONES TÍPICAS

Definición del tipo

Tipos con alta definición...

La definición del tipo puede ser *más o menos rigurosa*. Es muy rigurosa, cuando abraza todos los elementos que componen el objeto (o el contenido) del contrato: define la prestación, establece que debe existir una contraprestación, define también esta contraprestación. Es el caso de la venta, cuyo tipo se identifica por tres elementos: la *naturaleza de la prestación* (atribución de una cosa o de un derecho); la *necesidad de la contraprestación*, es decir, la esencial onerosidad; la *naturaleza de la contraprestación* (precio, es decir, atribución de una suma de dinero). Ídem para la permuta o para la contrata, en donde cambia solo la *naturaleza de la contraprestación* (contra-atribución de una cosa o de un derecho), y respectivamente de la prestación (realización de una obra o de un servicio).

Pero a partir de este extremo de alta definición del tipo, se registran muchos tipos con más baja definición, idealmente colocables en una escala

de definición decreciente: tipos que, en lugar que en base a los tres elementos cuya presencia se exige en la venta, se definen —de manera menos rigurosa— en base a dos elementos, o de uno solamente. Esto incide sobre la denominada elasticidad del tipo, esto es, sobre la menor o mayor amplitud de los márgenes dentro de los cuales puede variar el contenido contractual, sin que se salga de los límites del tipo. Obviamente: *cuanto más baja es la definición del tipo, tanto mayor es su elasticidad.*

... y con baja definición

Elasticidad del tipo

La *locación* es definida por la naturaleza de la prestación del locador y de la necesaria presencia de una retribución a cargo del conductor: pero este último queda indefinido, y puede asumir la naturaleza más variada. De este modo, si una parte asume la prestación del locador, pero sin ninguna retribución, se sale del tipo locación para entrar en el tipo comodato. Pero si una retribución está prevista, permanece en el tipo locación cualquiera que sea la naturaleza de la retribución (cánones periódicos en dinero; atribución de una suma *una tantum*; atribución de una cosa o de un derecho; etc.).

El *mandato* es un tipo con definición aún más baja: decisiva es la sola naturaleza de la prestación del mandatario; la retribución puede existir (mandato oneroso) o no existir (mandato gratuito), y en ambos casos se mantiene en el tipo. Si la retribución existe, puede tener cualquier naturaleza. Por consiguiente, aquí la elasticidad del tipo es máxima.

Detengámonos en este último caso. Más que el contrato de mandato, el legislador define y regula la *prestación del mandatario* (susceptible de insertarse en contratos cuyos posteriores elementos podrán definirse de la manera más variada). Es decir: más que un contrato típico, se tiene aquí una prestación típica; *más que un contrato, en la globalidad de sus elementos constitutivos, aquí es descrita y regulada una "porción de contrato"*. Un discurso análogo puede hacerse probablemente para el transporte. Ciertamente puede hacerse para la cesión de crédito, que aunque no está regulada en el ámbito de los tipos contractuales es indudablemente una prestación contractual típica. Ídem para el pacto de no competencia (art. 2596).

Disciplina del contrato típico ...

... o de la prestación típica

Alguien diría que aquí están previstos y regulados contratos "con causa variable". Mejor decir que están previstas y reguladas prestaciones contractuales, destinadas a insertarse en contratos cuya causa (concreta) podrá configurarse variadamente, según el modo en el cual esas prestaciones serán intercambiadas con contraprestaciones o encontrarán cualquier otro elemento capaz de justificarlas.

Causa «variable»

... y causa concreta

La disciplina de típicas prestaciones contractuales puede encontrarse al interior de la más general disciplina de un tipo de contrato en sentido pleno. Los arts. 1470 y ss. tipifican íntegramente el contrato de venta, en todos sus elementos. Pero entre estos se concentra la

Prestaciones transtípicas

típica prestación del vendedor —atribución (onerosa) de una cosa o de un derecho—, y la correspondiente disciplina, compuesta por elementos normativos fuertemente caracterizados (en particular, garantía por vicios y por evicción). Y esta disciplina, aun cuando dictada en relación al tipo venta, encuentra aplicación en la correspondiente prestación que resulta insertada en tipos contractuales diferentes de la venta: así en la prestación del permutante (art. 1553) y en la prestación de aporte del socio (art. 2254). Al respecto, puede hablarse de prestaciones “transtípicas”, es decir, susceptibles de figurar en tipos contractuales diferentes.

Tipificación
con objetivo
limitado

Algunas veces la tipificación y la disciplina legal del tipo tienen un objetivo limitado: es el caso de los *pactos parasociales*. Estos están legalmente tipificados, en el sentido de que la ley los nombra y los describe (art. 122^{1.5} TUF). Pero mientras la disciplina legal del tipo se ocupa normalmente de fijar, en vía general, los derechos y las obligaciones de las partes para un equilibrado ajuste de sus intereses, ello no sucede en relación a los pactos parasociales: estos están regulados solo si se refieren a sociedades cotizadas, y lo están con reglas que predominantemente apuntan a rodearlos de *vínculos y cautelas*, o a limitarles el alcance, para la *tutela de intereses externos*.

Tipo con
prestaciones
atípicas

Hasta aquí se ha postulado que el elemento esencial de identificación del tipo sea la *naturaleza de la prestación*, además de que por la presencia y eventualmente la naturaleza de la retribución. Esto es verdad en la mayoría de los casos, pero no siempre. El tipo *transacción* se identifica por el *presupuesto* del contrato (la existencia de una litis entre las partes) y por su *fin* (cerrar la litis misma, haciéndose recíprocas concesiones): elementos bien precisos, cuya rigurosa aplicación hace el tipo poco elástico. No se caracteriza para nada por la naturaleza de las prestaciones, ya que las “recíprocas concesiones” pueden moverse en el territorio ilimitado de cualquier prestación inscribible en la creación, modificación, extinción de cualquier relación, también ajena a la relación litigiosa (art. 1965²). Bajo este perfil, la elasticidad del tipo es enorme, porque las prestaciones susceptibles de entrar en el tipo son absolutamente... atípicas.

4. LOS CONTRATOS MIXTOS

Contratos
mixtos...

Los contratos mixtos (llamados también “complejos”) son *contratos en los cuales figuran elementos de tipos contractuales diversos*. Si A concede en disfrute temporal a B un inmueble para guardar su furgoneta, y en cambio, B se obliga a transportar periódicamente mercaderías por cuenta de A, se tiene un contrato mixto de locación y transporte.

... y contratos
vinculados

Es clara la *diferencia respecto a los contratos vinculados*. Estos son dos contratos distintos, y cada uno tiene su causa distinta y autosuficiente (aunque en concreto integrada por la vinculación con otro contrato). En cambio, el contrato mixto es un contrato único, con única e indivisible causa, en la cual, por lo demás, se combinan elementos de tipos diferentes: tanto que se le define también como contrato “con causa mixta”. El problema esencial de los contratos vinculados es ver si y cómo las vicisitudes de uno influyen en otro. El del contrato mixto es identificar la disciplina legal.

La distinción es negada por una doctrina minoritaria, según la cual los contratos vinculados son en realidad un contrato único con una única causa; y no valorada por otra doctrina, que no ve diferencias prácticas relevantes entre las tesis de la unicidad y de la pluralidad de contratos. Ello puede admitirse para las consecuencias sustanciales; pero no para algunas consecuencias instrumentales, como aquellas ligadas al tiempo y al lugar de la celebración (transcurso de plazos, competencia territorial).

El tratamiento de los contratos mixtos se determina en base a dos criterios: el criterio de la combinación y el de la absorción (o de la prevalencia).

Identificación de la disciplina

Combinación significa que al contrato se aplican conjuntamente *las disciplinas de ambos tipos contractuales*: para estar con el ejemplo, A tendrá contemporáneamente los derechos y las obligaciones del locador así como los derechos y las obligaciones del remitente, mientras B tendrá contemporáneamente los derechos y las obligaciones del conductor así como los del transportista.

Combinación

El criterio de la absorción (o de la prevalencia) opera en vía eventual, cuando las disciplinas de los dos tipos resulten, en algún aspecto, incompatibles entre sí: y hace ciertamente que al contrato se aplique *la disciplina del tipo prevaleciente*, que sobre el punto en cuestión "absorbe" y pone fuera de juego la disciplina del otro.

Absorción

Este último criterio requiere a su vez el empleo de indicadores de juicio para establecer cuál sea el tipo prevaleciente. En cualquier caso podrán ayudar *indicadores económicos*, ligados a la confrontación entre los valores de las prestaciones correspondientes a los diversos tipos. Si —dado un inmueble que vale en el mercado 500.000 euros— la empresa propietaria lo cede por 520.000 euros asumiendo también, en el mismo contrato, la obligación de pintar paredes y techos antes de la entrega, el tipo venta domina ampliamente sobre el tipo contrata, aquí confinado a un rol muy marginal: de manera que, por ejemplo, al pago de la retribución se aplicarán las reglas del precio de la venta, y no las del precio de la contrata. No podría decirse lo mismo, si el contrato implicara —por la retribución global de 1,5 millones de euros— la radical reestructuración del inmueble cedido.

Individualización del tipo prevaleciente

Otras veces el parámetro económico debe ceder por un *parámetro normativo*, ligado a la intrínseca "*fuerza*" del tipo. Si, por ejemplo, la litis entre A y B se compusiera con recíprocas renunciaciones, y con la transferencia de un bien de A a B contra 300.000 euros pagados por B a A, el contrato podría decirse que es mixto de venta y transacción. Por otro lado, el tipo transacción es más fuerte, más caracterizador, y su disciplina predomina sobre la de la venta: así, puesto que la transacción no es impugnabile por lesión (art. 1970), mientras la venta normalmente lo es, la venta transactiva del ejemplo elude la impugnación. Pero la disciplina de la venta, que no sea incompatible con la de la transacción, puede tranquilamente aplicarse: por ejemplo, las reglas sobre vicios y evicción del bien transferido.

5. LA CALIFICACIÓN DEL CONTRATO

La calificación del contrato es la operación lógica con la cual el intérprete —frente a un concreto contrato— *afirma o niega la reconducción a*

Función *un determinado tipo contractual. Su función principal es establecer si al contrato sea aplicable la disciplina de algún tipo; y si es posible, de cual tipo.*

Los resultados de la calificación pueden ser diferentes. Se puede determinar que el contrato es *atípico*, y la consecuencia debería entonces ser que no se le aplique la disciplina de ningún tipo, sino solo la del contrato en general (arts. 1321-1469-*sexies*). O que el contrato es *típico*, y más precisamente pertenece al tipo (a) y no al tipo (b): con la consecuencia de aplicarle la disciplina del primero y no la del segundo. O que el contrato es *mixto* entre los tipos (a) y (b): con la consecuencia de aplicarle ambas disciplinas dentro de lo que sea compatible; mientras que si sobre algún punto resultan incompatibles, la calificación debe encargarse de determinar cuál sea entre los dos el tipo dominante, cuya disciplina desecha la del tipo marginal.

Cuestión de derecho

Subsunción

La jurisprudencia repite que —a diferencia de la interpretación, que consiste en la determinación de un hecho histórico (la voluntad de las partes contratantes)— la calificación es cuestión de derecho, como tal deducible en sede de casación. Tradicionalmente esta procede según el modelo de la “subsunción”, que consiste en la *confrontación entre supuesto de hecho contractual concreto y tipo abstractamente definido por la norma*, para verificar si el primero corresponde al segundo; por consiguiente usa “normas de derecho”, de las cuales puede perpetrar “violación o falsa aplicación” (art. 395¹, inc. 3 CPC). Agrega que se trata de una cuestión confiada al juzgador y sustraída a la competencia de las partes: en efecto, el juez no está vinculado al *nomen iuris* dado por las partes a su contrato, sino que puede corregir su autocalificación cuando encuentre que ella no corresponde a la sustancia del contrato, tal como querido por las partes.

Autocalificación de la partes: posibilidad de corrección

Precisiones

La tesis, por lo demás, no debe llevarse al extremo; más bien, quizá, merece un redimensionamiento. No se puede afirmar la absoluta incompetencia de las partes —es decir la absoluta irrelevancia de su voluntad— en orden a la calificación. En realidad, esta está influenciada por la voluntad de las partes por el hecho mismo de ser calificación del contrato así como querida (acordada) por las partes.

Si el acuerdo de las partes regula de un modo en lugar de otro, este o aquel aspecto de la relación, si frente a determinadas circunstancias establece ciertas consecuencias en lugar de otras, todo ello no puede no ser decisivo a los efectos de la calificación. Es verdad que las partes pueden engañarse al denominar su contrato, llamando “venta” a lo que, por la sustancia de la operación deseada, es en realidad una contrata: y en tal caso el juez puede desatender su falsa calificación, y sustituirla por la más correcta y por él individualizada. Pero si las partes llaman a su contrato “venta” con el deliberado propósito de regular la relación según la disciplina de este tipo, el juez no puede desatender su calificación en pro de otra, por él considerada más adecuada: sería una arbitraria invasión del territorio de la autonomía privada.

6. TIPO Y CAUSA

A este punto podemos útilmente regresar sobre la relación entre causa del contrato y tipo contractual.

La causa no se identifica (mejor: no se agota) en el tipo al cual el contrato pertenece, como desearía la teoría de la causa como función económico-social típica. Esta teoría impide captar a la causa en su dimensión de *causa concreta*: impide dar relevancia a los específicos elementos que concurren para formar la razón justificativa de cada particular contrato, y que pueden no estar presentes —o presentarse diferentemente— en cada uno de los contratos, aunque pertenezca al mismo tipo. Dos contratos del mismo tipo —pongamos dos ventas— pueden tener diferentes causas (concretas): como sucede si la primera venta está vinculada con otro contrato, y la segunda no; o si la primera es celebrada en aplicación de un preliminar, en cuyo caso la causa se colora de una función solutoria que falta, en cambio, en la causa de la segunda, no precedida de un preliminar.

El tipo no dice todo sobre la causa...

Pero el tipo está muy lejos de ser indiferente para la identificación de la causa: más bien, es quizá el primer y fundamental elemento que a tal finalidad merece ser considerado. Quien se pregunta sobre la causa del contrato que atribuye a B la propiedad del bien de A, está muy interesado en saber si la atribución es hecha sin retribución por un espíritu de liberalidad (por consiguiente, el contrato corresponde al tipo donación) o sin retribución pero para extinguir una deuda (por consiguiente, pertenece al tipo dación en pago) o por una retribución en dinero (por consiguiente, el tipo es venta) o a cambio de nuevas acciones emitidas por la sociedad B que aumenta su capital (siendo el tipo, entonces, la suscripción del aumento de capital mediante aporte no dinerario). En efecto, en cada uno de estos casos la razón justificativa de la atribución, y más en general del contrato que la dispone, es diferente de aquella que sustenta el contrato en los otros casos.

... pero dice mucho sobre la causa

En síntesis. La causa de un contrato típico siempre tiene elementos típicos, que se pueden obtener de la abstracta configuración del tipo; pero puede tener también elementos atípicos (concretos). El tipo al cual el concreto contrato pertenece dice mucho sobre la causa de este, pero no lo dice todo: porque puede ocultar elementos que, irrelevantes respecto al tipo, pueden tener importancia para la definición de la causa. Al contrario, el tipo no dice todo, pero dice mucho: porque ofrece una primera —quizá no aún precisa y completa, pero ciertamente significativa— representación de la razón justificativa del contrato.

La causa: mixtura de elementos típicos y atípicos

7. LA TENDENCIA A LA TIPIFICACIÓN Y LA CENTRALIDAD DE LOS TIPOS

En nuestro Derecho contractual viviente, los tipos y la disciplina legal de los tipos tienen, de hecho, una importancia muy grande, quizá superior a la que se estaría dispuesto a reconocer en línea de principio, en base a los tradicionales datos del sistema; y una importancia con tendencia creciente.

Tendencia
Judicial a la
tipificación

Frente a los contratos que no pertenecen a ningún tipo legal (y por consiguiente son contratos atípicos), aflora en la jurisprudencia un reflejo condicionado que la lleva a buscar algún tipo legal, al cual el contrato sea reconducible. La calificación que los jueces aplican a los contratos tiene de este modo, casi invariablemente, un resultado más o menos tipificante. Si el contrato no se puede fácilmente encuadrar en un tipo, la jurisprudencia concluye a menudo que pertenece a dos tipos, es decir que es un contrato mixto: y termina, por lo tanto, por aplicarle la correspondiente disciplina legal (de ambos o de uno solo, según como proceda por combinación o por absorción). Si luego, el contrato es abiertamente atípico, los jueces lo declaran como tal, pero agregan con gusto que el contrato "presenta elementos" de uno o de otro tipo: con la consecuencia de aplicarle, al menos en parte, la disciplina legal de un tipo (o de una prestación típica). Brevemente: es difícil, si no imposible, encontrar en la práctica un contrato atípico al cual los jueces declaren inaplicable la disciplina legal de algún tipo, sometiéndolo exclusivamente a la disciplina del contrato en general.

Razón ...

... y riesgo

Esta forzosa reducción de los contratos atípicos a los tipos es comprensible: esta *resuelve el problema de individualizar la disciplina aplicable al contrato*; y la individualiza en reglas que *prima facie* prometen una equilibrada armonización de los intereses de las partes, siendo generalmente esta la inspiración de la disciplina legal de los tipos. Sin embargo, ella presenta un riesgo: *desatender la voluntad de las partes*, deformar arbitrariamente el orden de los intereses perseguidos con el contrato, que las partes pueden haber deseado atípico (como el ordenamiento les permite) precisamente para sustraerlo de la disciplina legal de algún tipo. ¿Por qué tratar el contrato como una venta o una contrata, cuando las partes no han deseado hacer ni una venta ni una contrata?

Por otro lado, si las partes no han proveído con sus cláusulas, ¿de dónde obtener, si no de la ley, las reglas de la relación contractual? Frente a estas contrastantes exigencias, el intérprete llamado a administrar contratos atípicos debe dar prueba de gran sensibilidad y agudeza al "leer", por un lado, la voluntad de los contratantes y el orden de intereses que le corresponde y, por otro lado, la *ratio* de las normas legales de la cual postula su aplicación (eventualmente por analogía).

Tendencia a
la tipificación
legal

La creciente tendencia a la tipificación jurisprudencial está acompañada por una más reciente tendencia a la tipificación legal. Siempre más a menudo, normas de ley intervienen para describir, denominar y regular figuras contractuales antes ajenas a la consideración normativa (aunque tal

vez conocidas en la práctica social-jurisprudencial): así colmando la platea de tipos legales, como ya hemos dado ejemplo (18.2).

Al fenómeno ya se ha dado atención, hablando del contrato en el sistema del código. En esa sede se ha notado cómo la disciplina de los nuevos tipos legales introduzca a menudo principios innovadores. Y sobre todo, se ha subrayado cómo esta subvierta las relaciones entre “parte general” y “parte especial” del contrato, amenazando a la figura y a la disciplina del “contrato en general” esa centralidad que tradicionalmente le pertenecía, y que ahora hace cuentas con la nueva centralidad de los tipos (4.4).

Nueva
relación entre
parte
“general” y
“especial”

8. ESTRUCTURAS CONTRACTUALES Y CLASIFICACIONES DE LOS CONTRATOS

En el Derecho, clasificar sirve esencialmente para determinar las reglas aplicables. Ya se ha visto para los tipos contractuales, que son una técnica de clasificación de los contratos.

Existen también otras clasificaciones de los contratos, diferentes de las clasificaciones por tipos. Estas se basan en lo que podremos denominar estructuras contractuales (otros prefieren denominarlas “tipos contractuales generales”). Mientras el criterio de identificación del tipo es esencialmente la prestación contractual, captada en sus determinantes socio-económicas, la estructura se identifica por determinantes más estrictamente jurídicas.

Estructuras
contractuales

Las estructuras contractuales definen *clases de contratos más amplios respecto a los tipos*, de manera que cada una puede comprender contratos pertenecientes a tipos diferentes. A menudo se trata de clases contrapuestas al interior de una *pareja formada por componentes antagonistas*, que se excluyen mutuamente y que en su conjunto agotan sin residuos el universo de los contratos (cualquier contrato o es consensual o es real; o es oneroso o es gratuito; etc.). A veces una categoría se articula en *subcategorías*. Y naturalmente un contrato soporta, desde el punto de vista de su referencia a estructuras contractuales, *calificaciones múltiples*: puede ser consensual y oneroso; otro puede ser consensual y gratuito; otro aun oneroso y real; etc.

Al igual que los tipos, también las estructuras contractuales sirven para definir la disciplina aplicable. Con mayor precisión: cada estructura (o mejor, cada pareja de estructuras antagonistas) decide sobre la aplicación al contrato de una determinada regla o serie de reglas, mientras otras estructuras deciden sobre la aplicación de otras reglas.

Algunas estructuras contractuales ya se han encontrado. Por su relevancia a los fines de las reglas de celebración del contrato, se han apreciado estructuras como: contratos *unilaterales*, o con obligaciones de una sola parte (6.4-5); contratos *plurilaterales*, caracterizados por la presencia de más de dos partes (6.6); contratos *consensuales* y contratos *reales* (6.8), en

Estructuras ya
conocidas

donde la determinante jurídica es la fuerza o la debilidad del elemento causal, y consecuentemente la superfluidad o necesidad de la entrega de la cosa para el perfeccionamiento del vínculo.

Estructuras
consideradas

Otras estructuras son tratadas en este capítulo, por la proximidad de sus criterios de identificación a algunos de los elementos que (aunque de maneras distintas) tienen importancia para la identificación de los tipos: esencialmente la *prestación* y la *causa*. En particular, se consideran: contratos *onerosos* y *gratuitos*; contratos *liberales*; contratos *con prestaciones recíprocas* y *con comunidad de fin*; contratos *aleatorios* y *conmutativos*.

Otras
estructuras:
remisión

Otras estructuras serán consideradas en otras partes de la obra, por su dominante relación con elementos que se afrontarán en las diversas sedes (y en particular en lo relativo a los efectos del contrato). Por ejemplo, estructuras como: contratos *con efectos reales* y *con efectos obligatorios* (22.3); contratos *de atribución* y *de fijación* (22.9); contratos *normativos* (22.10); contratos *de ejecución instantánea* y contratos *de duración* (24.4).

En el cierre de este capítulo, se consideran clases de contratos que no es apropiado asimilar a estructuras contractuales como definidas arriba. En efecto, su criterio de identificación remite a una determinante que se presenta mucho más empírica que jurídica: la cualidad socio-económica de las partes.

9. CONTRATOS ONEROSOS Y GRATUITOS

Contratos
onerosos

Los contratos onerosos son aquellos en los cuales *cada parte hace una prestación a favor de la otra, y la prestación es el sacrificio que la parte soporta por la ventaja representada de recibir la prestación de la contraparte*.

Prestación
contractual

La prestación debe entenderse aquí en el sentido amplio de prestación contractual: más amplio que el sentido que la palabra tiene cuando se habla de prestación como objeto de la obligación (15.1). La prestación puede ser una obligación, como la del comprador de pagar el precio al vendedor; la transferencia de un derecho, como la que el vendedor realiza a favor del comprador; la constitución de un derecho nuevo; la renuncia a un derecho propio respecto a la contraparte; la disolución de una relación con la contraparte; en general, toda modificación de las situaciones jurídicas existentes entre las partes, susceptible de constituir un *sacrificio jurídico-económico* para una y una *ventaja jurídico-económica* para la otra.

Característica
de la
prestación, a
los fines de la
onerosidad

Con una precisión importante: la prestación que la parte recibe en base al contrato lo hace oneroso solo si *satisface una necesidad de la parte destinataria, que sea anterior y exterior al contrato*; no, en cambio, si se plantea (como puede suceder en un contrato gratuito) como normal consecuencia del contrato, y precisamente como modo para delimitar el sacrificio que la parte destinataria soporta con la propia prestación. El *comodato* y el *mutuo*

sin intereses implican la prestación del comodante y del mutuante (dación en goce de la cosa, dación en propiedad del dinero), pero también la prestación del comodatario y del mutuuario, consistentes en la restitución de la cosa y del dinero: sin embargo, son contratos gratuitos. En realidad *la prestación de restitución no aventaja al destinatario respecto a la posición que él tenía antes del contrato, sino lo repone en aquella posición y de este modo circunscribe el sacrificio que él soporta con el contrato*: si tal prestación no estuviera prevista a su favor, su sacrificio no sería el de quien presta gratuitamente, sino el de quien dona la cosa o la suma! El mutuo se torna oneroso si más allá de la restitución del capital establece intereses: la correspondiente prestación da al mutuante una ventaja que sin el contrato no habría tenido.

A los contratos onerosos se contraponen los contratos gratuitos: aquellos que *atribuyen una prestación sin otorgar al beneficiario ninguna contraprestación, de modo que el beneficiario de la prestación obtiene una ventaja sin sacrificio y el autor de la prestación se sacrifica sin ventaja*.

Contratos
gratuitos

El prototipo del contrato gratuito es la donación. Otro contrato esencialmente gratuito es el comodato. Puede ser gratuito un mutuo, si es sin intereses; un mandato, un transporte, un depósito, cualquier contrato para la ejecución de un servicio, si no establece una retribución para el prestador del servicio. La gratuidad está determinada por la *ausencia de una verdadera y propia retribución (en sentido jurídico)*, por consiguiente no está excluida por el solo hecho que el autor de la prestación gratuita piense obtener alguna otra ventaja (en sentido empírico): es gratuito el transporte del aeropuerto al centro, ofrecido por la Municipalidad para incentivar el flujo turístico y el desarrollo económico local; o el servicio realizado sin retribución con un propósito promocional, para animar al beneficiario a convertirse en cliente del prestador.

Compatibilidad
con ventajas
empíricas

Hay más. La donación y el comodato permanecen gratuitos aun cuando sean modales, es decir establezcan una prestación a cargo del beneficiario imponiéndole un cargo (o modo). En efecto, tal prestación *no satisface una necesidad o interés anterior y exterior al contrato*, sino constituye una simple *limitación de la ventaja que el contrato atribuye al beneficiario*: de esta manera, no se torna oneroso el comodato de un inmueble, que imponga al comodatario repintar paredes y techos cada cinco años.

Modo (cargo)

Contrato
gratuito
modal ...

En la misma lógica, por lo demás, el contrato se torna en oneroso cuando *el modo absorbe y anula la ventaja* que el beneficiario recibe de la prestación, o resulta por otra vía que el autor de la prestación nominalmente gratuita considera la prestación modal impuesta al beneficiario como *medio para satisfacer un interés propio, preexistente y autónomo* respecto a la prestación que representa su sacrificio. Piénsese en el comodato de un inmueble deteriorado, que imponga al comodatario del inmueble ingentes y costosísimos trabajos de reestructuración; o en el comodato de un cuarto para huéspedes anexo a una mansión aislada, que imponga al comodatario atender con cuidado constantemente y visitar periódicamente la mansión para observar que todo esté en orden, realizando los pequeños mantenimientos

... y contrato
oneroso

necesarios e informando al propietario de cualquier problema: es claro que el intérprete debería aquí desatender la calificación de comodato modal, y calificar los contratos como contratos atípicos (o mixtos), indudablemente onerosos.

Causa
onerosa y
gratuita

La naturaleza onerosa o gratuita de un contrato es fundamental para definir la causa: no por casualidad se habla de contratos con causa onerosa o gratuita. Se ha visto que en los contratos onerosos la causa es el intercambio, y es una causa fuerte y clara. En los contratos gratuitos es una causa que se percibe con menos claridad (como la ventaja empírica de quien presta gratuitamente); o una causa débil, como el subjetivo espíritu de liberalidad del disponente, y entonces esta debilidad causal requiere de elementos integradores (la forma, la entrega).

Recíprocamente, la identificación de la causa (concreta) del contrato puede ser decisiva para definir la naturaleza onerosa o gratuita. Imaginemos un contrato aparentemente gratuito, porque dispone una atribución de A a B sin retribución: si a mejor investigación este resulta vinculado con otro contrato entre las mismas partes, que atribuye notables ventajas a A, el hecho de que el segundo contrato sea razón justificativa del primero puede atribuir a este naturaleza onerosa.

Relevancia de
la calificación

La calificación de un contrato como oneroso o gratuito tiene importancia para su disciplina, principalmente bajo dos perfiles.

Tratamiento
benévolo a
quien se
compromete
gratuitamente

La posición contractual de quien se obliga a una prestación gratuita es considerada con benevolencia o indulgencia mayores, respecto a la de quien presta con una retribución. En la duda, *el contrato se interpreta a su favor* (art. 1371). Además *su responsabilidad por incumplimiento es valorada con menor rigor*: así en tema de donación (arts. 789; 798); mandato (art. 1710¹); depósito (art. 1768²); comodato (art. 1812); mutuo (art. 1821²).

La *ratio* es que quien recibe una prestación gratuita debe contar con estándares de cumplimiento menos elevados de los que puede pretender cuando paga para tener la prestación; se exceptúa el transporte gratuito de personas (art. 1681³), en tutela de los valores superiores de la vida y de la integridad física, que la prestación pone en riesgo.

Tutela
reducida a las
adquisiciones
gratuitas

Quien recibe una adquisición a título gratuito es tutelado, en su confianza sobre la estabilidad de este, menos intensamente de quien adquiere a título oneroso: la *adquisición del heredero aparente* está a salvo, frente a la petición de herencia del verdadero heredero, solo si es oneroso, no si es gratuito (art. 534²); ídem para la adquisición del causante que había a su vez adquirido *en base a un contrato anulable* (art. 1445: 39.5); ídem para la adquisición del deudor de un tercero acreedor, el cual actúe en *revocatoria* (arts. 64; 67² Ley quiebra).

Contratos
trilaterales o
con efectos
sobre terceros

Cuando el contrato es trilateral, o produce efectos sobre terceros, este puede presentar al mismo tiempo perfiles de onerosidad y gratuidad: la *datio in solutum* por deuda ajena es onerosa desde el punto de vista del acreedor *accipiens*, es gratuita en la relación entre *solvens* y tercero deudor. El tema podrá retomarse a propósito del contrato a favor de tercero (26.2) y de la cesión del contrato (26.7).

10. GRATUIDAD Y LIBERALIDAD: CONTRATOS LIBERALES Y CONTRATOS INTERESADOS

La donación es un contrato gratuito, porque no establece retribución a cargo del donatario. Pero tiene una característica ulterior: es también un contrato liberal, porque se caracteriza por el “espíritu de liberalidad” que es un elemento esencial del tipo donación y por consiguiente de la causa de toda donación (art. 769).

Son liberales, además de la donación, todos los contratos que presentan este elemento: es decir, tienen en su razón justificativa, la *intención de enriquecer a otro desinteresadamente*: con la precisión de que aquí el concepto de interés es entendido en sentido (directa o indirectamente) económico. *Prima facie* el desinterés se presenta como un dato negativo, que precisamente marca una ausencia, justamente, la *ausencia de un interés de quien presta*; pero el ordenamiento lo asume en su valor positivo, de *elección altruista, social y moralmente apreciable*, y lo considera idóneo (aunque no por sí solo) para sostener causalmente el contrato.

Espíritu de liberalidad

Idoneidad causal

Espíritu de liberalidad, intención desinteresada son fórmulas genéricas y abstractas, las cuales en la concreción de los casos corresponden datos más específicos y adherentes a la realidad del específico contrato: sin cuya consideración, no se llega a entender ciertamente “por qué” A done a B. Nuevamente, se impone la búsqueda de la causa concreta, que hará aflorar —detrás del *desinterés económico* del donante— *cualquier otro interés* (¿moral?, ¿político?, ¿religioso?, ¿amoroso?, ¿simplemente caprichoso o vanidoso?), que lo ha impulsado a donar.

Causa concreta...

Intereses así tienen una *alta tasa de subjetividad*: en este sentido son motivos. Por lo demás, ellos califican, dándole un contenido, el “espíritu de liberalidad” que sustenta cada donación: en este sentido terminan por colorar la causa (concreta). Luego, si un motivo tal tiene esa particular fuerza que deriva de ser *el único que ha determinado la liberalidad*, y tiene esa objetivación que deriva del *resultar del acto*, puede decirse que aquel se incorpora en la causa y adquiere la correspondiente relevancia: he aquí por qué un “motivo” con ambas características —ser el único determinante, y resultar del acto— hace el contrato anulable si es *erróneo* (art. 787), y lo hace nulo si es *ilícito* (art. 788).

... y “motivo”

Relevancia del motivo

Muy a menudo los contratos gratuitos son también liberales y viceversa: por ejemplo, la donación. Pero no siempre: la categoría de la gratuidad no coincide perfectamente con la de la liberalidad. Los contratos gratuitos se contraponen a los contratos onerosos. Los contratos liberales se contraponen a los contratos interesados.

Contratos
gratuitos pero
no liberales

Existen contratos gratuitos pero no liberales, porque son *interesados*: el transporte ofrecido para incentivar la presencia de turistas; el ejemplar "obsequio" de la revista, enviada para solicitar la suscripción; etc. Es el caso de la fianza prestada sin retribución, cuya causa no se identifique en el espíritu de liberalidad del fiador respecto al acreedor, sino en la función de garantía (eventualmente calificada por las relaciones entre fiador y deudor principal).

Contratos
liberales pero
no gratuitos

Existen también contratos liberales pero no gratuitos. Si el precio de la venta es muy inferior al valor del bien, pese a todo una retribución existe y esta hace el contrato oneroso; pero si la diferencia se explica con el espíritu de liberalidad del vendedor, que considera de esta manera enriquecer desinteresadamente al comprador, el contrato es, para esta parte, un acto de liberalidad.

Liberalidades
distintas de la
donación

De modo que existen actos liberales diversos de la donación: actos que normalmente son *gratuitos*, como por ejemplo (sin son desinteresados) un comodato o una renuncia sin retribución o el pago de la deuda ajena; pero pueden también presentarse como *onerosos*, como la venta a bajo precio, hecha para enriquecer al comprador. Estas liberalidades diversas de la donación son consideradas por los arts. 737¹ (que sugiere para estas la calificación de donaciones "indirectas") y 809.

Donaciones
Indirectas

Estas no requieren la *forma* de la donación, pero están sometidas a otras normas dictadas para esta. Su *ratio* común es esencialmente la tutela —especialmente en sede sucesoria— de los familiares más íntimos del autor de la liberalidad: sujeción a *colación* y *reducción* a favor de los legítimos del autor; *revocabilidad* por ingratitud o por hijos sobrevenidos.

Disciplina

11. CONTRATOS CON PRESTACIONES RECÍPROCAS Y CON COMUNIDAD DE FIN

Contratos con
prestaciones
recíprocas

Dentro de la categoría de los contratos onerosos se enuclea la más restringida clase de los contratos con prestaciones recíprocas (o *sinalagmáticos*, o *de intercambio*).

Prestación y
contraprestación

Son aquellos en los cuales *la prestación de una parte es intercambiada con la prestación de la otra (contraprestación)*. Las dos prestaciones están en relación de *reciprocidad*, en el sentido de que cada una es realizada en razón de la otra, para contrainterconvertirla; y en relación de *interdependencia*, en el sentido que cada una se basa en la otra. La causa de los contratos sinalagmáticos es el intercambio jurídico entre las prestaciones: los problemas que afectan una prestación, afectando uno de los términos del intercambio, afectan por lo mismo, directamente, la causa del contrato. Son por ejemplo contratos sinalagmáticos: la venta, que intercambia la atribución de un bien o de un derecho con la obligación del precio; la permuta, que intercambia la atribución de un bien o de un derecho con una análoga

Causa de
Intercambio
Jurídico

contraprestación; la locación, que intercambia la obligación de hacer gozar la cosa con la obligación de pagar el canon; el contrato de trabajo, que intercambia la obligación de desplegar una actividad laboral con la obligación de pagar la remuneración; entre otros.

Por simplicidad se ha hablado, específicamente, de prestación y contraprestación. En realidad, a cada parte pueden cargarse un conjunto de prestaciones a favor de la otra: por ejemplo, la prestación del vendedor puede comprender también la ejecución de ciertos trabajos en la cosa vendida, si así las partes lo han pactado; la prestación del locador comprende también la ejecución de las reparaciones necesarias para mantener la cosa en buen estado, porque así lo quiere la ley. Y cada una de estas prestaciones parciales es término del intercambio con la contraprestación.

Conjunto de prestaciones

La relevancia normativa de los contratos con prestaciones recíprocas está en el hecho de que a estos se aplican los remedios llamados precisamente sinalagmáticos, es decir, los remedios ofrecidos a un contratante, en relación a la prestación hecha o debida por él, frente a eventos que lo privan o corren el riesgo de privarlo de la contraprestación esperada por él: las resoluciones, y los otros remedios sinalagmáticos (42.5). Tanto es así, que las normas sobre tales remedios son las que expresamente mencionan la categoría de los contratos con prestaciones recíprocas: arts. 1453, 1460, 1463, 1467.

Remedios sinalagmáticos

Todos los contratos con prestaciones recíprocas son onerosos, pero no todos los contratos onerosos son con prestaciones recíprocas: no lo son los contratos con comunidad de fin, cuyo prototipo está representado por los contratos asociativos.

Reciprocidad y onerosidad

En el contrato de sociedad cada socio se obliga a su prestación (el aporte) en vista de la ventaja jurídica de la participación en la sociedad, hecho posible por las prestaciones (por los aportes) de los otros socios: por consiguiente, el contrato es oneroso. Pero las prestaciones de los diversos socios no son entre sí recíprocas: *cada socio realiza su propio aporte no para obtener en cambio una utilidad directa de los otros socios; sino para obtener que, a través de los aportes de todos los socios, se realice la estructura común* destinada a satisfacer los intereses (desplegar la actividad económica, capaz de dar utilidades). Respecto al propio aporte, los aportes ajenos no son términos de un intercambio, sino presupuesto para la estructura común. La estructura común, y no el intercambio, es la causa del contrato.

Contratos con comunidad de fin: onerosos pero no recíprocos

Ej.: contrato de sociedad

Ciertamente la prestación de cada socio condiciona la estructura común, y, en este sentido, puede tener —a los ojos de los otros socios— relevancia causal. Pero con esta diferencia. En los contratos sinalagmáticos el evento que afecta la prestación, que es término del intercambio, *afecta por*

Distinta relevancia causal de los eventos que afectan a las prestaciones

lo mismo, directamente, la causa del contrato, que precisamente es el intercambio: he aquí por qué, si la prestación de una parte se torna imposible, automáticamente el contrato se resuelve y la contraprestación indudablemente desaparece.

En realidad en los contratos no sinalagmáticos el evento que afecta cada prestación *afecta la causa (si la afecta) solo de manera eventual y mediata*: la falta de aporte de un socio en ciertos casos puede hacer inútil la estructura común, pero en otros casos, esta puede funcionar, de manera coherente a la lógica del contrato, también sin el aporte venido a menos. He aquí por qué la imposibilidad sobrevenida de una prestación no disuelve automáticamente el contrato y no hace automáticamente caer las otras prestaciones: como veremos (45.4), este efecto se verifica solo si la prestación ausente era, en concreto, “esencial” (art. 1466), y por consiguiente tenía relevancia causal.

12. LOS CONTRATOS PLURILATERALES CON COMUNIDAD DE FIN

Contratos plurilaterales

...

... con comunidad de fin:

El problema apenas señalado se plantea, sobre todo, para los contratos con comunidad de fin que sean también (como sucede a menudo) plurilaterales, es decir, tengan más de dos partes (6.6). En efecto, ya de por sí *la presencia de tres o más partes impide configurar el intercambio, o al menos configurarlo con la claridad que este asume entre dos partes* (A presta a B porque B presta a A). En el contrato plurilateral, la razón por la cual la parte que realiza su prestación por lo general no se agota en recibir a cambio una contraprestación, sino es un elemento más complejo: es el que la ley llama “fin común” a todas las partes. Y, en efecto, las normas que se ocupan del contrato plurilateral hablan de “contratos con más de dos partes, en los que las prestaciones de cada una de ellas están dirigidas a la obtención de un fin común” (arts. 1420; 1446, 1459; 1466).

asociativos ...

... y no asociativos

El “fin común” toma la máxima evidencia cuando se presenta con la materialidad de una “estructura común”, como sucede con los contratos asociativos. Pero un “fin común” a las tres o más partes del contrato se concibe también más allá de esta categoría: de manera que pueden darse contratos plurilaterales con comunidad de fin, que no son asociativos. (Al contrario, se dan contratos asociativos que no son plurilaterales: por ejemplo, sociedad entre dos únicos socios).

En la transacción entre tres litigantes, en la que todos tienen pretensiones contra todos, y la composición viene con una prestación de A a B, otra de B a C y aún otra de C a A, cada uno da a alguien, pero no recibe de él, por lo que la lógica elemental y directa del intercambio se ofusca: emerge, en cambio, el “fin común” a todas las partes, que es la composición de la litis mediante concesiones variadamente entrelazadas entre sí. O bien piénsese en el

contrato entre X (que tiene una patente), e Y (que tiene una empresa) y Z (que tiene el dinero): X da la patente en concesión a Y a cambio de *royalties* que Y le pagará y de una suma pagada al contado por Z, el cual recibirá a su vez *royalties* de Y. Aquí las prestaciones de cada uno (la patente concedida por X, las *royalties* sobre las ventas prometidas por Y, el financiamiento dado por Z), tienen un fin común: la producción de los bienes cubiertos por la patente de la que Y espera utilidades, y X y Z *royalties*.

Puesto que los contratos plurilaterales no se limitan a realizar un intercambio inmediato y directo (o bien, no llegan a realizar el paradigma del intercambio en su elemental pureza), puede decirse que todos los contratos plurilaterales tienen alguna comunidad de fin. Pero la comunidad de fin puede ser más o menos intensa. En relación a la intensidad, *varía el grado en el que la prestación de una parte puede influenciar las posiciones contractuales de las otras, y por consiguiente, el contrato en su conjunto*. Cuando la comunidad de fin es muy intensa, y la influencia de la singular prestación es muy fuerte, se dirá que la participación de la parte que la debe es “esencial”; en caso contrario se dirá que no es “esencial”.

Intensidad de la comunidad de fin

El criterio resuelve el que se presenta como el problema principal de los contratos plurilaterales: *¿la disminución de la participación de una singular parte deja vivo al contrato para las otras o la arrastra para todas? Lo afrontaremos a su debido tiempo (39.3; 43.15; 45.1).*

El problema

Criterios diferentes gobiernan el otro problema de los contratos unilaterales: el relativo a la celebración del contrato (6.6).

13. CONTRATOS ALEATORIOS Y CONMUTATIVOS

Alea significa *suerte* (perfil objetivo); y significa *riesgo* (perfil subjetivo). Los contratos aleatorios son aquellos en los cuales la entidad de la prestación depende de hechos inciertos o ignorados por las partes, y por consiguiente, en definitiva, de la suerte; aquellos en los cuales los contratantes asumen el riesgo de ver —por efecto de la casualidad— exagerada la prestación a su cargo, o reducida o incluso anulada la prestación esperada.

Alea

El riesgo que hace un contrato aleatorio es el *riesgo jurídico-económico, inherente a la prestación*.

No es el riesgo puramente económico, relativo al *costo de la prestación debida* o al valor o a la *utilidad de la prestación esperada*.

Riesgo económico

Todo contrato presenta un cierto grado de riesgo económico. En la contrata de una obra el contratista corre el riesgo de que la ejecución resulte más fatigosa y costosa de lo previsto, al punto de hacer el precio no más remunerativo, mientras el comitente corre el riesgo de que la obra no le dé

las utilidades esperadas (porque podría ser destruida por un terremoto, o estar sometida a una expropiación, o depreciarse por una general flexión del mercado o por la localización cerca de esta de una industria contaminante, entre otros): pero no por esto el contrato es aleatorio. Lo mismo vale para la compraventa de acciones, cuyo valor puede —en relación con tantos distintos factores— permanecer estable o duplicarse en poco tiempo. El contrato no es aleatorio ni siquiera cuando presenta un riesgo económico altísimo, como en el caso de la adquisición, en tiempo de guerra, de inmuebles en ciudades expuestas a bombardeos. En todos estos casos existe incertidumbre sobre el costo o sobre la utilidad de la prestación, pero no sobre la prestación en cuanto tal, que es cierta y definida: realizar la obra, atribuir las acciones o los inmuebles. El denominado “alea normal del contrato”, relevante a los fines de la resolución por excesiva onerosidad (art. 1467²: 46.6) es el riesgo puramente económico: este no se refiere específicamente a los contratos aleatorios.

Riesgo
jurídico

En cambio, podemos llamar riesgo jurídico al que se produce cuando es la prestación en sí y por sí (prescindiendo de su costo o valor económico) la que depende del curso de los eventos. Pero para hacer el contrato aleatorio no basta ni siquiera el riesgo puramente jurídico. En el contrato condicionado y en el expuesto a separación unilateral la prestación está jurídicamente en riesgo, porque un evento futuro e incierto —el hecho deducido en condición, el ejercicio de la separación— puede dejarla en nada. Pero el contrato no es aleatorio, porque el riesgo envuelve igualmente a ambas prestaciones, que siguen la misma suerte (según los casos, nacen o no nacen, viven o mueren). Es un riesgo económicamente neutral, que no altera el equilibrio económico del contrato: el evento que libera a la parte de la prestación debida la priva también de la contraprestación; el evento que imputa a la parte el deber de prestación le atribuye también el derecho a la contraprestación.

Riesgo
jurídico-
económico

El riesgo del contrato aleatorio es riesgo al mismo tiempo jurídico y económico: es el riesgo que *afecta la prestación en sí y por sí* (y no solo su costo o valor); y la *afecta de manera unilateral y desequilibrante*, de modo que favorece a una parte y penaliza a la otra en el plano económico. Ello sucede por ejemplo: con el seguro en donde —fija la prestación de las primas a cargo del asegurado— la prestación de la indemnización a su favor surge solo en caso de siniestro, mientras en ausencia de siniestro no surge; con el juego y la apuesta en donde quien haga la jugada vencerá o perderá —y en el primer caso vencerá poco o mucho— según como la suerte o la habilidad humana orientarán los eventos; con la renta vitalicia, en donde —fija la prestación del capital o del inmueble— la prestación de la renta se conmensura a la duración incierta de una vida humana; con los contratos diferenciales de bolsa o aquellos sobre instrumentos financieros derivados (*futures, swaps*), en donde frente a la prestación del inversionista la entidad de la contraprestación depende del futuro de la marcha de las tasas, divisas o indicadores correspondientes a otros instrumentos financieros.

La distinción entre riesgo jurídico-económico, propio de la aleatoriedad, y riesgo puramente económico puede ser leve; y la calificación del contrato como aleatorio o no aleatorio puede resultar incierta. La cláusula de la venta que excluye la garantía y responsabilidad por los vicios de la cosa, por regla, no hace el contrato aleatorio, porque atribuye al comprador un riesgo puramente económico; pero si cubre también vicios susceptibles de determinar la orden de destrucción de la cosa por parte de la autoridad pública, el riesgo del comprador es riesgo de no conseguir la prestación, y el contrato se hace aleatorio. La renta vitalicia contra cesión de inmueble es aleatoria; pero para la jurisprudencia no es aleatoria la venta de inmueble con reserva de usufructo (que siempre conecta la entidad de la prestación a la duración de la vida humana). No es aleatoria la venta, por un precio fijado hoy, de acciones a transferir después de un año; pero lo es un contrato cuya retribución es commensurada al valor que esas acciones tendrán dentro de un año.

Casos
dudosos

Si, por la marcha del alea, una parte se encuentra gravada por su prestación pero privada de la contraprestación a su favor, no por esto el contrato se torna gratuito. Onerosidad o gratuidad son medidas *ex ante*, al momento de la celebración del contrato; no *ex post*, a la luz de vicisitudes posteriores.

Los *contratos no aleatorios*, cuyas prestaciones no corren riesgo jurídico-económico, se llaman conmutativos.

Contratos
conmutativos

La categoría no coincide con la del contrato con prestaciones recíprocas. El contrato conmutativo puede ser con prestaciones recíprocas: por ejemplo, una venta que deje a salvo las garantías del comprador. Pero un contrato conmutativo puede también ser sin prestaciones recíprocas: por ejemplo, un contrato de sociedad. Y un contrato con prestaciones recíprocas puede ser no conmutativo, sino aleatorio: todos los contratos aleatorios dados en ejemplo antes son con prestaciones recíprocas, porque el hecho de que la prestación esté expuesta a riesgo no corta que esta sea término de intercambio con la contraprestación (por ejemplo, la cobertura del seguro contra las primas pagadas por el asegurado).

... y a
prestaciones
recíprocas

14. SIGUE: ALEA TÍPICA Y ATÍPICA; EL TRATAMIENTO DE LOS CONTRATOS ALEATORIOS

La ley sugiere que un contrato puede ser aleatorio o "por su naturaleza" o "por voluntad de las partes" (art. 1469).

Contratos
aleatorios por
naturaleza ...

En el primer caso, tenemos contratos aleatorios *típicos*: el riesgo jurídico-económico de la prestación caracteriza el tipo al cual el contrato pertenece (seguro, juego y apuesta, renta vitalicia).

Cuando el alea depende de la "voluntad de las partes", tenemos contratos aleatorios *atípicos*: celebrando un contrato no típicamente aleatorio, las partes modifican pacticiamente la disciplina legal del tipo con *cláusulas que exponen la prestación a un riesgo jurídico-económico*; o celebran un

... y por
voluntad de
las partes

contrato atípico, caracterizado por la presencia de ese riesgo. Por ejemplo, la venta de cosa futura es típicamente no aleatoria, pero si las partes acuerdan cargar al comprador, obligado a pagar el precio, el riesgo de que la cosa no exista, el contrato es aleatorio (*emptio spei*: 15.5); del mismo modo la venta en la que el vendedor está exonerado, para el caso de evicción, de garantía, responsabilidad y restitución del precio (denominada venta "a riesgo y peligro": art. 1488²); es aleatoria la promesa del hecho del tercero, aceptada por el destinatario de una promesa con exoneración del promitente de la responsabilidad *ex art.* 1381.

Renuncia a responsabilidades o garantías
Determinabilidad *per relationem*

Condición

En general, un contrato aleatorio atípico puede ser construido esencialmente con tres medios: la renuncia a hacer valer responsabilidad o garantías de ley, la deducción en el contrato de un objeto no determinado sino determinable *per relationem* a fechas futuras e inciertas, de las cuales una parte asume todo el riesgo: la condición expresa no a todo el contrato, sino a la sola prestación debida por una parte a la otra (27.8).

- Decidir si un contrato es aleatorio o no lleva al intérprete al pináculo tenue y escurridizo que, en tema de calificación, separa cuestiones de derecho y cuestiones de hecho. Sería burdo pensar que la pertenencia de un contrato a un tipo aleatorio sea *quaestio iuris*, mientras que su calificación como aleatorio "por voluntad de las partes" sea precisamente *quaestio voluntatis*.

Causa

Ausencia de causa

El *riesgo jurídico-económico* califica la causa del contrato aleatorio. He aquí por qué la *inexistencia del riesgo* puede hacer nulo el contrato por ausencia de causa: piénsese en el seguro por los daños a cosa ya destruida; o (enseñanza de la jurisprudencia) a la renta vitalicia con beneficiario que, por edad o enfermedad, se sabe próximo a morir; o a *emptio spei* donde es cierto hasta el término del contrato que la cosa no existirá, o al contrario es cierta la existencia de la cosa.

En realidad, en la *emptio spei* la causa es el intercambio entre una atribución incierta (pero siempre posible) y un precio que descarta esa incertidumbre, mediante un "descarte" que remunera el riesgo asumido por el comprador: la inexistencia del riesgo altera esta razón de intercambio, en el primer caso en daño del comprador, en el segundo caso en daño del vendedor. Si en realidad alcanza o se acerca al precio normal de la cosa (futura) deducida en el contrato, se debería probablemente obtener que su razón de intercambio (su causa) no incorpora el riesgo de inexistencia de la cosa: el contrato no sería una aleatoria *emptio spei*, sino una *emptio rei speratae* (no aleatoria).

Relevancia normativa de la aleatoriedad

La calificación del contrato como aleatorio tiene otros importantes reflejos normativos: a aquel no se aplican los remedios de la rescisión por lesión (art. 1448⁴) y de la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida (art. 1469), por las razones y en los límites que se verán en su momento (40.7; 46.11). Además, ellos son inmunes a los otros remedios que repugnarían a su misma naturaleza: verificada que la cosa vendida no existirá, la

emptio spei no puede impugnarse por nulidad (art. 1472²); ni podría resolverse por sobrevenida imposibilidad de la prestación.

15. CLASIFICACIONES DE LOS CONTRATOS POR LA CALIDAD DE LAS PARTES

Cada vez más a menudo la calidad (socioeconómica) de las partes es elemento relevante para la adscripción del contrato a una determinada clase, en vista de la aplicación a este de una *disciplina particular*. Para desarrollar el tema, deben retomarse datos ya propuestos en sede de reflexión sobre las relaciones entre el contrato y la empresa (3.5).

Bajo los códigos anteriores la calidad de la parte podía ser decisiva para la calificación de sus contratos y para la individualización de la correspondiente disciplina: los actos de comercio se definían tales en cuanto *realizados por comerciantes*, y tenían disciplina diferente respecto a los actos entre no comerciantes.

Actos de
comercio

En 1942 la unificación de los códigos cancela la categoría de los actos de comercio, y su disciplina diferenciada. A la figura del comerciante subentra la del empresario: pero no se contempla una relevancia institucional de los actos del empresario, que identifique una disciplina general de los contratos de las empresas. Esto no quita que el código exhiba rastros de relevancia de la calidad empresarial de la parte, para la configuración y la disciplina de sus contratos.

Contratos de
las empresas

Puede tener importancia una específica calidad empresarial, referida al ejercicio de una *específica actividad de empresa*: los contratos bancarios y los de seguro se califican por tener como parte una empresa bancaria y respectivamente una empresa aseguradora, cuya calidad subjetiva influye la disciplina de los contratos. O puede tener importancia la *genérica cualidad de empresario*. Esto sucede en la identificación de un tipo contractual, como la contrata. Pero sucede también —y es más significativo— en el plano de la disciplina del contrato en general, que acá y allá reserva reglas diferenciadas a los contratos de las empresas: así en tema de *muerte o incapacidad sobrevenida* del proponente o del aceptante *ex art. 1330 (7.3)*; de prácticas interpretativas *ex art. 1368² (20.8)*; de *representación* en la empresa comercial *ex arts. 2203 ss. (13.2)*.

En la legislación postcodicista la relevancia de la calidad socioeconómica de la parte se extiende y se complica, esencialmente por la voluntad política de proteger determinadas clases de contratantes, considerados débiles y necesitados de tutela en su relación con contratantes más fuertes. El resultado es la creación de clases de contratos, identificados (y sometidos a

Protección de
contratantes
débiles

su propia disciplina) en razón de la especial calidad de una parte, o de ambas, o de semejante calidad en unión con otros elementos.

Contratos turísticos
Multipl propiedad

A veces tiene importancia solamente la calidad de una parte: los contratos de turismo se identifican por tener una parte calificada por ser "organizador de viaje" o "vendedor" mientras la contraparte —definida "consumidor"— puede ser un sujeto cualquiera (arts. 3-5 D. Leg. 111/1995). Aquí la calidad de la parte identifica también la naturaleza de la prestación, que a su vez define un tipo contractual. Vale lo mismo para la venta de multipropiedad: art. 1 letra *b*) y *c*) D. Leg. 427/1998.

Contratos de Inversión
Contratos bancarios

Discurso análogo vale para los contratos de servicios de inversión: parte necesaria es un "intermediario financiero" (empresa de inversión o banco); la contraparte, llamada "inversionista", es un sujeto cualquiera (arts. 18 ss. TUF; art. 30 Reg. Consob 11522/1998). La naturaleza de la prestación aquí es identificada en términos más amplios y genéricos; correlativamente, la categoría comprende diversos tipos contractuales. Ídem para los contratos bancarios, celebrados entre un banco y un "cliente" genérico (arts. 115 ss. TUB).

Otras veces tienen importancia las cualidades de ambas partes, a menudo en unión con otros elementos.

Contratos entre consumidores y profesionales

Tienen una regulación especial (concerniente sobre todo a las cláusulas "vejatorias") los contratos entre "consumidores" y "profesionales" (arts. 1469-*bis* y ss.: 41.6).

Contratos negociados fuera de los locales comerciales

Así también los contratos entre "operadores comerciales" y "consumidores" para "el abastecimiento de bienes o la prestación de servicios", siempre aunado con un ulterior elemento relativo al contexto de la contratación: haber sido "negociados fuera de los locales comerciales" (D. Leg. 50/1992: 41.44).

Créditos al consumo

Así también los contratos de "crédito al consumo", cuyas partes son un "consumidor" y un operador calificado por ser un banco, intermediario financiero o sujeto autorizado a la venta de bienes o servicios; el ulterior elemento calificador es la presencia de una "facilitación financiera" que asiste la prestación de pago debido por el consumidor (arts. 121 y ss. TUB).

Subprovisión

Así también los contratos de "subprovisión", que tienen como partes necesariamente a dos empresas, de las que una lo es en calidad de "comitente" y la otra de "subproveedora"; el ulterior elemento calificador se refiere al objeto y las modalidades de la prestación debida por la empresa subproveedora a la empresa comitente (art. 1 Ley 192/1998). Tal elemento remite a una pluralidad de posibles tipos contractuales (41.16).

Inversionista calificado

Algunas veces la particular calidad subjetiva de una parte atrae al contrato a una disciplina parcialmente diferente respecto a la que el mismo contrato tendría si la parte no tuviera tal calidad. En los contratos de prestación de servicios financieros la parte calificada es el intermediario financiero: pero si la contraparte, en lugar de ser un genérico "inversionista", es un inversionista con la característica de "operador calificado", la disciplina del contrato cambia (art. 31 Reg. Consob 11522/1998). Una subcategoría de los contratos financieros comprende aquellos que hayan sido celebrados en base a una "oferta fuera de sede" o "promoción y colocación a distancia", y a estos se aplica una disciplina especial, más fuertemente protectora para el inversionista (41.14): pero si este es un "inversionista calificado", la disciplina protectora no se aplica (art. 30² TUF).

Siendo las citadas calidades de las partes decisivas para la individualización de la disciplina aplicable, el legislador se preocupa de describirlas con precisión: a menudo mediante definiciones muy analíticas.

Las reglas aplicables a las clases de contratos, identificadas en base a la calidad socioeconómica de los contratantes, se inscribe generalmente en disciplinas de regulación del mercado (41). Ellas presentan aspectos fuertemente innovadores respecto a los modelos comunes y tradicionales de la disciplina contractual; y también aspectos problemáticos. Los indicaremos en su debido tiempo (41.18).

Regulación
del mercado

BIBLIOGRAFÍA

- 1-3. F. LAPERTOSA, *Tipicità e atipicità nei contratti*, en *Contratti Cendon*, II, Torino, 2000, p. 1; F. ASTONE, *La classificazione dei contratti*, ibidem, I, p. 365; R. CLARIZIA, *I contratti nuovi*, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por M. Bessone, XV, Torino, 1999; E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, en *Trattato contratti Rescigno*, I, Torino, 1999, p. 33; G. BONILINI, *Atipicità contrattuale e vitalizio alimentare*, en *Contratti*, 1999, p. 132; G. ALPA, *Il tipo*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, II, Torino, 1999, p. 799; G. ALPA, *La causa e il tipo*, en *Trattato contratti Rescigno*, Torino, 1999, p. 483; P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano, 1999; L. VIGONE, *I contratti atipici. Guida ai principali contratti commerciali e finanziari*, Milano, 1998; AA.VV. (al cuidado de F. Galgano), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato*, Torino, 1997; L. GARDANI CONTURSILISI, *Contratti atipici*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, I, Torino, 1997, p. 18; G. DE NOVA, *I nuovi contratti*, en *Rivista di diritto civile*, 1995, II, p. 653; M. COSTANZA, *Contratti atipici: validità, elasticità del tipo, disciplina aplicable*, en *Corriere giuridico*, 1992, p. 895; E. ROPPO, *I "nuovi contratti" tra autonomía privada ed intervento del legislatore*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1992, p. 3; E. BETTI, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, en E. BETTI, *Diritto, metodo, ermeneutica. Scritti scelti*, al cuidado de G. Crifò, Milano, 1991, p. 325; P. RESCIGNO, *Note sulla atipicità contrattuale*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, II, Torino, 1991, p. 5; AA.VV., *I contratti atipici*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, II, I-II, Torino, 1991; M. BUSSANI-P. CENDON, *I contratti nuovi*, Milano, 1989; A. GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto atípico*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1989, I, p. 221; R. CLARIZIA, *Contratti innominati*, en *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1988, *ad vocem*; P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, en *Contratto e impresa*, 1988, p. 804; G.B. FERRI, *Tipicità negoziale e interessi meritevoli di tutela nel contratto di utilizzazione di cassette di sicurezza*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1988, I, p. 339; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, en *Contratto e impresa*,

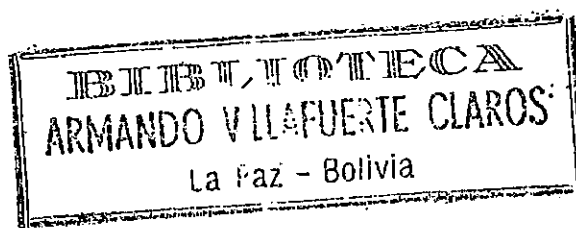
- 1987, p. 422; U. MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Rivista di diritto civile*, 1987, I, p. 487; F.D. BUSNELLI (al cuidado de), *Tipicità e atipicità nei contratti*, Milano, 1983; G. SBISA, *Contratti innominati: riconoscimento e disciplina delle prestazioni*, in *Quadrimestre*, 1983, p. 129; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Rivista di diritto civile*, 1978, I, p. 74; V. FRANCESCHELLI, *Negozi tipici e atipici*, in *Scritti civilistici e di teoria generale del diritto*, Milano, 1975, p. 201; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974; L. PIRAINOLETO, *I contratti atipici e innominati*, Milano, 1974; P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974; R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1966, p. 785.
4. G. SICCHIERO, *Contratti misti*, in *Contratti Cendon*, VI, Torino, 2000, p. 65; C. RADICE, *Disciplina applicabile al negozio misto a donazione*, in *Contratti*, 2000, p. 656; F. SANGERMANO, *La dicotomia contratti misti-contratti collegati: tra elasticità del tipo ed atipicità del contratto*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1996, II, p. 551; G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995; G. PIAZZA, *La causa mista credito-società*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 803; N. CORBO, *Tipicità, contratto misto e giurisprudenza: qualche breve riflessione*, in *Giurisprudenza di merito*, 1987, p. 75; A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970.
5. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Qualificazione giuridica e forma richiesta nel comodato a vita di un bene immobile*, in *Corriere giuridico*, 1999, p. 330; R. CALDARONE-E. FERRERO, *Il contratto di acquisizione è un contratto atipico?*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1998, I, p. 182; M. GRONDONA, *Interpretazione e qualificazione del contratto tra merito e legittimità*, in *Notariato*, 1998, p. 516; G. PIAZZA, *Il rapporto tra interpretazione e qualificazione*, in *Contratti*, 1998, p. 341; E. TOSI, *Natura e qualificazione dei contratti di fornitura di sistemi informatici*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica.*, 1995, p. 386; G. ALPA, *Qualificazione del contratto di factoring*, in *Rivista italiana del leasing e dell'intermediazione finanziaria*, 1994, p. 47; D. DI SABATO, *Sulla distinzione tra appalto e compravendita: qualificazione del contratto e disciplina applicabile*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 1993, p. 7; F. DI GIOVANNI, *Il tipo e la forma (aspetti dell'interferenza tra qualificazione e requisiti del contratto)*, Padova, 1992; A. BURDESE, *Nuove prospettive per la qualificazione del contratto di divisione*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, II, p. 625; P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili della individuazione normativa*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1975, p. 826; G. SCALFI, *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, Milano-Varese, 1962.
6. G. GORLA, *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1967, p. 1499; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.
- 9-10. A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Il codice civile. Commentario*, dirigitto por P. Schlesinger, Milano, 2000; A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, dirigitto por R. Sacco, 7, 2, Torino, 2000; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano, 1998; P. RESCIGNO, *Note sull'interpretazione degli atti di liberalità*, in *Vita notarile*, 1998, p. 61;

- N. LIPARI, "Spirito di liberalità" e "spirito di solidarietà", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, p. 1; G. OPPO, *La prestazione in adempimento di un dovere non giuridico*, en *Rivista di diritto civile*, 1997, p. 522; V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996; V. PANUCCIO, *Prestazioni di cortesia*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XIV, Torino, 1996, *ad vocem*; A. CONTI, *Riflessioni in tema di liberalità e di adempimento di obbligazioni naturali*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1995, I, p. 235; R. MARTINI, *Gentlemen's agreement*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, VIII, Torino, 1992, *ad vocem*; G. SCALFI, *L'assicurazione tra rischio e finanza*, Milano, 1992; P.L. TROJANI, *Contratto di mantenimento e vitalizio alimentare*, en *Vita notarile* 1992, p. 1436; G. TARZIA, *Gratuità e onerosità degli atti compiuti dal terzo*, en *Il Fallimento*, 1992, p. 985; P. FORCHIELLI, *Deposito gratuito e deposito di cortesia*, en *Silloge in onore di Oppo*, II, Padova, 1992, p. 783; F. MACIOCE, *Rendita*, en *Enciclopedia giuridica*, XXVI, Roma, 1991, *ad vocem*; A. CHECCHINI, *Liberalità*, en *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, 1990, *ad vocem*; C. MANZINI, *Sui contratti reali a titolo gratuito*, en *Contratto e impresa*, 1989, p. 943; C. MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, en *Contratto e impresa*, 1986, p. 809; A. DE CUPIS, *La solidarietà umana nel diritto civile*, en *Rivista di diritto civile*, 1985, II, p. 621; G. MANZINI, *Spirito di liberalità e controllo giudiziario sull'esistenza della causa donandi*, en *Contratto e impresa*, 1985, p. 427; G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984; V. SCOZZAFAVA, *La qualificazione di onerosità o gratuità del titolo*, en *Rivista di diritto civile*, 1980, p. 75; A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, 1977; U. CARNEVALI, *Liberalità*, en *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, 1974, *ad vocem*; A. CATAUDELLE, *Bilateralità, corrispettività ed onerosità del contratto*, en *Studi senesi*, 1968, p. 140; N. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1968, p. 415; R. ROVELLI, *Prestazioni di cortesia*, en *Novissimo digesto italiano*, XIII, Torino, 1966, *ad vocem*; G. GHEZZI, *Cortesia (prestazioni di)*, en *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, *ad vocem*; V. CAROPPO, *Gratuità e onerosità dei negozi giuridici di garanzia*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, p. 445; G. TILOCCA, *Onerosità e gratuità*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1953, p. 53; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947; L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, Milano, 1942.
- 11-12. S. CALÌ, *Contratto plurilaterale o associativo?*, en *Giustizia civile*, 1994, I, p. 817; G. MARASÀ, *nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi*, en *Rivista di diritto civile*, 1994, II, p. 311; F. CARINGELLA, *Sull'inapplicabilità del capoverso dell'art. 1341 c.c. ai contratti associativi*, en *Rivista di diritto sportivo*, 1993, p. 487; G. MARASÀ, *Le società*, en *Trattato di diritto privato*, al cuidado de G. Iudica y P. Zatti, Milano, 1991; D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988; D. CORAPI-C.M. BIANCA, *La gestione in comune di un appalto pubblico: associazione temporanea, consorzio, società di fatto o contratto associativo innominato*, en *Rivista di diritto civile*, 1983, II, p. 647; E. CESARO, *Contratto aperto e adesione del terzo*, Napoli, 1979; P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974; G. IUDICA, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973; F. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*,

Milano, 1976; A. CARLO, *Il contratto plurilaterale associativo*, Napoli, 1968; G. PINO, *Il contratto a prestazioni corrispettive*, Padova, 1963; G. SCALFI, *Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1958, I, p. 477; G. DE SIMONE, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, in *Rivista di diritto civile*, 1948, II, p. 23.

- 13-14. A. GIAMPIERI, *Il rischio contrattuale*, in *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, I, Torino, 1999, p. 759; F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999; A.G. RUVOLO, *La clausola di inversione del rischio nella locazione finanziaria*, in *Contratti*, 1999, p. 803; G. DI GIANDOMENICO, *I contratti aleatori*, in *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, I, Torino, 1999, p. 787; A. PANDOLFI, *Contratto di mantenimento e nullità per mancanza di alea*, in *Contratti*, 1999, p. 221; A. GIAMPIERI, *Rischio contrattuale*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVIII, Torino, 1998, *ad vocem*; E. GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto*, Napoli, 1997; E. GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto*, Napoli, 1997; A. GIAMPIERI, *Rischio contrattuale in common law*, in *Contratto e impresa*, 1996, p. 590; D. CHINDEMI, *Il rischio assicurativo e le sue modificazioni*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 1994, p. 441; E. BRIGANTI, *La disciplina dei debiti di gioco*, in *Rivista del notariato*, 1994, p. 251; A. CORTESE, *Contratto di vitalizio alimentare e risoluzione per inadempimento*, in *Contratti*, 1993, p. 333; C. MENICCHINO, *Contratti commutativi e alea convenzionali*, in *Contratti*, 1993, p. 534; E. MOSCATI, *Gioco e scommessa*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, IX, Torino, 1993, *ad vocem*; S. D'ALIBERTI, *Contratto di mantenimento e rendita vitalizia*, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, 1, p. 1783; G. ALPA, *Rischio*, in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, *ad vocem*; G. DI GIANDOMENICO, *La nozione di alea nei contratti*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1989, II, p. 280; L. BUTTARO, *Giuoco e scommessa (Diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, XV, Roma, 1989, *ad vocem*; G.A. RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milano, 1989; G. DATTILO, *Rendita*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, *ad vocem*; F. CARBONETTI, *Indicizzazione e contratto nell'età dell'inflazione*, Milano, 1988; G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987; G. SCALFI, *Alea*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, I, Torino, 1987, *ad vocem*; P. TARTAGLIA, *L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie*, Milano, 1987; E. GABRIELLI, *Contratti di borsa, contratti aleatori e alea convenzionale implicita*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1986, I, p. 570; E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, in *Rassegna di diritto civile*, 1985, II, p. 710; G. ALPA-M. BESSONE-E. ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1984; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969 (reimpr. 1975); G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960; G. PINO, *Il contratto aleatorio*, Milano, 1959; R. NICOLÒ, *Alea*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, *ad vocem*; G.B. FUNAJOLI, *Il giuoco e la scommessa*, Torino, 1950.
15. U. MATTEI, *Il nuovo diritto europeo dei contratti, tra efficienza ed eguaglianza*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1999, p. 611; A. PALMIERI, *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale*, in *Il Foro*

italiano, 1999, I, p. 3118; R. MONTINARO, *La figura giuridica di consumatore nei contratti di cui al capo XIV bis titolo II del libro quarto del codice civile*, en *Giustizia civile*, 1998, II, p. 219; G. STELLA RICHTER, *Il tramonto di un mito: la legge uguale per tutti (dal diritto comune dei contratti al contratto dei consumatori)*, en *Giustizia civile*, 1997, II, p. 199; V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, en *Giurisprudenza italiana*, 1993, IV, p. 57; D. LA ROCCA, *La qualità dei soggetti e i rapporti di credito*, Napoli, 1992.



CAPÍTULO XIX

LA CONSTRUCCIÓN DEL REGLAMENTO CONTRACTUAL: VOLUNTAD DE LAS PARTES Y FUENTES EXTERNAS

1. Pluralidad de fuentes del reglamento contractual.— 2. La determinación voluntaria.— 3. La manifestación de voluntad: el texto contractual y las cláusulas del contrato.— 4. Cláusulas de estilo y otros contenidos no preceptivos del texto contractual.— 5. La determinación por fuentes externas (integración).— 6. La construcción del reglamento contractual: interpretación, calificación e integración.— 7. Juicios de hecho y valoraciones jurídicas en la construcción del reglamento contractual.— *Bibliografía.*

1. PLURALIDAD DE FUENTES DEL REGLAMENTO CONTRACTUAL

El reglamento contractual (14) es el conjunto de mutaciones que las posiciones jurídicas de las partes sufren por efecto del contrato: nacimiento, extinción, transferencia, modificación de derechos y obligaciones. Brevemente, es el conjunto de los efectos contractuales (22).

Preguntémonos: ¿de dónde nace el reglamento contractual? ¿Cuáles factores lo determinan? ¿Cuáles agentes lo construyen?

Cuando dominaba el dogma de la voluntad, la respuesta era simple: un solo factor, un solo agente —la voluntad de las partes—, a la cual se atribuía la fuerza de crear efectos jurídicos. Hoy ese dogma ha desaparecido. Ello no significa negar el papel de la voluntad en la construcción del reglamento contractual: tal papel permanece decisivo. Simplemente, no se lo concibe más como omnipotente y exclusivo. Hoy se reconoce que la voluntad de las partes no opera por sí sola, sino sufre el concurso y el condicionamiento de la ley. Junto a ella se individualizan otros agentes, otros factores que concurren a la construcción del reglamento contractual, el cual deriva, por tanto, no de una sola fuente, sino de una pluralidad de fuentes diversas.

De primera, las fuentes del reglamento contractual pueden vincularse a dos categorías: fuentes autónomas y fuentes heterónomas.

Construcción del reglamento

Papel de la voluntad: decisivo...

...pero no omnipotente ni exclusivo

Pluralidad de fuentes:

autónomas ... Precisamente las fuentes autónomas se sintetizan en la *voluntad de las partes*. Esta fuente opera al interior del contrato, en el sentido de que se identifica con un elemento constitutivo de su estructura: justamente la voluntad de las partes y más precisamente aquella voluntad común que da lugar al *acuerdo*.

... y heterónomas Las fuentes heterónomas (o externas, en cuanto actúan sobre el contrato más allá de su estructura) son esencialmente dos: la *ley* y la decisión del *juez*.

2. LA DETERMINACIÓN VOLUNTARIA

Art. 1322¹ La habilitación de las partes para determinar de manera autónoma, es decir, con su voluntad (con su acuerdo), el reglamento de su contrato es sancionada por la norma que se subtitula precisamente "*Autonomía contractual*" (art. 1322¹): "*Las partes pueden establecer libremente el contenido del contrato*".

La norma dice "pueden". Pero más bien las partes "deben" (al menos en cierta medida) determinar con su voluntad el contenido del contrato, si se desea la producción de un supuesto de hecho definible como "contrato".

Esencialidad de las fuentes voluntarias... Deben recordarse situaciones ya mencionadas. El contrato es acuerdo y sin acuerdo no existe contrato. Pero un acuerdo no es tal si no tiene un "contenido mínimo", esto es, si las partes no forman y manifiestan su voluntad común al menos sobre los elementos indispensables para identificar la fisonomía esencial de la operación: en su ausencia, el "contrato" no es reconocible como contrato. Este sustrato mínimo debe estar garantizado por la voluntad de las partes, y no se puede subrogar por fuentes externas: si en lugar de la voluntad de las partes, inexistente sobre el punto, fuera la ley la que dijera si la atribución se refiere al cuadro o al auto, si es en propiedad o en mero goce, si es a título oneroso o gratuito, el acto no sería un acto de autonomía. Y el contrato o es acto de autonomía, o no es.

... y su preeminencia lógica Entre las diversas fuentes del reglamento contractual existe por consiguiente una ideal jerarquía, que ve la voluntad de las partes en posición preeminente. En efecto, esta es *fuerza necesaria*, mientras que las fuentes heterónomas son solo *eventuales*: teóricamente se concibe (aunque en la práctica se dará raramente) un reglamento contractual construido solamente por la fuente voluntaria sin el concurso de fuentes externas; mientras es teóricamente inconcebible un reglamento construido solamente por fuentes heterónomas sin el concurso de la voluntad de las partes.

La hipótesis de que la voluntad de las partes se limite a determinar el contenido "mínimo" del contrato es hipótesis extrema, más académica que real. En la realidad es normal que las partes aprovechen la habilitación dada por el art. 1322¹ para determinar con más amplitud, según sus acordes voluntades, el reglamento contractual.

3. LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD: EL TEXTO CONTRACTUAL Y LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO

La voluntad de las partes que, en el papel de fuente autónoma, opera para la construcción del reglamento contractual es la misma voluntad que opera para la formación del acuerdo necesario para celebrar el contrato.

Por lo tanto, es voluntad común de ambas partes, y no voluntad unilateral de una sola parte (salvo los casos en los cuales el acuerdo de las partes atribuya a una de estas el poder de determinar unilateralmente, en alguna medida, el objeto del contrato: 15.11): lo dice con claridad la norma que habla de “*común intención de las partes*”, sobre la cual regresaremos (20.4).

Voluntad
común
(acuerdo)

Además es voluntad manifestada, y no voluntad mantenida cerrada en el fuero interno: es decir, voluntad percible y reconstruible socialmente, a través de signos que sean portadores de significados según un código socialmente compartido.

Voluntad
manifestada

Los signos que manifiestan la voluntad edificadora del reglamento contractual pueden ser diferentes, al igual que los que manifiestan la voluntad de celebrar el contrato: signos lingüísticos, de lenguaje verbal o escrito, o bien signos de comportamiento. Sin embargo, no existe siempre plena coincidencia entre los signos capaces de significar *acuerdo para la celebración del contrato* y signos capaces de significar *acordes voluntades sobre este y aquel punto del reglamento contractual*. Ello vale sobre todo cuando la manifestación de voluntad se realiza con la más compleja y evolucionada técnica del lenguaje escrito.

Acuerdo para
la
celebración...

... y sobre el
reglamento

Ayuda recordar la distinción entre declaración contractual y texto contractual (9.3): para decir que la voluntad edificadora del reglamento contractual es la manifestada en el texto, y no la manifestada en la declaración.

Declaración y
texto

El texto contractual es un conjunto de proposiciones, que expresan cláusulas.

La cláusula es la *unidad elemental del texto* (y por consiguiente, del reglamento) contractual: es una *disposición homogénea con la cual las partes regulan un determinado aspecto de su relación, nacida del contrato*. Pueden existir textos contractuales simples, formados por poquísimas cláusulas; y textos contractuales complejos formados por un centenar de cláusulas que ocupan decenas y decenas de páginas.

Cláusula

Por regla las cláusulas están organizadas en “artículos” (es frecuente el empleo de este término, el cual designa la organización de la normas dentro de las leyes) con numeración y a veces con subnumeración progresiva (1, 2, 3...etc.; y –al interior de 3– 3.1, 3.2, 3.3... etc.), y a veces con una sumilla que designa el objeto (“precio”, “lugar y modalidad de entrega”, “garantías”, “facultad de rescate”, etc.).

Estructura y
organización
de las
cláusulas

Sin embargo, no siempre a un "artículo" del texto corresponde a una cláusula, y una sola. El artículo, en cuanto articulación del texto, es una proposición lingüística (o un conjunto de proposiciones). En cambio *la cláusula no es una proposición, sino una disposición: no tiene valor lingüístico, sino preceptivo; es parte no del texto contractual, sino del reglamento contractual.*

Proposiciones
y
disposiciones
(cláusulas)

Identificación
de la
"cláusula":
relevancia

De manera que un mismo artículo puede acoger varias cláusulas distintas, si contiene diversas disposiciones reguladoras de la relación contractual, cada una dotada de consistencia autónoma: así, si el artículo del texto titulado "Precio" cita que "El precio se establece en 10,000 euros, a pagarse en dos cuotas de 5,000 cada una entre el 30 de setiembre y el 31 de diciembre del presente año", en realidad este contiene dos cláusulas, una dedicada al importe del precio y la otra al plazo del pago. Igualmente, puede suceder que el sentido preceptivo de una proposición del texto resulte solo de la combinación de ella con otra proposición, materialmente diferente: en tal caso, las dos proposiciones expresan una única cláusula.

Identificar si una proposición del texto contractual expresa una única cláusula, o dos o más cláusulas, o solo un fragmento de cláusula, puede ser importante para la aplicación de las normas que para diversos fines disciplinan las "cláusulas" del contrato, y por consiguiente presuponen la identificación de lo que es "cláusula": en particular, las normas sobre la invalidez de una determinada "cláusula"; sobre la sustitución automática de la "cláusula" inválida (21.11); sobre los reflejos que la invalidez de la singular "cláusula" puede tener sobre el resto del contrato (39.1).

Cláusula
contrato

Para los fines antes mencionados (pero también para otros) puede ser importante, luego, distinguir entre *cláusulas no autosuficientes*, que no se podrían concebir sino al interior de un contrato (por ejemplo, la cláusula que determina el precio); y *cláusulas autosuficientes*, llamadas también cláusulas-contrato. Estas, aunque insertadas dentro de un más amplio reglamento contractual, podrían también vivir una vida autónoma fuera de este, constituyendo por sí solas un contrato autónomo: por ejemplo, una cláusula compromisoria, una cláusula penal, un pacto de no competencia.

Empleos
normativos
del término

Algunas normas se refieren genéricamente a las "cláusulas" (arts. 1339, 1340, 1342, 1363, 1367, 1368, 1370, 1419); otras a cláusulas identificadas por un preciso contenido (como las "cláusulas de exoneración de responsabilidad" *ex* art. 1229; pero *cfr.* también arts. 1382, 1407, 1456, 1462, 1469-*bis*³, 1567 y s.); otras aún a cláusulas identificadas por una característica general como la de ser "vejatorias" (art. 1469-*bis*¹). A veces la ley emplea otros términos, como sinónimos de cláusulas: "condiciones" (*cfr.* art. 1341) o "pactos" (*cfr.* arts. 1411², 1487², 1490², 1500, 2722 y s.).

4. CLÁUSULAS DE ESTILO Y OTROS CONTENIDOS NO PRECEPTIVOS DEL TEXTO CONTRACTUAL

El texto contractual es relevante en cuanto portador de un reglamento contractual; sus proposiciones interesan no por su valor literario, sino porque expresan disposiciones preceptivas sobre derechos y obligaciones de las partes. Sin embargo, puede suceder que el texto contractual contenga proposiciones desprovistas de valor de verdadero precepto contractual.

Ello puede suceder con las denominadas cláusulas de estilo: proposiciones que se presentan con la apariencia precisamente de "cláusulas", es decir de preceptos del reglamento contractual; pero que en realidad no tienen valor preceptivo, de manera que su presencia en el texto no incide sobre las posiciones de las partes. Piénsese en la cláusula con la cual se dice que el incumplimiento de las obligaciones contractuales dará lugar a la resolución del contrato (consecuencia ya prevista por la ley); o con la cual se declara aprobar específicamente algunas otras cláusulas consideradas "onerosas" *ex art. 1341²* (cuando en realidad no concurren los presupuestos de aplicación de la norma); o con la cual se dice que el inmueble es comprado o vendido "en el estado de hecho y de derecho en el que se encuentra".

Cláusulas de estilo

La conclusión de que una "cláusula" del texto no forma parte del reglamento porque es de "estilo", requiere, por lo demás, cautela, y una rigurosa determinación a conducir en concreto: es necesario estar seguros, por ejemplo, que la proposición sobre la resolución como consecuencia del incumplimiento no sea en realidad una cláusula resolutoria expresa, que no es para nada de estilo sino que tiene un preciso valor preceptivo (43.8).

A menudo, el texto contractual contiene proposiciones que no son preceptivas, sino asertivas o descriptivas. Con frecuencia están contenidas en las denominadas "premisas" del contrato, en donde se representan condiciones u objetivos de las partes, estados de hecho o de derecho relevantes para el contrato, etc. A veces son "definiciones" de elementos igualmente relevantes para el contrato.

Premisas

Definiciones

¿Tienen algún valor, a los fines del reglamento contractual? Si lo tienen, ¿qué valor? La pregunta puede recibir respuestas diferentes, según los casos concretos. El valor preceptivo de la proposición puede subsistir, aunque aparentemente desmentido por las modalidades de la formulación lingüística (un fenómeno inverso al de las cláusulas de estilo): el texto puede constituir una obligación de la parte aunque no use el verbo "deber", aunque use un simple indicativo; la descripción de un bien o de un servicio puede implicar el compromiso de proporcionarlo con las cualidades descritas (cfr. art. 9^o D. Leg. 111/1995, sobre el valor vinculante de los "folletos informativos" de turismo), etc. Pero la representación de un estado de hecho o de derecho, contenida en el contrato, puede ser relevante también para otros fines, por ejemplo, para identificar la presencia de un error (35), o de una presuposición (47.2-3).

Valor preceptivo

5. LA DETERMINACIÓN POR FUENTES EXTERNAS (INTEGRACIÓN)

La voluntad de las partes, incluso cuando define el contenido “mínimo” del reglamento contractual, necesario para identificar la fisonomía esencial de la operación, casi siempre resulta insuficiente para regular toda la operación: comúnmente el acuerdo de las partes regula algunos aspectos, pero no todos.

El reglamento acordado presenta de este modo lagunas, que son colmadas para llegar a un reglamento completo. La parte faltante del reglamento es edificada por otras fuentes: que, en cuanto diversas de la voluntad con la cual las partes realizan su autonomía, son fuentes heterónomas o externas. Fuente externa puede ser la ley: si ninguna cláusula del texto acordado regula el momento del pago del precio de la venta, la regla se inserta en el reglamento contractual por el art. 1498², y es que el pago debe hacerse con la entrega. Fuente externa puede ser el juez: si ninguna cláusula del mutuo regula el plazo para la restitución de la suma, la laguna es colmada por el juez que fija el plazo (art. 1817), y de este modo, concurre con la (lagunosa) voluntad de las partes para construir el conjunto del reglamento contractual.

La inevitable presencia de lagunas en el reglamento contractual acordado entre las partes lleva a decir que casi siempre los contratos (especialmente los más complejos, inherentes a operaciones y relaciones de larga duración) son incompletos. El fenómeno es considerado con atención por la doctrina microeconómica, que ha elaborado importantes análisis al respecto (teoría de los “contratos incompletos” o de la “no completitud contractual”). Ellas pueden ayudar a la solución de problemas de tratamiento de las relaciones, en la perspectiva del análisis económico del derecho. En el lenguaje de este, las reglas dedicadas a los problemas de la no completitud contractual se llaman habitualmente *default rules*. Trataremos más adelante algunos de estos problemas (en particular, 47).

Además puede suceder que la voluntad de las partes no sea lagunosa, sino que exprese contenidos desaprobados por el ordenamiento. En tal caso la regla voluntaria no puede estar en el reglamento contractual: es expulsada, y en lugar de ella en el reglamento se coloca la diversa regla que el ordenamiento acepta (art. 1339). Por ejemplo: la ley prohíbe en los contratos bancarios cláusulas que establecen “tasas, precios y condiciones más desfavorables para los clientes de los publicitados”; si condiciones así fueran voluntariamente acordadas por las partes, no serían ellas, sin embargo, las que determinarían el reglamento contractual, porque en lugar de ellas el reglamento acogería precios y condiciones diferentes, esto es, los publicitados (art. 117⁶⁻⁷ TUB). Bajo este perfil, el reglamento es construido por la ley.

Lagunas del reglamento acordado

Papel integrativo de la ley...

... y del juez

Contratos incompletos

Default rules

Reglas concordadas pero desaprobadas por la ley: eliminación y sustitución

El mecanismo de la *construcción del reglamento contractual por obra de fuentes heterónomas*, diferentes de la voluntad de las partes, se llama integración del contrato (21).

Integración
del contrato

6. LA CONSTRUCCIÓN DEL REGLAMENTO CONTRACTUAL: INTERPRETACIÓN, CALIFICACIÓN E INTEGRACIÓN

Podemos en este punto delinear toda la secuencia de los pasos a través de los cuales —dado un contrato— se llega a definir el reglamento.

El primer paso es la interpretación. En efecto, los signos que manifiestan la voluntad de las partes en relación con el reglamento contractual, pueden ser oscuros o ambiguos, de manera que no está claro el significado: pero aclarar el significado es indispensable, porque solo así se define la regla que las partes se han impuesto en su autonomía. La interpretación es precisamente la operación que *individualiza el correcto significado de los signos con los cuales las partes han manifestado la voluntad contractual* (por lo general: de las palabras que componen el texto contractual: 20).

Interpretación

La interpretación es el presupuesto del segundo paso, que es la calificación (18.5). Aclarada la voluntad de las partes según los significados extraídos por vía interpretativa, con la calificación se confrontan el contrato que resulta de tal voluntad con los tipos contractuales; y en base a la confrontación *se establece si el contrato pertenece a un tipo, o a otro tipo, o a dos tipos conjuntamente, o bien a ningún tipo*.

Calificación

La calificación abre la vía al tercer paso, es decir, a la integración. En efecto, las fuentes externas operan, además, con referencia a los diversos tipos contractuales: calificar el contrato significa, por lo tanto, *identificar las normas que concurren a construir el reglamento* (en ideal alternativa a otras normas, que introducirían en el reglamento contractual reglas diversas si el contrato fuera reconducible a un tipo diferente). Cuando el acuerdo de las partes no indique el plazo para el pago del bien abastecido, el reglamento es integrado: pero si la calificación dice venta (de cosa futura) la regla integradora es pago a la entrega del bien (art. 1498²); pero si dice contrata, la regla integradora es pago a la aceptación del bien (art. 1665²).

Integración

Esta secuencia es útil como primer, esquemático acercamiento al fenómeno de la construcción del reglamento contractual. Pero, en el concreto de la experiencia, ella no se presenta casi nunca con la pureza y la linealidad del modelo. Puede suceder que la *calificación preceda a la interpretación*: antes se capta que el contrato celebrado por las partes es una venta (y que su reglamento puede por consiguiente ser construido por las normas legales del tipo); y sobre la base de esta calificación/integración se busca luego el significado del acuerdo para ver si y en qué modo la voluntad de las partes derogue esa disciplina, construyendo diversamente el reglamento contractual. Pero es también verdad que para calificar al contrato

Precisiones

como venta, se habrá recurrido —antes— a algún elemento del texto contractual, debidamente interpretado. Y es posible que —tras la interpretación consecutiva a la primitiva calificación— los resultados de ella muestren que la separación voluntaria del tipo es tan radical, como para llevar al contrato fuera de él y así sugerir una diferente calificación.

En lugar de reducir la secuencia a una interpretación realizada de una vez por todas, a la cual sigue una calificación/integración también acabada en sí misma, es por consiguiente más real imaginar una *secuencia abierta compuesta de n fases*: todas (salvo la última) provisionarias etapas intermedias hacia el resultado final. En la fase uno se interpreta, y sobre esta base se califica; en la fase dos se parte de tal calificación para posteriormente interpretar; en la fase tres se basa en esta ulterior interpretación para perfeccionar y, si del caso, corregir la calificación previamente obtenida; y así en adelante con aproximaciones sucesivas hasta la fase n, en la que se pone definitivamente a punto el reglamento contractual resultante de esta trama, compuesta con una continua alternancia entre interpretación, calificación e integración.

Secuencia
abierta

Circularidad
de la
secuencia

En otras palabras: pensar en una *secuencia no rectilínea, sino circular*.

7. JUICIOS DE HECHO Y VALORACIONES JURÍDICAS EN LA CONSTRUCCIÓN DEL REGLAMENTO CONTRACTUAL

Problema relevante es si las actividades de interpretación y de calificación/integración se traduzcan en juicios de hecho o en valoraciones jurídicas. Las consecuencias prácticas de la respuesta son evidentes: en el primer caso el error del juzgador es *error de fondo*, no controlable en sede de casación; en el segundo caso es *error de Derecho*, contra el cual se puede ir en casación.

Relevancia
práctica

Interpretación:
hecho

Calificación/
integración:
Derecho

La fórmula corriente es que la interpretación —en cuanto dirigida a verificar un hecho histórico, la común voluntad de las partes reconstruida sobre la base de los signos que la manifiestan— produce juicios de hecho; mientras la calificación/integración —en cuanto, aplicación de normas jurídicas al hecho histórico determinado en vía interpretativa— produce valoraciones de Derecho.

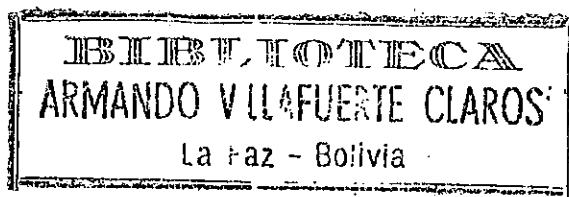
Precisiones
correctivas

La fórmula es un tanto simplista y corre el riesgo de desorientar. Se ha hablado de los enlaces y condicionamientos recíprocos entre interpretación y calificación. La calificación es influenciada por elementos de hecho. Y la interpretación es influenciada por factores jurídicos: porque aunque apunta a determinar la realidad histórica de lo que las partes efectivamente han deseado, debe proceder a tal determinación en el respeto de normas que —como veremos— son verdaderas y propias normas jurídicas, cuya inobservancia da lugar a error de derecho del juzgador (20.2).

Brevemente. Tanto la interpretación como la calificación no se reducen a un único e indiferenciado juicio, sino son más bien el resultado de varios subjuicios: algunos de hecho, otros de derecho. Al interior tanto de la una como de la otra debe, por tanto, distinguirse (y puede ser no fácil) entre esfera de fondo y esfera de legitimidad, a fin de seleccionar lo que es controlable en casación de lo que no lo es.

BIBLIOGRAFÍA

- 1-7. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; A. CATAUDELLA, *Il contenuto del contratto*, Milano, 1966.
3. G. SICCHIERO, *Studi preliminari sulla clausola contrattuale*, en *Contratto e impresa*, 1999, p. 1194; M. FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti tra clausola e negozio*, en *Giustizia civile*, 1959, I, p. 314; C. GRASSETTI, *Clausola del negozio*, en *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1958, *ad vocem*.
4. SANTASIERSE, *Norme di negozio e clausole di stile*, en *Il Nuovo diritto*, 1998, p. 131; C. CHESSA, *Brevi note sull'interpretazione della c.d. clausole di stile*, en *Rivista giuridica sarda*, 1996, p. 4; P. VITUCCI, *Ogni ritardo sarà considerato di scarsa importanza*, en *Rivista di diritto civile*, 1988, II, p. 577; A. DE CUPIS, *Clausola di stile e vizio della volontà*, en *Giurisprudenza italiana*, 1987, IV, p. 319; G. BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1979, p. 1190; N. COVIELLO jr., *Appunti sulla clausola di stile nei contratti*, en *Il Foro italiano*, 1963, IV, p. 116; V. TEDESCHI, *Appunti e spunti in tema di clausole di stile*, en *Annali Genova*, 1963, p. 96; B. BIONDI, *Dissenso contrattuale, clausole di stile, condizione risolutiva e modus*, en *Il Foro padano*, 1962, I, p. 1099; F. MESSINEO, *Considerazioni sulle clausole contrattuali "di stile"*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, p. 27.
5. G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000; G. BELLANTUONO, *Le regole di default nel diritto dei contratti*, en *Rivista di diritto civile*, 2000, I, p. 427.



CAPÍTULO XX

LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

1. Razones y fines de la interpretación.— 2. Las reglas de la interpretación.— 3. Interpretación subjetiva y objetiva.— 4. La interpretación subjetiva: letra del contrato y común intención de las partes.— 5. Expresiones generales; ejemplificaciones.— 6. Criterio de comportamiento; criterio de la globalidad.— 7. La interpretación objetiva: el criterio de la buena fe.— 8. *Sigue*: coherencia con el contrato; prácticas interpretativas.— 9. La interpretación objetiva finalizada: conservación del contrato; interpretación contra el predisponente; reglas finales.— *Bibliografía*.

1. RAZONES Y FINES DE LA INTERPRETACIÓN

La interpretación es la atribución de un significado a los signos que manifiestan la voluntad contractual: entendida como voluntad (común) de un determinado reglamento contractual.

La razón de la interpretación —su necesidad— está, primeramente, en el hecho de que los signos usados por los contratantes (principalmente sus palabras, pronunciadas o escritas) pueden ser oscuros o ambiguos: pueden no expresar ningún significado inmediatamente percible; o expresar dos o más significados posibles, diversos entre sí (expresiones polisémicas); hasta el extremo de la antinomia, cuando una proposición del texto expresa un significado y otra expresa un significado opuesto o incompatible. Pero el contrato debe tener un significado, y puede tener uno solo —el correcto significado—. Encontrar el correcto significado del contrato es el fin de la interpretación.

La interpretación es siempre necesaria, porque todos los signos, cualquiera que sea el código al que pertenecen, tienen un *halo de indeterminación semántica* que detrás de un significado aparente puede esconder un diverso y más correcto significado. También cuando se dice que no existe necesidad de interpretación porque el contrato es claro, y tiene claramente un cierto significado, en realidad —aunque inconscientemente— se interpreta: porque se elige un significado en lugar de otros. El viejo brocardo *in claris non fit interpretatio* debe rechazarse, si se lo considera en el sentido

Oscuridad y
ambigüedad
del texto

Correcto
significado
del contrato

Necesidad de
la
interpretación

In claris...

de que la claridad del texto contractual excluye radicalmente la actividad interpretativa; se puede salvarlo, haciendo referencia al modo con el cual debe interpretarse un texto aparentemente claro (20.4).

Por otro lado, es verdad que el área de la incertidumbre sobre los significados contractuales (y he aquí el papel de la interpretación) se reduce, en cuanto más el texto está escrito con claridad y precisión: como la ley impone, respecto a particulares tipos o clases de contratos (8.2).

Interpretación
y celebración
del contrato

Además de determinar el significado del contrato (del cual no sea dudosa la celebración), la interpretación de las declaraciones contractuales puede tener también otra tarea: determinar si el contrato se ha celebrado. Por ejemplo: interpretando la declaración de aceptación se establece si esta es conforme o no respecto a la oferta (5.7); interpretando un cierto pasaje del texto suscrito por las partes se establece si estas reservan el surgimiento del vínculo al futuro acuerdo sobre ciertos puntos, aún no definidos (6.11).

2. LAS REGLAS DE LA INTERPRETACIÓN

Arts. 1362-
1370Normas
jurídicas

Destinatarios

La interpretación está sujeta a reglas, que vinculan la actividad del intérprete: las contenidas en los arts. 1362-1370. Mientras en el pasado tenía crédito la idea de que las reglas interpretativas fueran simples criterios lógicos o de experiencia, sugeridos más que impuestas al intérprete, hoy no se duda de que sean verdaderas y propias normas jurídicas, jurídicamente vinculantes. Ellas vinculan a sus destinatarios, es decir, a todos aquellos que con diverso título puedan resultar interesados en el contrato a interpretar: con consecuencias que se especifican en relación a las diversas categorías de destinatarios.

Juez

Juicio de
derecho...

Destinatario de las reglas interpretativas es el juez, interesado en el contrato por su papel profesional de decisor de controversias nacidas en torno a este: para decidir las controversias contractuales el juez debe individualizar la existencia y el contenido de los derechos y de las obligaciones contractuales; estos dependen del correcto significado del contrato y, por tanto, de su interpretación. Si el juez viola las reglas legales de interpretación, incurre en error de Derecho: y la parte que se considera penalizada por la incorrecta interpretación puede lamentarse en sede de casación.

... y de hecho

De este caso debe distinguirse aquel de la interpretación incorrecta por error en la determinación de un hecho relevante con fines interpretativos. Por ejemplo, veremos que una regla de interpretación impone tener en cuenta el comportamiento de las partes (20.6). Si el juez obtiene una cierta interpretación del contrato en base a la determinación de que las partes han tenido el comportamiento (X), y la determinación es equivocada porque en realidad las partes han tenido otro comportamiento (Y), este error toca el fondo y no es controlable en casación. Sería, en cambio, controlable el juicio en el que —determinado el comportamiento— el juzgador olvide considerar la relevancia con fines interpretativos; o niegue la relevancia sin adecuada motivación; o deduzca la relevancia en una dirección lógicamente inadecuada.

Además, las reglas interpretativas vinculan a las partes. En este sentido, cuando las partes litigan sobre el contrato es normal que cada una atribuya un sentido diferente (más favorable a sí misma) respecto al sentido afirmado por la contraparte. Estas sostienen interpretaciones diferentes, y naturalmente cada una afirma que la propia interpretación es la única correcta, mientras que la de la contraparte es equivocada: A niega que el contrato, correctamente interpretado, le atribuya una cierta prestación, y por consiguiente rechaza ejecutarla, en cambio B en base a su interpretación, la pretende y —no recibéndola— niega a A su prestación oponiéndole una excepción de incumplimiento (44.2). Pero de este modo *cada parte asume el riesgo de la propia interpretación*: si en el posterior juicio resulta que es correcta la interpretación de B, A sufre las consecuencias de su interpretación equivocada, porque ve imputársele el incumplimiento de la prestación; en el caso contrario la correcta interpretación del contrato afecta a B, cuya excepción de incumplimiento resulta infundada.

Partes

Riesgo de la interpretación

La interpretación del contrato es materia disponible de las partes: ellas pueden acordar que la cláusula de su contrato deba interpretarse según un cierto significado, aunque la aplicación de las normas interpretativas podría justificar un significado diferente. Por ello, debe considerarse que si las partes litigantes aducen en causa *la misma interpretación* del contrato, el juez no puede desatenderla a favor de otra, por él considerada más conforme a los arts. 1362 y ss. En cambio, si las partes aducen dos *interpretaciones divergentes*, el juez puede decidir y motivar sobre la base de una tercera interpretación del contrato, no coincidente con ninguna de las dos (en los límites, se entiende, en los cuales ello no signifique pronunciar *ultra o extra petita*).

Disponibilidad de la interpretación

Interpretaciones de parte y poderes del Juez

Vinculados a las reglas interpretativas pueden estar también los terceros, variadamente interesados en el contrato. El tercero a cuyo favor las partes han contratado *ex art. 1411 (26.1-3)* puede afirmar derechos hacia el promitente con los únicos límites marcados por el sentido que esas reglas atribuyen al contrato. Si X, titular de una exclusividad respecto de A, lamenta la lesión como efecto de un contrato entre A y B, puede verse rechazar la pretensión resarcitoria porque el contrato entre A y B, correctamente interpretado, no viola la exclusividad. Si un tercero interesado impugna de nulidad el contrato, su acción puede ser rechazada porque la correcta interpretación del contrato lleva a excluir la postulada razón de nulidad.

Terceros

Las normas sobre la interpretación se refieren al contrato en general. Sin embargo, surge la pregunta de si ellas no deban recibir aplicaciones diferenciadas, en relación a las especificidades de las diversas clases de contrato. En línea de principio, la respuesta es negativa. Por lo demás, es evidente que el intérprete afrontará, de hecho, una materia de interpretación distinta (y, por consiguiente, problemas interpretativos diversos), por ejemplo, según el modo de formación del contrato: por declaraciones o por comportamientos concluyentes; y en el primer caso en forma verbal o parcialmente escrita (aceptación verbal de la oferta escrita) o totalmente escrita; y en este último caso con un texto elaborado en común o bien elaborado por una parte y solo suscrito por la otra. O según la naturaleza de las

Distintas clases y tipologías de contratos

partes: directo interesado que contrata en nombre propio o representante que contrata por otros; persona física u organización; organización pública o privada.

Ámbitos de aplicación

El área de aplicación de los arts. 1362 y ss. es más amplia de aquella señalada de la interpretación de los contratos. En efecto las normas (o al menos algunas de estas) se consideran en alguna medida aplicables también a la interpretación de *actos diversos de los contratos*: actos unilaterales (no solo patrimoniales, y no solo entre vivos); estatutos, acuerdos, reglamentos de organizaciones; resoluciones administrativas.

Interpretación del contrato...

... y de la ley

La interpretación del contrato es operación obviamente diferente de la interpretación de la ley (art. 12 Prel.). Surge el problema si deban aplicarse los criterios de la una o de la otra para interpretar la *cláusula contractual que reproduzca una norma legislativa*. Conviene distinguir. Cuando la norma reproducida sea *imperativa* (21.10), ella opera en el reglamento contractual como fuente normativa de integración, prescindiendo de la voluntad de las partes, y por consiguiente es interpretada como norma. En cambio, cuando sea *dispositiva* (21.3), se puede y se debe indagar —con los criterios de interpretación del contrato— si la voluntad de las partes fuera en el sentido de atraerla al reglamento con un significado eventualmente diferente del que le asignaría la interpretación de la ley; si es sí, este diverso significado prevalece.

3. INTERPRETACIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA

Todas las reglas interpretativas tienen un objeto y un fin común: se aplican a los signos con los cuales las partes han manifestado la voluntad contractual (por lo general, pues, a las palabras del texto), para obtener un significado. Sin embargo, ellas se dividen en dos clases, diferenciándose por la lógica con la que operan en la búsqueda del significado de esos signos.

Interpretación subjetiva

Las reglas de interpretación subjetiva buscan el *significado correspondiente a la "común intención de las partes"* (art. 1362¹); apuntan a verificar lo que concreta y efectivamente (y —se entiende— concordemente) las partes han querido en relación al reglamento contractual. Son —según la opinión más difundida en doctrina y en jurisprudencia— las de los arts. 1362-1365.

Por otro lado, puede suceder que, no obstante el correcto empleo de los criterios de interpretación subjetiva, no se llegue a determinar la efectiva, concreta común intención de las partes, que permanece oscura o ambigua. O puede también resultar que no existe ninguna común intención de las partes sobre el punto materia de interpretación, porque la representación mental y la voluntad individual con la cual, sobre ese punto, una parte entró en el contrato, eran distintas de las de la contraparte: evento no improbable, si se recuerda lo que se dijo a propósito de la tensión entre declaración y

texto contractual (19.3). Bajo estos presupuestos entran en juego las reglas de interpretación objetiva, para atribuir al contrato un *significado que la ley considera objetivamente adecuado*. En la enseñanza común son las de los arts. 1366-1371.

Interpretación
objetiva

Entre las dos clases de reglas existe una *jerarquía*. Antes se aplican las reglas de interpretación subjetiva. Solo después, y solo en el caso de que estas no hayan tenido éxito para develar la común intención de las partes, se pasa a aplicar las reglas de interpretación objetiva. Es decir: las reglas de interpretación objetiva tienen valor subsidiario respecto a las de la interpretación subjetiva. La primacía de estas últimas refleja el *papel prioritario de la voluntad de las partes en la construcción del reglamento contractual* (19.2).

Prioridad de
la
Interpretación
subjetiva

Subsidiariedad
de la
Interpretación
objetiva

Un ejemplo. Del texto del contrato no está inmediatamente claro si signifique (a), en cuyo caso el contrato sería nulo, o (b), en cuyo caso sería válido: si las reglas de interpretación subjetiva llevan a decir que la voluntad de las partes está en el sentido (a), este prevalece, y el contrato es nulo; por consiguiente, no se aplica la regla (de interpretación objetiva) de conservación, que en la duda favorece la interpretación que salva al contrato, y por lo tanto haría preferir el significado (b); esta podría aplicarse solo si ninguna regla de interpretación subjetiva llegara a resolver la duda entre (a) y (b).

También puede plantearse una jerarquía interna entre las reglas interpretativas pertenecientes a la misma clase, algunas de las cuales operan solamente de manera subsidiaria respecto a las otras. Lo veremos más adelante.

Jerarquías
internas

El cuadro apenas representado corresponde a la opinión más difundida. Sin embargo, alguna doctrina lo pone a veces en discusión, tanto en el plano de su integral coherencia lógica, como en el plano más específico relativo a la colocación de las diversas reglas interpretativas en una u otra clase: cada cierto tiempo algunos autores sostienen que esta o aquella regla, comprendida entre los arts. 1362-1365, es de interpretación objetiva; o que, viceversa, esta o aquella regla comprendida entre los arts. 1366-1371, es de interpretación subjetiva.

4. LA INTERPRETACIÓN SUBJETIVA: LETRA DEL CONTRATO Y COMÚN INTENCIÓN DE LAS PARTES

Base de la interpretación subjetiva es la regla que impone “indagar cuál ha sido la común intención de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras” (art. 1362¹).

Art. 1362¹

Esta implica un contrato celebrado no por comportamientos concluyentes si no por declaraciones, por lo tanto, provisto de un texto hecho de palabras. Y contrapone *significados sugeridos por la letra del texto contractual* (interpretación textual o literal) con *significados diversos*, extraídos de la búsqueda de la efectiva voluntad de las partes (interpretación

psicológica, basada también sobre criterios extratextuales), dando preferencia a estos últimos.

Interpretación textual

Punto de partida es la interpretación textual, que se basa en el *significado expreso de las palabras del texto y de sus conexiones sintácticas*, según el código lingüístico compartido por la comunidad de hablantes a la que pertenecen los contratantes: a ella el intérprete no debe “limitarse”, pero por ella debe sí pasar. La interpretación textual puede dejar márgenes de oscuridad o ambigüedad semántica (cierta palabra puede tener dos diversos significados, ambos compatibles con el código lingüístico de referencia): en tal caso es natural —más bien indispensable— dirigirse a la búsqueda de la efectiva “común intención” de las partes, mediante datos extratextuales. Más problemática es la elección de la conducta interpretativa a seguir cuando la interpretación textual establece significados claros y unívocos.

Texto oscuro o ambiguo

Datos extratextuales

In claris...

No ayudan las máximas de jurisprudencia, a menudo aparentemente contradictorias: a veces se lee que cuando la interpretación textual no deja espacio a dudas, se debe detener en ella (*in claris non fit interpretatio*); otra vez, al contrario, también en presencia de un texto literalmente claro el intérprete no debe contentarse, sino más bien abrirse a la posibilidad de encontrar significados distintos, correspondientes a la “común intención” de las partes, a las que debe dar preferencia. El aparente contraste puede ser racionalizado, en términos que definen sentido y límites en los cuales puede acogerse la regla “*in claris*”.

Texto claro

Interpretación anti-textual

Frente al texto claro, se trata de ver si subsisten o no elementos extratextuales (por ejemplo, comportamientos de las partes en fase de ejecución del contrato) capaces de poner en discusión el significado literal y de sugerir un diverso significado más adherente a la “común intención” de las partes. Si elementos así no subsisten el intérprete puede y debe conformarse con el significado del texto, motivándolo con exclusiva referencia al texto. En cambio, si el intérprete registra elementos extratextuales portadores de un posible significado diverso, puede y debe verificar si estos tienen vigor semántico suficiente para subvertir el significado literal (y, naturalmente, si señalan una intención de veras “común” a ambas partes): en caso afirmativo, dará preferencia al significado expresado por los elementos extratextuales.

Carga de motivación

Sin embargo, tendrá la carga de motivar la subversión con particular fuerza y precisión, porque el texto claro hace presumir que su significado corresponda a la voluntad de las partes, el significado literal es por lo tanto la *regla*, y el alejamiento de él —aunque posible— es la *excepción* que para acreditarse necesita de sustentos muy sólidos.

Contratos formales

A la posible afirmación de un significado extratextual (dentro de los límites apenas vistos) *no es obstáculo la formalidad del contrato*: si el contrato requiere forma escrita, lo esencial es que tenga un texto (escrito); pero su significado, conforme a la voluntad de las partes, puede captarse también de elementos externos al texto (según la misma *ratio* que

gobierna la determinación *per relationem* del objeto solo determinable en los contratos formales: 10.6).

5. EXPRESIONES GENERALES; EJEMPLIFICACIONES

Los arts. 1364 y 1365, pacíficamente comprendidos entre las reglas de interpretación subjetiva, no indican criterios extratextuales para la búsqueda de la voluntad de las partes; más bien dan indicaciones de método sobre el modo en el cual enlazar significados textuales y búsqueda de la común intención.

El art. 1364 tiene una *lógica restrictiva*, porque sugiere significados más reducidos de los que resultarían del texto: aunque el contrato usa expresiones generales, este cubre *solamente* “los objetos sobre los cuales las partes se han propuesto contratar”.

Expresiones
generales

Existe una dosis de *tautología*: para ayudar al intérprete a buscar —más allá del texto— la verdadera voluntad contractual, se le remite a lo que las partes “se han propuesto”, ¡que es como decir a su voluntad contractual! Las (escasas) aplicaciones jurisprudenciales se refieren por lo general a *transacciones*: si las partes escriben que con el acuerdo de transacción han definido “toda controversia surgida entre ellas” y no tienen “ninguna pretensión” la una respecto de la otra, ello está referido solo a las controversias deducidas en la transacción (no a las otras surgidas o susceptibles de surgir entre las partes); y solo a las pretensiones sobre las cuales vertían esas controversias (quedando vivas las otras pretensiones que una parte pueda tener respecto a la otra por títulos distintos).

En cambio, el art. 1365 tiene una *lógica extensiva* porque sugiere significados más amplios de los literales: cuando una cláusula indica el propio objeto o los propios efectos haciendo específica referencia a uno o más casos, “no se presumen excluidos los casos no expresados”. Así, si el vendedor garantiza que el terreno está “libre de vínculos o derechos de terceros, como hipotecas y servidumbres”, la garantía podrá considerarse referida también al vínculo de expropiación creado por un instrumento urbanístico.

Ejemplificacio-
nes

No obstante, otros casos no mencionados podrán quedar excluidos: si el terreno es alquilado a un cultivador directo y el comprador lo sabe, luego, no podrá sostener que la garantía cubre también el vínculo creado por el alquiler. En definitiva, la norma se limita a excluir cualquier presunción de taxatividad, *sin crear ninguna contrapresunción de ilimitada extensión más allá de los casos no expresados*: los casos no expresados están cubiertos por la cláusula solo si son reconducibles a ella “con arreglo a la razón”; y solo si de elementos extratextuales no emerge que la común intención de las partes estaba en el sentido de excluirlas.

6. CRITERIO DE COMPORTAMIENTO; CRITERIO DE LA GLOBALIDAD

Extratextual por definición es el criterio que el art. 1362² ofrece al intérprete: aquel basado en la valoración del "comportamiento integral" de las partes "aun posterior a la celebración del contrato" (art. 1362²).

Comportamiento de las partes:

de ambas...

En cuanto funcional a determinar la "común intención" de las partes, el comportamiento relevante es el que se refiere a una y otra, ya no al comportamiento unilateral de una sola de ellas: si A ejecuta el contrato ambiguo según el significado más favorable a él, ello evidentemente no basta para concluir que esa es la correcta interpretación; es necesario que a ese comportamiento de A se asocie el comportamiento de B que, recibiendo tal ejecución, lejos de lamentarse se manifieste satisfecho. El comportamiento de una sola parte puede tener importancia si manifiesta un *significado contrario al interés de quien lo tiene*: si A ejecuta según el significado favorable a B, ello puede bastar para considerar que ese significado corresponda a la común intención de las partes.

... y de una sola

Protestatio

La relevancia del comportamiento que objetivamente indique un cierto significado, puede ser disuelta por la contraria *protestatio* de la misma parte, que de manera explícita desmienta ese significado. También la *protestatio* es un "comportamiento" de la parte, que se debe tener en cuenta.

Comportamiento sucesivo

Es relevante, por expresa previsión de la norma, el comportamiento posterior al contrato. Puede consistir en declaraciones, que las partes se intercambian entre sí o dirigen a terceros. Pueden ser *declaraciones de juicio o de voluntad*. Pueden ser también *negocios*: la celebración de un contrato distinto y posterior respecto a aquel a interpretar, entre las mismas partes o entre una parte y un tercero es "comportamiento" susceptible de revelar la común intención de las partes. Pero el comportamiento puede consistir también en *operaciones o actos materiales*: en particular, un cierto modo de ejecutar el contrato; un cierto modo de reaccionar (o no reaccionar) frente al comportamiento ejecutivo de la contraparte.

Valor interpretativo...

... o (tácitamente) modificativo

Imaginemos que el comportamiento de las partes posterior al contrato, haga emerger la común intención orientada en sentido distinto respecto al sugerido por la letra del texto: puede ser difícil, en concreto, entender si este distinto significado pertenezca a ese contrato, correctamente interpretado; o en cambio pertenezca a un nuevo (tácito) contrato, modificativo del anterior. ¿Si A ejecuta de manera no conforme al significado literal del texto, y B se muestra contento, se debe obtener que el contrato es entendido (como la lógica de la interpretación permite) en sentido antitextual? O bien ¿que A y B han celebrado por hechos concluyentes un nuevo contrato en modificación del anterior? La cuestión puede tener *relevancia práctica*: por ejemplo, en relación con el art. 2723, que limita la prueba testimonial de los pactos sucesivos al contrato escrito (mientras ningún límite encuentra quien desea probar por testigos una cierta interpretación del contrato escrito).

El art. 1362² da relevancia al comportamiento “aun” posterior de las partes: se deduce que tiene importancia también el anterior al contrato. Por ejemplo: el modo en que las partes constantemente han operado en el ámbito de la anterior relación de negocios que las liga, es elemento para interpretar el más reciente contrato celebrado entre ellas; lo que las partes han hecho o dicho en sede de tratativa, puede ilustrar sobre el sentido del contrato que es su resultado, sugiriendo significados diferentes de los literales; las previsiones del contrato preliminar pueden inducir a separarse del texto literal del definitivo; así también los acuerdos verbales respecto al contrato repetido en forma escrita. Brevemente: puede resultar que el texto del contrato traicione la verdadera intención de las partes, revelada, en cambio, por sus comportamientos precontractuales.

Comportamiento anterior

Aquí surge un punto crítico: ¿la diferencia entre significado literal del texto y significado sugerido por elementos extratextuales anteriores no indicará más bien que con ese sucesivo texto las partes, al momento de cerrar su contrato, han querido concientemente apartarse de los precedentes acuerdos parciales y provisionales, o innovar las praxis del pasado?

Límite de relevancia

Frente a un texto claro, *prima facie* deberá considerarse precisamente esto: que el texto posterior sea, por su misma posterioridad, más adherente a la común intención de las partes de cuanto lo sean los anteriores elementos extratextuales. No se excluye que resulte lo contrario: pero deberá resultar de elementos particularmente fuertes, con una carga de motivación particularmente pesada a cargo de quien sostiene el significado extratextual.

Un significado antiliteral, conforme a la voluntad de las partes, puede desprenderse del empleo del criterio de globalidad, que da lugar a la denominada *interpretación sistemática*: “Las cláusulas del contrato se interpretan *las unas por medio de las otras*, atribuyéndose a cada una el *sentido que resulta de la integridad del acto*” (art. 1363).

Criterio de globalidad

Aquí el dato extratextual es (...) otro texto, un texto distinto del que es necesario interpretar. A menudo el significado de una cláusula es ilustrado por otra cláusula, y solo poniéndolas en relación se capta la voluntad de las partes: si una cláusula se limita a disponer la atribución del bien de A a B, solo de otra cláusula que establece el pago de un precio se comprende que las partes han considerado la atribución a título de venta.

La *invalidéz* de la cláusula no excluye su empleo como medio para interpretar otra.

Ámbito del criterio

El criterio de la globalidad no se refiere solo a las relaciones entre cláusulas, entendidas como unidades elementales del texto contractual (19.3). Se refiere también a las *relaciones entre elementos de una misma cláusula*: cuyas específicas palabras o proposiciones son interpretadas a la luz de las otras palabras o proposiciones que la componen. Se refieren también a *elementos que no son cláusulas* en sentido propio, como las eventuales “premisas” al contrato y sus “anexos” (fichas técnicas, descripciones o listas de bienes o de actividades, etc.), que deben interpretarse a la luz de las cláusulas, y sirven para interpretar las

cláusulas. Finalmente, puede extenderse a las relaciones entre el contrato a interpretar y un *contrato vinculado*, capaz de ilustrar el significado del primero.

7. LA INTERPRETACIÓN OBJETIVA: EL CRITERIO DE LA BUENA FE

Presupuestos: La aplicación de las reglas de interpretación objetiva está circunscrita por dos condiciones de uso.

Oscuridad del texto... La primera es la oscuridad del texto. El texto claro puede ser desmentido, a favor de significados extratextuales, solo por vía de interpretación subjetiva; si esta no hace surgir una común intención de las partes, divergente del significado literal, vale sin duda este último, sin que se deba ni se pueda buscar otro por vía de interpretación objetiva. Todos los arts. 1367-1371, hablando de "duda", "ambigüedad" o similares, expresamente se dicen aplicables solo a textos no claros.

... e impotencia de la interpretación subjetiva La segunda es la impotencia de la interpretación subjetiva para aclarar el texto oscuro: para hacer emerger de elementos extratextuales la voluntad de las partes. En este sentido, las reglas de interpretación objetiva tienen valor subsidiario: entran en juego solo cuando resulte agotado sin resultado el arsenal de las reglas de interpretación subjetiva.

En general, las reglas de interpretación reflejan parámetros de *equilibrio, eficiencia y razonabilidad* de la relación contractual.

Buena fe La primera regla que la opinión común vincula a la interpretación objetiva es aquella según la cual "El contrato debe ser interpretado con arreglo a la buena fe" (art. 1366). Por lo demás, algunos autores la colocan en el área de la interpretación subjetiva; y la exposición de motivos del código (N° 622) habla como de un *quid* intermedio, "punto de sutura" entre las dos clases de reglas interpretativas. En todo caso, es indiscutible su referencia a la buena fe en sentido objetivo, entendida como regla de conducta que impone comportarse con *lealtad, corrección, razonable sensibilidad a los intereses de la contraparte*: la misma buena fe objetiva evocada a propósito de la formación (art. 1337) y ejecución (art. 1375) del contrato, de pendencia de la condición (art. 1358), de excepción de incumplimiento (art. 1460²).

Confianza Para dar mayor concreción y precisión al criterio de la buena fe interpretativa es útil referirse al valor de la confianza: la interpretación con arreglo a la buena fe atribuye al contrato el *significado que una parte había legítimamente confiado que tenía*, de manera que la pretensión de hacer valer contra esa parte una interpretación diferente sería incorrecta y desleal. Si el texto contractual elaborado por una parte y aceptado por la otra es ambiguo, y el aceptante en ocasión de la firma muestra considerarlo con un cierto significado, que el predisponente no desmiente, el aceptante confía

en ese significado contractual: la interpretación con arreglo a la buena fe lo avala y rechaza el distinto significado (compatible con el texto) ahora hecho valer por el predisponente, que había incorrectamente considerado jugar con la ambigüedad. El significado de este modo elegido no corresponde a la común intención de las partes, que aquí no existe puesto que cada una tenía en mente un significado distinto: en este sentido parece apropiado calificar la buena fe como regla de interpretación objetiva.

Voces de la jurisprudencia y de la doctrina asignan al art. 1366 un papel más amplio e incisivo: lo invocan para remediar situaciones de desequilibrio contractual, y en particular para ofrecer fundamento normativo al remedio de la presuposición (47.2-3). Por lo demás, esto significaría confundir dos fenómenos conceptualmente distintos: interpretación e integración del contrato. Es verdad que se trata de fenómenos contiguos, no fáciles de separar con claridad (tanto que en Alemania se habla de "interpretación integrativa", aludiendo justamente a la aplicación de reglas correspondientes a nuestras reglas de interpretación objetiva). Pese a ello conviene hacer el esfuerzo de distinguir: aplicar al contrato desequilibrado el remedio de la presuposición significa integrar el contrato, no interpretarlo; la buena fe que lo inspira es buena fe integrativa (21.6-7), y no interpretativa.

Buena fe
interpretativa...

... e
integrativa

8. SIGUE: COHERENCIA CON EL CONTRATO; PRÁCTICAS INTERPRETATIVAS

La regla de la coherencia dice que las expresiones polisémicas deben entenderse "en el *sentido más conveniente según la naturaleza y el objeto del contrato*" (art. 1369). Algunos autores la reconducen a la interpretación subjetiva.

Coherencia

El criterio resulta escasamente aplicado (o al menos mencionado) en las sentencias. Este impone valorar "objeto" y "naturaleza" del contrato. Esta última alude a la *causa del contrato*: por lo tanto, al tipo de pertenencia (que sabemos es elemento fundamental de la causa), pero también a todos los otros elementos atípicos que componen la causa concreta. De este modo, se delinea la posibilidad de interpretaciones parcialmente diferenciadas por clases de contratos a su vez diferenciadas en base al objeto (atribución de bienes o de servicios, atribución en propiedad o en goce, de bienes muebles o inmuebles, de bienes/servicios estandarizados o individualizados, etc.); o a la causa (contratos onerosos o gratuitos, de intercambio o asociativos, de garantía o de cumplimiento, etc.).

Naturaleza ...

... y objeto del
contrato

Se confirma que entre interpretación y calificación se desarrolla una dinámica biunívoca y no unidireccional: es verdad que para calificar es necesario interpretar; pero esta regla nos dice que para interpretar es necesario calificar.

Otra regla de interpretación objetiva (art. 1368) dice que se debe interpretar el contrato "de acuerdo con lo que se practica generalmente en el lugar en que el contrato haya sido celebrado" (primer párrafo); o, si una

Prácticas
interpretativas

parte es empresario, "en el lugar en donde esté la sede de la empresa" (segundo párrafo).

El valor perseguido no es la probable adherencia a la común intención de las partes (que sobre el punto debe considerarse no conocible, visto que la vía a la interpretación objetiva ha sido abierta por el fracaso de la interpretación subjetiva); es más bien la *uniformidad*. El medio para dar significados uniformes a los contratos que se presentan entre sí uniformes (bajo los perfiles tipológico y territorial) consiste en interpretarlos de manera conforme a lo que generalmente se practica en el lugar del contrato, para los contratos de esa clase.

Uso
Interpretativo

Generalidad

Emerge así la noción de uso interpretativo. Este se *diferencia de las prácticas individuales*, seguidas por singulares contratantes o grupos de contratantes: estas no son "usos" justamente porque carecen de aquella generalidad que es coesencial al uso (aunque, según las tipologías de contrato, la necesaria generalidad podrá referirse a universos más o menos amplios); podrán ser importantes como comportamientos de las partes anteriores al contrato, *ex art. 1362²*. Se diferencia, luego, de los *usos negociales*, o cláusulas de uso, *ex art. 1340*: estos son medios de integración del contrato, no de su interpretación (21.4).

Como medio de interpretación objetiva, los usos determinan el significado contractual *prescindiendo de la prueba de que las partes los conocieran o los quisieran*. Al contrario, su empleo es excluido por la contraria voluntad de las partes: esta prevalece sobre cualquier medio de interpretación objetiva.

Uso
Interpretativo
y norma
dispositiva

Se discute si, en caso de contraste, prevalezca lo previsto por el uso interpretativo o lo previsto por la norma dispositiva. Pero en realidad no debería surgir ningún contraste. Si entra en juego un uso interpretativo, significa que sobre el punto por él considerado existe un texto contractual, aunque no claro; pero si existe un texto contractual, no existe espacio para la aplicación de la norma dispositiva (21.3). En cambio, si sobre el punto considerado falta el texto, la laguna se llena por vía de integración, y no de interpretación: deberá entonces verse si la fuente de integración sea la norma dispositiva o el uso (negocial), y cuál prevalezca en caso de contraste (21.4).

9. LA INTERPRETACIÓN OBJETIVA FINALIZADA: CONSERVACIÓN DEL CONTRATO; INTERPRETACIÓN CONTRA EL PREDISONENTE; REGLAS FINALES

Las reglas de interpretación objetiva vistas hasta aquí son *reglas abiertas*: dan criterios para elegir entre una serie indefinida de posibles significados, sin prefigurar el resultado de la elección. En cambio, las otras reglas son *reglas finalizadas*: formulan la hipótesis de la alternativa entre dos posibles significados, e imponen uno de los dos en nombre de una precisa

política legislativa; hacen prevalecer un resultado (un interés), contra un resultado (un interés) antagonista.

La ley prefiere que el contrato sea eficaz, antes que despojado de efectos: de aquí el criterio de la conservación, por el cual “En la duda, el contrato o las cláusulas singulares deben interpretarse *en el sentido en que puedan tener algún efecto* y no en aquel según el cual no tendrían ninguno” (art. 1367). Así, por ejemplo, cuando el texto ambiguo soporta tanto un significado por el cual el objeto del contrato sería imposible o ilícito, como otro por el cual sería posible y lícito, este segundo prevalece porque salva el contrato de la nulidad; si, entendida en un cierto modo, la cláusula que describe la prestación de A daría lugar a error esencial de B sobre el objeto del contrato, debe preferirse la diversa interpretación que excluye el error de B, causa de anulación. Queda firme que la interpretación conservativa no debe ser desmentida por la efectiva voluntad de las partes, de otro modo determinada, y debe ser compatible con el texto (ambiguo) del contrato.

Conservación

El criterio se aplica también a las cláusulas singulares. Pero puede suceder que la *eficacia de una cláusula* ambigua (por ejemplo, una condición) determine la *ineficacia del contrato* al cual accede, mientras que si la cláusula fuera neutralizada el resto del contrato viviría: en tal caso se prefiere la interpretación que mata la cláusula, salvando el contrato. Ello no significa que el principio de conservación tenga el alcance general de criterio que obliga a elegir el significado con efectos mayores contra el significado con efectos menores: el art. 1367 opera solo cuando la alternativa es entre algún efecto y efecto cero.

Cláusula particular

La ley prefiere que la duda del texto sea disuelta a favor de la parte que se ha solamente adherido al texto sin participar en su redacción y, por lo tanto, en contra de la parte que lo ha predisposto: de aquí la regla de la interpretación contra el predisponente (*contra stipulatorem*: art. 1370). Si, por ejemplo, la cláusula establece que el adherente pueda evitar la prórroga automática del contrato comunicándolo por escrito al predisponente dentro de una cierta fecha, en la duda la fecha límite está referida a la expedición y no a la recepción de la carta.

Interpretación en contra del predisponente

La regla tiene, por lo demás, un área de aplicación muy definida, que explica la *ratio*. Se aplica solo cuando la predisposición unilateral se refiera a “cláusulas incluidas en las condiciones generales del contrato, o en formatos o formularios”; ello impide (aunque una aislada doctrina sostiene lo contrario) aplicarla a los textos predisuestos unilateralmente, pero en vista de un negocio en particular. Su *ratio* es, por tanto, la misma —tutelar al adherente en la contratación estandarizada— que gobierna a los arts. 1341-1342 (41.2-4).

Contratos estándar

Casi siempre el predisponente de condiciones generales, formatos y formularios es un empresario y ello haría aplicables, *ex art. 1368*, los usos interpretativos del lugar en donde

Prioridad sobre el uso Interpretativo tiene sede la empresa: pero la *ratio* del art. 1370 sugiere que este prevalezca sobre el art. 1368; si —entre los distintos significados posibles— el uso indica uno más favorable al empresario predisponente, este debe descartarse por el significado más favorable al adherente.

Contratos entre profesionales y consumidores La reforma sobre las cláusulas vejatorias en los contratos de los consumidores extiende el criterio de la interpretación contra el predisponente más allá de los límites señalados por el art. 1370: la cláusula dudosa del contrato entre profesional y consumidor se interpreta a favor del consumidor (art. 1469-*quater*²), aunque el texto ha sido predispuerto para ese particular negocio y no para un empleo generalizado (41.11).

Reglas finales Solo si las reglas de interpretación subjetiva antes, y luego las de interpretación objetiva ilustradas hasta aquí, no aclaran el texto oscuro, entran en juego las “reglas finales” (art. 1371), que tienen por ello un papel subsidiario. Estas se basan en el principio de equidad y distinguen entre contrato gratuito y oneroso.

Contratos gratuitos... Equidad El contrato gratuito “debe ser entendido *en el sentido menos gravoso para el obligado*”: en caso de duda, parece equitativo favorecer a quien del contrato recibe sacrificios y ninguna ventaja, respecto a quien recibe ventajas sin sacrificios. La regla se aplica a los contratos gratuitos, incluso no liberales (18.10). En cambio, el contrato oneroso es entendido “en el sentido en que realice una *equitativa armonización de los intereses de las partes*”.

Contratos gratuitos... y onerosos Si la regla no debe reducirse a ser un duplicado del criterio de coherencia a la causa concreta (art. 1369), es insuficiente la propuesta, por alguien avanzada, de referirla a la economía del contrato (que es otra manera de definir la causa concreta); y constatar que ella encomienda a la prudente discrecionalidad del intérprete la búsqueda del significado más conforme a la “justicia del caso específico” teniendo en cuenta los motivos, expectativas, exigencias, intereses de las partes también ajenos a la causa del contrato (por ejemplo, porque sobrevenidos).

Oscuridad o ambigüedad del texto... La aplicación de las reglas interpretativas (incluidas las finales) presupone que el texto, aunque oscuro, sea, pese a todo, susceptible de asumir un significado objetivamente reconocible. Si no es así (por ejemplo, porque el texto —aunque rubricado “escritura privada de venta”, y seguido de dos firmas— recita “abracadabra” o reproduce enigmáticos versos de John Donne) no es cuestión de interpretación; sino de nulidad del contrato por indeterminación del objeto, e incluso de su inexistencia. Cuando la ambigüedad del texto se presente en la forma extrema de una inexorable contradictoriedad, no podrá excluirse la hipótesis de que el contrato sea nulo por falta de acuerdo (33.10).

... y nulidad del contrato

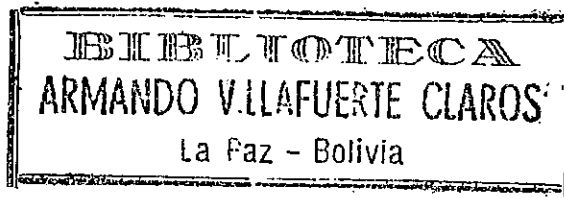
BIBLIOGRAFÍA

- 1-9. S. SPAPPERI, *L'interpretazione del contratto*, en *Contratti Cendon*, V, Torino, 2000, p. 255; AA.VV. (al cuidado de N. Irti), *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, Padova, 2000; G. FONSI, *Interpretazione del contratto*, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fundada por W. Bigiavi, *I precedenti*, al cuidado de G. Alpa, I, Torino, 2000, p. 625; C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, en *Trattato contratti Rescigno*, Torino, 1999, p. 913; N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999, p. 1139; C. GORRIZ LOPEZ, *L'interpretazione del contratto nei principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, en *Contratto e impresa. Europa*, 1998, p. 337; C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1997, I, p. 947; N. IRTI, *Testo e contesto – Una lettura dell'art. 1362 c.c.*, Padova, 1996; G.B. FERRI, *Interpretazione autonomia privata e realtà sociale*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1995, I, p. 715; G. BENEDETTI, *L'interpretazione dell'atto di autonomia privata tra teoria generale e dogmatica nel pensiero di E. Betti*, en *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, p. 19; M. COSTANZA, *Interpretazione dei negozi di diritto privato*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, X, Torino, 1993, *ad vocem*; F. CARRESI, *Dell'interpretazione del contratto*, sub arts. 1362-1371, en *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, al cuidado de F. Galgano, Bologna-Roma, 1992, p. 22; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992; L. MENGONI, *Interpretazione del negozio e teoria del linguaggio*, en *Sillogie in onore di G. Oppo*, Padova, 1992, p. 318; L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, en *Il Codice Civile. Commentario*, dirigido por P. Schlesinger, Milano, 1991; M. COSTANZA, *L'interpretazione del contratto. Parte generale*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, vol. IV, I, Torino, 1991, p. 73; E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, I-II, Milano, reimpr. 1991 (corregida y aumentada por G. Crifò); F. CARRESI, *Accertamento e interpretazione nel contratto*, en *Contratto e impresa*, 1989, p. 920; F. ZICCARDI, *Interpretazione II) Interpretazione del negozio giuridico*, en *Enciclopedia giuridica*, XVII, Roma, 1989, *ad vocem*; F. CARRESI, *Interpretazione del contratto e principio dispositivo*, en *Rivista di diritto civile*, 1988, I, p. 647; V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985; M. CASELLA, *Negozio giuridico (interpretazione)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1978, *ad vocem*; G. ALPA, *L'interpretazione del contratto*, Milano, 1983; G. ALPA, *Unità del negozio ed ermeneutica contrattuale*, en *Giurisprudenza italiana*, 1973, I, 1, p. 1508; G. TARELLO, *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1971, I, p. 12; P. PERLINGIERI, *Appunti di teoria dell'interpretazione*, Camerino, 1970; G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969; P. SCHLESINGER, *Interpretazione del contratto e principio dispositivo*, en *Temi*, 1963, p. 1135; G. SCALFI, *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, Milano-Varese, 1962; C. GRASSETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici "inter vivos" (diritto civile)*, en *Novissimo digesto italiano*, VII, Torino, 1962, *ad vocem*; M. CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione*, Milano, 1961; E. BETTI, *L'interpretazione dell'atto notarile*, en *Rivista del notariato*, 1960, p. 123; L. MOSCO, *Principi*

sulla interpretazione dei negozi giuridici, Napoli, 1952; G. FRAGALI, *Dell'interpretazione*, en el *Commentario D'Amelio-Finzi*, I, Firenze, 1949, p. 371; V. TEDESCHI, *Accordo privato e interpretazione contrattuale*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1946, p. 171; C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938; F. CARNELUTTI, *Interpretazione dei contratti e ricorso in cassazione*, en *Rivista di diritto civile*, 1922, I, p. 140.

- 2-9. N. CREMONA, *L'interpretazione del contratto. Parte speciale*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, I, Torino, 1991, p. 85; C.M. BIANCA, *Sulla sussidiarietà dei criteri legali di interpretazione non letterale del contratto*, en *Studi Auricchio*, I, Milano, 1983, p. 127; F. ZICCARDI, *Le norme interpretative speciali*, Milano, 1972; C. GRASSETTI, *Intorno al principio di gerarchia delle norme di interpretazione*, en *Il Foro italiano*, 1941, I, p. 512.
4. C. MANCINI, *In tema di in claris non fit interpretatio*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1997, I, p. 319; P. COSTANZO, *Osservazioni sul principio in claris non fit interpretatio e sul criterio interpretativo del comportamento complessivo*, en *Giustizia civile*, 1996, I, p. 1452; D. MEMMO, *Difformità del testo bilingue ed interpretazione del contratto*, en *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, 2, p. 381; R. PIROZZI, *Interpretazione letterale del contratto e criteri ermeneutici sussidiari*, en *Giurisprudenza italiana*, 1992, I, 1, p. 1543; A. GENOVESE, *Elementi extratestuali del contratto*, en *Silloge in onore di Oppo*, II, Padova, 1992, p.333.
6. R. DE MEO, *L'interdipendenza ermeneutica delle clausole contrattuali*, en *Contratti*, 2000, p. 338; N. IRTI, *La sintassi delle clausole (note intorno all'art. 1363 c.c.)*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989, p. 421; G. LIOTTA, *Interpretazione del contratto e comportamento complessivo delle parti*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977, p. 969; G. PIOLA, *Interpretazione del contratto e comportamento delle parti. Brevi osservazioni sul 2° comma dell'art. 1362 c.c.*, en *Rivista del notariato*, 1976, p. 1484; M. DI PAOLO, *Comportamento delle parti ed interpretazione del contratto*, en *Rivista del notariato*, 1971, II, p. 855; L. MOSCATI, *Il comportamento delle parti successivo alla conclusione del contratto in relazione al criterio di ermeneutica contenuto nel capoverso dell'articolo 1362 del codice civile*, en *Giurisprudenza italiana*, 1967, I, 1, p. 627.
7. G. SARTORIO D'ANALISTA, *Interpretazione secondo buona fede del contratto predisposto da una parte*, en *Vita notarile*, 1999, p. 658; F. DEL BENE, *Notazioni critiche sull'effettività del canone ermeneutica ex fide bona tra tutela dell'affidamento e presupposizione*, en *Giustizia civile*, 1997, II, p. 247; E. FERRERO, *La regola della buona fede nell'interpretazione dei contratti*, Torino, 1985; G. FONSI, *Le espressioni generali del contratto e la interpretazione di buona fede*, en *Vita notarile*, 1994, II, p. 493; A. CATAUDELLA, *L'art. 1366 ed il commento del guardasigilli*, en *Quadrimestre*, 1993, p. 373; M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989; L. BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970; D. RUBINO, *Sui limiti dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1970; G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Milano, 1943.
9. G. FONSI, *Il principio di conservazione del contratto (art. 1367 c.c.)*, en *Vita notarile*, 1995, p. 1041; F. CARRESI, *Interpretazione del contratto e principio di conservazione*, en *Silloge*

in onore di Oppo, II, Padova, 1992, p. 351; V. DONATO, *La dottrina e la giurisprudenza italiana in tema di interpretazione evolutiva dei contratti*, en *Rassegna di diritto civile*, 1985, p. 638; O. TROJANO, *Osservazioni in tema di interpretatio contra stipulatorem delle condizioni generale reciproche dei contratti standard*, en *Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, 1981, p. 353; A. ALIBRANDI, *Appunti sul criterio di interpretazione oggettiva di cui all'art. 1371 del codice civile*, en *Giurisprudenza italiana*, 1974, IV, p. 248; M. STELLA RICHTER, *Il principio di conservazione del contratto*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1967, p. 414; G. PARTESOTTI, *Interpretazione di clausola incompatibile con la natura del contratto e principio di conservazione*, en *Rivista di diritto civile*, 1965, p. 128; C. GRASSETTI, *Conservazione (principio di)*, en *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, *ad vocem*.



CAPÍTULO XXI

LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO

1. La integración del contrato: fines, modos y bases normativas.— 2. La integración supletoria.— 3. Las normas dispositivas.— 4. Usos normativos y usos contractuales (cláusulas de uso).— 5. La equidad.— 6. La buena fe: perfiles teóricos.— 7. Aplicaciones prácticas del principio de buena fe.— 8. Supuestos de hecho típicos de integración judicial.— 9. La integración imperativa.— 10. Las normas imperativas (prohibitivas y conformativas).— 11. La sustitución automática de precios y cláusulas.— 12. Las normas unilateralmente imperativas.— *Bibliografía.*

1. LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO: FINES, MODOS Y BASES NORMATIVAS

La integración del contrato es la construcción del reglamento contractual por obra de fuentes heterónomas, es decir diversas de la voluntad de las partes. Es fenómeno complejo y diferenciado en su interior, en razón de los fines que lo inspiran y de los modos en los cuales se actúa.

Integración del contrato:

En razón de los *fines* que persigue, se distingue entre integración supletoria (21.2-8) e integración imperativa (21.9-12). La primera es amiga de la autonomía privada; la segunda es antagonista.

supletoria o imperativa, ...

En razón de los *modos* en los cuales procede, se distingue entre integración legal e integración judicial. Con la primera, fuente de integración es directamente la ley (o más en general la norma): la regla que entra en el reglamento contractual está ya definida con precisión, *ex ante*, en un acto normativo. Con la segunda, fuente de integración es la apreciación judicial: la regla que entra en el reglamento contractual es determinada *ex post* por el juez, al cual la ley da el correspondiente mandato (por lo general, impariéndole el criterio general sobre el cual basar la determinación).

... legal o judicial

La principal base normativa de la integración es el art. 1374: "El contrato obliga a las partes no solamente a lo que en él se hubiera expresado, sino también a *todas las consecuencias que del mismo se deriven según la ley o, en ausencia de esta, según los usos y la equidad*". Deben agregarse el

Art. 1374

art. 1375, sobre el que se basa esencialmente la integración del contrato con arreglo a la buena fe; el art. 1339, que establece la sustitución automática de cláusulas con normas imperativas; y el art. 1340 sobre las cláusulas de uso.

2. LA INTEGRACIÓN SUPLETORIA

La integración supletoria "suple", precisamente, las lagunas de la determinación voluntaria.

Lagunas de la
determinación
voluntaria

Como principal factor de determinación del reglamento contractual, el acuerdo de las partes puede cubrir un territorio muy vasto, dotando al texto de un gran número de cláusulas dirigidas a regular con extrema amplitud y precisión los más diversos aspectos, problemas y eventualidades de la relación. Pero no está dicho que el acuerdo ocupe por entero ese territorio. Más bien, es normal que lo ocupe solo en parte (más o menos amplia, según si el texto acordado sea más o menos rico y detallado): las partes regulan algunos puntos de la relación, pero dejan otros sin reglamentación voluntaria. Ello puede depender de las causas más diversas: descuido, olvido, ignorancia, dejadez, incapacidad de prever desenvolvimientos futuros, confianza más o menos conciente en fuentes externas, etc. Es un hecho que los contratos están casi siempre "incompletos" (19.5).

Por lo común las lagunas del reglamento de fuente voluntaria se refieren a *puntos secundarios*, porque sobre los esenciales las partes se han determinado. Pero no siempre: las partes pueden haber descuidado regular *aspectos esenciales* para la definición y el funcionamiento de la relación. En todo caso las lagunas son colmadas: lo resuelve la integración supletoria.

Apoyo de la
autonomía
privada

Se comprende entonces por qué se le ha definido como amiga de la autonomía privada. Esta va al encuentro de una autonomía privada trunca o claudicante, y la sustenta, permitiéndole realizar sus objetivos que de otra manera estarían comprometidos por sus mismas *défaillances* (sin integración, en efecto, las lagunas del reglamento permanecerían tales, y la operación programada por las partes podría quedar atascada).

Apoyo
eventual...

Pero atención. Es un apoyo solo eventual y subordinado, porque la integración supletoria se retira (más bien, queda fuera de escena) frente a la determinación voluntaria: en efecto, la voluntad de las partes es libre de regular ella misma los puntos sobre los cuales solo en su defecto operaría la integración supletoria: y de regularlos de manera divergente de cómo esta los regularía. Y sobre todo es un apoyo siempre respetuoso de los programas que la autonomía privada se ha dado: jamás la integración supletoria

... y
respetuoso
del acuerdo

introduce en el contrato reglas que no sean coherentes con la lógica, los equilibrios, las elecciones que resultan del acuerdo de las partes.

La integración supletoria opera en dos modos, o si se prefiere a través de dos agentes alternativos: puntuales provisiones normativas; o bien la valoración del juez. Las puntuales provisiones normativas por lo general son dictadas en relación a los específicos tipos contractuales, y pueden nacer de dos fuentes: normas dispositivas de ley y usos. La valoración del juez se forma sobre la base de dos criterios de juicio o de conducta, que tienen alcance general (operan transversalmente, prescindiendo del tipo de pertenencia): equidad y buena fe.

Fuente
normativa:

normas
dispositivas...
... y usos

Fuente
judicial:
equidad
... y buena fe

3. LAS NORMAS DISPOSITIVAS

El contrato es integrado por la "ley" (art. 1374).

El término debe entenderse en sentido lato, y no está referido solo a la ley en sentido formal, o a los actos que en la jerarquía de las fuentes tienen el valor de *normas primarias*. La disciplina de los contratos puede resultar también de *fuentes secundarias* (4.5).

Ley en
sentido lato

La ley que realiza la integración supletoria es el conjunto de las normas dispositivas aplicables al contrato. Estas integran el reglamento contractual en ausencia de voluntad de las partes sobre el punto regulado por estas: voluntad que puede, sin embargo, intervenir e ir en sentido divergente de la previsión de la norma. Momento y lugar del pago del precio en la venta pueden ser fijados libremente por las partes (art. 1498¹): pero si estas no lo hacen, los fija la norma dispositiva (art. 1498²). La cosa vendida debe entregarse en el lugar y en el modo acordados: pero en ausencia de acuerdo sobre el punto, este es regulado por la norma dispositiva (art. 1510).

Normas
dispositivas...

Las normas dispositivas se llaman también "supletorias": porque se activan solo en ausencia de determinación voluntaria, cuyas lagunas precisamente suplen. Se llaman también "derogables": porque las partes son libres de acordar una regla diferente de la establecida por la norma dispositiva. Bajo este perfil se contraponen a las normas imperativas o inderogables (21.10).

... 0
supletorias...

... 0
derogables

Gran parte de la disciplina legal de los contratos típicos está formada por normas dispositivas. El legislador las dicta no en la presunción de que sus contenidos correspondan a la voluntad de las partes (siendo suficiente que ellas no contrasten con una reconstruible voluntad de las partes); sino porque a sus ojos representa una *reglamentación racional y equilibrada de la relación* que —en defecto de acuerdo de las partes— el legislador es llamado a disciplinar.

Finalidad

Jerarquía de las normas dispositivas

Sin embargo, las normas dispositivas pueden tener *posiciones y papeles distintos*. Pueden referirse a aspectos secundarios de la operación (momento y lugar del pago del precio, lugar y modo de la entrega de la cosa); pero también aspectos que tocan el corazón del objeto contractual o califican fuertemente el compromiso de una parte respecto a la otra (piénsese en la disciplina de las garantías en la venta). Se delinea así una suerte de jerarquía de las normas dispositivas, reflejada en el modo en que el mismo lenguaje legislativo representa la relación entre ellas y la distinta voluntad de las partes.

Normas recesivas...

Normas como aquellas sobre del pago del precio y entrega de la cosa son recesivas: es normal que los puntos considerados por ellas encuentren su regla en el acuerdo de las partes; su intervención supletoria es la excepción; por esto ellas se abren comúnmente con fórmulas —“salvo diversa voluntad de las partes”, “en ausencia de pacto contrario” o similares— que esculpen la tendencia a la residualidad. En cambio, normas como aquellas sobre las garantías en la venta son dominantes: es normal que el vendedor garantice por los vicios y la evicción según la disciplina legal; es verdad que esta es dispositiva y puede, por consiguiente, ser ampliamente derogada por el acuerdo contrario de las partes, pero una tal intervención de determinación voluntaria es vista como la excepción y no como la regla; he aquí por qué la referencia a la diversa voluntad de las partes no abre la disciplina sino la sigue, con fórmulas que expresan el carácter puramente eventual, incluso excéntrico (cfr. arts. 1487-1488; 1490²).

... y dominantes

Normas semi-dispositivas

No sorprende, entonces, que disciplinas así alguna vez se presenten en realidad como semi-dispositivas, como *solo parcialmente derogables*: la garantía por evicción puede ser disminuida o excluida, pero no al punto de disolver la garantía por hecho propio; bajo este perfil la disciplina de la garantía no es dispositiva sino imperativa, protegida por la nulidad del pacto contrario (cfr. art. 1487²).

El valor que el ordenamiento atribuye a ciertas disciplinas dispositivas es luego confirmado por el régimen represivo que, bajo determinados presupuestos, afecta el eventual acuerdo derogatorio: las *cláusulas “onerosas”* de las condiciones generales del contrato, ineficaces si no están específicamente aprobadas por escrito (41.3), son por lo general *cláusulas de derogación a normas dispositivas*; lo mismo se puede decir respecto de las cláusulas de los contratos de los consumidores, calificadas como “vejatorias” (41.7-8).

4. USOS NORMATIVOS Y USOS CONTRACTUALES (CLÁUSULAS DE USO)

Usos normativos

El contrato es integrado por los “usos” (art. 1374). Los usos invocados por el art. 1374 son los usos normativos, es decir, las *costumbres* a las cuales se refiere el art. 8 Prel., correspondientes a la materia del contrato.

Prioridad sobre las normas dispositivas

En caso de divergencia entre un uso y una norma dispositiva, prevalece el uso.

A veces la jurisprudencia parece restringir tal preferencia a los casos en los cuales el uso es indicado por la norma dispositiva, que deja a “salvo los usos diversos” (cfr. por ejemplo, arts. 1498²; 1510¹), y negándola cuando la norma dispositiva no menciona el uso. Ella motiva con la necesidad de indicación por parte de la ley, establecida en el art. 8 Prel.: pero se equivoca, porque desatiende que la indicación legislativa al uso existe, y es la que

hace el art. 1374. En cambio, no surge ninguna duda de que el uso pueda, en general, ser derogado por la voluntad de las partes (aunque alguien formula la hipótesis de la existencia de usos inderogables).

De los usos normativos se distinguen los usos contractuales: son las cláusulas de uso, que “se consideran *insertadas en el contrato, si no resulta que no han sido queridas por las partes*” (art. 1340). La condición de su aplicabilidad es, por lo tanto, solo negativa: sería impropio convertirla en positiva, pretendiendo la prueba de que las partes las hayan querido. La diferencia respecto a los usos normativos se refiere principalmente a los requisitos que el uso debe presentar para vincular a las partes como fuente de integración de su contrato: requisitos que para las cláusulas de uso serían menos apremiantes, siendo *suficiente la práctica difundida en un ámbito restringido* (por ejemplo, la praxis de una cierta empresa en sus relaciones con los dependientes, que da vida a los denominados *usos empresariales*), en lugar de aquella superior generalidad de la conducta uniforme que se requiere para el uso normativo.

Usos contractuales (cláusulas de uso)

Diferencia con los usos normativos

Pese a ello, se excluye que un uso contractual pueda resultar de las praxis seguidas exclusivamente entre los dos contratantes (denominados usos individuales): estas tienen importancia a lo sumo en el plano de la interpretación, *ex art. 1362²*. Se pregunta, luego, si la cláusula de uso que tiene el *mismo contenido de una cláusula “onerosa” ex art. 1341²* integre automáticamente el contrato celebrado en base a condiciones generales, o en cambio opere solo si es reproducida y aprobada específicamente por escrito (41.3): la segunda solución parece preferible.

Usos individuales

Quien invoca el uso —tanto normativo como contractual— tiene la carga de probar su existencia.

Finalmente es clara la distinción entre los usos integrativos *ex arts. 1340 y 1374*, y los usos interpretativos *ex art. 1368*: los usos integrativos *presuponen una laguna del texto contractual* —es decir la ausencia de una disposición voluntaria—, y la llenan disponiendo en lugar de las partes; los usos interpretativos presuponen que la disposición del texto contractual exista, oscura o ambigua, y se limitan a darle un significado.

Usos contractuales...

... e interpretativos

5. LA EQUIDAD

La integración legal procede mediante fuentes con contenido predeterminado: ley y usos. En cambio la integración judicial opera mediante *criterios con contenido no predeterminado* (cláusulas generales): corresponde al juez construir en base a ellos, caso por caso, la regla integrativa aplicable al contrato litigioso.

Integración judicial

Cláusulas generales

La primera fuente de la integración judicial es la equidad, indicada (junto con la ley y el uso) por el art. 1374. Tradicionalmente la equidad se

Equidad

define como la justicia del caso particular. Aplicada al contrato, ella autoriza al juez a *determinar aspectos del reglamento no contemplados en el acuerdo de las partes, ni puntualmente definidos por leyes o usos*: a determinarlos teniendo en cuenta las *circunstancias concretas* en presencia de las cuales el contrato ha sido hecho y debe ser ejecutado, y en la perspectiva de afirmar *soluciones que sean justas y equilibradas a la luz de los programas y de los ajustes de intereses definidos por el contrato*.

Otras
Invocaciones
a la equidad:

En la
disciplina del
contrato en
general...

Aparte del art. 1374, la equidad es también invocada en otras normas de la disciplina del contrato. Como criterio para la determinación del objeto por obra del *arbitrador*, obligado a proceder con “apreciación equitativa”; o para la impugnación de ella, cuando resulte “manifiestamente inicua o errónea” (art. 1349¹). Como criterio ofrecido al juez ya no para integrar el contrato, si no para decidir si se debe acordar la liberación del vínculo, solicitada por una parte: *rescisión* del contrato celebrado, en estado de peligro, “bajo condiciones inicuas” (art. 1447¹); y, en caso de rescisión, como criterio para asignar a la contraparte una compensación que debe ser “equitativa” (art. 1347²). En el mismo contexto, se la pone en juego con finalidad de salvataje, mediante reequilibrio del contrato desequilibrado: *reducción “a equidad”* del contrato rescindible (art. 1450) o resoluble por excesiva onerosidad (arts. 1467³ y 1468). Nótese que aquí el criterio de equidad debe ser aplicado, de primera, por la parte que formula la oferta; pero, de segunda, también por el juez, que controla su adecuación (40.6). La equidad es también regla (final) de *interpretación* del contrato (art. 1371): en tal aspecto opera bajo el presupuesto de un texto concordado, aunque oscuro; mientras que la equidad integrativa presupone inexistencia de acuerdo de las partes sobre el punto a regular.

... y de los
particulares
tipos
contractuales

Además la equidad es invocada como fuente de integración del reglamento, en relación a particulares tipos contractuales. El campo privilegiado de la apreciación equitativa del juez (en suplencia —repetimos— de un acuerdo de las partes inexistente sobre el punto) es la determinación de *contraprestaciones debidas a cambio de bienes y sobre todo servicios*, o de sumas debidas por una parte a la otra en relación a ciertos desenvolvimientos de la relación.

Más precisamente: “compensación equitativa” para el *vendedor* si se resuelve la venta con reserva de la propiedad (art. 1526¹); “indemnización equitativa” para el *contratista* que se separe frente a variaciones del proyecto que resultan excedentes del sexto del precio convenido (art. 1660²); “compensación equitativa” para el contratista frente a la “sorpresa geológica” (art. 1664²); comisión del *comisionista* (art. 1733), y ulterior compensación a su favor en caso de que opere la garantía de buen resultado [*star del credere*] (art. 1736); “compensación equitativa” para el *expedicionista* en caso de revocación de la orden (art. 1738); comisión reducida para el *agente* en caso de renuncia al negocio por parte del preponente (art. 1748); indemnización para el agente en caso de cese de la relación (art. 1751);

comisión para el *mediador* y su repartición entre las partes del negocio (art. 1755²). Más raros (y, refiriéndose a la *relación de trabajo*, de hecho marginados por la contratación colectiva o por la legislación especial post-codicista) los casos en los cuales la integración equitativa del juez toca aspectos no monetarios: duración de las vacaciones (art. 2109²); término y modos de la separación (art. 2118¹).

La equidad es fuente de integración supletoria y no imperativa: en base a esta el juez colma las lagunas del reglamento acordado, ciertamente introduciendo reglas nuevas, pero coherentes con las lógicas, los ajustes, los equilibrios del reglamento acordado; el juez no puede invocarla para afirmar soluciones incoherentes con los programas de la autonomía privada, y tanto menos para modificar los contenidos del acuerdo, aunque estos parezcan "iniciuos".

Integración
supletoria,
más no
Imperativa

No es principio de nuestro sistema aquel por el cual los contratos deben ser equitativos, es decir, tener contenidos equilibrados y conformes a la justicia: en régimen de libertad contractual, *la justicia y el equilibrio del contrato son decididos fundamentalmente por las mismas partes*; los contratos se hacen para regular intereses de las partes y las partes son árbitros de sus propios intereses.

Límites del
control
judicial sobre
la equidad
del contrato

Sobre las determinaciones voluntarias de las partes puede sobreponerse y prevalecer la voluntad de la ley, con el instrumento de las *normas imperativas*. Puede intervenir, en nombre de valores o intereses generales, un control judicial susceptible de llevar a la destrucción del contrato: pero el instrumento es el *orden público* y las *buenas costumbres*, no la equidad.

En la disciplina del contrato en general, un control del juez sobre la equidad del específico intercambio contractual es admitido solo en presencia de una condición, que circunscribe su operatividad: cuando la aceptación del reglamento iniciuo dependa de *circunstancias opresivas*, las cuales quitan a la parte que sufre la iniquidad la posibilidad de autodeterminarse de manera libre: es la disciplina de la *rescisión* (40). Pero *en general los jueces no pueden, en nombre de la equidad, destruir o corregir los contratos iniciuos*.

El discurso evoca el ya desarrollado acerca de la inexistencia de un principio general de adecuación de la retribución contractual (17.3). Pero entonces deben invocarse también aquí los elementos que, si bien de manera embrionaria, parecen precluir una parcial corrección de rumbo (17.4).

El principio tiene una excepción: la *cláusula penal "manifiestamente excesiva"* puede ser "disminuida equitativamente por el juez" *ex art. 1384 (44.7)*. Aquí la valoración equitativa no llena una laguna del acuerdo, sino se sobrepone al acuerdo, rectificando las elecciones de la autonomía privada: es un caso de *integración (judicial) no supletoria, sino imperativa*.

Reducción a
equidad de la
cláusula
penal

Fuera de la disciplina del contrato la equidad, es invocada en tema de reparación del daño (arts. 1226; 2047²).

6. LA BUENA FE: PERFILES TEÓRICOS

Buena fe
objetiva

Desde hace tiempo la doctrina y la jurisprudencia reconocen en la buena fe (objetiva) una importantísima fuente de integración del contrato. La buena fe no es invocada en la norma sobre la integración (art. 1374): por otro lado, esta invoca a la ley; y es ley el art. 1375, según el cual “El contrato debe ser ejecutado con arreglo a la buena fe”.

Art. 1375

La regla sobre la ejecución con arreglo a la buena fe da base al papel de esta como fuente de integración. Ella recibe en el art. 1375 su enunciación general; pero se presenta también en versiones más sectoriales: con referencia a los singulares tipos contractuales (art. 1746¹) —texto reformado en 1999— para la *agencia*, o a singulares vicisitudes contractuales (art. 1358, sobre la *pendencia de la condición*; art. 1460² sobre la *excepción de incumplimiento*). Y puesto que buena fe (objetiva) es sustancialmente sinónimo de corrección, a estas normas se acompaña también el art. 1175, según el cual “El deudor y el acreedor deben comportarse según las reglas de la corrección” (las partes del contrato son casi siempre, en virtud de este, también partes de relaciones obligatorias). En contextos distintos de la ejecución del contrato, a la buena fe se remiten normas sobre las *tratativas* (art. 1337) y sobre la *interpretación* (art. 1366).

Art. 1175

Corrección

“Corrección” es solo una de las expresiones empleadas para explicar el significado de buena fe. Pero se proponen otras: *lealtad*, *cooperación con la contraparte*, *sensibilidad a sus razones*, *salvaguarda de sus intereses*, *comportamiento solidario recíproco* (la invocación a la solidaridad ha permitido encontrar un enlace normativo, de rango superior a la misma ley, en el art. 2 Const:).

Buena fe y
equidad

Son todas fórmulas no lejanas de aquellas que se pueden emplear para dar un contenido a la equidad: se comprende así la posición que reputa poco útil esforzarse en distinguir entre las dos. Quien se esfuerza, valora la referencia a las circunstancias del caso concreto como componente esencial del juicio equitativo: pero es difícil negar que una tal referencia sea imprescindible también para el juicio de buena fe. O bien asigna a la equidad una función determinativa (identificar las utilidades que una parte debe a la otra) y a la buena fe una función instrumental o procedimental (identificar las modalidades con las cuales una parte debe operar, para dar a la contraparte las utilidades que le son debidas).

Ahora, es verdad que la buena fe está referida por la ley al momento de la ejecución del contrato, y es invocada principalmente para decidir las litis sobre incumplimiento y responsabilidad (¿la actividad que A rechaza a B se debe con arreglo a buena fe, por lo que no cumplirla convierte a A en incumplidor? ¿La pretensión de X respecto a Y es contraria a la buena fe, de modo que desatenderla no es incumplimiento de Y?). Pero para resolver problemas

así es siempre necesario encontrar la regla del contrato (no escrita en el texto, no definida por el acuerdo), y por consiguiente conformar el reglamento contractual: con lo que es difícil negar también a la buena fe esa función determinativa que se quisiera reservar a la equidad.

Los diferentes papeles distinguen la buena fe de la diligencia. La buena fe es *criterio de integración del contrato*: sirve para determinar contenidos y modalidades de las prestaciones o de los comportamientos contractuales debidos o prohibidos. La diligencia es *criterio de imputación de la responsabilidad*: sirve para establecer si al ejecutar la prestación debida el contratante deudor haya empleado el cuidado, la atención, la competencia necesarias y hacerlo no responsable del incumplimiento. La distinción es teóricamente sostenible: sin embargo, corre el riesgo de destefñirse en la práctica, en donde la buena fe —empleada sobre todo para resolver las litis sobre incumplimiento y responsabilidad— sirve para reconstruir el reglamento no tanto para saber cómo la parte deberá comportarse en el futuro, sino para saber si lo ha violado en el pasado.

Buena fe y diligencia

¿El principio de buena fe se puede derogar por las partes, o tiene una naturaleza imperativa que lo hace inderogable? ¿Sirve solo para llenar las lagunas del acuerdo, en una lógica coherente a las elecciones de la autonomía privada, o bien puede sobreponerse al acuerdo, introduciendo soluciones que contrastan con las elecciones de autonomía privada? Es decir: ¿es de veras solo una fuente de *integración supletoria*, o rebasa algunas veces el campo de la *integración imperativa*?

Buena fe y autonomía privada

La respuesta no es simple. En línea de principio, las partes son libres de acordar una regla (por ejemplo, excluir un cierto deber de A) opuesta a aquella que —en ausencia de acuerdo— derivaría de la integración con arreglo a buena fe (la cual atribuiría a A ese deber). En cambio, sería ilícito, por contrariedad al orden público, el acuerdo con el cual las partes excluyan de una vez por todas, en modo indiferenciado, que a su relación se aplique el principio de buena fe. Vale decir: es inadmisibles una derogación generalizada y “en blanco” al principio (que, *en cuanto principio, tiene valor imperativo*); es admisible derogar, de manera individualizada, sus singulares aplicaciones concretas (que tiene por ello valor supletorio).

Admisibilidad de derogaciones particulares

Inadmisibilidad de una derogación generalizada

De este modo el principio de buena fe puede conducir, en la litis entre las partes, a afirmar o excluir esta o aquella pretensión, y la correspondiente *responsabilidad*, en coherencia al programa contractual. En cambio, no podría nunca conducir a afirmar la *nulidad* del contrato, como consecuencia de una desaprobación pública del programa contractual.

Pero la tesis contraria —desde hace tiempo asomada en doctrina—

parece hacerse espacio en la legislación y en la jurisprudencia más reciente (21.7).

7. APLICACIONES PRÁCTICAS DEL PRINCIPIO DE BUENA FE

Casuística

La casuística jurisprudencial ayuda a individualizar con mayor precisión y concreción los posibles ámbitos en los cuales opera la buena fe integrativa, y los posibles resultados de su operar.

La buena fe obliga a la parte, que recibe una prestación afectada por inexactitud remediable, a *poner a la contraparte en condición de remediar*. Si A entrega a B un objeto distinto del debido, o defectuoso, y dándose cuenta se ofrece a sustituirlo inmediatamente, B no puede rechazar la sustitución y accionar contra A remedios legales.

E inclusive si H paga la suma debida a K enviándole oportunamente un cheque que, sin embargo, olvida firmar, K debe avisarle para permitirle regularizar el pago; si no lo hace, y en tanto vence el plazo para el pago, no puede luego hacer valer el incumplimiento de H. Si el suministro hecho por X a Y excede la cantidad prevista, Y no puede rechazarla porque no está conforme al contrato: debe retener la cantidad contractual, e invitar a X a retirar el excedente.

La buena fe obliga a la parte a *cooperar con la contraparte para permitirle cumplir* (incluso más allá de las estrictas previsiones en tema de mora del acreedor). Si una mínima intervención del vendedor respecto al banco sería decisiva para permitir al comprador obtener el financiamiento necesario para pagar el precio, y el vendedor no quiere hacerlo, la buena fe le impide invocar la responsabilidad del comprador por incumplimiento.

La buena fe obliga a la parte a *prestarse para corregir errores o aclarar equívocos* que podrían arrojar a la relación a la incertidumbre; si el preliminar contiene un error o un equívoco semejante, y una parte propone corregirlo o aclararlo en sede de definitivo, la contraparte no puede oponerse, protegiéndose detrás del texto del preliminar.

Aún más. El representado, requerido por quien ha contratado con el representante, debe aclararle si este tenía los poderes; no puede dejarlo en la incertidumbre respecto a la eficacia del contrato, y quizá especular sobre tal incertidumbre.

La buena fe obliga a la parte a *modificar la prestación a su cargo, cuando ello permita—sin su sacrificio o con su mínimo sacrificio—realizar el interés de la contraparte*, de otro modo frustrado. Si en fase de ejecución resulta que el producto o el servicio contractualmente previsto no es idóneo para satisfacer las exigencias del destinatario, al cual, en cambio daría plena satisfacción un producto o un servicio distinto, que el mismo proveedor no tendría dificultad en prestar, éste debe prestarlo.

En análoga perspectiva, de la buena fe puede derivar un deber de *renegociar las condiciones contractuales*, desequilibradas por hechos sobrevenidos (47.7).

La buena fe obliga a la parte a la *coherencia de sus comportamientos*, para no eludir las confianzas que estas han generado en la contraparte: ella funda el antiguo precepto que prohíbe *venire contra factum proprium*.

La buena fe *prohíbe a la parte ejercitar sus derechos contractuales de manera formalmente lícita, pero sustancialmente desleal y dañosa para la contraparte*. El contrato establece una comunicación de A a B, con carga de B de replicar con su toma de posición dentro de 7 días, en cuya ausencia se producirán determinadas consecuencias perjudiciales para B: A violaría la buena fe si enviara la comunicación a B en tiempos o lugares u otras circunstancias tales de impedirle una oportuna respuesta. La buena fe opera de este modo como instrumento para *sancionar el abuso del derecho (contractual)*.

La buena fe *prohíbe a la parte tratar a la contraparte de manera injustamente discriminatoria* respecto a otras contrapartes en circunstancias análogas. Este criterio puede encontrar aplicación sobre todo en las relaciones contractuales que definen la pertenencia a una comunidad, y en particular a las relaciones de trabajo subordinado: respecto a las cuales prohíbe tratamientos discriminatorios, por ejemplo, en tema de promociones y sanciones disciplinarias. De esta manera, la buena fe puede ser instrumento para una parcial afirmación del *principio de igualdad* en el mundo del contrato (4.3).

Sintetizando, puede decirse que la buena fe obliga a cada una de las partes a comportarse —en el ámbito de la relación contractual— de modo de no perjudicar, y más bien de *salvaguardar el razonable interés de la contraparte, cuando ello no comporte a su cargo ningún apreciable e injusto sacrificio*. A su vez, las consecuencias a cargo del contratante que viola la buena fe pueden sintetizarse de este modo: *imposibilidad de hacer valer pretensiones contractuales hacia la contraparte, o bien exposición a las pretensiones contractuales de la contraparte*.

Este ámbito de aplicación y estas consecuencias están en línea con la tradicional visión de la buena fe como fuente de integración meramente supletoria. Pero esta visión es considerada reducida por sectores de la doctrina, propensos a *destinar el principio a funciones de control de la autonomía privada y de integración imperativa*, que la tradición reservaría a instrumentos diversos (normas imperativas, orden público, buenas costumbres). Semejante propensión puede suscitar perplejidades. Pero el observador profesional del ordenamiento, aunque las nutra, no está exonerado de registrar señales que objetivamente parecen avalar esta línea innovativa.

Síntesis

Consecuencias

Nuevas tendencias

De la legislación surgen señales: la nueva disciplina de los *contratos de los consumidores* indica la buena fe entre los criterios para establecer la "vejatoriedad" de las cláusulas, que en tal caso son nulas (41.7). También de la jurisprudencia surgen señales, que comienza a desatender cláusulas con las cuales las partes habían acordado un cierto arreglo de sus derechos y obligaciones, considerado por los jueces contrario a la buena fe. En esta línea, el criterio de la buena fe es ahora puesto en la base de un juicio de ineficacia: así para las cláusulas de las *fianzas omnibus*, que (antes de la introducción —en 1992— del segundo párrafo del art. 1956) exoneraban al banco de la previa autorización del fiador para ulteriores financiamientos al deudor principal. Ahora es invocado como razón de nulidad: así para las cláusulas del *leasing* que imponen al usuario el riesgo de la falta de entrega.

Legislación

Jurisprudencia

8. SUPUESTOS DE HECHO TÍPICOS DE INTEGRACIÓN JUDICIAL

A falta de acuerdo de las partes, y si no suplen normas dispositivas o usos, el juez es llamado en vía general a integrar el contrato aplicando los principios de la equidad y de la buena fe. Normas particulares, luego, llaman al juez a integrar particulares contratos típicos, o cualquier contrato en relación a particulares vicisitudes, impartiendo expresamente como criterio de juicio a la equidad (21.5).

Otros
supuestos de
integración
judicial

Otras normas hacen lo mismo, con la diferencia de que *no imparten ningún expreso criterio de juicio*, si no que la remiten a su "determinación", sin calificarla.

Plazos

Esta determinación judicial no guiada se refiere a veces a la fijación de un plazo: para el cumplimiento de la prestación (art. 1183¹); para el ejercicio de la opción (art. 1331²); para la restitución del mutuo (art. 1817).

Prestación

Otras veces se refiere a la prestación debida: elección entre las prestaciones deducidas en la obligación alternativa (art. 1286³); determinación del objeto, cuando el arbitrador encargado no lo hace o lo hace de manera manifiestamente inicua o errónea (art. 1349¹); variaciones al proyecto a introducir en la contrata (art. 1660¹).

Retribución

A menudo se refiere a la medida de la retribución de una prestación de hacer: en la contrata (arts. 1657; 1660¹); en el mandato (art. 1709); en la comisión (art. 1733); en la mediación (art. 1755²); en el trabajo subordinado (art. 2099²); en el contrato de obra (art. 2225); en el contrato con el profesional intelectual (art. 2233¹); para la parte de ganancias y pérdidas correspondiente al socio de obra (art. 2263²).

Es claro que el juez, aunque no formalmente guiado por un preciso criterio de ley, no puede determinar de manera arbitraria, caprichosa, irracional y ni siquiera seguir su personal sentido de justicia. Debe decidir —y motivar— en base a todas las circunstancias relevantes y solo de las circunstancias relevantes, de manera de dar a las partes las utilidades y las cargas que cada una de ellas, razonablemente, puede esperar del contrato. En síntesis: debe decidir y motivar en base a los principios de *equidad y/o buena fe*.

9. LA INTEGRACIÓN IMPERATIVA

La integración imperativa no suple un acuerdo faltante; sino más bien *se superpone a un acuerdo existente, pero desaprobado* por el ordenamiento jurídico porque viola intereses o valores preeminentes. Los contenidos desaprobados son expulsados del reglamento contractual, a pesar de que son queridos por las partes. Por consiguiente, la integración imperativa es *antagonista a la autonomía privada*.

Ratio

La integración imperativa es el mecanismo que más intensamente *sacrifica la libertad contractual en nombre de intereses superiores* a los intereses individuales de los cuales las partes disponen con el contrato. Como las restricciones a la libertad contractual se multiplican —dando lugar al fenómeno quizás más relevante del moderno Derecho de los contratos, el que mayormente lo diferencia del Derecho contractual del Estado liberal—, así se expande el área de operatividad de la integración legal, que a su vez se presenta como mecanismo entre los más calificados del Derecho de los contratos del Estado social.

Fuentes de la integración imperativa son, esencialmente, las normas imperativas.

10. LAS NORMAS IMPERATIVAS (PROHIBITIVAS Y CONFORMATIVAS)

Ya hemos encontrado las normas imperativas, como *parámetro para la ilicitud del contrato*. Las reencontramos ahora, como *fuerza de su integración imperativa*. Conviene distinguir entre los diversos modos —meramente prohibitivos o conformativos— en los cuales las normas imperativas pueden incidir sobre el reglamento contractual.

La norma puede prohibir el contrato, considerado integralmente: por ejemplo, el art. 17¹ Ley 47/1985 prohíbe transferir inmuebles sin indicar la correspondiente concesión edilicia. En tal caso, todo el contrato es nulo; por lo tanto *no se plantea ningún problema de integración*, no existiendo ningún eficaz reglamento contractual a integrar. Una norma así tiene función meramente prohibitiva, por consiguiente *destructiva y no conformativa del reglamento*.

Normas
prohibitivas
del contrato

Diferente es cuando la norma prohíbe no el contrato como tal, sino un particular, determinado contenido contractual: por ejemplo, el art. 1681² prohíbe, en el transporte de personas, “las cláusulas que limitan la responsabilidad del transportista por los siniestros que afecten al viajero”. Respecto a la cláusula prohibida, la norma es meramente prohibitiva: la hace nula y la cancela indudablemente del reglamento sin sustituirla con otra regla que discipline diversamente el punto afectado por la cláusula prohibida.

Normas
prohibitivas
de
particulares
cláusulas...

... y así
Indirectamente
conformativas
del
reglamento

Pero la norma tiene una función conformativa respecto al integral reglamento contractual; que sale transformado: el reglamento acordado por las partes estaba compuesto por 15 cláusulas, y —dado que una de estas no responsabilizaba al transportista— excluía pretensiones resarcitorias del viajero; por efecto de la norma, el reglamento está compuesto por solo 14 cláusulas, y da espacio a tales pretensiones. En este sentido, la norma prohibitiva de la cláusula tiene función conformativa del reglamento contractual: lo integra. La misma función es desarrollada por el orden público y las buenas costumbres que afectan a la cláusula particular, y así establecen un reglamento despojado de esta.

Normas
directamente
conformativas

Normas como las apenas consideradas pueden llamarse indirectamente conformativas. Pero existen también normas directamente conformativas, que *integran ya no el reglamento a través de la cancelación de la cláusula, sino la cláusula misma en sus contenidos*. Por ejemplo, el art. 3² Ley 192/1998 regula las cláusulas relativas al plazo de los pagos debidos por el comitente al subproveedor, imponiendo plazos máximos (por regla 60 días, en ciertos casos 90): aquí la norma no prohíbe la cláusula, sino prescribe los contenidos; o, si se prefiere, prohíbe la cláusula con contenidos no conformes. Ídem para la norma sobre la medida del canon en las locaciones para uso de vivienda (art. 13 Ley 431/1998): esta no prohíbe las cláusulas de fijación del canon, sino vincula el contenido. El mecanismo con el cual normas así integran el reglamento contractual es la *sustitución automática* prevista por el art. 1339 (21.11).

Determinación
de la
naturaleza
imperativa o
dispositiva

El problema de saber si una norma conformativa tiene naturaleza dispositiva (y, por consiguiente, es fuente de integración, meramente supletoria) o en cambio tiene naturaleza imperativa (y, por consiguiente, es fuente de integración imperativa) es casi siempre resuelto por la letra de la norma misma. La norma dispositiva por lo común se abre diciéndose aplicable solo “en ausencia de pacto contrario” o “salvo diversa voluntad de las partes”, o se cierra diciéndose derogable por el diverso acuerdo de las partes. La norma imperativa a menudo es acompañada por la expresa declaración de nulidad de los pactos contrarios, o bien disciplina las consecuencias del pacto contrario en términos incompatibles con su validez. Para los casos marginales en los cuales falta una semejante autocalificación explícita, el carácter imperativo de la norma se comprueba en base a los criterios vistos a su tiempo (17.13).

11. LA SUSTITUCIÓN AUTOMÁTICA DE PRECIOS Y CLÁUSULAS

Regresando a los ejemplos apenas dados: si en el contrato de locación para vivienda las partes acuerdan un canon superior al indicado por la norma, su medida se reduce hasta el nivel que resulta de la aplicación de la norma (art. 13⁴ Ley 431/1998); si en el contrato de subprovisión acuerdan plazos de pago más largos de los queridos por la norma, su duración se abrevia hasta los 90 (o 120) días de ley.

Ello define el *modo en el cual las normas conformativas integran el reglamento contractual*: “Las cláusulas, los precios de bienes o servicios, impuestos por la ley (...), se insertan de pleno derecho en el contrato, incluso en sustitución de las cláusulas distintas establecidas por las partes” (art. 1339).

Art. 1339

La sustitución de la cláusula querida (pero prohibida) con la impuesta implica que el reglamento contractual, de esta manera integrado, quede en pie. La consecuencia es obvia, pero el legislador se preocupa de manifestarla: “La nulidad de las cláusulas específicas no importa la nulidad del contrato, cuando las cláusulas nulas son sustituidas de derecho por normas imperativas” (art. 1419²: 39.2).

Supervivencia
del contrato
IntegradoArt. 1419²

La fuente de la nueva conformación del reglamento puede ser directamente la norma imperativa: así la norma sobre los plazos de pago en la subprovisión, que indica ella misma los plazos inderogables. Pero la norma puede también ser conformativa solo *per relationem*, limitándose a remitir a otra fuente de la cual se obtienen los contenidos a insertarse en el reglamento: los niveles máximos inderogables de canon no son fijados por la Ley 431/1998, sino por los “acuerdos locales” entre organizaciones de la propiedad edilicia y de los conductores, a los cuales se refiere su art. 2³; y estos sustituyen las previsiones contractuales no conformes (art. 12⁵ Ley 431/1998). Para otro ejemplo, en tema de contratos bancarios, v. art. 117⁷ TUB.

Normas
conformativas
per
relationem

La disciplina de la sustitución automática pone un problema teórico y varios problemas aplicativos.

El *problema teórico* es: ¿el contrato sometido a integración imperativa conserva naturaleza de contrato, es decir, de acto negocial de autonomía privada? ¿O bien la circunstancia de que el reglamento integrado contrasta con la voluntad de las partes lo lleva fuera del área de la autonomía privada, lo hace un acto no negocial? ¿O un acto en parte negocial (en la parte no integrada) y en parte no (en la parte integrada)?

Naturaleza
del contrato
Integrado

La respuesta es: el contrato integrado permanece como un acto de autonomía privada. Es la conclusión ya elegida para el contrato impuesto, fruto de la obligación legal de contratar (2.12). A mayor razón debe reiterarse para una lesión de la libertad contractual menos grave, como la inducida por el art. 1339. Modificado en su reglamento, el contrato deriva siempre de una elección de autonomía privada: el acuerdo de las partes de celebrarlo, para realizar una operación a cuyo logro las partes no estaban vinculadas. El vínculo de la integración imperativa se activa tras tal elección; e incide no sobre esta, como supuesto de hecho generador de la relación, sino sobre el contenido de la relación, o si se prefiere sobre los efectos legales del supuesto de hecho.

Acto de
autonomía
privada

Problemas
aplicativos

Vayamos a los problemas aplicativos.

La sustitución automática opera *sin necesidad de expresa previsión* de la específica norma conformativa, violada por el acuerdo: para activar el mecanismo es suficiente la previsión general del art. 1339.

La fuente integradora puede también no ser una *norma primaria*, sino un *acto administrativo* o incluso un *acto no proveniente de una autoridad pública*, a condición de que sea hecho objeto de remisión por parte de la norma que prefigura el mecanismo integrador (cfr. los citados arts. 2^o Ley 431/1998; 117^o TUB). La norma prefiguradora debe ser en cambio —ésta sí— norma primaria, o al menos norma secundaria autorizada o delegada por una norma primaria: piénsese en las normas sobre los contratos financieros, que se encuentran en el reglamento emanado por la Consob en cumplimiento de previsiones del TUF.

Objeto de sustitución es la "*cláusula prohibida*": es decir, solo la parte, y toda la parte, del reglamento acordado que está en conflicto con la norma imperativa. El criterio debe conectarse a la sustancia (esto es, a la confrontación entre el resultado jurídico perseguido con el acuerdo y el resultado jurídico impuesto por la ley), y no a la organización formal de las "cláusulas" en el texto del contrato (19.3).

El mecanismo de la integración imperativa opera incluso sobre la *oferta* en conflicto con la norma imperativa: si el destinatario envía una aceptación que corrige la oferta en el sentido deseado por la norma, el contrato se celebra sin que sea obstáculo esta (aparente) no conformidad entre oferta y aceptación.

La parte que ve su contrato integrado en sentido desventajoso para sí no puede invocar la anulación por *error (de Derecho)*, alegando su propia ignorancia de la norma integrativa (35.8).

12. LAS NORMAS UNILATERALMENTE IMPERATIVAS

Orden
público de
protección

Con la expansión de las políticas inspiradas en el orden público de protección (17.14), se multiplican las normas imperativas que protegen no un interés general que trasciende de los intereses particulares de los contratantes, sino el *interés de uno de los contratantes, en cuanto perteneciente a una categoría socioeconómica* que el legislador considera necesitada y merecedora de protección en su relación con la categoría a la cual pertenece el otro. El objetivo es disponer una "tutela mínima" del contratante protegido; le proporcionan un útil instrumento técnico las normas unilateralmente imperativas.

Tutela mínima
del
contratante
protegido

Derogabilidad
unidireccional

Son las normas que pueden ser derogadas solo en una dirección: aquella de un *mayor favor para el contratante protegido*. En cambio, son inderogables en sentido opuesto, porque prohíben pactos que bajen el nivel de tutela del contratante protegido, por debajo del nivel mínimo de la ley.

A veces la unilateralidad resulta por implícito de la *estructura misma de la norma*, que impone el respeto de un "mínimo" (que las partes no pueden superar, mientras que sí puede descender: así para los plazos de pago en la subprovisión en protección del subsproveedor)

o de un "máximo" (para el que vale lo inverso: v. el canon de las locaciones para vivienda, en protección del conductor). Otras veces la unilateralidad es sancionada —con fórmulas distintas, a veces indirectas— *por bloques de normas*: identificadas bien de manera específica (art. 1932¹, en tema de seguro); bien de manera genérica (art. 127¹ TUB, sobre los contratos bancarios; art. 79¹ Ley 392/1978, sobre la locación; art. 9 D. Leg. 427/1998, sobre la venta de multipropiedad). Pero a la misma familia pertenecen todas las normas que regulan un contrato en la *perspectiva de tutelar a una parte respecto a la otra*, aunque no contengan una expresa autocalicación de (unilateral) imperatividad: como por ejemplo las dictadas, en protección del turista por el D. Leg. 111/1995 sobre la venta de paquetes turísticos.

Indicadores de la unidireccionalidad

La unilateralidad de las normas imperativas tiene reflejos prácticos: especialmente en tema de legitimación para hacer valer la nulidad de las cláusulas que contrastan con las disposiciones protectoras (38.4).

Legitimación para la nulidad

Fundamento político-ideológico de las normas unilateralmente imperativas es la concepción que considera *libertad e igualdad en sentido sustancial, y no solo formal*. Para remediar las disparidades de fuerza económico-social, y por consiguiente de efectivo poder contractual entre categorías contrapuestas de contratantes (locadores y conductores, empresas y consumidores, empleadores y trabajadores, etc.), la ley da a la parte débil ventajas y *chances* contractuales que, en cambio, niega a la parte fuerte. De esta manera trata diversamente a las dos partes: pero la diferencia de tratamiento no realiza una discriminación anti-constitucional (violadora del art. 3¹ C), en la medida en la cual persiga —según razonabilidad— objetivos de igualdad sustancial (art. 3² C).

Ratio

BIBLIOGRAFÍA

- 1-12. N. PSARO, *L'integrazione del contratto*, en *Contratti Cendon*, V, Torino, 2000, p. 187; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, en *Trattato contratti. Rescigno*, Torino, 1999, p. 1019; U. MATTEI, *Il nuovo diritto europeo dei Contratti, tra efficienza ed eguaglianza. Regole dispositive, inderogabili e coercitive*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1999, p. 611; L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei contratti del consumatore nel sistema del codice civile*, en *Studi in onore di P. Rescigno*, III, 2, Milano, 1998, p. 535; A.M. LIVI, *L'integrazione del contratto*, en N. Lipari (al cuidado de), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, I, p. 656; L. FRANZESE, *Contratto, negozio e lex mercatoria tra autonomia e eteronomía*, en *Rivista di diritto civile*, 1997, I, p. 797; G. GABRIELLI, *Norme imperative e integrazione del contratto*, en *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994, p. 481; A. GIULLIANI, *L'integrazione del contratto*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, 1, Torino, 1991, p. 119; G.M.UDA, *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corresponsabilità delle prestazioni*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1990, I, p. 301; P. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, en *Quadrimestre*, 1988, p. 524; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1964; F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, p.

- 108; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1967.
4. A. GUARNIERI, *Gli usi e il sistema delle fonti del diritto civile*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, II, p. 19; A. GUARNIERI, *Usi*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, XIX, Torino, 1999, *ad vocem*; G. SCIANCALEPORE, *Autonomia negoziale e clausole d'uso. Disposizioni normative e prassi*, Napoli, 1998; G.B. FERRI, *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei principi dell'Unidroit*, in *Contratto e impresa. Europa*, 1996, p. 825; G. SCIANCALEPORE, *Gli usi "tout court" e la loro rilevanza giuridica. Una rassegna di problemi*, in *Rassegna di diritto civile*, 1996, p. 317; A. PIZZORUSSO, *Consuetudine*, in *Enciclopedia giuridica*, VIII, Roma, 1988, *ad vocem*; G. PASETTI, *Contributo alla dottrina degli usi negoziali*, Padova, 1982; N. COVIELLO, *In margine all'art. 1340 c.c.*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963, p. 501; G. ASQUINI, *Integrazione del contratto con le clausole d'uso*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1961, p. 110; A. PAVONE LA ROSA, *Consuetudine-usi normativi e negoziali*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, *ad vocem*; A. GIORDANO, *Il fondamento dell'efficacia delle clausole d'uso e l'art. 1341 cod. civ.*, in *Scritti in onore di V. Scialoja*, III, Bologna, 1953, p. 265; G. ASQUINI, *Integrazione del contratto con le "clausole d'uso"*, in *Scritti in onore di V. Scialoja*, III, Bologna, 1953, p. 25; A. GENOVESE, *Gli usi nella disciplina dei contratti commerciali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, p. 382; V. SCIALOJA, *Natura ed efficacia dei c.d. usi cotonieri*, in *Il Foro italiano*, 1950, I, p. 372; A. GIORDANO, *Il fondamento e l'efficacia delle clausole d'uso e l'art. 1341 c.c.*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1950, I, p. 142; G. ASQUINI, *Usi legali e usi negoziali*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1944, I, p. 71; R. LUMIA, *Usi giuridici e usi interpretativi*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1912, II, p. 605.
5. A. RICCIO, *Il controllo giudiziale della libertà contrattuale: l'equità correttiva*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 939; G. ALPA, *L'equità*, in *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiorn.*, Torino, 1999, p. 129; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 83; F. CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, p. 71; F. E. BENATTI, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999, p. 837; E. GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 479; A. DE CUPIS, *Precisazioni sulla funzione dell'equità nel diritto privato*, in *Rivista di diritto civile*, 1971, I, p. 633; Salvatore ROMANO, *Equità (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XV, Milano, 1966, *ad vocem*; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970; L. OSILIA, *L'equità nel diritto privato*, Roma, 1923.
- 6-7. A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corriere giuridico*, 2000, p. 1486; E. CORRADI, *Il dovere di buona fede*, in *Contratti Cendon*, V, Torino, 2000, p. 1; T. PASQUINO, *Correttezza e buona fede oggettiva*, in *Giurisprudenza sistematica de diritto civile e commerciale*, fundada por W. Bigiavi, *I precedenti*, al cuidado de G. Alpa, tomo

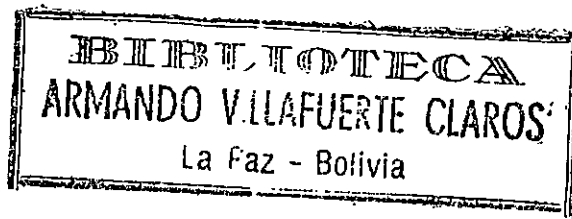
- I, Torino, 2000, p. 547; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, en *Contratto e impresa*, 1999, p. 83; And. D'ANGELO, *Buona fede e l'esecuzione*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, I, Torino, 1999, p. 2325; F. CRISCUOLO, *Equità e buona fede quali fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*, en *Rivista dell'arbitrato*, 1999, p. 71; A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede e, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, en *Contratto e impresa*, 1999, p. 21; G. MATTEO, *La tutela degli obblighi di protezione*, en *Contratti*, 1997, p. 493; AA.VV. (al cuidado de G. Alpa y L. Putti), *Casi scelti in materia di buona fede nei contratti speciali*, Padova, 1996; G. LENER, *Mancata consegna nel leasing, obbligo di buona fede e causa contrattuale*, en *Il Foro italiano*, 1996, I, p. 164; L. NANNI, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, en *Contratto e impresa*, 1994, p. 475; G. BERLIOZ, *La giustizia e la moralità nei contratti. Le nozioni di buona fede e correttezza*, en *Il Foro padano*, 1994, II, p. 91; V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, en *Corriere giuridico*, 1994, p. 566; G. SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, en *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, 1, p. 2129; AA.VV. (al cuidado de A. Munari), *Fideiussione omnibus e buona fede*, Milano, 1992; And. D'ANGELO, *La buona fede e l'esecuzione del contratto*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, III, Torino, 1991, p. 759; And. D'ANGELO, *La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale*, en *Contratto e impresa*, 1990, p. 702; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, en *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, 1990, *ad vocem*; L. ROVELLI, *Correttezza*, en *Digesto delle discipline privatistiche*, IV, Torino, 1989, *ad vocem*; V. MARICONDA, *Fideiussione omnibus e principio di buona fede*, en *Il Foro italiano*, 1989, I, p. 2763; L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988; M. BESSONE-And. D'ANGELO, *Buona fede*, en *Enciclopedia giuridica*, V, Roma, 1988, *ad vocem*; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, II, Torino, 1988, *ad vocem*; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1987, p. 13; C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, en *Rivista di diritto civile*, 1983, I, p. 206; F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983; E. DELL'AQUILA, *La correttezza nel diritto privato*, Milano, 1980; M. BESSONE, *Dogma della volontà, principio di buona fede, e integrazione del contratto*, en *Giurisprudenza italiana*, 1978, IV, p. 97; AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigido por A. Cicu y F. Messineo, Milano, 1974, 1, p. 9; D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970; V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968; S. RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*, en *Il Foro padano*, 1964, p. 1283; G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1964, I, p. 176; A. MONTEL, *Buona fede*, en *Novissimo digesto italiano*, II, Torino, 1958, *ad vocem*.
11. M. PSARO, *L'inserzione automatica di clausole*, en *Contratti Cendon*, VI, Torino, 2000, p. 215; F. VITIELLO, *Rinnovazione del contratto e inserzione automatica di clausole*, en *Archivio delle locazioni e condominio*, 1996, p. 772; N. DI MAURO, *In tema di integrazione*

del contratto ex art. 1339 c.c., en *Giurisprudenza commerciale*, 1992, I, p. 246; G. ALPA, *Prezzi II) Diritto civile*, en *Enciclopedia giuridica*, XXIV, Roma, 1991, *ad vocem*; F. GALLO, *Sull'inserzione automatica nei contratti dei prezzi autoritativi più favorevoli a consumatori e utenti*, en *Studi in onore di A. Biscardi*, III, Milano, 1982, p. 557; A. LISERRE, *Prezzi imposti*, en *Dizionari del diritto privato, I, Diritto civile*, al cuidado de N. Irti, Milano, 1980, p. 677; A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del contenuto del regolamento negoziale*, Padova, 1975; M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971; V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nella amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1967; L. CANNADA BARTOLI, *Sulla natura giuridica dei provvedimenti prezzo del CIP*, en *Il Foro amministrativo*, 1958, II, p. 1; D. RUBINO, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, en *Moneta e credito*, 1948, p. 530.

12. R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976.

CUARTA PARTE

LOS EFECTOS



CAPÍTULO XXII

LOS EFECTOS DEL CONTRATO

1. Los efectos del contrato.— 2. Efectos y eficacia del contrato.— 3. Efectos obligatorios y efectos reales.— 4. El efecto traslativo del consentimiento.— 5. Consecuencias del consentimiento traslativo: en particular, la transferencia del riesgo.— 6. Límites internos al operar del consentimiento traslativo: transferencia de cosas genéricas e individualización.— 7. *Sigue*: transferencia de bienes futuros y de bienes ajenos.— 8. Límites externos al principio consensualista.— 9. Los contratos de fijación.— 10. Los contratos normativos.— *Bibliografía*.

1. LOS EFECTOS DEL CONTRATO

Los efectos del contrato son esencialmente *las modificaciones que el contrato determina en las posiciones jurídicas de las partes*. Se puede también decir: *en sus relaciones jurídicas*, visto que, por regla, las posiciones jurídicas de una y de otra parte se entrelazan entre sí al interior de relaciones jurídicas que vinculan a las partes mismas.

Efectos del contrato

De “relación jurídica” habla por lo demás el art. 1321, para indicar la realidad sobre la cual el contrato incide con sus efectos. La misma norma (“[...] para constituir, regular o extinguir [...]”) indica las tipologías generales de los modos en los cuales los efectos contractuales inciden sobre las posiciones jurídicas de las partes y, por tanto, sobre las relaciones entre ellas.

Dado que las posiciones jurídicas son, esencialmente, *derechos y obligaciones*, los efectos jurídicos pueden consistir: en crear entre las partes derechos y obligaciones que antes no existían; en modificar derechos y obligaciones preexistentes; en transferir a una parte derechos y obligaciones que antes le pertenecían; en extinguir derechos y obligaciones que precedentemente existían entre las partes.

Peculiares tipologías de efectos contractuales —reconducibles a la amplia fórmula del “regular” relaciones— se individualizan, luego, en los contratos que “fijan” derechos y obligaciones de las partes (22.9); y en los contratos que regulan otros contratos (22.10).

Efectos y
acuerdo

Existe un nexo entre efectos del contrato y acuerdo de las partes: sin acuerdo de las partes no existe contrato, y sin contrato no existen efectos contractuales. El acuerdo que condiciona de manera absoluta los efectos contractuales es el acuerdo en su dimensión genética, entendido como voluntad común de las partes de hacer el contrato, es decir, constituir, regular o extinguir entre ellas una cierta relación contractual.

Integración

Pero el acuerdo vierte sobre un determinado contenido, que es precisamente acordado: por la *dimensión genética* del acuerdo puede idealmente distinguirse su *dimensión de contenido*. Entendido bajo este último perfil, el acuerdo no condiciona con la misma absolutidad los efectos del contrato. En efecto, es verdad que la voluntad (el acuerdo) de las partes es la fuente primaria de su reglamento contractual, y en la medida en la que lo es, los efectos del contrato están por lo que concierne al contenido conformes al acuerdo. Pero también es verdad que el fenómeno de la integración abre la vía a *efectos del contrato que no corresponden al acuerdo de las partes*: porque pertenecen a zonas del reglamento que no están cubiertas por el acuerdo (integración dispositiva), o están cubiertas por un acuerdo que cede a los diversos contenidos de la fuente imperativa (integración imperativa).

Efectos y
voluntad
(autonomía
privada)

Las teorías de impronta normativista niegan la competencia de la autonomía privada para disponer de los efectos contractuales. La voluntad de las partes sería competente solo para la construcción del supuesto de hecho, por consiguiente, para la celebración del contrato; la competencia para determinar los efectos del contrato, correspondientes al supuesto de hecho, estaría reservada exclusivamente a la ley.

Competencia
de las partes
para
manipular los
efectos

Esta visión es inaceptable, porque reduce indebidamente el papel de la autonomía privada. Debe reconocerse que la voluntad de las partes está habilitada (aunque no exclusivamente) para disponer de los efectos contractuales: en la misma medida en la cual está habilitada (aunque no por sí sola, sino en concurso con las fuentes externas) para construir el reglamento contractual. Y en efecto examinaremos una serie de mecanismos que tienen precisamente el sentido de instrumentos ofrecidos a la autonomía privada para permitirle "maniobrar" los efectos del contrato en las direcciones y en los modos más funcionales a los intereses libremente perseguidos: de la condición (27) al contrato preliminar (29); del contrato fiduciario (30) a la simulación (31).

2. EFECTOS Y EFICACIA DEL CONTRATO

Eficacia

"Eficacia" es la cualidad que el contrato posee, en cuanto produce sus efectos: el contrato productor de sus efectos se dice "eficaz". El fenómeno presenta relevancia sobre todo en la versión negativa de la ineficacia: cuando el contrato —formado y existente— no produce sus efectos.

Sobre la categoría de la ineficacia y sobre sus manifestaciones nos detendremos más adelante, cuando la distinguiremos de la categoría y de las manifestaciones de la invalidez (33.2). Anticipamos solamente que los

factores capaces de bloquear los efectos del contrato, haciéndolo ineficaz son muchos y diversos. Al menos ya hemos encontrado uno: es ineficaz (salvo ratificación) el contrato celebrado por el representante sin poderes (12.9). Otro se verá próximamente: es ineficaz el contrato sometido a condición suspensiva (27.2).

Los ejemplos describen que la eficacia del contrato no deben confundirse con su vinculación. La vinculación es la característica por la cual el contrato, una vez válidamente celebrado, *vincula a las partes a realizar comportamientos y sufrir resultados coherentes con la aplicación del programa contractual*; y, por consiguiente, primeramente les impide desligarse del compromiso acordado, rechazar de por sí los efectos del contrato (23). De modo que *también un contrato ineficaz puede ser vinculante*.

Eficacia y vinculación

Es el caso del contrato sometido a condición suspensiva. Este es ineficaz, porque en pendencia de la condición no produce sus efectos (que sin embargo podrán producirse con la verificación de la condición, haciendo operativo el programa contractual). Y sin embargo es vinculante, porque las partes se encuentran bajo compromisos que no tendrían si no hubieran celebrado el contrato: sometidas como están a esperar que la condición se verifique o no, y a sufrir los resultados correspondientes, y en el entretanto obligadas a tener comportamientos que no perjudiquen la futura —y solo eventual— aplicación del programa contractual (27.11-13). También el contrato del falso representante, aunque ineficaz, es (unilateralmente) vinculante: él vincula al tercero contratante (12.9).

Condición suspensiva

Falsa representación

3. EFECTOS OBLIGATORIOS Y EFECTOS REALES

En las clasificaciones de los efectos contractuales, destaca por importancia aquella que distingue los efectos reales y los efectos obligatorios.

Efectos obligatorios son el *nacimiento de nuevas obligaciones y de los correspondientes derechos de crédito*; así como la *modificación o extinción de obligaciones y créditos preexistentes*. El reconocimiento general del contrato como supuesto de hecho productor de efectos obligatorios está en la norma sobre las fuentes de las obligaciones, que se abre afirmando: "Las obligaciones derivan del contrato" (art. 1173).

Efectos obligatorios

Efectos reales son: la *constitución de un nuevo derecho real*, antes inexistente (por ejemplo, constitución de usufructo, creado por el propietario a favor de un causahabiente que lo adquiere); la *transferencia de la propiedad o de otro derecho real* (por ejemplo, transferencia de un preexistente usufructo del actual usufructuario a un causahabiente que se convierte en el nuevo usufructuario); la *transferencia de cualquier otro derecho*, diferente de los derechos reales (por ejemplo, un crédito, una patente o una marca, una opción). Puede considerarse efecto real también la *extinción del*

Efectos reales

derecho real menor, porque reatribuye al propietario el derecho de propiedad en su originaria plenitud. El reconocimiento general del contrato como fuente de efectos reales está en la norma sobre los modos de adquisición de la propiedad, donde se lee que “La propiedad se adquiere... por efecto de contratos” (art. 922).

En relación al tipo de efectos que producen, los contratos se distinguen en contratos con efectos obligatorios y contratos con efectos reales.

Contratos con efectos reales

Contratos con efectos reales son aquellos que *producen efectos reales*: por ejemplo, la donación, la venta, la permuta, la cesión de crédito, el contrato de sociedad con aporte no dinerario, el contrato constitutivo de servidumbre, usufructo, superficie, prenda o hipoteca; la cesión de usufructo; el contrato que implica renuncia a servidumbre, usufructo, superficie, prenda o hipoteca.

Contratos con efectos obligatorios

Un superficial paralelismo podría sugerir que sean contratos con efectos obligatorios los que producen efectos obligatorios. No es así: son tales los contratos que *producen exclusivamente efectos obligatorios (y ningún efecto real)*. Por lo tanto, el contrato que produzca conjuntamente efectos obligatorios y reales escapa a la categoría, para caer en la de los contratos con efectos reales. Estos últimos se definen por consiguiente en positivo (por la producción de efectos reales), mientras los otros se definen *en negativo* (por la ausente producción de efectos reales).

Ratio de la asimetría

La asimetría es inevitable, si se desea que la clasificación reparta los contratos en dos distintas categorías, sin residuos y sin superposiciones, y depende de esto: mientras los efectos reales son —en el mundo de la producción de efectos jurídicos— un *fenómeno relativamente raro y circunscrito*, los efectos obligatorios son en cambio un *fenómeno extremadamente difundido y persuasivo*.

No todos los contratos —más bien, solo un número limitado de contratos— producen efectos reales. En cambio, prácticamente todos los contratos producen efectos obligatorios. También los contratos que típicamente producen efectos reales producen conjuntamente algún efecto obligatorio: la venta, además de la transferencia de la cosa vendida genera el deber del comprador de pagar el precio y el del vendedor de entregar la cosa; la permuta que excluye la obligación de pagar el precio, determina al menos la de entrega de las cosas. Produce algún efecto obligatorio también la permuta que no implique obligaciones de entrega por estar las cosas ya en poder de los destinatarios de las dos atribuciones cruzadas: cada parte está obligada frente a la otra a garantizar por lo vicios y por la evicción. En decir: son *concebibles contratos que produzcan solo efectos obligatorios*; son casi *inconcebibles contratos que produzcan solo efectos reales y ningún efecto obligatorio*.

Locación

No tiene efectos reales la locación: a favor del conductor no se transfiere un derecho preexistente en el patrimonio del locador, sino que se constituye un derecho nuevo, que siendo el reverso de la obligación del locador de hacer disfrutar la cosa, es un derecho de

crédito. Discurso más complejo requiere la contrata, en relación a los diversos *tiempos y modos en los cuales el comitente adquiere la propiedad de la obra*: si la propiedad se adquiere directamente a título originario (construcción de inmuebles, o de muebles con materiales del comitente), el contrato no tiene efectos reales; puede en cambio calificarse tal la contrata de muebles con materiales del contratista, si se considera que aquí el comitente adquiere la propiedad a título derivado del contratista, que a su vez la ha adquirido a título originario construyendo el mueble.

Contrata

4. EL EFECTO TRASLATIVO DEL CONSENTIMIENTO

Problema fundamental de los contratos con efectos reales es el *tiempo y el modo en el cual se producen tales efectos* y, en particular, la transferencia del derecho (*efecto traslativo*). Lo resuelve el art. 1376: "la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado". Se afirma así el principio consensualista, o del consentimiento traslativo, o del efecto traslativo del consentimiento.

Art. 1376

Principio consensualista (consentimiento traslativo)

Consentimiento "legítimamente manifestado" significa: manifestado en los modos y en las formas requeridas por la ley para la válida celebración del contrato. El efecto real se produce por consiguiente *en el momento mismo en el cual se celebra el contrato*: apenas celebrada la venta, por ello mismo la propiedad de la cosa pasa del vendedor al comprador. No es necesario, a este fin, ninguna otra operación: no el pago del precio; no la entrega de la cosa (que será hecha a quien ya es propietario); no la inscripción, si el bien vendido está inscrito (la formalidad publicitaria no produce el efecto real, ya producido por el contrato, sino solo su oponibilidad a los terceros).

La jurisprudencia precisa que con la celebración del contrato pasa al comprador no solo la propiedad, sino también la posesión de la cosa, y ello *prescindiendo de la entrega*: antes de la entrega el comprador, propietario, posee la cosa mediatamente, a través del vendedor que la detiene como custodio.

Transferencia de la posesión

El principio consensualista tiene su primera solemne consagración en el *code Napoléon* (1804); de allí es retomado por el código italiano de 1865 y luego por el de 1942. Él expresa una elección político-cultural que la historia y la comparación indican como alternativa a otras posibles elecciones.

En el plano "político", la elección es favorecer la posición del adquirente respecto a las del enajenante y de los terceros.

Ratio política:

Desligar la traslación de la propiedad del pago del precio favorece al comprador, siendo claro que el vendedor estaría más tutelado por una regla que lo despojara de la propiedad solo en el momento en que reciba la retribución: pero una regla tal, quizás coherente en un sistema en el cual las

tutela del adquirente respecto al enajenante...

ventas se regulen por pagos al contado, sería incompatible con la economía moderna, ampliamente basada en el crédito.

... y a los
terceros

Desligar la traslación de la propiedad de la entrega de la cosa mueble y de la inscripción del contrato que transfiere inmuebles, es potencialmente peligroso para los terceros: en particular para los terceros interesados en la cosa y, por consiguiente —a nivel de sistema—, para la seguridad de los tráficos. El principio consensualista crea, en efecto, una situación en la cual el causante no es ya propietario de la cosa transferida y, por lo tanto, no está ya legitimado para transferirla ulteriormente, pero puede aparentar estar aún legitimado: porque la cosa mueble está aún materialmente en sus manos, o porque los resultados publicitarios (incompletos, por falta de inscripción de la transferencia) refieren aún a él el inmueble. Con la consecuencia de que los *terceros, confiando en esta legitimación solo aparente, corren el riesgo de adquirir de sujeto no legitimado; y por consiguiente adquirir mal*. Sin embargo, es verdad que de un riesgo semejante los terceros están en gran medida tutelados con reglas que, precisamente para tutelarlos, terminan por limitar el alcance del principio consensual: la regla “posesión vale título” para los muebles; la regla de que, entre varios adquirentes del mismo inmueble, se privilegia no al primer adquirente sino al primero que inscribe (22.8).

Tutela de los
terceros,
mediante
límites al
principio
consensualista

Ratlo cultural

En el plano cultural, el principio consensualista es hijo del *jusnaturalismo ilustrado* portador de una concepción que valora la voluntad humana como directa productora de efectos jurídicos. Es singular cómo el voluntarismo jusnaturalista haya producido resultado en cierto sentido divergentes: allí cuando propugna el mero pacto y por consiguiente e anticausalista, juega a favor de los terceros subadquirentes y de la seguridad de los tráfico (16.1; 17.8); cuando es partidario del consentimiento traslativo, trabaja en dirección contraria.

Derecho
Romano

Derecho
alemán

El principio diverge del derecho romano, que ligaba la traslación de la propiedad de cosa a su *traditio* (un nexa que comenzó, sin embargo, a hacerse menos apremiante con praxis negocial y seguidamente con la doctrina del derecho común). Diverge también de tradición del derecho alemán. Recuérdese lo que se ha dicho respecto a las orientaciones ese sistema jurídico sobre causalidad y abstracción de la causa (17.8): el contrato (causal) venta no basta para transferir la propiedad: es necesario un posterior acto de transferencia (eventualmente abstracto, en la medida en la cual no mencione el contrato de venta *causata*), que para los muebles es la entrega, y para los inmuebles es un acto hecho conocido mediante publicidad. Por lo tanto, allí se presentan escindidos *titulus* y *modus acquirere* que el principio consensualista reduce a unidad indiferenciada en el contrato traslativo (casal).

Derogabilidad

El art. 1376 no es norma imperativa, y el principio consensualista no es de orden público: las partes pueden derogarlo, estableciendo que el efecto real se produzca en un momento posterior a la, y subordinadamente a

evento diferente de la, celebración del contrato. La ley misma establece alguna hipótesis así: por ejemplo, la venta con reserva de propiedad (arts. 1523 y ss.). Pero las hipótesis legales no tienen número cerrado: el *principio de atipicidad* permite hacer contratos con efectos reales, cuyo consentimiento no sea inmediatamente traslativo (argumentando *ex art. 1465²*).

5. CONSECUENCIAS DEL CONSENTIMIENTO TRASLATIVO: EN PARTICULAR, LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO

Saber que, en ausencia de distinto acuerdo de las partes, el efecto real se produce a la celebración del contrato y no en un momento posterior, tiene importancia desde distintos puntos de vista.

El más importante afecta las relaciones entre las partes, y se refiere al riesgo de la inculpable destrucción del bien transferido. A vende a B una cosa, que antes de ser entregada al comprador es accidentalmente destruida (obviamente después del contrato, porque si la destrucción fuera anterior, el contrato sería nulo por imposibilidad del objeto). Si la propiedad pasara solo con la entrega, la pérdida gravaría sobre A, propietario al momento de la destrucción: él perdería el derecho al precio, porque la sobrevenida imposibilidad del efecto traslativo al cual el contrato está preordenado determinaría la resolución. El principio consensual lleva a una consecuencia distinta: la pérdida grava sobre B en cuanto propietario de la cosa al momento de la destrucción: *res perit domino*. En efecto, B está obligado siempre a pagar el precio, porque el contrato permanece válido y eficaz; pero no recibe ni la cosa, destruida, ni ningún resarcimiento, puesto que la destrucción no es imputable a A.

Riesgo de destrucción no culpable del bien

El principio es enunciado con claridad por el art. 1465¹: la destrucción accidental de la cosa después de la producción del efecto traslativo “no libera al adquirente de la obligación de ejecutar la contraprestación, aunque la cosa no le hubiese sido entregada”.

Diferente sería si la destrucción de la cosa, ya pasada a B, fuera imputable a A, por ejemplo, por violación de sus obligaciones de custodia funcionales a la obligación de entrega: B no recibiría la cosa, pero resolviendo el contrato por incumplimiento de A podría liberarse de la obligación del precio o, si ya se ha pagado, obtener la restitución; más allá de obtener el resarcimiento del daño. Diferente sería también si la destrucción de la cosa ya pasada en propiedad de B, aunque no imputable a A, se verificara durante la *mora debendi* del mismo A, que tarda sin razón la entrega (art. 1221): el riesgo caería sobre A, obligado a resarcir al propietario B. Sin embargo, estas son consecuencias de *reglas sobre el incumplimiento de las obligaciones, y no sobre la producción de los efectos contractuales*.

Destrucción culpable

Mora del deudor

Otros perfiles atañen a los terceros.

Terceros:

Dañados por
la cosa...

Los terceros dañados por la cosa: las reglas que imputan la responsabilidad al propietario (arts. 2052-2054) dan al dañado acción contra el causante si el hecho dañoso es anterior al contrato traslativo; contra el causahabiente, si el hecho es posterior.

... acreedores
del
causante...

Los terceros acreedores del causante: solo hasta el momento del contrato traslativo ellos pueden agredir el bien que forma su objeto, en cuanto aún en propiedad del deudor; desde el momento del contrato ya no, porque el bien ha salido del patrimonio del deudor (salvo, obviamente, el victorioso ejercicio de acción revocatoria contra el contrato).

...
causahabientes
en conflicto

Los terceros causahabientes del causante de un precedente contrato traslativo: apenas celebrado este último, el causante pierde el derecho transferido, y de este modo la legitimación para disponer; no obstante ello si se dispone ulteriormente del derecho a favor de un tercero, este adquiere *a non domino*, y por ello en línea de principio ineficazmente. Pero a favor del tercero acuden reglas ("posesión vale título", prioridad de las inscripciones), que limitan desde el exterior el operar del consentimiento traslativo (22.8).

6. LÍMITES INTERNOS AL OPERAR DEL CONSENTIMIENTO TRASLATIVO: TRANSFERENCIA DE COSAS GENÉRICAS E INDIVIDUALIZACIÓN

Diferimiento
del efecto
traslativo

No siempre el contrato con efectos reales obedece al principio consensualista: puede suceder que el efecto traslativo (o en general real) se active solo en un momento sucesivo a la celebración del contrato.

Efectos reales
intermediados
por una
obligación
instrumental

Ello puede suceder por voluntad de las partes, como se ha dicho, o bien por necesidad impuesta por la *peculiar naturaleza del bien* que forma objeto del contrato traslativo (cosa genérica, futura, ajena). En el uno y en el otro caso, del contrato surge a cargo del enajenante una obligación que no tendría razón de surgir si el contrato tuviera efecto traslativo inmediato: la de hacer adquirir al causahabiente la cosa o el derecho (cfr. art. 1476²). El contrato *no deja por esto de ser contrato con efectos reales* (bajo este perfil, es desorientadora la fórmula "venta con efectos obligatorios", que habitualmente designa el principal de estos supuestos de hecho). En efecto, el programa contractual es siempre la producción de efectos reales. Simplemente, estos no son consecuencia inmediata y automática del contrato, sino que están intermediados por una obligación instrumental a estos: la obligación de producirlos, o mejor de *crear (o no obstaculizar) las condiciones de su producción*.

El primer caso es el contrato que transfiere cosas genéricas. Que este no produzca efecto real inmediato resulta de la misma letra del art. 1376, en donde se reenvía tal efecto a la “transferencia de la propiedad de una *cosa determinada*”, implícitamente excluyéndola para la transferencia de cosas genéricas: es decir, aquellas *determinadas solo por su pertenencia a un determinado género de mercadería y por la cantidad a transferir* (por ejemplo: 300 botellas de Brunello de Montalcino Biondi Santi cosecha 1997; un departamento de tipo B, entre los 120 aún no vendidos en un maxi-condominio “Su nuragheddu” de Tortolì). Precisión normativa superflua por ser obvia y útil solo para introducir la correlativa disciplina de la individualización.

Transferencia
de cosas
genéricas

El efecto traslativo se produce después del contrato, justamente con la individualización (art. 1378): este es el acto con el cual se concentran —al interior del género previsto, y en la cantidad acordada— las entidades concretas a transferirse al adquirente para convertirse de su propiedad.

Individualiza-
ción

La individualización es prestación debida por el enajenante, que ejecutándola cumple la obligación de hacer adquirir al adquirente la propiedad del objeto deducido en el contrato: por tanto, debe hacerse *en los modos contractualmente establecidos*, así como toda prestación debe ejecutarse con las modalidades que el contrato establece (por ejemplo, libre elección del adquirente entre los 120 departamentos del condominio). Si el contrato no establece las modalidades, la individualización se hace “*de acuerdo entre las partes*”.

Modalidades

Tal acuerdo no da lugar a un nuevo contrato entre las partes (como acto debido, la individualización no tiene naturaleza negocial), sino expresa la *exigencia de que la individualización no sea un acto solitario del enajenante*, totalmente cerrado en su esfera, sino que vea la participación del adquirente: tanto porque este sufre los efectos potencialmente perjudiciales (traslación a su cargo del riesgo de destrucción inculpable de las cosas, que han devenido suyas), y en contra de estos debe ser puesto en grado de prepararse, como, sobre todo, para permitirle verificar que la individualización propuesta por quien transfiere sea conforme al contrato.

La individualización puede ser rechazada cuando el enajenante pretenda hacerla en violación del contrato (por ejemplo, individualizando cosas de género distinto, o en cantidad distinta): en tal caso, *el enajenante ha incumplido*; y contra su incumplimiento, que perjudica la aplicación del efecto real programado, el adquirente tiene los correspondientes remedios. Si por el contrario el rechazo del adquirente es injustificado, porque la individualización respeta el contrato, es el enajenante quien amerita tutela: el remedio es la *mora del acreedor* (arts. 1206 y ss.); pero puede formularse la hipótesis también de la *directa ineficacia del rechazo*, y la consecuente eficacia de la individualización, con el resultado de que el efecto traslativo se actúa y el enajenante es liberado.

Rechazo del
adquirente

Para las cosas que deben ser transportadas, la individualización puede

Cosas a transportar

también coincidir con la entrega de ellas al transportista o al expedicionario (art. 1378).

Masas de cosas

De la transferencia de cosas genéricas se distingue la transferencia de una masa de cosas: ella se presenta cuando las cosas —aunque pertenecientes a un género— son consideradas por las partes como *una única entidad* (por ejemplo, todas las botellas de Brunello Biondi Santi 1997 que se encuentran en la bodega del enajenante). A ella se aplica el principio del *consentimiento traslativo*, con todas sus consecuencias (art. 1377).

El efecto inmediatamente traslativo no está impedido por el hecho de que “para ciertos efectos, las cosas deban ser numeradas, pesadas o medidas” como si por ejemplo una cláusula estableciera un recargo del precio globalmente pactado, cuando la cuenta de las botellas señalara un saldo superior al 5% respecto al número (por ejemplo 1.500) previsto por los contratantes.

7. SIGUE: TRANSFERENCIA DE BIENES FUTUROS Y DE BIENES AJENOS

Transferencia de bienes futuros

El bien futuro no es —en los contratos en general, y en particular en los contratos con efectos reales— un objeto imposible (art. 1348: 15.5): es perfectamente concebible, por ejemplo, la compraventa de productos que deben aún salir de la cadena de montaje del vendedor-fabricante; o la venta “sobre el papel” de un departamento en un edificio aún por construir. Imposible es el efecto traslativo inmediato: la transferencia de bienes futuros marca otro límite intrínseco al operar del principio consensualista.

El efecto traslativo es diferido a un *momento sucesivo: aquel en el que la cosa llega a tener existencia* (cfr. art. 1472¹). Pero en este momento el efecto se produce *inmediata y automáticamente*, sin necesidad de ningún otro cumplimiento: venido a menos el obstáculo “natural” que lo paralizaba (la actual inexistencia del bien a transferir), el principio consensualista empieza de inmediato a operar. En función de este resultado, se impone al enajenante una obligación frente al adquirente: la obligación “de hacerle adquirir la propiedad de la cosa”, que aquí se especifica en la *obligación de determinar o no impedir la producción de la cosa* misma. El correspondiente comportamiento del enajenante es valorado en base a los criterios de la responsabilidad por incumplimiento; y el correspondiente interés del adquirente es protegido por los remedios contra el incumplimiento.

Transferencia de bienes ajenos

Ulterior límite intrínseco al operar del principio consensualista está marcado por el defecto de titularidad del derecho transferido en cabeza del enajenante (por consiguiente, por su defecto de legitimación para la transferencia): transferencia de bienes ajenos. Prototipo del contrato traslativo de bienes ajenos es la venta de cosa que no pertenece al vendedor.

En lugar del efecto real, se produce inmediatamente un *efecto obligatorio*: a cargo del vendedor de bien ajeno nace la obligación “de procurar la adquisición al comprador” (art. 1478¹, repetitivo del art. 1476, numeral 2). Y dado que el impedimento para la adquisición inmediata aquí es el defecto de titularidad del bien en cabeza del vendedor, la *prestación debida* por este es la de *adquirir la titularidad del bien*. Hecho esto, el principio consensualista no encuentra más obstáculos, y *el efecto traslativo se produce automáticamente*. “El comprador se convierte en propietario en el momento en que el vendedor adquiere la propiedad del titular” originario del bien (art. 1478²).

Sin embargo, se admite que la producción del efecto traslativo pueda seguir también otro camino: la transferencia directa del tercero propietario al comprador, sin pasar por el *medium* de la adquisición por parte del vendedor. En tal caso, el efecto traslativo no deriva de la venta, sino del acto del propietario, que se configura como *cumplimiento del tercero*; ello no quita que la venta continúe permaneciendo como fuente del compromiso traslativo del vendedor, y que contra el vendedor —no contra el tercero— el comprador pueda ejercitar los remedios por la no aplicación de tal compromiso (garantías por evicción y por vicios).

Transferencia
directa por el
tercero
propietario

La transferencia de cosa ajena tiene una disciplina articulada, en función de las variantes que el supuesto de hecho puede presentar: principal entre estas, el *conocimiento o no del adquirente* respecto al defecto de titularidad del bien a favor del enajenante (art. 1479). En todo caso, el presupuesto es que el enajenante de bien ajeno contrate *en nombre propio*, y no en nombre del titular del bien: un uso de su nombre haría aplicable la distinta disciplina de la representación (12.13).

El supuesto de hecho aquí considerado debe también distinguirse del mandato para adquirir, aunque la distinción es a veces tenue: dado el contrato con el que se pacta que A procure a B la propiedad de la cosa de X, puede no ser fácil entender si se presenta la venta (de A a B) de cosa ajena (de X), o bien mandato (otorgado por B a A) para adquirir (el bien de X).

Mandato para
adquirir

8. LÍMITES EXTERNOS AL PRINCIPIO CONSENSUALISTA

Junto a los límites internos, necesarios por la naturaleza del bien, el principio consensualista conoce, luego, límites externos, *convencionalmente impuestos por elecciones de política legislativa*. Ellos se refieren a casos en los cuales el efecto real sería inmediatamente posible, pero es diferido a un momento sucesivo a la celebración del correspondiente contrato; o bien casos en los cuales no se permite al efecto real extenderse con plenitud, sino que se le establecen reducciones. Todo en nombre de intereses, que el legislador juzga preferentes sobre el interés subyacente a la regla consensualista.

Intereses
preferentes

Valor solo de
tendencia del
principio
consensualista

Supuestos de hecho así inducen a considerar la regla consensualista del art. 1376 no como principio absoluto, sino como simple tendencia o preferencia del sistema, que *no excluye zonas gobernadas por una regla diferente*. Aquí también vale lo que se ha observado sobre causalidad y abstracción: no alternativa total entre estructuras normativas, de la cual una excluya radicalmente a la otra, sin residuos; sino dialéctica y coexistencia de principios reguladores distintos, de los cuales uno dominante (pero no totalizador) y el otro minoritario (pero no cancelado).

Constitución
de garantías
reales

Titulus...

.. y *modus*

Función
publicitaria
del *modus*

Un caso es la constitución de garantías reales. Para producir el efecto real, consistente en crear prenda o hipoteca, no basta el acuerdo entre constituyente y beneficiario. Este es *titulus* de la atribución del derecho: ciertamente necesario, como acto que programa el efecto real, pero no suficiente. Además es necesario un *modus*, representado por la desposesión para la prenda de bienes muebles (art. 2786), por la notificación al deudor o por su aceptación para la prenda de créditos (art. 2800), por la inscripción en los registros inmobiliarios para la hipoteca (art. 2808²). Estas variantes del *modus*, que deben agregarse al consentimiento para la producción del efecto real, tienen una *ratio* común: todas desarrollan una función publicitaria, en tutela de los terceros interesados en conocer los vínculos que gravan el bien, que por tener naturaleza real les son a ellos oponibles.

Efectos
obligatorios
del *titulus*

El *titulus* por sí solo tiene efectos meramente obligatorios: obliga al constituyente a hacer cuanto sea necesario para que se realice el *modus* necesario al programado efecto real; y da al causahabiente el correspondiente derecho (de crédito).

Prenda y
contratos
reales

Por esto no es correcto colocar el contrato constitutivo de prenda en la clase de los contratos reales (6.9): la entrega de la cosa no es necesaria para la celebración del contrato; que el simple consentimiento celebra y hace productor de efectos (obligatorios); sino más bien solo para liberar el efecto real que es su última finalidad. En cuanto a la hipoteca, esta se puede constituir también sobre bienes ajenos o bienes futuros (arts. 2822-2823): el *titulus* genera entonces un intenso efecto obligatorio, comprometiendo al constituyente no solo a consentir que se actúe el *modus*, sino aún antes a realizar los presupuestos (adquisición o respectivamente producción del bien).

Transferencia
de los títulos
de crédito

Orientación
consensualista...

Una duplicación de *titulus* y separado *modus* de la adquisición, perjudicial a la plenitud del consentimiento traslativo, se reconoce también para la transferencia de los títulos de crédito. La cuestión gira en torno al análisis de los arts. 2003¹, 2011¹ y 2022¹ (en relación también a los arts. 1993 y 1994), y ve contraponerse dos orientaciones. La orientación consensualista sostiene que también los títulos de crédito se transfieren según el principio del art. 1376, y por consiguiente con el solo acuerdo de las partes: las *ulteriores formalidades* previstas por las normas citadas —mera entrega para los títulos al portador; endoso más entrega para los títulos a la orden; doble

anotación (*transfert*) más entrega para los títulos nominativos— darían al adquirente no la titularidad del derecho, ya transferido con el consentimiento, sino la *legitimación* para su ejercicio. Sin embargo, hoy parece prevalecer —en doctrina y en jurisprudencia— la opuesta orientación anti-consensualista. Según ella, el acuerdo de las partes no transfiere el título y el derecho en él incorporado: el *efecto real* se produce solo cuando al acuerdo siga la *entrega*, simple o calificada en los modos apenas mencionados.

... y anticon-sensualista

Naturalmente el acuerdo no está privado de efectos. Este produce el efecto obligatorio de comprometer al enajenante a cumplir las formalidades necesarias para la producción del efecto real: necesarias, precisamente, para atribuir al causahabiente la adquisición a título originario —y consecuentemente la inmunidad de excepciones correspondientes a las relaciones con los precedentes titulares— que bajo el nombre de “autonomía”, caracteriza típicamente el régimen circulatorio de los títulos de crédito.

Efectos del acuerdo

La transferencia de algunos títulos de crédito (aquellos con naturaleza de “instrumentos financieros”), y los relativos problemas, están, por lo demás, fuertemente influenciados por las nuevas técnicas de *desmaterialización* (arts. 28 y ss. D. Leg. 213/1998) y de *gestión concentrada* (arts. 80 y ss. TUF) de los títulos mismos.

Instrumentos financieros

El principio consensualista está, luego, redimensionado por las reglas que protegen a los terceros adquirentes a *non domino*: ellas parcialmente *esterilizan los efectos reales producidos por el consentimiento*, haciéndolos no oponibles a los terceros protegidos; y por el contrario determinan en ventaja de estos una *producción de efectos reales no por simple consentimiento*, sino por consentimiento integrado por elementos ulteriores.

Adquisición a non domino

Si A transfiere a B un mueble no registrado sin entregárselo, ciertamente el art. 1376 hace a B propietario; pero si A luego cede a X el mismo bien, y concurren todos los elementos de la regla “posesión vale título”, X se convierte en propietario (art. 1153): esto significa que el efecto real a favor de B, producido por el contrato consensual entre A y B, no es oponible a X; y significa que el efecto real a favor de X se produce no por simple contrato consensual con A (el “título”, necesario), sino por consentimiento integrado por la entrega (además de que por la buena fe). Lo mismo se puede decir —sustituyéndose al *modus* entrega, el *modus* inscripción— para el caso de doble enajenación inmobiliaria, que ve la prioridad del segundo adquirente, pero primer inscribiente (art. 2644). Y para la cesión del mismo crédito a varios adquirentes, en donde la notificación al deudor cedido o su aceptación es el *modus*, cuya prioridad determina la atribución del derecho (art. 1265¹).

Muebles no registrados

Inmuebles

Créditos

Análoga *ratio* inspira la regla sobre el conflicto entre más adquirentes del mismo derecho personal de goce (art. 1380): pero se recuerda que aquí no están en juego efectos reales, sino obligatorios.

Derechos personales de goce

Mandato para
adquirir:
muebles...

Alguien lee en clave anticonsensualista también las reglas sobre el mandato (sin representación) para adquirir. Pero sin razón. La tesis no puede valer para los muebles, que —apenas adquiridos por el mandatario— *se transfieren inmediatamente al mandante*, sin necesidad de separada retransferencia (art. 1706¹): encuentra, por tanto, confirmación el principio consensualista, puesto que el consentimiento para la adquisición a favor del mandante, expreso en el mandato, opera de modo automático (aunque no inmediato) el efecto traslativo, no apenas removido el obstáculo de la titularidad en cabeza del tercero propietario (el esquema es análogo al del art. 1478²).

... e
inmuebles

Un alejamiento del principio consensualista podría verse para las adquisiciones inmobiliarias, que requieren el ulterior *acto de retransferencia del mandatario al mandante* (art. 1706²). Pero aquí el consentimiento no produce efecto traslativo automático porque a ello secunda el *interés del mandante* de verificar —antes de atribuirse la titularidad del bien— que el mandato haya sido bien ejecutado: verificación preventiva que le sería impedida por el automatismo de la adquisición. Este interés es un componente típico de la operación, asumida como tal en la disciplina legal del tipo. En este sentido, la regla sobre las adquisiciones inmobiliarias a través de mandatario *no es una derogación al principio consensualista*, más de cuanto lo sean otros supuestos de hecho, también caracterizados por una dilación de los efectos reales, funcional a específicos intereses de las partes: venta con reserva de propiedad; contrato suspensivamente condicionado; contrato preliminar.

9. LOS CONTRATOS DE FIJACIÓN

Hemos definido los efectos contractuales como modificaciones de las preexistentes posiciones de las partes. Precisamos que, si es verdad que gran parte de los contratos producen modificaciones así, existe también una figura de contrato que *sirve no para modificar las posiciones de las partes, sino solo para fijarlas*.

Fijación
(reconocimiento)

Precisamente los contratos de fijación son aquellos que, *dada una situación de incertidumbre sobre la existencia o sobre el contenido de posiciones subjetivas de las partes, la elimina aclarando si la posición existe, y qué contenido tiene*. Sinónimo de “fijación” es “reconocimiento” (es decir, reconocimiento): las partes “reconocen” que su precedente relación se configura en el modo fijado.

Efectos

Ya se han encontrado actos que desarrollan tal función: el *reconocimiento de la deuda*, y la *promesa sin indicación de causa* (17.10). Estos son actos unilaterales: su diferencia con el contrato de fijación es simplemente que este tiene estructura bilateral, resultando del acuerdo de las partes. Pero los efectos son sustancialmente los mismos: la creación de una *presunción respecto a la existencia de la posición, tal como fijada y reconocida*.

Valor de título

El contrato de fijación es *título en base al cual la parte puede accionar contra la otra para actuar su derecho, en este fijado*: el derecho se presume. Se presume, pero no se crea. Si la fijación resultara no conforme a la

verdadera, porque la posición fijada en realidad no existe o tiene contenido distinto, el contrato sería nulo por ausencia de causa. En efecto, aquí la causa es la *simplificación probatoria de una posición subjetiva preexistente*, y no una causa que implique desplazamientos patrimoniales sustanciales. La relativa prueba incumbe al demandado: para dismantelar la fuerza de título del contrato de fijación, corresponde a él demostrar la no conformidad con la situación real.

Causa de la fijación

Inversión de la carga de la prueba

Emerge así la diferencia respecto a la transacción: también esta implica la incertidumbre de posiciones preexistentes (o mejor, la *litis* de las partes en torno a ellas); pero la resuelve no fijando cuál sea la situación real, sino mediante *concesiones recíprocas* de las partes, susceptibles (a diferencia del contrato de fijación) de *modificar las precedentes posiciones de las partes*, dando lugar a nuevos desplazamientos patrimoniales. De manera que la transacción no es impugnabile por ausencia de causa, si resulta después que la relación entre las partes era en realidad diferente de cómo las partes presuponían al momento de transigir: su causa no es fijar con fines de simplificación probatoria, sino definir una *litis* con concesiones recíprocas.

Diferencia con la transacción...

El contrato de fijación se distingue de la confesión, que es la admisión de hechos desfavorables a uno y favorables a otros (art. 2730). Tienen en común el efecto de preconstituir una situación probatoriamente ventajosa para el beneficiario. Pero la confesión es *acto unilateral*; y sobre todo no es un negocio, sino una *declaración de ciencia*: lo que circunscribe las posibles razones de impugnación (art. 2732).

... y con la confesión

La diferencia respecto al reconocimiento unilateral está en la mayor amplitud con la cual opera el efecto de simplificación probatoria: *incluso sobre derechos reales, y no solo sobre relaciones obligatorias*. La declaración unilateral con la cual A reconozca que B es copropietario con él de un bien no tiene la fuerza de exonerar a B, que desea hacer valer la copropiedad, de probar el título (17.10). En cambio, si el acto con el mismo contenido fuese acordado con B (un contrato de fijación entre ellos) tendría tal fuerza. En jurisprudencia, una orientación liberal excluye, con tal finalidad, la necesidad de la forma, aunque se fijen derechos reales inmobiliarios.

Efectos más amplios de los del reconocimiento unilateral

Forma

10. LOS CONTRATOS NORMATIVOS

Los contratos normativos son los *contratos con los cuales las partes definen las cláusulas de futuros contratos*. De estos nace la obligación de insertar tales cláusulas en los futuros contratos, siempre y cuando sean celebrados.

Pueden ser contratos autónomos; pero también parte de amplios contratos con objetos ulteriores.

Cuando el contrato no se limita a fijar determinadas cláusulas de los contratos futuros, sino que *establece el total reglamento* de estos, cuyo contenido coincidirá perfectamente,

Contrato tipo

sin necesidad de agregar nada, con el contenido del contrato normativo, este toma el nombre de contrato tipo.

Los contratos normativos se presentan en figuras distintas.

Contratos
normativos
internos

Los contratos normativos internos son aquellos en los cuales *las partes coinciden con las partes de los futuros contratos*, por ellos regulados: con estos, por tanto, las partes se comprometen a insertar en los futuros contratos *entre sí* las cláusulas fijadas por el contrato normativo. Se presentan, sobre todo, entre partes implicadas en una *relación económica compleja y de larga duración*, cuya aplicación implica que estas celebren, en el transcurso del tiempo, *numerosos contratos que tienen el mismo objeto u objetos coordinados*: al momento de celebrar cada uno de estos singulares contratos, las partes conformarán el reglamento a lo previsto por el contrato normativo, porque deben hacerlo: piénsese en ciertas relaciones entre empresas productoras de bienes y servicios, y sus clientes habituales (quizá, a su vez, empresas).

Contrato
marco

Cuando el contexto es tal, el contrato normativo se llama por lo común contrato-marco, o acuerdo-marco (para una previsión legislativa, v. art. 16 D. Leg. 158/1995).

Los principales problemas de tratamiento de los contratos normativos internos corren sobre el hilo de la diferencia (conceptualmente clara, en la práctica evanescente) entre *deber de contratar y deber de contratar bajo determinados contenidos*. En línea de principio, ellos crean el segundo deber, y no el primero. Pero es claro que el incumplimiento del deber de contratar bajo determinados contenidos puede fácilmente disfrazarse con un rechazo de contratar *tout court*, en apariencia legítimo. Si en razón de ello se hiciera derivar alguna medida de compromiso a no rechazar el contratar (en las condiciones acordadas), ellos presentarían también elementos de la opción (7.9) o del preliminar (29). En alternativa, puede pensarse en una responsabilidad precontractual.

Contratos
normativos
externos

Los contratos normativos externos son aquellos que *definen las cláusulas de futuros contratos que serán celebrados entre una de las partes y algún tercero*. Por ejemplo: algunas empresas se comprometen entre sí a practicar, en los futuros contratos con los clientes de cada una, un cierto precio mínimo, o a no insertar cláusulas que amplíen las garantías de leyes por los defectos del bien vendido; en el contrato de *franchising*, el *franchisor* fija con el *franchisee* el contrato tipo que regulará los contratos del *franchisee* con sus clientes.

El primer ejemplo muestra como estos contratos pueden dar lugar a *acuerdos restrictivos de la competencia* (cfr. art. 2^o Ley 287/1990). Y en los contratos entre profesionales y consumidores, se presumen vejatorias las cláusulas que implican "restricciones a la libertad contractual en la relaciones con los terceros" (art. 1469-bis³, inc. 18).

Consecuencias
del
incumplimiento

El problema de estos contratos (admitido que sean válidos) se refiere a las consecuencias de su incumplimiento: es decir, cuando la parte comprometida inserta en el contrato con el tercero contenidos distintos de los impuestos por el contrato normativo. En línea de

principio, la parte responde frente a la otra parte por el contrato normativo. En cambio el *contrato con el tercero* no debería quedar afectado en su validez y eficacia: pero si las cláusulas desatendidas fueran más ventajosas para el tercero de las efectivamente insertadas en el contrato, también el tercero tendría un pretensión contra la parte que incumple, calificando el contrato normativo como estipulación a su favor (26.1).

Una figura también distinta es el contrato normativo de fuente asociativa, en la cual *no existe coincidencia ni siquiera parcial entre las partes de este y las partes de futuros contratos regulados*. Estas últimas son sujetos que pertenecen a determinadas categorías económico-sociales, mientras que las partes del contrato normativo son las *organizaciones representativas* de estas: piénsese en el contrato colectivo de trabajo; o en los contratos tipo de locación de vivienda acordados entre asociaciones de propietarios edilicios y de los inquilinos (art. 2³ Ley 431/1998).

Contratos
normativos
de fuente
asociativa

Los contratos normativos son contratos sobre contratos (futuros). Pero no son los únicos: *regulan contratos futuros* también los contratos de opción; los contratos preliminares; los contratos que prohíben futuros contratos, como los pactos de exclusividad o de no enajenación: (25.8). Otros contratos *regulan contratos pasados*: así los contratos que resuelven precedentes contratos (mutuo disenso: 24.2); y los contratos que modifican precedentes contratos (24.12). Otros, aunque no regulando contratos pasados, *los presuponen*: cesión del contrato (26.6); subcontrato (26.12).

Contratos
sobre
contratos

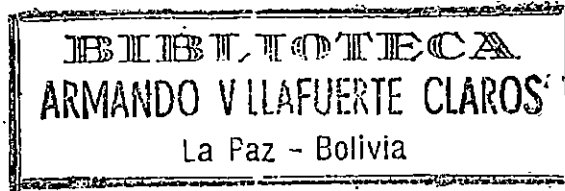
BIBLIOGRAFÍA

- 1-8. G. MARINI, *Il principio consensualistico*, en *Contratti Cendon*, VIII, Torino, 2000, p. 379; U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, I. *La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000; G. DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, Milano, 2000; M. FRANZONI, *Gli effetti del contratto*, I-II, en *Il Codice Civile. Commentario*, dirigido por P. Schlesinger, Milano, 1999; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II. *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori (Artt. 1374-1381)*, en *Il Codice Civile. Commentario*, dirigido por P. Schlesinger, Milano, 1999; P. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999; C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, en *Contratto e impresa*, 1998, p. 572; G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, Milano, 1995; C.M. BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, en *Diritto privato*, 1995, p. 5; G. FURGIUELE, *Il contratto con effetti reali tra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, en *Diritto privato*, 1995, p. 83; O. CAGNASSO, *Contratto di appalto e trasferimento della proprietà*, en *Diritto privato*, 1995, p. 35; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, en *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, vol. VIII, 2, Milano, 1995; F. GALGANO y G. VISINTINI, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, arts. 1372-1405, en *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 109 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Gli effetti del contratto*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, 1, Torino, 1991,

- p. 29; A. CATAUDELLA, *Efficacia del contratto*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, I, Torino, 1991, p. 7; G. PALERMO, *Il contratto preliminare*, Padova, 1991; AA.VV. (al cuidado de L. Vacca), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva comparatistica*, I-II., Torino, 1991; A. CHIANALE, *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990; P.G. MONATERI, *La sineddoche*, Milano, 1984; G. STOLFI, *Appunti sul cosiddetto principio consensualistico*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1977, I, 1, p. 123; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967; S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano, 1964; G. GORLA, *L'atto di disposizione dei diritti*, Perugia, 1936; F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933 (reimpr., Napoli, 1981).
6. G. ZUDDAS, *Il trasferimento di cosa determinata solo nel genere*, en *Contratti Cendon*, VIII, Torino, 2000, p. 447; M. CASSOTTANA, *Individuazione e consegna di merce spedita alla rinfusa*, en *Il Diritto marittimo*, 1986, p. 388; L. RICCA, *Individuazione*, en *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971, *ad vocem*.
7. F.V. PESIRI, *La vendita di cosa altrui*, en *Contratti Cendon*, VIII, Torino, 2000, p. 477; A. DE STEFANO y P. TEDESCHI, *La vendita di cose future*, *ibidem*, p. 537; A. RIZZIERI, *La vendita obbligatoria*, Milano, 2000; U. CARNEVALI, *Il pegno di cosa futura*, en *Contratti*, 1999, p. 137; F. BORRELLO, *Locazione di cosa altrui*, en *Contratti*, 1999, p. 481; M. DELLACASA, *Preliminare di vendita di cosa altrui e responsabilità del promittente alienante*, en *Danno e responsabilità*, 1999, p. 1224; V.F. PESIRI, *Il contratto preliminare di vendita di cosa altrui*, en *Notariato*, 1999, p. 477; A. MAGRÌ, *Sull'immediata trascrivibilità della vendita di cosa altrui*, en *Giurisprudenza italiana*, 1998, p. 648; G. BUTA, *Ancora in tema di compravendita di cosa altrui*, en *Giustizia civile*, 1998, I, p. 3194; M. STAGNO D'ALCONTRES, *Ancora in tema di esecuzione specifica ex art. 2932 c.c. di un preliminare di vendita di cosa parzialmente altrui: i limiti nei più recenti orientamenti della Suprema Corte*, en *Giustizia civile*, 1996, I, p. 1459; B. MASTROPIETRO, *Differenza fra vendita di cosa futura ed appalto*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, I, p. 1001; F.A. REGOLI, *La vendita di cosa altrui*, en *La vendita*, al cuidado de M. Bin, III, Padova, 1995, p. 861; M.G. FALZONE CALVISI, *La vendita di cosa futura*, en *La vendita*, al cuidado de M. Bin, III, Padova, 1995, p. 591; G. CICCIO, *Promessa di vendita di cosa altrui*, en *Contratti*, 1993, p. 401; G. MARTINA, *Vendita di quote appartenenti ai soci, nella forma di vendita di cosa altrui*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1993, I, p. 1013; M. LIPARI, *La risolvibilità della vendita di cosa altrui e la regola "possessione vale titolo"*, en *Giurisprudenza agraria italiana*, 1990, p. 232; V. LEMMI, *Note in tema di vendita di cosa altrui*, en *Il Foro padano*, 1988, I, p. 236; L. SEBASTIANI, *Natura giuridica della vendita di cosa futura e sua immediata o meno trascrivibilità, con brevi considerazioni sugli elementi necessari e sufficienti ad individuare l'immobile oggetto di trascrizione*, en *Rivista del notariato*, 1987, p. 1220; L.A. RUSSO, *Una singolare fattispecie di revocatoria: la vendita di cosa altrui*, en *Il fallimento*, 1986, p. 1130; M.A. FERRARO, *Sul preliminare di vendita di cosa altrui*, en *Giurisprudenza italiana*, 1985, I, 1, p. 1591; P. PERLINGIERI, *Sulla trascrivibilità della compravendita di cosa futura*, en *Vita notarile*, 1985, p. 954; L. GARDANI CONTURI LISI, *Risoluzione di vendita di cosa altrui e art. 1153 c.c.: una lettura dell'art.*

- 1479 c.c., en *Rassegna di diritto civile*, 1981, II, p. 93; M. SCARLATA FAZIO, *La vendita di cosa altrui e la vendita di cosa futura nella imposta di registro*, en *Fisco*, 1981, p. 2167; G. FURGIUELE, *Vendita di cosa futura e aspetti della teoria del contratto*, Milano, 1974; D. RUBINO, *La compravendita*, en *Trattato Cicu-Messineo*, vol. XXIII, Milano, 1971; P. PERLINGIERI, *I negozi sui beni futuri. La compravendita di cosa futura*, Napoli, 1962.
8. A. DONATI, *I titoli di credito nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1999; G. PARTESOTTI, *Il trasferimento del titolo di credito e l'opponibilità ai creditori*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1982, I, p. 956; G. PARTESOTTI, *Il trasferimento della cambiale. Profili della circolazione propria ed impropria*, Padova, 1977; L. MENGONI, *Il trasferimento dei titoli di credito nella teoria dei negozi traslativi con "causa esterna"*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, I, p. 385; G. BRANCA, *Sul trasferimento della proprietà dei titoli di credito*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1951, I, p. 112; W. BIGIAMI, *Il trasferimento dei titoli di credito*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, p. 1.
9. L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000; S. D'ANDREA, *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, en *Rivista di diritto civile*, 2000, I, p. 31; AND. D'ANGELO, *Accertamento e regolamentazione del rapporto*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, III, Torino, 1999, p. 349; F. GAMBINO, *La potenziale efficacia traslativa del negozio di accertamento e le teorie della forma*, en *Contratto e impresa*, 1999, p. 1295; E. PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, Padova, 1997; C. MANZINI, *Il negozio di accertamento: inquadramento sistematico e profili di rilevanza notarile*, en *Rivista del notariato*, 1996, p. 1427; L. D'AMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1996; E. PAOLINI, *Effetti, forma e trascrizione del contratto di accertamento*, en *Contratti*, 1996, p. 518; M. DI PAOLO, *Negozi di accertamento*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XII, Torino, 1995, *ad vocem*; P.L. GIANMARIA, *Rilevanza dell'atto ricognitivo del diritto reale e negozio di accertamento*, en *Giurisprudenza di merito*, 1992, p. 1113; C. GRANELLI, *La Cassazione ritorna sulla differenza tra ricognizione di debito e negozio di accertamento*, en *Corriere giuridico*, 1991, p. 558; A. CATRICALÀ, *Accertamento (negozio di)*, en *Enciclopedia giuridica*, I, Roma, 1988, *ad vocem*; M. DI TILLIO, *Ricognizione di debito e negozio di accertamento*, en *Rassegna di diritto civile*, 1987, p. 793; E. MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del "negozio di accertamento"*, en *Rassegna di diritto civile*, 1986, p. 581; P. NICOLINI CANIATO, *Appunti sul negozio di accertamento unilaterale*, en *Rassegna di diritto civile*, 1984, p. 169; F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1956, p. 112; R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942; M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939.
10. A. ORESTANO, *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova, 2000; A. GENTILI, *Sull'interpretazione dei contratti normativi*, en *Contratto e impresa*, 1999, p. 1162; L. NOEGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Padova, 1997; S. MAIORCA, *Normativo (contratto)*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XII, Torino, 1995, *ad vocem*; G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994; G. GUGLIELMETTI, *Contratto normativo*, en *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1988, *ad*

vocem; E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988; G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969; F. MESSINEO, *Contratto normativo*, en *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, *ad vocem*.



CAPÍTULO XXIII

EL VÍNCULO CONTRACTUAL

1. La "fuerza de ley" del contrato o el vínculo contractual.— 2. Las razones del vínculo.— 3. Los significados del vínculo.— 4. Los grados de intensidad del vínculo.— 5. Cancelación y modificación del vínculo: las "causas admitidas por la ley".— *Bibliografía.*

1. LA "FUERZA DE LEY" DEL CONTRATO O EL VÍNCULO CONTRACTUAL

Retomando el art. 1123 del C. der., que a su vez retomaba el art. 1134 *code Napoléon*, que a su vez retomaba de Domat, el art. 1372¹ dice: "El contrato tiene fuerza de ley entre las partes".

Art. 1372¹

Tomada a la letra, la fórmula implicaría que el contrato puede derogar las normas de ley (incluso imperativas). Obviamente no es así. Por consiguiente, la expresión es figurada: en sentido propio el contrato, relacionado con la ley, no es otra cosa que hecho, calificado y regulado por la ley. Es en la dimensión de las relaciones "entre las partes" que al contrato puede atribuirse, en sentido figurado, "fuerza de ley": a entender que el contrato vincula a las partes, así como la ley vincula a sus destinatarios.

Contrato y ley

Por lo demás, el nexa con la idea de ley no es peregrina, se la encuentra en otros lugares del discurso sobre el contrato: como cuando se habla de "auto-*nomia*" contractual, en donde el étimo griego remite inmediatamente a la ley; o de "reglamento" contractual, en donde la evocación a la "regla" lleva a un terreno conceptualmente afín al de la ley (y recuérdese lo dicho sobre contrato y norma, bajo 3.13).

Lo que emana del art. 1372¹ es la idea de vínculo contractual.

La idea de vínculo contractual se entiende mejor, en conexión con la idea de efectos del contrato. El vínculo contractual es, propiamente, la *sujección de las partes a los efectos de su contrato*: es decir, a las modificaciones determinadas por el contrato en las posiciones jurídicas de las partes, que estas soportan por el cómo el contrato las determina. Hecha la venta del bien por A a B, A sufre la pérdida de la propiedad de la cosa, que no puede recuperar; soporta las obligaciones de entrega y garantía, que no puede

Vínculo y efectos del contrato

cesar; así como B soporta el deber de pagar el precio, del cual no puede liberarse. Tras del contrato las cosas, para las partes, no son más las mismas; y la parte no tiene el poder de hacerlas regresar como estaban antes.

Desfase temporal

Por lo demás, puede —temporalmente— no existir coincidencia entre vínculo y efectos: el vínculo contractual puede subsistir y operar, aunque el contrato no produce (todos) sus efectos. Ya se lo ha visto, distinguiendo entre eficacia y vinculación del contrato (22.2).

Eficacia y vinculación

Vínculo e incumplimiento

Podría observarse que en definitiva el vínculo está en la *disponibilidad del mismo contratante vinculado*: decidiendo, simplemente, no cumplir (y así impulsando a la contraparte a hacer valer la resolución del contrato), él podría siempre determinar la disolución del vínculo mismo. Ello es verdad, y es todo lo contrario que irrelevante. Pero, por un lado, tiene importancia en el plano empírico y no en el plano jurídico. Y por el otro, disuelto el vínculo con la resolución, quien incumple está expuesto a responsabilidad por su incumplimiento: responsabilidad que no se funda sino en el vínculo (violado).

Incumplimiento "eficiente"

La perspectiva indicada arriba es llevada a las extremas consecuencias con la discutible teoría del denominado "incumplimiento eficiente", propuesta por los cultivadores del análisis económico del derecho. Según ella, el incumplimiento (como decir la violación del vínculo) debe aprobarse y estimularse todas las veces que su consecuencia económica, es decir el resarcimiento por equivalente a cargo del obligado, determine una asignación de los recursos más eficiente de la que derivaría del fiel cumplimiento. En tal perspectiva, el contrato no vincula a la parte, sino que la pone en condición de *elegir si cumplir o resarcir el daño del propio incumplimiento*: sus dos opciones están, abstractamente, en el mismo plano. Es claro que la teoría implica una pesada degradación del valor del vínculo.

2. LAS RAZONES DEL VÍNCULO

Razón ética

«*Pacta sunt servanda*»

El vínculo contractual tiene ciertamente una razón ética. La otra fórmula que habitualmente lo expresa tiene el sonido de un imperativo moral: "*pacta sunt servanda*". Es el imperativo moral de fidelidad a la palabra dada, de no traicionar el compromiso dado, de asumir la responsabilidad de sus elecciones, de afrontar las consecuencias de sus decisiones.

Razón funcional

Pero el vínculo tiene sobre todo una razón funcional. El contrato es medio insustituible de organización y funcionamiento de las relaciones sociales y económicas. Pero no podría deplegar tales funciones, si no bajo el presupuesto de su valor vinculante para las partes. Si el contrato no fuera vínculo —o bien: si cada parte fuera libre de repudiar, modificar, violar los compromisos contractuales dados— *nadie podría* contar con la certeza y efectividad de sus derechos, a su vez ligados a la estabilidad de los efectos nacidos de los propios contratos: en efecto, estos estarían expuestos al arbitrio de la contraparte. Los contratos no servirían de nada, o servirían poco: y de esta eliminación o empobrecimiento de la función del contrato, el sistema económico-social saldría destruido.

El vínculo contractual puede parecer duro, como todo vínculo. Pero su posible dureza se justifica —además que por las razones dadas— por otra razón. El contrato no nace, si no existe *acuerdo (voluntad común) de las partes*: por consiguiente, el vínculo contractual surge por voluntad de la misma parte que lo soporta. La parte es libre de no hacer el contrato (hasta el último puede revocar la oferta o aceptación), pero si lo hace está vinculada a sus efectos; y de tal vínculo no puede lamentarse, porque es un vínculo que se ha asumido voluntaria y libremente. El vínculo contractual se justifica, en suma, en cuanto *hijo de la libertad contractual*, la “fuerza de la ley” que el contrato tiene entre las partes se justifica porque es ley que las partes se imponen a sí mismas (“autonomía”).

Asunción voluntaria del vínculo

3. LOS SIGNIFICADOS DEL VÍNCULO

El sentido del vínculo contractual se descompone en diversos significados.

El primer significado es la resistencia del contrato al arrepentimiento de la parte: *el vínculo no se disuelve por voluntad del singular contratante*, que no le agrade más. Arrepentirse del contrato luego de haberlo hecho es arrepentirse demasiado tarde y, por tanto, en vano. En este punto el vínculo existe, y del vínculo la parte arrepentida no puede liberarse. Es este el significado más relevante del vínculo: tanto es verdad que solo a este hace expreso llamado la segunda parte del art. 1372¹ (“No puede ser disuelto [...]”), sobre el cual regresaremos.

Resistencia al arrepentimiento

Otro significado es la inmodificabilidad del reglamento contractual por obra del singular contratante. Si el contrato fija el precio en 100, las partes están vinculadas a este: no puede el vendedor modificar hacia arriba, y pretender 120; ni puede el comprador modificar hacia abajo, y liberarse pagando 80.

Inmodificabilidad de la reglamentación

Un significado también distinto es la irretractabilidad de los efectos contractuales consumados: y este es un significado que se presenta también cuando podría incluso dudarse de la existencia de un vínculo. Parece difícil, por ejemplo, percibir un verdadero vínculo contractual en el comodato, dado que el comodante puede pedir cuando quiera la restitución de la cosa. Verdad: pero aunque el comodante ejercite este poder, está siempre vinculado a soportar que el comodatario haya, hasta ese momento, usado la cosa sin retribución. La pretensión del comodante de recuperar el enriquecimiento sería paralizada por la circunstancia de que este no es sin causa, sino que está justificado por el contrato, que bajo este perfil crea un vínculo a su cargo.

Irretractabilidad de los efectos consumados

Significados
discutibles

Menos claros, y a veces discutibles, aparecen, en cambio, ulteriores significados que cierta doctrina refiere al vínculo contractual, y a la norma que lo funda. Se dice que vínculo contractual significa *deber del contratante de cumplir el contrato*, y, en caso de incumplimiento, su *sometimiento a la ejecución en forma específica y/o al resarcimiento del daño*. Esto es verdad, pero parece referirse a la “fuerza” no tanto del contrato, sino de la *obligación* (cuyo valor vinculante prescinde de la fuente, contractual o no).

Se dice, también, que otro sentido del art. 1372¹ consiste en atribuir la “fuerza de ley”, que el contrato tiene entre las partes, *al contrato mismo, y no a la ley ni al juez*: y se ve una desviación del principio del vínculo contractual en los casos en los cuales el reglamento vinculante para las partes deriva de normas o de decisiones judiciales. La tesis no es comparable. Contraponer contrato de una parte, ley y juicio de la otra es equivocado, porque olvida que la ley y el juez pueden institucionalmente concurrir en la construcción del reglamento contractual, como fuente de integración del contrato. El contrato es (también) el resultado de tales integraciones legales y judiciales, que no le son por ello ajenas; y es el contrato así integrado —como decir el contrato *tout court*— lo que “tiene fuerza de ley entre las partes” *ex art. 1372¹*.

4. LOS GRADOS DE INTENSIDAD DEL VÍNCULO

Ninguno de los principios encontrados hasta aquí se ha demostrado absoluto, e inmune a derogaciones o atenuaciones. Ello vale también para el principio del vínculo contractual: en cada uno de sus significados este encuentra límites y debilitamientos de variada naturaleza e intensidad. En consecuencia, la “fuerza de la ley” del contrato resulta, en los diversos supuestos de hecho, a veces máxima, a veces grande, a veces media, a veces pequeña hasta rozar, en realidad, la debilidad; y los vínculos contractuales, lejos de presentarse siempre homogéneos, se disponen a lo largo de una escala de intensidad muy graduada *entre el extremo de un vínculo fuertísimo y el de un vínculo bastante tenue*.

A los posibles límites y debilitamientos del vínculo contractual alude el mismo art. 1372¹, en la proposición que sigue el enunciado de la “fuerza de la ley”: (el contrato) “No puede ser disuelto sino por mutuo consentimiento o por causas admitidas por la ley”.

La norma explicita el significado primario del vínculo: la imposibilidad de liberarse (“disolverlo”) unilateralmente. Sin embargo, decimos de inmediato, que ella debe entenderse referida también a otro relevante significado del vínculo: la imposibilidad de modificar unilateralmente los contenidos. En consecuencia, la parte inicial de la proposición examinada es leída como si se citase: “No puede ser disuelto *ni modificado* (...)”. Pero tras de haber así reconfirmado el valor del vínculo, la norma abre un escenario de factores capaces de reducir ese valor: “(...) por mutuo consentimiento o por causas admitidas por la ley”.

Resolubilidad
y modificabilidad
del
contrato...

Entre los factores de debilitamiento del vínculo no entra el primero de los dos términos apenas indicados, esto es, el mutuo consentimiento (sobre el cual regresaremos: 24.2). El mutuo consentimiento a la disolución del contrato (o resolución convencional, o mutuo disenso) no ataca de ningún modo el valor del vínculo contractual; más bien lo confirma. Este es un contrato, que corresponde perfectamente a uno de los tres tipos indicados en la misma norma definitoria del art. 1321, dirigido como es a “extinguir (...) una relación jurídica patrimonial”: la relación creada por el precedente contrato, que se va a disolver. Su peculiaridad es simplemente presuponer un precedente contrato entre las mismas partes, y producir efectos extintivos de las posiciones jurídicas creadas por este.

... por mutuo disenso...

(que no afecta el valor del vínculo)

Los efectos del precedente contrato no vinculan más a las partes, porque este es el típico efecto del mutuo disenso, que como contrato vincula a las partes: las cuales, por consiguiente, se vinculan para no estar más vinculadas por el contrato precedente (que de otro modo continuaría vinculándolas).

En definitiva: el mutuo disenso entre A y B, que cancela las obligaciones creadas entre ellos por el precedente contrato, no afecta el valor del vínculo contractual más de cuanto afecte la donación de A a B del bien que antes A había comprado a X: cosa que nadie sostendría, aunque la donación elimina la titularidad de la cosa a favor de A, que era el efecto vinculante de la precedente compraventa.

Los verdaderos factores de limitación o debilitamiento del vínculo contractual son aquellos a los cuales la norma alude hablando de “causas” (de disolución, y —agregamos— de modificación del contrato) “admitidas por la ley”.

... o por causas admitidas por la ley

5. CANCELACIÓN Y MODIFICACIÓN DEL VÍNCULO: LAS “CAUSAS ADMITIDAS POR LA LEY”

Así pues, la ley “admite” que en presencia de determinadas “causas” el vínculo contractual pueda disolverse (o modificarse en los contenidos) por iniciativa de una parte, en derogación del principio sancionado en la primera parte del art. 1372¹. Las correspondientes previsiones están referidas a veces al contrato en general, a veces a los particulares tipos de contrato.

En el gran número de casos, la posibilidad en cuestión es introducida inmediata y directamente por la ley.

Algún supuesto de hecho se refiere a modificaciones unilaterales del contrato, que en determinados casos la ley permite a una de las partes: de esto hablaremos más adelante (24.12).

La ley atribuye directamente poderes unilaterales de modificación del contrato...

... o de
liberación del
vínculo

Los supuestos de hecho más numerosos se refieren a la disolución del vínculo. Aparecen en primer lugar muchos casos en los cuales una norma reconoce a cada parte (o a una sola entre estas) el poder de separarse unilateralmente el contrato (*separación legal*: 24.8). Pero la disolución del vínculo puede derivar también de otras “causas admitidas por la ley”. Pertenecen ciertamente los eventos en presencia de los cuales la ley atribuye a una parte el poder de pedir la *resolución del contrato* (42.2). Y en una perspectiva ampliada parece poderse referir, aunque hay quien lo cuestione, también los supuestos de hecho en los cuales —frente a los defectos originarios del contrato— la ley permite *impugnarlo* para hacerlo ineficaz (contrato rescindible, nulo o anulable).

Brevemente: pueden considerarse “causas admitidas por la ley” para la disolución del vínculo todas aquellas que *legitiman a la parte, contra la cual la otra dirige una pretensión fundada sobre el vínculo contractual, a rechazarla exceptuando su liberación del vínculo por hechos que privan al contrato de la idoneidad para producir o mantener el vínculo mismo* (liberación del vínculo que la parte puede —obviamente— hacer valer incluso en vía de acción).

La ley se
limita a
autorizar el
pactar
voluntaria-
mente tales
poderes

Junto a los casos en los cuales la posibilidad de liberación del vínculo o de su modificación deriva de manera inmediata y directa de previsiones legales, están aquellos en los cuales tal posibilidad está intermediada por la eventual previsión de las partes en tal sentido, autorizada por la ley.

Es decir: la ley no dice sin más que el contrato (frente a esta o aquella circunstancia) podrá disolverse o modificarse por iniciativa de una parte; dice solo que las partes son libres de pactar, si desean, una cláusula la cual haga posible a una parte disolver o modificar el contrato, quedando firme que si las partes no aprovechan la autorización legal, y no introducen en el reglamento una cláusula tal, la posibilidad de disolución o modificación unilateral queda excluida.

En cuanto a las modificaciones al contenido del contrato, existen normas que establecen *cláusulas atributivas de ius variandi*, a favor de una parte (24.12). En cuanto a la disolución, recordemos las normas sobre las cláusulas de separación (*separación convencional* 24.5-6); sobre la *cláusula resolutoria expresa* (43.8); sobre la *condición resolutoria* (27.2).

Tipicidad o
atipicidad de
las
previsiones
legales

En los casos vistos hasta aquí, el debilitamiento del vínculo contractual deriva directamente de la ley o de una elección de autonomía privada avalada expresamente por la ley. Nos podemos preguntar *si la autonomía privada sea libre de derogar, por acuerdo de las partes, al rigor del vínculo contractual incluso en campos no cubiertos por tales previsiones legales*. En otras palabras: si los límites al rigor del vínculo estén tipificados en un número cerrado de supuestos de hecho; o si por el contrario, y en qué medida, las partes

puedan, también fuera de los casos legalmente típicos, pactar cláusulas que atribuyan poderes unilaterales de liberación del vínculo o de modificación de sus contenidos. El problema será discutido en los lugares dedicados a la separación convencional y al *ius variandi*.

Se puede plantear también el *problema inverso*: si, y dentro de cuáles límites, la autonomía pueda derogar las provisiones legales que atribuyen a la parte poderes de liberación del vínculo o de modificación de su contenido. El problema debe resolverse de manera distinta, según si las normas que en los casos particulares atribuyen a la parte tales poderes sean imperativas o no: ciertamente lo son aquellas, inspiradas en el orden público de protección, que dan derecho de separación o *ius variandi* a consumidores contra empresas (24.9-10; 24.12).

BIBLIOGRAFÍA

- 1-5. P. CECCHI, *L'efficacia del contratto*, en *Contratti Cendon*, VII, Torino, 2000, p. 1; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. I. Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, arts. 1372-1373, en *Il Codice Civile. Commentario*, dirigido por P. Schlesinger, Milano, 1998, p. 3; M. FRANZONI, *L'efficacia del contratto nell'art. 1372 c.c.*, en *Studium iuris*, 1998, p. 477; F. GALGANO, *La forza di legge del contratto*, en *Scritti in onore di Sacco*, II, Milano, 1994, p. 509; G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, en *Scritti in onore di Sacco*, II, Milano, 1994, p. 315; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, en *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, sub art. 1372, p. 1; A. CATAUDELLA, *L'efficacia del contratto*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, tomo I, Torino, 1991, p. 7; C. SCOGNAMI-GLIO, *Gli effetti del contratto*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, I, Torino, 1991, p. 29.

CAPÍTULO XXIV

DISOLUCIÓN Y MODIFICACIÓN DEL VÍNCULO: RESOLUCIONES, SEPARACIONES, *IUS VARIANDI*

1. Premisa.— 2. El mutuo disenso.— 3. La separación unilateral.— 4. Contratos de ejecución instantánea y contratos de duración.— 5. La separación convencional: en los contratos de ejecución instantánea.— 6. *Sigue*: en los contratos de duración.— 7. Multa penitencial y arras penitenciales.— 8. Separaciones legales: las separaciones de liberación (en los contratos de duración de tiempo indeterminado).— 9. *Sigue*: las separaciones de autotutela.— 10. *Sigue*: las separaciones de arrepentimiento.— 11. La separación de los contratos asociativos.— 12. *Ius variandi*: los supuestos de hecho legales.— 13. *Ius variandi* y autonomía privada.— *Bibliografía*.

1. PREMISA

En este capítulo examinamos los mecanismos por los cuales el contrato puede ser disuelto o modificado: con consecuente liberación de las partes del vínculo contractual, o de ciertos contenidos del vínculo.

Tales mecanismos pueden tener naturaleza negocial, si operan mediante *declaraciones de voluntad de las partes*, o naturaleza procesal (judicial), si implican el pronunciamiento del juez o el ejercicio de *acción en juicio* y el inicio de un proceso.

Mecanismos
negociales ...

... y
procesales

Aquí examinamos los mecanismos negociales, reenviando a otro lugar el tratamiento de los mecanismos judiciales, que en sustancia coinciden con los remedios (32).

2. EL MUTUO DISENSO

El mutuo disenso —más comúnmente *resolución consensual*, o convencional— es *el contrato con el cual las partes disuelven un precedente contrato entre ellas*, liberándose del respectivo vínculo (contrato resolutorio). Lo menciona el art. 1372¹: se ha visto por lo demás que, dada su

Mutuo
disenso

naturaleza contractual, este no constituye verdadera derogación al principio del vínculo, enunciado por la norma.

Se distingue conceptualmente del pacto, accesorio a un contrato, que dispone la vicisitud contraria a la producida por el primer contrato: por ejemplo, el *pacto de retroventa* (a su vez distinto del pacto de rescate).

Contrato del falso representante

El mutuo disenso es evocado en tema de contrato celebrado con defecto de representación, que antes de la ratificación puede ser disuelto por acuerdo entre el falso representante y el otro contratante (art. 1399³). La norma no deviene superflua por la presencia de la previsión general del art. 1372¹: ella reconoce al (falso) representante un poder de cual podría dudarse, dada su calidad de parte en el sentido solo formal y no sustancial; y marca el límite más allá del cual no puede ejercer el poder.

El mutuo disenso levanta principalmente dos problemas.

Forma:

El más discutido se refiere a la forma: ¿el contrato de disolución tiene *forma libre*, o exige la *misma forma requerida para el contrato a disolver*? La enseñanza más repetida está en el sentido del rigor formal. Pero parecen preferibles soluciones menos rígidas y más articuladas, que exoneren del vínculo de forma al menos a los mutuos disensos que no se refieran a vicisitudes reales inmobiliarias.

de los contratos resolutorios...

La jurisprudencia se orienta en tal sentido; además libera a la resolución consensual de los vínculos probatorios del art. 2723 (prohibición de probar por testigos pactos agregados o contrarios a un documento). Para todo esto existe una *ratio*: disolver una relación contractual existente es, en línea de principio, acto menos grave y comprometedor que constituir una nueva relación, o modificar una relación existente; por consiguiente puede ser rodeado por menores cautelas.

... y modificativos

Así como puede disolver el contrato, el sucesivo acuerdo de las partes puede modificarlo. Pero para el *contrato modificatorio* no parece que pueda valer, de igual manera, el régimen atenuado aplicable al contrato resolutorio: él requiere la misma forma exigida para el contrato a modificar; y sufre los límites probatorios del art. 2723. La *ratio*: modificar una relación existente es, en línea de principio, acto más grave y comprometedor que disolverlo (24.12).

Retroactividad

Se pregunta, luego, si el mutuo disenso disuelve el contrato retroactivamente; o si en cambio incide sobre la relación, disolviéndola *ex nunc* y dejando íntegros los *efectos anteriormente producidos*. La respuesta debe buscarse primeramente en el mismo contrato resolutorio, en el cual las partes son libres de acordar la una o la otra solución (con el único límite, si optan por la retroactividad, de dejar a salvo los derechos ya adquiridos por terceros). En el silencio de las partes se aplicará, en vía de integración, el régimen legalmente previsto para separaciones y resoluciones.

3. LA SEPARACIÓN UNILATERAL

La separación es el *negocio unilateral con el cual la parte de un contrato dispone su disolución*.

Separación

Aplicado a tipos singulares, toma nombres particulares: la separación del trabajador se llama *dimisión* y el del empleador *despido* (Ley 604/1966; Ley 108/1990); la separación del remitente de mercaderías se llama *contraorden* (art. 1685¹); la separación del organizador o vendedor de paquetes turísticos se llama *anulación del viaje* o cancelación del paquete (arts. 7, let. d) y 13 D. Leg. 111/1995); la separación del mandatario se llama *renuncia* (art. 1727) y el del mandante *revocación* (arts. 1723-1726); término, este último, usado también para la separación de la sociedad de la relación con su administrador (art. 2383³).

Otros nombres

“Revocación” es, más propiamente, el *acto unilateral con el cual el autor de un precedente acto unilateral le quita eficacia*: por ejemplo, revocación de la oferta y de la aceptación; del poder; de la renuncia a la herencia (art. 525); del testamento (arts. 679 y ss.); de la promesa al público (art. 1990); la “revocación” de la confesión (art. 2732) es en realidad una impugnación.

Revocación

La separación es una de las “causas admitidas por la ley” para la disolución del vínculo contractual a iniciativa de una sola parte. Puede surgir así la *tentación de mirarla como a un mecanismo “excepcional” incluso “peligroso”*: el legislador parece avalarla, insertando la cláusula estándar que la establece a favor del predisponente entre las cláusulas “onerosas” *ex art. 1341²* (en cambio en la disciplina de los contratos de los consumidores la cláusula de separación se presume vejatoria solo si no es recíproca: art. 1469-*bis*³, inc. 7).

Naturaleza de la separación

Sin embargo, es más realista ver en la separación un *instrumento normal y fisiológico de ajuste de los intereses contractuales*. En efecto, la facultad de separación está prevista en las disciplinas legales de un gran número de contratos típicos; y en la disciplina del contrato en general se presenta como una posibilidad generalmente ofrecida a la autonomía privada, a la cual se encomienda una amplia delegación para definir —también en derogación de la disciplina legal— presupuestos, modalidades y consecuencias de su ejercicio. Sin perjuicio de la existencia, prevista en vía general, de otros mecanismos productores de efectos análogos (como, por ejemplo, la condición resolutoria potestativa: 27.6).

La separación es materia de un derecho potestativo de la parte, atribuido directamente por la *ley* (separación legal) o por una cláusula del *contrato* (separación convencional). Puede corresponder a ambas partes, o a una sola de estas.

Derecho potestativo

El acto de separación es recepticio: está orientado a la contraparte, y produce efecto en el momento en que la recibe.

Acto recepticio

Forma La forma puede ser vinculada, si así lo establece la fuente atributiva del derecho (norma de ley, o cláusula contractual, la cual, por ejemplo, disponga que la separación se deba comunicar a través de un telegrama, o correo certificado). En ausencia de vínculo formal expreso, es necesaria la *misma forma requerida para el contrato del cual se separa*: la diferencia respecto al mutuo disenso está en la estructura unilateral de la separación, que impone una mayor certeza en tutela de quien no participa en el acto, aunque sufra sus efectos.

Cuando la separación sea informal, se tiende a excluir que pueda resultar de comportamiento concluyente: en particular, la no ejecución de la prestación debida no vale como separación.

Separación libre o vinculada, ... El ejercicio de la separación puede ser totalmente libre, o vinculado a un presupuesto: indicado a veces de manera genérica (por ejemplo, "justa causa"), otras veces definido en detalle.

... Inmediata o con preaviso Puede tener efecto inmediato (separación *ad nutum*), o bien requerir un plazo de preaviso.

Tiempo Puede estar liberado de cualquier límite de tiempo, o bien estar sometido a un plazo: final (por ejemplo, dentro de x días de la celebración del contrato), o inicial (por ejemplo, después de un año de duración del contrato), o bien a un doble plazo, inicial y final.

Frente a la separación ejercitada sin el respeto de los límites de tiempo variadamente impuestos para su correcto ejercicio, puede proyectarse una alternativa: ¿la separación es *ineficaz*, de manera que la relación contractual prosigue? ¿O la separación (aunque inoportuna, o no preavisada) disuelve la relación, salvo que exponga al que se separa a *responsabilidad* por los daños? Probablemente la solución pueda variar, en relación a los diversos supuestos de hecho.

Irrevocablidad Una vez ejercitada y hecha productora de efectos por la comunicación al destinatario, la separación es irrevocable.

Despedida La separación se distingue de la denominada "despedida", que es la declaración con la cual *se excluye la renovación* del contrato tras el vencimiento (28.7).

Antes de considerar separadamente las disciplinas de la separación convencional y de las separaciones legales, conviene introducir una clasificación de contratos, cuya relevancia práctica se manifiesta precisamente en materia de separación.

4. CONTRATOS DE EJECUCIÓN INSTANTÁNEA Y CONTRATOS DE DURACIÓN

Ejecución del La ejecución (o actuación) del contrato es *la ejecución (o actuación)*

de las prestaciones contractuales. Cuando el contrato produce *efectos obligatorios*, las prestaciones contractuales son las prestaciones deducidas en las obligaciones que nacen de estas: y la ejecución del contrato coincide con el cumplimiento de estas (por ejemplo, pagos de sumas de dinero, ejecución de servicios). Cuando produce *efectos reales*, las prestaciones contractuales se identifican con la actuación del efecto real (por ejemplo, atribución de la propiedad del bien).

contrato

Los contratos de ejecución instantánea son aquellos en los cuales *la ejecución del contrato se concentra, para cada una de las partes, en una única operación o en un único efecto.* En el ámbito de ellos, distinguimos contratos de ejecución inmediata y de ejecución diferida.

Contratos y ejecución instantánea:

Son contratos de ejecución inmediata aquellos en los cuales *las prestaciones deben actuarse contextualmente a la celebración.* Por ejemplo: donación de un bien; venta con inmediato efecto traslativo, contextual entrega (o cosa ya en poder del comprador) y simultáneo pago del precio; permuta con inmediatos efectos traslativos; mutuo disenso, que automáticamente extingue la relación y elimina las obligaciones existente entre las partes.

Inmediata...

Son contratos de ejecución diferida aquellos en los cuales *al menos una de las prestaciones (cumplimiento de la obligación, producción del efecto real) debe actuarse en tiempo sucesivo a la celebración del contrato.* Por ejemplo: venta con pago diferido o fraccionado en varias cuotas (aunque el efecto traslativo es inmediato); venta con efecto traslativo no inmediato, porque sobre cosas genéricas, futuras o ajenas (aunque el precio sea pagado totalmente de inmediato).

... y diferida

A los contratos de ejecución instantánea se contraponen los contratos de duración, en los cuales *al menos una de las prestaciones no se agota en una operación o en un efecto instantáneo.* A su vez, aquellos se distinguen, en dos categorías: contratos de ejecución continuada y periódica.

Contratos de duración:

En los contratos de ejecución continuada *la prestación se actúa en el tiempo, sin solución de continuidad.* Por ejemplo: la locación, para la prestación del locador; el *leasing*, para la prestación del concedente; el depósito, para la prestación del depositario; el seguro, para la prestación del asegurador; el suministro de gas, agua, energía eléctrica, en el cual el suministrante está obligado a distribuir un flujo constante de materia suministrada; en general los contratos con prestación de no hacer (no enajenar, no realizar actividades competenciales).

de ejecución continuada...

En los contratos de ejecución periódica *la prestación se actúa con erogaciones de bienes o actividades repetidas en intervalos de tiempo.* Por

... y periódica

ejemplo: las rentas mensuales debidas por el conductor; la remuneración periódicamente debida por el empleador; los suministros periódicamente debidos por el suministrante; los servicios de mantenimiento de maquinarias o instalaciones, a realizarse cada 6 meses, o de limpieza de locales, a efectuarse en días alternos.

Prestación
instantánea,
fraccionada y
diferida

Debe aclararse la diferencia con el contrato de prestación instantánea pero diferida, fraccionada en más *tranches*. El objeto de este es toda la prestación, que está convencionalmente dividida en varias subprestaciones escalonadas en el tiempo: por ejemplo, precio de la venta igual a 200.000 euros, pagables en 4 cuotas anuales de 50.000 euros cada una. En cambio, una locación cuadrienal con renta anual de 50.000 euros es, bajo este perfil, un contrato de ejecución periódica: su objeto no es 200.000 euros (a pagar en 4 años); es 50.000 euros por año (a pagar por 4 años).

Cruces

Un contrato puede ser *de ejecución continuada para una prestación, y periódica para la contraprestación* (por ejemplo, la locación): el tratamiento es el que la ley prevé de manera indiferenciada para los contratos "de ejecución continuada o periódica". Esta es la calificación dominante: si *una prestación es de ejecución instantánea, mientras la contraprestación es de ejecución continuada o periódica* (por ejemplo, depósito de un bien, contra una retribución a pagarse en única solución), se aplica el *régimen de los contratos de duración*.

Casos
dudosos

A veces la pertenencia de un contrato a la categoría de los contratos de duración, en vez de aquella de los contratos de ejecución instantánea, no es nítida, y en relación a los casos dudosos se proponen categorías intermedias: para la *contrata de obra*, por ejemplo, se sugiere la calificación de *contrato de ejecución prolongada*.

5. LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL: EN LOS CONTRATOS DE EJECUCIÓN INSTANTÁNEA

Separación
convencional

La separación convencional es aquella *no prevista por la ley, pero autorizada por una cláusula del contrato*. La libertad de las partes de pactar cláusulas de separación está reconocida en vía general por el art. 1373.

Art. 1373
Régimen
legal...

Del mismo modo el art. 1373 dicta una disciplina de la separación convencional, diferenciándola según la categoría de contratos a los cuales se aplica: contratos de ejecución instantánea (que consideramos en este apartado); o bien contratos de duración (de los cuales nos ocuparemos en el próximo). Esta disciplina tiene naturaleza solo dispositiva: el art. 1373⁴ deja a "salvo todo pacto en contrario", permitiendo así a las partes someter la separación a reglas convencionales, divergentes de las legales.

... y libertad
de las partes

A mayor razón las partes pueden modelarla libremente sobre los puntos no tocados por el régimen legal: eligiendo si atribuirla a una sola de estas, o a ambas; si vincularla a formas o plazos, o no; si subordinarla a requisitos, condiciones, justificaciones, o consentir su ejercicio inmotivado.

Límite
temporal:

El régimen legal identifica antes de todo un límite temporal dentro del cual la parte puede ejercitar la facultad de separación, a ella atribuida por el

contrato. En los contratos de ejecución instantánea, la facultad “podrá ser ejercitada mientras el contrato no haya tenido principio de ejecución” (art. 1373¹). Parece normal que la posibilidad de disolver el contrato venga a menos con el inicio de la ejecución: este puede típicamente entenderse como renuncia del derechohabiente a ejercitar la separación, y al contrario como hecho generador de la *confianza de la contraparte* sobre la estabilidad del contrato; además, disolver un contrato ya parcialmente ejecutado tiene siempre *mayores complicaciones* que disolver un contrato completamente no ejecutado.

el principio
de ejecución

Ratio

La jurisprudencia endurece la regla, afirmando que el inicio de la ejecución impide la separación aunque aún no se haya consumado el plazo eventualmente previsto para su ejercicio; pero después la ablanda, precisando que los actos de ejecución que impiden la separación son solo aquellos posteriores a la celebración del contrato, mientras no lo impidan actos ejecutivos anteriores o contextuales (como la dación de arras o adelantos). Y más: cuando el titular del derecho de separación ha incumplido, no puede más separarse si la contraparte ha pedido la resolución del contrato; puede aún hacerlo, si la contraparte ha solicitado el cumplimiento (43.2).

Jurisprudencia

Sin embargo, recordemos que la regla es derogable: las partes pueden establecer que la separación pueda ejercitarse también después de que el contrato ha tenido un inicio de ejecución.

Derogabilidad

Esta consideración ayuda a resolver un problema discutido: si sea concebible la separación en los contratos con efectos reales (que son, por lo demás, la clase más significativa entre los contratos de ejecución instantánea). La opinión contraria se basa en el hecho de que, por efecto del consentimiento inmediatamente traslativo, la separación ocurriría después de que la prestación de transferencia ha sido actuada. Pero el argumento no vale: la posibilidad de la separación incluso en los contratos con efectos reales es sugerida precisamente por la amplia delegación dada sobre la materia a la *autonomía privada*, a la cual se permite quitar a la intervenida ejecución su normal efecto preclusivo.

Separación de
los contratos
con efectos
reales

Más bien. Mientras la voluntad de derogación debe ser explicitada en los contratos con *efectos reales diferidos*, donde es concebible un “principio de ejecución” (el inicio de actividades dirigidas a la individualización en el ámbito del género, a la producción de la cosa futura, a la adquisición de la cosa ajena) más o menos separado de la celebración del contrato, tal voluntad está *in re ipsa* en los contratos con *efecto traslativo inmediato*, donde la ejecución (la actuación de la transferencia) se fusiona con la celebración: en estos la separación es siempre, necesariamente, sucesiva a la ejecución. Si en un contrato del tipo las partes insertan la cláusula de separación, por ello mismo debe considerarse que hayan querido derogar el efecto preclusivo de la ejecución: si así no fuera, la previsión de la separación estaría privada de sentido.

Que la posibilidad de separación en los contratos con efectos reales no repugne al sistema, encuentra por lo demás confirmación en la expresa

Mecanismos
legales

previsión de mecanismos análogos: de la *condición resolutoria potestativa* (27.6) al *pacto de rescate* en la venta (art. 1500).

Retroactividad

¿La separación convencional disuelve el contrato solo *ex nunc*, precluyendo los efectos futuros, o retroactivamente, cancelando los efectos ya producidos? También aquí depende de las *voluntades de las partes*, libres de conformar la separación como retroactiva o no. A falta de previsión pacticia, se aplica la disciplina dispositiva indicada cuando se discutía sobre las consecuencias del mutuo disenso (24.2).

Problemas de calificación

El modo en que las partes —ampliamente libres de hacerlo— modelan la “separación” podrá plantear a lo más un problema de calificación. No obstante, se tratará de ver si el *nomen* que se le ha dado por las partes al pacto salga en realidad de la figura de la separación, propiamente entendida, para recaer (en razón de sus específicas connotaciones pacticias) en el área de algún otro mecanismo de disolución del vínculo: pacto de rescate, opción de retroventa o readquisición, preliminar unilateral de retroventa o readquisición, condición resolutoria potestativa, cláusula resolutoria expresa. Por ejemplo, la jurisprudencia excluye que sea verdadera y propia “separación” el previsto como ejercitable cuando la ejecución del contrato esté ya completamente agotada.

6. SIGUE: EN LOS CONTRATOS DE DURACIÓN

Art. 1373²

A la separación convencional en los contratos de ejecución continuada o periódica está dedicada una norma específica (art. 1373²), que contiene dos reglas.

Separación ejercitable también después del principio de ejecución

La primera es que aquí, a diferencia de los contratos de ejecución instantánea, la separación es ejercitable también después de que el contrato haya tenido un principio de ejecución. Ello es conforme a la diversa naturaleza de las dos categorías de contratos. En los contratos de ejecución instantánea la operación contractual se realiza mediante un único acto o efecto puntual: separarse significa cancelar la operación en su totalidad. En cambio, en los contratos de duración la operación contractual se desarrolla en el tiempo: separarse significa *valorar, tras haber aprovechado de la operación por un cierto periodo, que ese periodo de aprovechamiento es suficiente*, y que aprovechar de la operación por un periodo ulterior no sería coherente con su interés.

No retroactividad

Este dato explica la segunda regla: “la separación *no tiene efecto para las prestaciones ya ejecutadas o en curso de ejecución*”. La no retroactividad de la separación, así dispuesta, se explica precisamente evidenciando que hasta el momento de la separación la parte que se separa había encontrado satisfacción en el contrato, y que su interés en el contrato viene a menos solo para el futuro.

La insensibilidad a la separación vale “para las prestaciones ya ejecutadas”, y ello no plantea problemas: las rentas ya pagadas son adquiridos por el locador; las intervenciones de mantenimiento mensual ya realizados permanecen eficazmente realizadas en base al contrato, y deben pagarse.

Prestaciones
ejecutadas...

Pero vale también para las prestaciones “en curso de ejecución”, y aquí podría surgir un problema. No tanto en los *contratos de ejecución periódica*, en los cuales figuran tantas sub-prestaciones parciales con intervalos entre sí, cada una de las cuales puede desplegarse en el tiempo, por un periodo más o menos largo: de este modo si la separación se produce mientras el encargado del mantenimiento está realizando su labor mensual, él podrá llevarlo a cumplimiento no obstante la separación, que impedirá solo las intervenciones de los meses posteriores. El problema se plantea en los *contratos de ejecución continuada*: aquí la prestación —única, indiferenciada, no sujeta a soluciones de continuidad— está siempre, desde el inicio, en curso de ejecución.

... y en curso
de ejecución

Tomar la norma al pie de la letra haría impracticable la separación en este tipo de contratos (porque la separación, por ejemplo, de la locación no tendría ningún efecto sobre la prestación del locador, gozada por el conductor, que debería por ello continuar). Lo absurdo de la conclusión sugiere dar a la norma otro sentido: para las prestaciones continuadas, en curso de ejecución, la separación no tiene efecto *limitadamente a la porción de prestación ejecutada y gozada antes de la separación*.

También la disciplina del art. 1373² se puede derogar. Las partes pueden pactar que la separación sea ejercitada sólo hasta que no haya tenido principio de ejecución (si, por ejemplo, el inicio de esta se difiere a un momento posterior a la celebración del contrato). Y pueden pactar una separación retroactiva, haciendo sensible a ella también las prestaciones ya ejecutadas o en curso de ejecución.

Derogabilidad

7. MULTA PENITENCIAL Y ARRAS PENITENCIALES

Las partes pueden establecer que la separación no sea gratuita para quien se separa, sino que tenga un precio: pueden pactar “la prestación de un *retribución para la separación*”, que se llama multa penitencial. Si así es, la eventual separación tiene efecto *solo “cuando la prestación es ejecutada”* (art. 1373³).

Queda firme la disciplina general de la separación, y en particular la regla que la precluye cuando exista un principio de ejecución.

Ella debe, sin embargo, coordinarse con la regla sobre la multa penitencial, para quitar espacio a comportamientos de una u otra parte, contrarios a la buena fe. Imaginemos que el derechohabiente comunique la separación, pero que antes que él tenga el tiempo de pagar la multa, la contraparte inicie instrumentalmente la ejecución sólo para bloquear la separación: tal iniciativa debe ser considerada ineficaz. De la misma manera, debe ser considerado el comportamiento del derechohabiente que, comunicada la separación, con pretextos retarde el cumplimiento de la multa y pretenda mantener el contrato suspendido en el limbo (aún no disuelto, pero ya no ejecutable).

Arras penitenciales

Si la prestación para la separación consiste en *dinero o cosas fungibles*, y —en lugar de que solo *prometida*— es *dada al momento de la celebración del contrato*, estamos ante arras penitenciales (art. 1386).

En tal caso, “el que se separa *pierde las arras que ha dado y debe restituir el doble de las que ha recibido*” (art. 1386²).

La regla se acomoda a una pluralidad de situaciones diversas. Separación prevista a favor de ambos, y arras (de 100) dada por A a B: si se separa A, B se queda con 100; si se separa B, debe dar 200 a A. Separación prevista a favor de A, y arras dadas por el mismo A: si él se separa, B se queda con 100. Separación prevista a favor de A, y arras dadas por B: si A se separa, debe 200 a B.

Arras confirmatorias

Las arras penitenciales se distinguen de las arras confirmatorias (art. 1385). Las arras penitenciales “solo tienen función de retribución por la separación” (art. 1386¹). En cambio, las arras confirmatorias tienen una función distinta, que prescinde del pacto de una separación convencional; estas operan más bien como *remedio en contra del incumplimiento*, vinculándose con la previsión (legal) de una separación de autotutela (24.9).

No son las arras las que crean el derecho separación: sería equivocado deducir esto último del pacto de unas “arras”. Es más bien la separación pactada que, si se establecen unas arras, las califica como penitenciales. Frente al pacto de unas genéricas “arras”, debe *prima facie* presumirse que estas sean confirmatorias; solo si la interpretación del contrato hace emerger una separación convencional, las arras pueden calificarse penitenciales.

8. SEPARACIONES LEGALES: LAS SEPARACIONES DE LIBERACIÓN (EN LOS CONTRATOS DE DURACIÓN DE TIEMPO INDETERMINADO)

Separaciones legales

Separación legal es la prevista por la ley, a favor de una parte o ambas.

Separaciones legales están previstas en la disciplina de muchos contratos típicos (o de situaciones contractuales típicas). Tienen lógicas y funciones diversas entre sí, que sugieren la oportunidad de reagruparlas en varias categorías: se propone aquí la tripartición en separaciones de *liberación*, separaciones de *autotutela* y separaciones de *arrepentimiento*.

Tipologías

Lo apenas desarrollado ayuda a afrontar correctamente dos cuestiones.

Aplicabilidad del art. 1373

La primera es si sea aplicable a la separación legal la disciplina del art. 1373, nominalmente dirigida a la separación convencional: la cuestión tiene la mayoría de veces escasa relevancia práctica, porque la norma que establece la separación comúnmente no omite disciplinar específicamente su ejercicio; para los raros casos en los cuales ello no sucede, las reglas del art. 1373 podrán considerarse como útil punto de referencia, en la medida en que su propia *ratio* no sea contradicha por la específica, y quizá divergente, *ratio* de la específica norma fundadora de la separación legal.

La segunda cuestión es si la disciplina de la separación legal sea imperativa, o se pueda derogar por las partes: la respuesta no puede ser indiferenciada, porque depende de la *calidad de los intereses protegidos* por la separación legal, calidad que varía de norma en norma y por consiguiente debe determinarse caso por caso. Por ejemplo: puede excluirse convencionalmente la separación legal atribuida al comitente en la contrata (art. 1671); no, en cambio, el atribuido al consumidor en los contratos celebrados fuera de los locales comerciales, o a distancia (24.10).

Derogabilidad de la disciplina

Llamamos separaciones de liberación a los derechos dados a la parte para consentirle *sustraerse de un vínculo contractual que en caso contrario pesaría de manera intolerable sobre su libertad*: como sucede, típicamente, con los contratos de duración a tiempo indeterminado. Si la parte de un tal contrato no tuviera facultad de separarse, estaría sujeta a un vínculo del cual no se vería el fin; su libertad estaría excesivamente comprendida.

Separaciones de liberación *ratio*

La separación legal es dada a las partes de los siguientes contratos de duración, cuando sean a tiempo indeterminado (e indeterminable): suministro (art. 1569); locación (art. 1596²); alquiler de bienes productivos (art. 1616); agencia (art. 1750²); depósito (art. 1771¹); comodato (art. 1810); cuenta corriente (art. 1833¹); depósito bancario (art. 1834); apertura de crédito (art. 1845³); operaciones bancarias en cuenta corriente (art. 1855); trabajo subordinado (art. 2118: pero aquí inciden fuertemente las leyes especiales posteriores al código, que limitan la separación del empleador).

Contratos de duración de tiempo indeterminado

En la misma *ratio* de liberación se inspira la separación legal de un contrato a tiempo determinado, pero muy largo: si el seguro tiene duración mayor de 10 años, después del décimo año se puede separar (art. 1899¹).

Casi siempre (salvo los casos del depósito y del comodato, donde la separación es "a vista"), el que se separa está obligado al preaviso: cuyo plazo está indicado a veces de manera puntual, a veces con remisiones elásticas.

Preaviso

De estos numerosos supuestos de hecho típicos los intérpretes obtienen un principio general, aplicable *también más allá de expresas previsiones legales*: en cualquier contrato de duración a tiempo indeterminado —típico o atípico— las partes tienen facultad de separarse, que se puede ejercitar con razonable preaviso.

Principio general

El contrato puede ser *a tiempo indeterminado, pero determinable*: por ejemplo, con referencia al cumplimiento del negocio por parte del mandatario (art. 1722¹), o al uso al que debía destinarse la cosa dada en comodato (art. 1810). El contrato se debe considerar entonces, bajo el perfil que aquí nos interesa, *a tiempo determinado*.

También para los contratos a tiempo determinado puede preverse una separación legal, pero por *rationes* distintas de la tutela de la libertad de la parte: a ellos corresponden entonces separaciones de otro tipo.

9. SIGUE: LAS SEPARACIONES DE AUTOTUTELA

Separaciones
de autotutela

En algunos casos la ley da a la parte la facultad de separación, para permitirle *reaccionar contra eventos sobrevenidos que amenazan sus intereses contractuales*: la liberación del vínculo es el medio con el cual la parte se tutela; y dado que la liberación deriva automáticamente a la iniciativa de la parte, definimos estas separaciones como separaciones de autotutela.

Presupuestos
Justificantes

Es coherente con esta *ratio* que las separaciones de autotutela (a diferencia de las de liberación) no sean remitidas a la pura valoración del que se separa, sino que sean ejercitadas solo en presencia de determinados presupuestos, fuera de los cuales estarían injustificadas. Cuando esté así justificado, la separación no está obviamente precluida por el hecho de que el contrato sea a tiempo determinado, con plazo aún no vencido.

Incumplimiento

Presupuesto justificante puede ser el incumplimiento de la contraparte.

Arras
confirmatorias

Art. 1385

Ello sucede, en particular, cuando se hayan dado arras confirmatorias: *suma de dinero o cantidad de cosas fungibles, entregada por una parte a la otra a la celebración del contrato*. Si el contrato es regularmente cumplido, las arras "deben ser *restituidas o imputadas* a la prestación debida" (art. 1385¹). Pero las arras desarrollan su función típica en caso de incumplimiento, vinculándose a separaciones de autotutela. Si quien no ha cumplido es quien las ha dado, la otra parte puede *separarse del contrato y conservar las arras*; si el que no cumple es la parte que ha recibido las arras, la otra puede *separarse del contrato y pretender el doble de las arras* (art. 1385²).

Alternativas

En otras palabras, el daño por el incumplimiento es liquidado globalmente en la medida de las arras. Pero si quien sufre el incumplimiento prefiere, puede pedir la *liquidación del daño según los criterios generales*: en tal caso no se separará, sino pedirá la resolución por incumplimiento. Y si, no obstante, el incumplimiento permanece interesado en la *ejecución del contrato*, pedirá esta (además, eventualmente, del daño): entonces ni se separará ni pedirá la resolución (art. 1385³).

Máximas jurisprudenciales y tesis doctrinales parecen generalizar el criterio, y considerar a la separación de la parte fiel como remedio normalmente actuable contra el incumplimiento de la contraparte: pero una posición tan extrema arriesga afectar, en su punto esencial, la disciplina de la resolución por incumplimiento.

Otros
presupuestos
legitimantes:

Presupuesto puede ser cualquier hecho que integre "*justa causa*" o "*justificado motivo*" o "*graves motivos*": fórmulas amplias y elásticas, que comprenden tanto incumplimientos de la contraparte, como hechos objetivos no imputables.

Así para la separación del empleador del contrato de trabajo (art. 1 de la ley n. 604/1966); para la revocación del mandato otorgado también en interés del mandatario o de terceros (art. 1723²). A veces la "justa causa" no es condición de eficacia de la separación, sino solo de exoneración del que se separa de obligaciones que debería soportar si se separara sin justa causa: en particular, la carga de dar preaviso o de indemnizar a la contraparte por la falta de preaviso, o de resarcirle los daños (cfr. art. 8 de la ley n. 604/1966 para el trabajo subordinado; arts. 1723, 1725, 1726 para el mandato; art. 2383 para la revocación del cargo de administrador de la sociedad).

«justa causa»
(o similares),
...

Pueden ser *hechos sobrevenidos, que modifican algún significativo elemento del contrato*, poniendo a las partes (o a una parte) frente a un vínculo contractual en algún aspecto diferente de aquel originariamente asumido o presupuesto.

Así: la imposibilidad parcial de la prestación da derecho de separación a la parte que debería recibirla (art. 1464); la muerte del conductor de bienes productivos se lo da a sus herederos y al locador (art. 1627¹); la necesidad de introducir notables variaciones al proyecto se lo da al contratista y al comitente (art. 1660²⁻³); la muerte del contratista se lo da al comitente, si los herederos no son confiables (art. 1674); el comodante puede pedir la restitución de la cosa, incluso antes del vencimiento del plazo, si le "sobreviene una urgente e imprevista necesidad", o si el comodatario muere (arts. 1809²; 1810); el asegurador puede separarse si descubre que el asegurado, sin dolo o culpa grave, ha descrito el riesgo de manera inexacta o reticente; o si se verifica un agravamiento del riesgo (arts. 1893¹; 1898); el organizador o el vendedor de un paquete turístico puede cancelarlo si el número de participantes no alcanza al final un cierto número mínimo (art. 13³ D. Leg. 111/1995).

... hechos
sobrevenidos,
...

Notables supuestos de hecho resultan de la legislación especial, que prevé la separación como *autotutela de quien sufre el ius variandi de la contraparte*: el vendedor o el organizador de viajes pueden, bajo ciertas condiciones, variar el precio y las condiciones contractuales, pero en tal caso el viajero puede separarse (arts. 11-12 D. Leg. 111/1995); el mismo derecho corresponde al cliente, frente a las modificaciones del precio o condiciones aportadas, incluso legítimamente, por el banco (art. 118³ TUB).

... *ius variandi*
de la
contraparte

10. SIGUE: LAS SEPARACIONES DE ARREPENTIMIENTO

Las separaciones de arrepentimiento son aquellas que la ley da a una parte, sin vincularlos a algún presupuesto, pero solo porque considera *oportuno —en una lógica de especial protección de la parte— consentir a esta cambiar de idea respecto al contrato ya celebrado*; de arrepentirse precisamente, y de traducir este arrepentimiento en un acto capaz de liberarla del vínculo contractual ya no querido.

Separaciones
de arrepenti-
miento:
ratio

El código ofrece ejemplos.

Código

Por ejemplo: en favor del comitente en la contrata (art. 1671); del remitente en el transporte de cosas (art. 1685¹); del mandante y del mandatario en el mandato (arts. 1723,

1725-1727); del comitente en la comisión (art. 1734); del remitente en la expedición (art. 1738); del mandante de crédito (art. 1958²); del deudor en la *cessio bonorum* (art. 1985); del cliente en el contrato de obra (art. 2227) y en el contrato con el profesional intelectual (art. 2237¹).

Legislación
especial de
protección de
los
consumidores

Pero los ejemplos más notables se encuentran en la legislación especial de protección de los consumidores: separaciones de arrepentimiento son dados a los consumidores que hayan adquirido de empresas bienes y servicios, con *contratos negociados fuera de la sede de la empresa, o a distancia* (41.14); o hayan celebrado contratos de *crédito al consumo* (art. 125² TUB) o para la adquisición de *multipropiedad* (art. 5 del D. Leg. 427/1998).

Diferencia

Entre las previsiones del código y las de la legislación especial de protección de los consumidores existe sin embargo una sustancial diferencia.

Las primeras permiten ciertamente la separación inmotivada, pero obligan al que se separa a indemnizar o resarcir a la otra parte: por consiguiente, la separación tiene un costo, y la parte que la ejerce se encuentra en una posición no muy diferente de la de la parte que, sin tener derecho de separación, de hecho no ejecute el contrato exponiéndose a la consecuente responsabilidad. En cambio, las segundas precisan imperativamente que el consumidor no está obligado a pagar algo frente a su separación. Deriva un distinto impacto sobre el vínculo contractual: porque una *separación inmotivada y gratuita* impone al vínculo un golpe mucho más duro del provocado por una *separación inmotivada pero onerosa*.

11. LA SEPARACIÓN DE LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS

Separación

Forma un capítulo en sí la separación de los contratos asociativos, que crean una organización: asociaciones, sociedades, consorcios. La separación del *particular miembro*, con la cual este sale de la organización, conserva este nombre (cfr. arts. 24; 2285; 2289-2290; 2307; 2437; 2494; 2523; 2526; 2529; 2530; 2609). La separación de la *organización*, que expulsa al miembro, se llama más bien exclusión del asociado, del socio, del consorciado (cfr. arts. 24; 2286-2290; 2301; 2320; 2527).

Autonomía
estatutaria

La disciplina varía notablemente según el tipo de organización. También en este ámbito se dan supuestos de hecho legales y supuestos de hecho convencionales, definidos por la autonomía privada, aquí operante como autonomía estatutaria: presupuestos, modalidades y consecuencias tanto de la separación del miembro como de la exclusión dispuesta por la organización pueden ser ampliamente modelados por las cláusulas de los estatutos.

12. *IUS VARIANDI*: LOS SUPUESTOS DE HECHO LEGALES

Ius variandi...

Se llama *Ius variandi* el poder de la parte de *modificar unilateralmente*,

sin el consentimiento de la contraparte, uno o más puntos del reglamento contractual acordado.

El reglamento contractual puede ciertamente ser modificado, pero como regla solo por acuerdo de ambas partes, que celebren un específico contrato modificativo del precedente contrato. Una parte por sí sola como regla no lo puede hacer, en cuanto ligada a los contenidos originarios del vínculo contractual. En este sentido, el *ius variandi* se presenta como ofensa al principio del acuerdo y al principio del vínculo.

... como
lesión del
acuerdo y del
vínculo

Lo mismo podría decirse respecto a la separación. En realidad, la simetría es solo formal: en la sustancia, el *ius variandi* agrede los principios del acuerdo y del vínculo de manera potencialmente *más grave y peligrosa para la parte que lo padece*. La separación de una parte pone a la otra en una nueva posición quizás no querida, pero al menos predeterminada en sus contenidos: cancela los efectos del contrato, sustituye la precedente relación contractual por la ausencia de vínculo entre las partes. En cambio, el *ius variandi* de una parte expone a la otra al *riesgo de una nueva posición no predeterminada en los contenidos*, y por consiguiente susceptible de asumir los contenidos más diversos e impredecibles: a la precedente relación contractual se sustituye una nueva relación, cuyos impredecibles contenidos vinculan a la parte sin que esta haya concurrido a definirlos con su consentimiento.

Comparación
con la
separación

Es decir: corre un mayor riesgo de sorpresas desagradables quien se encuentra con un contrato diverso de aquel querido, respecto a quien se encuentra sin el contrato querido. Existe una dosis mayor de arbitrio en el poder de modificar un contrato (esto es, decidir cuál prestación, distinta de la pactada, deba ser dada o recibida), que en el poder de disolverlo (es decir, decidir que las prestaciones pactadas ya no deben ser dadas ni recibidas).

Por esto el ordenamiento se comporta frente al *ius variandi* con *sospecha y cautela mayores* de aquellas que manifiesta hacia la separación. Y es correcto que sea así.

Actitud de la
ley

Existen casos en los cuales un *ius variandi* es atribuido directamente por la ley. Pero mientras las separaciones legales son numerosísimas, los supuestos de hecho legales de *ius variandi* son raros: recordemos el poder, dado por el art. 1661 al comitente, de introducir unilateralmente *variaciones al proyecto*, por lo tanto a la prestación del contratista, el poder del empleador de *cambiar las labores* del dependiente, es decir, los contenidos de su prestación laboral (art. 2103). Además, los poderes así atribuidos, son poderes circunscritos por *criterios legales que reducen drásticamente la*

Directa
atribución ex
lege

... al
contratista...

... y al
empleador

discrecionalidad de quien los ejercita (y con ello los márgenes de sorpresa a los cuales está expuesto quien los sufre): las variaciones del comitente no pueden superar, por valor, un sexto del precio total, y no deben importar “notables modificaciones” (art. 1661); las nuevas labores asignadas por el empleador al dependiente deben ser “equivalentes a las últimas efectivamente desarrolladas” (art. 2103).

Un *ius variandi* muy especial es la posibilidad, dada a la parte demandada en rescisión o resolución por excesiva onerosidad, de ofrecer la *reducción a equidad del contrato* para evitar la cancelación, *ex arts.* 1450, 1467³ (40.6; 45.9). Un *ius variandi* solo aparente es la facultad del organizador o vendedor de *paquetes turísticos* de “modificar de manera significativa uno o más elementos del contrato”: en efecto el turista no está obligado a sufrir las modificaciones; si no las acepta, puede separarse con derecho al resarcimiento (arts. 12-13 D. Leg. 111/1995).

Autorización legal de cláusulas atributivas

En otros casos la ley no atribuye directamente un *ius variandi*, pero establece que este pueda ser atribuido por una cláusula contractual. Ello vale para las variaciones del precio del paquete turístico (art. 11 D. Leg. 111/1995); y para la modificación de precios, tasas y otras condiciones en los contratos bancarios (art. 118 TUB). También aquí, por otro lado, se introducen *límites a la discrecionalidad del cambio* (por ejemplo, el aumento del precio del paquete turístico debe estar limitado al 10%) y/o *remedios para quien lo sufre* (marcadamente, un derecho de separación sin cargas).

Prohibiciones

Además, la ley establece cláusulas de *ius variandi* para considerarlas como (presuntamente) vejatorias si están contenidas en *contratos con consumidores*, unilateralmente predispuestos por profesionales (art. 1469-*bis*³, incs. 11 y 13); y las prohíbe sin más en las relaciones de *subprovisión* (art. 6¹ de la Ley 192/1998).

13. IUS VARIANDI Y AUTONOMÍA PRIVADA

Ius variandi convencional

Más allá de los casos en los cuales la ley lo establece, ¿debe reconocerse la admisibilidad de cláusulas que atribuyen a una parte el poder de modificar unilateralmente, en modo eficaz y vinculante para la otra, el originario contenido del contrato? O, ¿tal posibilidad debe negarse en vía de principio, como repugnante al sistema?

Ausencia de una general legitimación normativa

Recordemos que mientras las cláusulas de separación, que permiten disolver unilateralmente el contrato, están admitidas en vía general (art. 1373), ninguna norma legitima análogamente cláusulas que permitan la modificación unilateral. Ello es indicativo: y depende del hecho de que el unilateral *ius variandi* de una parte afecta más gravemente que la separación

los principios del acuerdo y del vínculo, y expone más peligrosamente a la contraparte a la sorpresa y el arbitrio.

Se podría deducir su *ilicitud por contraste con el orden público*. No lo obstaría la consideración de que ellas son aceptadas por la misma parte que las padece, y por consiguiente expresan una elección de autonomía privada basada en el acuerdo: el ordenamiento conoce la nulidad de protección, que arrastra cláusulas queridas por la parte perjudicada; y la nulidad de los vínculos contractuales perpetuos (28.5) testimonia la propensión de *defender la autonomía privada y la libertad contractual incluso contra sí misma*, es decir, contra el voluntario sacrificio que de ella haga el interesado. Un ulterior indicio puede recogerse de la lista del art. 1341²: dada la indiscutible “onerosidad” de la cláusula de *ius variandi*, su falta de inclusión entre aquellas ineficaces si no son aprobadas específicamente por escrito puede explicarse solo sobre el presupuesto que esta sea nula. Presupuesto avalado por la jurisprudencia, incluso reciente, de la Casación.

Argumentos a favor de la nulidad

Pero indicios contrarios resultan de las disciplinas especiales. Cláusulas de *ius variandi* en los contratos de los consumidores son indicadas como presuntamente vejatorias, y por lo tanto ineficaces, si presentan los específicos contenidos a los que se refieren los incs. 11 y 13 del art 1469-*bis*³; y están específicamente prohibidas en las relaciones de subprovisión (art. 6¹ de la ley n. 192/1998). Pero ello tiene sentido solo bajo el presupuesto de que tales cláusulas sean en línea de principio lícitas: si fueran *ex se* nulas, las normas apenas citadas serían absurdas, o superfluas.

Argumentos contrarios

Conviene distinguir. Según los casos, el *ius variandi* puede ser instrumento de arbitrio y prevaricación de un contratante sobre el otro. Pero puede ser también mecanismo para *ajustar en modo eficiente, razonable, equilibrado los intereses de las partes, y marcadamente el interés de la parte que en apariencia lo padece*: el comitente inexperto de las técnicas que gobiernan la obra contratada puede obtener ventaja al confiar al más competente contratista el poder de introducir las variantes al proyecto que en el trayecto se revelen útiles para el mejor resultado de la obra; y ya por ley el mandatario “puede” (pero, la jurisprudencia considera “debe”) alejarse de las instrucciones del mandante, cuando ello devenga oportuno, en el interés de este, por circunstancias por él desconocidas que no pueden serle oportunamente comunicadas (art. 1711²).

Necesidad de distinguir

Justificación del *ius variandi*

En general, el *ius variandi* se justifica sobre todo *cuando la materia del contrato es fluida, sujeta a evoluciones e imprevistos que pueden requerir ajustes sucesivos en el interés común de los contratantes*. Al mismo resultado podría llegarse con cláusulas de renegociación, que confían las necesarias modificaciones al sucesivo acuerdo de las partes, antes que a la determinación unilateral de una solamente (47.6): pero la renegociación exige tiempos a menudo incompatibles con la urgencia de las modificaciones.

Un cuadro tan complejo recomienda soluciones articuladas.

Interés subyacente al *ius variandi*

Grado de discrecionalidad

Conviene primeramente distinguir, en relación al interés al cual el *ius variandi* resulta predominantemente destinado. Si es atribuido a una parte en el predominante interés de la contraparte, es ciertamente lícito: se configura entonces como *poder-deber*, y su ejercicio debe ser escrutado a la luz de las reglas sobre la ejecución del contrato. Si al contrario es atribuido en el dominante interés de la parte habilitada a ejercitarlo, no parece aconsejable solo por esto considerarlo ilícito. Conviene verificar la formulación concreta. Si esta fija criterios y límites idóneos para frenar el arbitrio del titular y así garantizar a la contraparte de irracionales y perjudiciales sorpresas, la cláusula es lícita, y se tratará de valorar si el ejercicio del *ius variandi* excede, en concreto, los límites puestos a este: en tal caso las pretendidas modificaciones del contrato son ineficaces; y la ejecución, correspondiente a esta, es incumplimiento contractual.

Ius variandi ilimitado

En cambio, si la cláusula entrega un *ius variandi* ilimitado, sin preventivas barreras de la discrecionalidad del titular, se abren dos vías. Una más rígida: nulidad de la cláusula por contraste con los valores (de orden público) del acuerdo y del vínculo contractual, coesenciales a la autonomía privada. Una más flexible: la cláusula no es nula, pero su contenido es integrado según el criterio de la buena fe, que limita el arbitrio de la parte habilitada a variar. En esta última perspectiva, se tratará de valorar *ex post* las modificaciones unilateralmente introducidas, que serán eficaces cuando sean conformes a la buena fe, mientras que en caso contrario serán ineficaces (y fuente de responsabilidad si son llevadas a actuación). Es, en sustancia, la misma alternativa en su tiempo debatida entre los intérpretes respecto al tratamiento de la fianza *omnibus*: ¿nulidad por falta de indicación de límites al arbitrio del banco, o control sobre lo operado por este en el sentido del principio de buena fe?

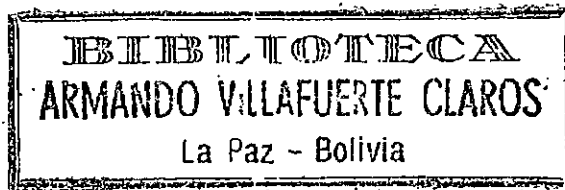
BIBLIOGRAFÍA

2. P. CECCHI, *L'efficacia del contratto*, en *Contratti Cendon*, VIII, Torino, 2000, p. 1; G. CAPPELLETTI, *Il mutuo dissenso nei contratti ad effetti reali*, en *Rassegna di diritto civile*, 1999, p. 241; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, en *Il Codice Civile. Commentario*, al cuidado de P. Schlesinger, Milano, 1998, sub art. 1372, I, p. 42; F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997; G. BONILINI, *La forma del mutuo dissenso*, en *Contratti*, 1997, p. 545; O. LOMBARDI, *La forma del mutuo dissenso*, en *Rassegna di diritto civile*, 1995, p. 543; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, en el *Commentario del Codice Civile*, al cuidado de V. Scialoja - G. Branca, Bologna-Roma, 1993, sub art. 1372, pp. 1-58; G. CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, en *Vita notarile*, 1993, p. 635; G. CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nei contratti a effetti reali*, en *Studi Auricchio*, Napoli, 1983, vol. I, p. 284; A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980.
- 3-11. N.A. CIMMINO, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Padova, 2000; F. PADOVINI, *Il recesso*, en *Trattato contratti Rescigno*, Torino, 1999, p. 1233; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, en *Il Codice Civile. Commentario*, al cuidado de P. Schlesinger, Milano, 1988, sub art. 1373, I, p. 308; V. SANTASIERSE,

- Preliminare di vendita di terreno con vincolo paesistico non dichiarato. Diritto di recesso*, en *Nuovo diritto*, 1998, p. 847; F. GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, en *Contratto e impresa*, 1998, p. 18; M. COSTANZA, *Revoca*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVII, Torino, 1998, *ad vocem*; L. ZAPPATA, *Recesso unilaterale per inadempimento e azione di risarcimento dei danni*, en *Contratti*, 1998, p. 590; G. DE NOVA, *Recesso*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVI, Torino, 1997, *ad vocem*; S. CICOGNA, *Recesso e figure affini*, en *Il Foro padano*, 1997, II, p. 45; G. BRUNO, *La minaccia di far valere un diritto e il recesso del lavoratore*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1997, I, p. 217; M.R. DI GIAMBATTISTA, *Funzione risolutoria del recesso per inadempimento*, en *Giurisprudenza di merito*, 1995, p. 610; C. RIMINI, *Fornitura gratuita di energia elettrica e diritto di recesso*, en *Contratti*, 1995, p. 519; AA.VV. (al cuidado de G. De Nova), *Recesso e risoluzione dei contratti*, Milano, 1994 (allí numerosas contribuciones sobre la separación y sobre la resolución en los singulares tipos contractuales); E. ZERELLA, *Collegamento contrattuale e recesso*, en *Rassegna di diritto civile*, 1993, p. 429; C. COSSU, *Il recesso*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, III, Torino, 1991, p. 443; S. SANGIORGI, *Recesso*, en *Enciclopedia giuridica*, XXVI, Roma, 1991, *ad vocem*; G.G. GENTILE, *Revoca degli atti I) Profili generali: diritto civile*, en *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 1991, *ad vocem*; L. FERRI, *Revoca (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, *ad vocem*; G. GABRIELLI-F. PADOVINI, *Recesso (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, *ad vocem*; G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985; G. GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1974, p. 725; Salvatore ROMANO, *Revoca (diritto privato)*, en *Novississimo digesto italiano*, XV, Torino, 1968, *ad vocem*; A. DI MAIO, *Recesso unilaterale e principio di esecuzione*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1963, II, p. 110; G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. I. Individuazione delle fattispecie. Il recesso ordinario*, Milano, 1962; T. TABELLINI, *Il recesso*, Milano, 1962; Salvatore ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935.
4. L. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965; G. OPPO, *I contratti di durata*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1943, I, p. 46; L. DEVOTO, *L'obbligazione ad esecuzione continuata*, Padova, 1943.
- 7-9. M. DE LUCA, *La caparra*, en *Contratti Cendon*, VIII, Torino, 2000, p. 329; A. ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, en *Trattato contratti Rescigno*, II, Torino, 1999, p. 893; A. NATALE, *Caparra confirmatoria e negozi immediatamente traslativi della proprietà*, en *Contratti*, 1999, p. 7; G. GIOIA, *Caparra confirmatoria e risarcimento del danno*, en *Corriere giuridico*, 1998, p. 1147; A. BRAGADIN, *Sulla distinzione tra caparra confirmatoria e caparra penitenziale*, en *Il Foro padano*, 1996, I, p. 319; A. AMATO, *La consegna di assegno bancario nel preliminare di vendita: "acconto" o "caparra"?*, en *Giurisprudenza italiana*, 1996, I, 2, p. 611; R. PIRROTTA, *La distruzione di assegno a titolo di caparra*, en *Contratti*, 1995, p. 152; S. BALZARETTI, *Caparra confirmatoria, recesso, risoluzione*, en *Contratti*, 1994, p. 246; A. GIAMPIERI, *La clausola penale e la caparra*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, III, Torino, 1991, p. 405; G. DE NOVA, *Caparra*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, II, Torino, 1988, *ad vocem*; G. MARINI, *Caparra*, en

- Enciclopedia giuridica*, V, Roma, 1988, *ad vocem*; M. COSTANZA, *Caparra e contratti ad effetti traslativi*, in *Giustizia civile*, 1979, I, p. 318; G. BAVETTA, *La caparra*, Milano, 1963; V.M. TRIMARCHI, *Caparra*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1960, *ad vocem*; W. D'AVANZO, *Caparra*, in *Novissimo digesto italiano*, II, Torino, 1958, *ad vocem*.
10. L. MOSCARINI, *Diritto di recesso e contratti negoziali fuori dai locali commerciali*, in AA.VV. (al cuidado de G. Vettori), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 224; M.C. CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, in *Rivista di diritto civile*, 1999, II, p. 695; M. GORGONI, *Recesso e disciplina del credito al consumo: tutela rafforzata del contraente extra moenia*, in *Contratti*, 1999, p. 834; C.M. NANNA, *Contratti stipulati fuori dei locali commerciali e diritto di ripensamento: in margine ad un caso di "ambiguità" in ordine alla qualità di consumatore*, in *Rassegna di diritto civile*, 1998, p. 438; S. CICOGNA, *Ius poenitendi come mezzo di tutela della libertà e della ponderatezza del consenso*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III, 2, Milano, 1998, p. 165; B. MUSSO, *Diritto di recesso dei consumatori nelle vendite a distanza*, in *Contratti*, 1998, p. 48; D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1997; P. MANES, *Il diritto di pentimento nei contratti dei consumatori dalla legislazione francese alla normativa italiana in attuazione della direttiva 85/577*, in *Contratto e impresa. Europa*, 1996, p. 674; G. DE NOVA, *Lo scioglimento del contratto e la direttiva sulle clausole abusive*, in *Contratti*, 1995, p. 261; C.S. CARRASSI, *Il recesso unilaterale nel contratto di viaggio e "l'imbarbarimento" dell'offerta turistica*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 2, p. 213; P. BALZARINI, *La disciplina dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali ed il diritto di recesso di cui al d. leg 15 gennaio 1992, n. 50*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1993, p. 188; E. ROPPO, *Vendita a domicilio di valori mobiliari: formazione del contratto e recesso dell'investitore*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 106.
11. C. LEO, *L'esclusione del socio dalla società di persona quale potere estintivo unilaterale del rapporto* y U. STRADELLA, *Lo scioglimento unilaterale del vincolo nel consorzio*, in AA.VV. (al cuidado de G. De Nova), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994.
- 12-13. L. NIVARRA, *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, II, p. 463; P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999; P. SCARANO, *Ius variandi del rapporto contrattuale nei contratti a tempo indeterminato con il consumatore*, in *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, al cuidado de C.M. Bianca y F.D. Busnelli, Padova, 1999, p. 503; S. SAVINI, *Brevi note in tema di arbitraggio e clausole di modificazione unilaterale del contratto*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 1999, p. 215; S. PAGLIANTINI, *Poteri unilaterali di modificazione del rapporto contrattuale ed interesse legittimo di diritto privato*, in *Studi senesi*, 1998, p. 412; S. PAGLIANTINI, *Indeterminabilità dell'oggetto, giudizio di nullità e contratto di agenzia: verso l'inefficacia delle clausole di modificazione unilaterale del contratto?*, in *Giustizia civile*, 1998, I, p. 2895; V. COLUSSI, *Sub art. 1469-bis, 3° comma, n. 11 4° comma, n. 2*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, al cuidado de G. Alpa y S. Patti, Milano, 1997, p. 301; M. PIETRUNTI, *"Ius variandi" e "trasparenza" nella prassi bancaria dopo il riconoscimento legislativo*, in

Contratto e impresa, 1996, p. 189; M. BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il ius variandi*, en *Diritto delle banche e del mercato finanziario*, 1994, I, p. 473; P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1992, I, p. 18; G.A. RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1990, I, p. 303.



CAPÍTULO XXV

LOS EFECTOS DEL CONTRATO Y LOS TERCEROS

1. El principio de relatividad de los efectos contractuales.— 2. Lo que el principio de relatividad no significa.— 3. Los significados del principio de relatividad.— 4. Excepciones al principio de relatividad.— 5. La oponibilidad del contrato a los terceros.— 6. La promesa del hecho del tercero.— 7. Los pactos de no enajenar: límites de validez.— 8. *Sigue*: prohibiciones de enajenación y terceros. Ámbito del art. 1379.— *Bibliografía*.

1. EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DE LOS EFECTOS CONTRACTUALES

El principio de relatividad de los efectos contractuales está expresado en el art. 1372²: “*El contrato no produce efectos respecto de terceros*”. Es verdad que la parte final de la norma abre la posibilidad contraria, “en los casos previstos por la ley”: pero con ello esta simplemente introduce excepciones que —para ser tales, y para reducirse a los casos legalmente tipificados— confirman el principio.

Art. 1372²

Esto resulta por implícito ya de otras normas de alcance general o generalísimo: del art. 1372¹, porque decir que el contrato “tiene fuerza de ley *entre las partes*” significa que el vínculo contractual, la fuerza vinculante de sus efectos no se manifiesta respecto a quien no es parte, es decir, respecto a los terceros; y de la misma definición del art. 1321, en donde se dice que la relación contemplada en el contrato, las partes lo constituyen, lo regulan o lo extinguen “entre sí”, sin tocar a quien es otro distinto de aquellas, esto es, los terceros.

Conforme

La relatividad de los efectos contractuales es, con toda evidencia, proyección del principio del acuerdo, que a su vez deriva del valor de la autonomía. Si el principio no valiera, y si consecuentemente el contrato entre A y B pudiera producir efectos vinculantes sobre el tercero X (no partícipe de aquel acuerdo), X se encontraría sufriendo lesiones o intrusiones en su esfera jurídica, sin haberlos consentido; y al contrario se daría a A y B el poder de incidir la esfera ajena, prescindiendo del consentimiento de quien es afectado: exactamente lo que el principio del acuerdo, en nombre del valor de la autonomía, desea impedir.

Relatividad,
acuerdo,
autonomía

Pero el principio de relatividad debe ser comprendido dentro de sus

Límites y
significados
del principio

correctos límites, para entenderlo en sus correctos significados: este tiene un alcance mucho menos amplio de lo que podría sugerir una lectura superficial del art. 1372². Por consiguiente, conviene primeramente marcar los límites *en negativo*, identificando lo que está afuera: o los significados aparentemente reconducibles al principio, pero que en realidad le son ajenos. Después, identificar *en positivo*, los significados que le pertenecen. Y finalmente, señalar las excepciones que el principio correctamente individualizado en sus verdaderos significados, sufre en nombre de valores o intereses prevalecientes.

Excepciones
al principio

2. LO QUE EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD NO SIGNIFICA

Tomada a la letra, la fórmula por la cual "El contrato no produce efectos respecto de terceros" tiene una extensión potencialmente enorme, que es redimensionada con delimitaciones progresivas.

Efectos
empíricos:

En primer lugar, "efecto" debe entenderse como efecto jurídico, no como efecto empírico. Es decir: el principio de relatividad no significa que el tercero sea inmune a cualquier consecuencia fáctica que derive del contrato *inter alios*. Es muy posible que un contrato tenga, *de hecho, consecuencias también muy relevantes para terceros ajenos* al mismo. Consecuencias *ventajosas*: de la toma en locación de una bella casa, de hecho se benefician esposa e hijos convivientes con el conductor aun cuando ajenos al contrato. O consecuencias *perjudiciales*: si una empresa contrata a un gerente comercial tan capaz, agresivo y bien informado sobre el mercado como para duplicar en pocos meses la facturación, las empresas competidoras sufren; si X está interesado en adquirir el bien de A, el contrato con el cual A lo vende a B frustra el interés de X. Todo esto *no contradice al principio de relatividad*.

ventajosos...

... 0
perjudiciales

Lesiones de
posiciones
jurídicamente
protegidas de
terceros

El principio ni siquiera impide que el contrato lesione ya no simples intereses, sino verdaderos y propios derechos o posiciones jurídicamente protegidas del tercero: la enajenación de un bien del deudor quita al acreedor, tercero respecto al contrato, parte de su garantía patrimonial; y el prelacionario es lesionado en su derecho por la venta del bien hecha por el infiel concedente a favor de otro sujeto. Tales lesiones *no son obstaculizadas por el principio de relatividad*.

Remedios
para los
terceros

Ello no significa que las partes puedan impunemente celebrar contratos que dañen a terceros. Si en muchos casos el tercero no tiene remedios contra el contrato que lo daña, en otros casos contratos del tipo hacen accionables remedios de diversa naturaleza. Pero tales remedios *no constituyen aplicación del principio de relatividad*; más bien confirman que este no

encuentra espacio en los supuestos de hecho en cuestión, los cuales presuponen precisamente su no operatividad.

El acreedor dañado por la enajenación del bien del deudor puede accionar para revocarla: pero de este modo él reacciona precisamente, *ex post*, contra el perjuicio que le ha ocasionado el contrato ajeno, perjuicio que el principio de relatividad no impide. Lo mismo se dice para el prelacionario preterido, tercero dañado por la venta hecha por el concedente infiel: él tiene remedios (pretensiones resarcitorias respecto al concedente, si la prelación es solo obligatoria; retracto respecto al adquirente, si es real); pero estos presuponen que la venta haya producido sus efectos perjudiciales para el tercero, que el principio de relatividad no obstaculiza.

El principio, pues, no impide que el contrato cree (a favor de las partes) situaciones jurídicas que los terceros están obligados a respetar, bajo pena de sufrir reacciones legales del contratante lesionado. Piénsese en el tercero adquirente que viola el derecho del prelacionario, nacido del contrato atributivo de la prelación; o en el tercero que frustra la adquisición contractual de otro, adquiriendo el mismo bien e inscribiendo antes su adquisición: casos en los cuales *el tercero puede ser llamado a responder* (lesión del crédito por parte del tercero, tutela aquiliana de las posiciones contractuales, responsabilidad del tercero cómplice en el incumplimiento del contrato). Pero *el fenómeno no tiene nada que ver con la relatividad de los efectos contractuales*.

Aún más. Contratos celebrados para perjudicar injustamente a terceros pueden resultar nulos por ilicitud de la causa (piénsese en los acuerdos de boicot contra un competidor; o en los pactos que prohíben contratar con los terceros por razones de discriminación racial o religiosa): son los denominados contratos en daño de terceros. Pero nuevamente estamos fuera del campo del art. 1372²: *la nulidad no depende de la violación del principio de relatividad, sino de la violación de otros principios de orden público o buenas costumbres* (competencia, igual dignidad humana, etc.).

Existe además otra vasta área de situaciones en las cuales un contrato toca posiciones jurídicas de terceros: en el sentido no de lesionarlas, sino de conformar algún perfil de manera no necesariamente desventajosa, sino vinculante para el tercero. Tampoco estas son excepciones al principio de relatividad: simplemente, le son ajenas. Por ejemplo, la *cesión del crédito* pone al deudor cedido (tercero respecto a esta) en una posición jurídicamente diferente a la anterior: él es deudor ya no del cedente, sino del cesionario; igualmente la *enajenación de la nuda propiedad* cambia al sujeto frente al cual el tercero usufructuario tiene los deberes de conservación y respeto; así como la *cesión del usufructo* impone al tercero nudo propietario un diferente sujeto como titular del goce de su bien. Las consecuencias descritas *no derogan al principio de relatividad, sino más bien actúan el distinto principio de la absolutidad —por consiguiente de la oponibilidad a los terceros— del efecto traslativo*, y en general de los efectos reales.

Deber, para los terceros, de respetar las posiciones contractuales ajenas

Contratos en daño de terceros

Otros supuestos

3. LOS SIGNIFICADOS DEL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD

Veamos ahora, en positivo, cuáles son los significados del principio de relatividad: aquellos que le pertenecen, en cuanto directamente reconducibles a su *ratio*, a su vez identificada en el valor del acuerdo como corolario del valor de la autonomía.

El contrato no impone obligaciones a los terceros

El primer significado es que el contrato no puede imponer obligaciones a los terceros: del contrato entre A y B pueden nacer obligaciones solo a cargo de A y/o de B, no a cargo de X; aunque A y B convengan en su contrato que nazca la obligación de X, tal efecto no se produce. Lo confirma la regla (art. 1381) sobre la *promesa del hecho del tercero* (25.6).

El contrato no sustrae al tercero sus derechos

El segundo significado es que el contrato no puede sustraer al tercero sus derechos: el contrato entre A y B no puede privar a X de la propiedad de su bien o de la titularidad de su crédito. De esto da plena confirmación la disciplina de la *venta de cosa ajena*. Según los casos, esta es resoluble y, por consiguiente, en línea de tendencia ineficaz (art. 1479); o bien es eficaz, pero solo en el sentido de originar la obligación del enajenante de procurar al adquirente la propiedad del bien del tercero (art. 1478). En ningún caso ella produce por sí sola el efecto de transmitir el bien al adquirente, sustrayéndolo al tercero.

Recordemos que una cosa es quitar al tercero la titularidad de su derecho (lo que el contrato no está en grado de hacer); *otra cosa es violar el derecho del tercero*: lo que el contrato fácticamente, puede bien determinar. Si X tiene prelación frente a A, la venta del bien de A a B viola el derecho del tercero X; pero en ningún modo priva a esta de su derecho (cuya persistente titularidad a favor de X, más bien, es precisamente lo que lo legitima a los remedios del caso).

El contrato no impide al tercero la adquisición de derechos

Ulterior significado es que el contrato no puede impedir al tercero adquirir un derecho: si X adquiere un bien de A, su adquisición no puede ser obstaculizada por el precedente contrato entre A y B, que prohíbe a A transferir el bien (mientras puede ser obstaculizado por otros elementos, como por ejemplo el hecho de que A no sea propietario del bien que vende). O bien: la *prohibición contractual de enajenación*, estipulada entre A y B, no es oponible al tercero X (25.8).

Atribución de derechos al tercero:

reales...
... y de crédito

Nos podemos preguntar si exista un cuarto significado del principio: aquel según el cual el contrato no puede atribuir derechos a un tercero. Sobre el punto se regresará dentro de poco (25.4), anticipando desde ya que la respuesta es articulada, y se vincula con la distinción entre efectos reales y efectos obligatorios. En general: el contrato no puede atribuir al tercero un derecho real; en cambio puede crear a su favor derechos de crédito.

4. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD

No son excepciones al principio de relatividad los supuestos de hecho extraños a su radio de acción, tal como definido por la *ratio* que lo sostiene; más sí los supuestos de hecho que en él se encuadrarían, si es que si no valiera para ellos una *ratio* contraria y superior, en nombre de la cual el principio de relatividad es puesto ocasionalmente fuera de juego.

En relación a su primer significado, el principio de relatividad de los efectos contractuales no conoce derogaciones: no se dan casos en los que, ni siquiera excepcionalmente, el contrato imponga obligaciones a un tercero.

Ni podría aducirse, en contrario, que el contrato de financiamiento entre financista y deudor principal active la obligación de garantía del tercero fiador *de futuro*: la obligación de este nace de *su* contrato de fianza, respecto al cual el ajeno contrato de financiamiento es mera condición externa de operatividad.

El principio no conoce derogaciones ni siquiera en el significado según el cual la sucesiva adquisición del tercero no está impedida por la prohibición de enajenación puesta en un anterior contrato *inter alios*. También cuando la adquisición del tercero fuera atacable (por ejemplo, adquisición de bien cubierto por prelación real a favor de otro sujeto), el ataque se dirigiría contra una adquisición del tercero, con todo perfeccionada. Discurso diferente podría hacerse allí donde la prelación afecte directamente la sucesiva adquisición hecha por el tercero en violación de esta, como sucede en la adquisición de acciones por parte del tercero en contraste con una prelación estatutaria, adquisición que se debe considerar ineficaz (y según una criticable jurisprudencia incluso nula): aquí, por lo demás, la adquisición del tercero está impedida por un acto —el estatuto social— difícilmente asimilable a un contrato ordinario.

Amplias y muy relevantes excepciones afectan, en cambio, el principio, en el significado según el cual este impide al contrato sustraer al tercero su derecho. Las excepciones se sitúan esencialmente en el área de las adquisiciones *a non domino*, y de las dobles enajenaciones de un mismo derecho: aquí la *ratio* de protección de la *confianza del adquirente* y de *seguridad de las adquisiciones* prevalecen sobre la *ratio* del art. 1372² (protección de los derechos del tercero titular contra los efectos de actos respecto a los cuales él es ajeno).

De ello emergen reglas que desatienden el principio de relatividad de los efectos contractuales, porque hacen oponible al tercero (25.5) el contrato que dispone de su derecho: la regla, por la cual el contrato de adquisición *a non domino* del mueble no registrado atribuye la propiedad al adquirente que de buena fe obtiene la posesión, privando al tercero titular (art. 1153, y cfr. también art. 1155); la regla por la cual, en caso de doble enajenación inmobiliaria, el primer adquirente —convertido en propietario *ex art. 1376*— ve sustraer su derecho por el sucesivo contrato de adquisición a favor del

El contrato sustrae al tercero su derecho:

... adquisición *a non domino*...

... doble enajenación e inscripción...

... doble
cesión de
crédito

distinto adquirente, que haya inscrito antes que él (art. 2644); aquella por la cual la sucesiva cesión del mismo crédito ya cedido a cesionario anterior puede privar a este del crédito por él adquirido, en razón de la anterioridad de la notificación al deudor o de su aceptación (art. 1265).

Atribución de
derechos al
tercero:

Admisible
para derechos
de crédito...
...Inadmisible
para los
derechos
reales

Finalmente, preguntémonos sobre las situaciones en las cuales el contrato atribuye a un tercero algún derecho. Existe un dato seguro del cual partir: ello solo puede suceder en los derechos de crédito, que el contrato está en grado de generar a favor del tercero; no puede suceder jamás en los derechos reales o cuanto menos en la propiedad y posiciones asimilables, que el contrato no tiene la fuerza de atribuir al tercero (26.1). Establecida esta premisa, el problema es saber *cuál es la regla y cuál es la excepción*.

El problema puede plantearse de dos maneras distintas, en relación a las cuales recibe respuestas diferentes.

Se puede asumir que el principio de relatividad tenga el valor sistemático de precluir en vía general que el contrato determine a favor del tercero cualquier atribución (tanto de derechos reales como de créditos). También los casos en los cuales el contrato atribuye al tercero simples posiciones creditorias serían entonces excepciones al principio: y el contrato a favor de tercero se presentaría entonces como figura que deroga el art. 1372².

Principio del
acuerdo

Principio de
relatividad

Pero puede también (más correctamente) partirse de otro principio, que se obtiene de una razonable acepción del valor del acuerdo como defensa de la autonomía (y fundado normativamente por el art. 1333): el principio que *la promesa gratuita sostenida por una causa es por regla vinculante, y por consiguiente puede atribuir al beneficiario un derecho de crédito sin necesidad de su aceptación (pero deja a salvo la posibilidad de rechazo)*, mientras ello no puede suceder para las atribuciones reales, impensables sin aceptación del beneficiario. Coordinado con este principio, el principio de relatividad asumiría entonces el sentido de *precluir no ya la atribución al tercero de cualquier derecho, sino solo la atribución de propiedad o derechos reales asimilables, o la atribución de derechos de crédito no susceptible de ser paralizada por el rechazo del tercero*: en esta más convincente perspectiva, el contrato a favor de tercero (que atribuye al tercero un derecho de crédito, por él rechazable) se presentaría no como derogatorio del principio de relatividad, sino más bien como perfectamente compatible con este.

5. LA OponIBILIDAD DEL CONTRATO A LOS TERCEROS

Oponibilidad
del contrato a
los terceros:

Hablando generalmente, un contrato puede considerarse oponible a terceros *cuando produce algún efecto susceptible de tener alguna relevancia jurídica frente a los terceros*. Viéndolo bien, más que de oponibilidad del contrato, sería apropiado hablar de *oponibilidad de los efectos contractuales*.

En muchísimos casos los efectos del contrato no son oponibles a los terceros: y todos estos casos pueden, en general, vincularse al operar del principio de relatividad. Pero existen no pocos casos en los cuales los efectos

del contrato están en cambio, en el sentido genérico planteado al inicio del apartado, oponibles a terceros. Sin embargo, sería equivocado considerar todos estos casos de manera indiferenciada; y en particular considerar que constituyan, todos, excepciones al principio de relatividad.

en sentido lato (no derogatoria del principio de relatividad)...

El tercero X debe respetar la posición activa que deriva a A de su contrato con B, y si la lesiona responde por ello; X, tercero adquirente del bien de A hipotecado a favor de B, soporta la hipoteca nacida del contrato entre A y B. Aquí puede genéricamente decirse que los efectos del contrato entre A y B son oponibles a X: pero es claro que ello depende no tanto de derogaciones al principio de relatividad, cuanto más bien del operar de principios que están en otros planos. En el primer caso, el principio que prohíbe dañar injustamente a otros; en el segundo, el principio de absolutidad de los derechos reales (en donde decir que el contrato es oponible al tercero sería solo un modo abreviado, y algo impropio, de decir que al tercero es oponible el derecho real creado por el contrato).

Es preferible reservar la noción de oponibilidad de los efectos contractuales a los casos en los cuales el principio de relatividad, del mismo modo idóneo para hacer al tercero insensible al contrato ajeno, es *neutralizado por un contraprinzipio de fuerza superior* que, actuando en el mismo plano, lo pone fuera de juego. Así, el contrato con el cual A adquiere del *non dominus* B el mueble no registrado del tercero X, obteniendo de buena fe la posesión, es propiamente oponible a X. Igualmente, es oponible a X, primer adquirente del bien de A, la venta del mismo bien de A a B, hecha después, pero inscrita antes (en cuanto, en cambio, al hecho de que la mala fe de B, segundo adquirente y primer inscribiente, pueda hacerlo responsable frente a X por el daño, preferimos decir que ello depende ya no de la oponibilidad a B del contrato entre X y A, sino de la aplicación del art. 2043).

... y en sentido estricto (derogatoria del principio de relatividad)

6. LA PROMESA DEL HECHO DEL TERCERO

El art. 1381 aplica plenamente el principio de relatividad. Si A contrata con B prometiendo que el tercero X hará algo a su favor, no nace ninguna obligación de X (el contrato A-B no es oponible a X); deriva solo que el *promitente* “*está obligado a indemnizar al otro contratante, si el tercero (...) no cumple el hecho prometido*”.

Art. 1381

El “hecho” prometido puede ser un *hecho material* del tercero, o bien su *acto jurídico* (la asunción de un deber, la transferencia de un bien): la norma habla de promesa “de la *obligación* o del *hecho* del tercero”.

La figura es compatible con el hecho de que el tercero X estuviera obligado respecto al promitente A a prestar al promisario B: aquí el deber de X no deriva del contrato A-B, al cual él es ajeno, sino del contrato A-X, del cual él es parte; y la falta de cumplimiento de la prestación expone a X a responsabilidad hacia su promisario A, y no hacia B, promisario de A.

Precedente deber del tercero

En cambio no es compatible con el hecho de que el tercero ya estuviera obligado hacia el promisorio: en tal caso el compromiso de A frente a B no es promesa del hecho del tercero X, sino fianza de A en garantía de la deuda de X, deudor principal de B.

Forma La circunstancia de que la promesa no cree efectos sobre el tercero explica por qué el vínculo de forma, eventualmente previsto por el acto del tercero deducido en promesa, no se comunique a la promesa. Si A promete a B que X le transferirá un inmueble, la promesa no requiere la forma escrita de las transferencias inmobiliarias (no nace el deber de X a transferir, que nacería de un preliminar).

Ilícitud Si el hecho o el compromiso del tercero son ilícitos, ilícita (y nula) es también su promesa; si son imposibles, la imposibilidad se comunica al objeto de la promesa, que será por tanto nula.

Imposibilidad

Compromiso del promitente y presupuestos de la indemnización La promesa del hecho del tercero plantea una cuestión de fondo: cuál sea la naturaleza del compromiso del promitente. La respuesta oscila entre dos modelos: el modelo de la obligación, por el cual el promitente debe empeñarse a fin de que el tercero preste; y el modelo de la garantía, por el cual el promitente está obligado a indemnizar al promisorio si el tercero no prestará. La elección entre el uno y el otro envuelve diversas cuestiones prácticas.

Modelo de la obligación... La más relevante concierne a los presupuestos que activan el deber del promitente de indemnizar al promisorio, que no haya recibido del tercero lo prometido. El modelo de la obligación lleva a reconstruir la responsabilidad del promitente según el *régimen del art. 1218* (con acentuaciones de mayor o menor rigor, según que la obligación de empeñarse a fin de que el tercero preste sea concebida como obligación de medios o de resultado): derivaría para el promitente mayores *chances* de ofrecer alguna eficaz prueba liberatoria, alegando elementos que hacen la falta de prestación del tercero no imputable al promitente. Por el contrario, el modelo de la garantía implica que *el promitente asume todo el riesgo de la falta de prestación del tercero*, frente a la cual —no importa si es imputable a él o no— él está obligado a indemnizar al promisorio como lo haría un asegurador.

... y modelo de la garantía

Excepciones liberatoria posibles para el promitente El art. 1381 se inclina hacia el modelo de la garantía. Pero ello significa solamente que la responsabilidad del promitente puede activarse también en el caso en el cual la falta de prestación del tercero no es imputable a su culpa. En cambio, no significa que al promitente le esté precluida cualquier excepción liberatoria: incluso aplicándose el modelo de la garantía, se le debería permitir liberarse probando *que el rechazo del tercero de obligarse o la falta de cumplimiento de su prestación están objetivamente justificados* (al límite, porque la obligación o la prestación han devenido imposibles), y tanto más si *dependen del hecho del promisorio*.

Además el art. 1381 es norma dispositiva: no impide a la autonomía privada derogar el modelo de la garantía, para abrazar —a favor del promitente— el más benévolo modelo de la obligación (a lo sumo puede dudarse que en tal caso la promesa salga de la figura del art. 1381). Al contrario, no impide exacerbar el régimen legal: por ejemplo, estableciendo que la garantía debida por el promitente cubra también la imposibilidad sobrevenida de la prestación del tercero. En definitiva mucho se reduce a *quaestio voluntatis*, tratándose de deducir de las cláusulas de la promesa, adecuadamente interpretadas, en qué modo las partes hayan entendido *repartir entre sí el riesgo de la falta de prestación del tercero*.

Derogabilidad...
... hacia la
atenuación ...

... o hacia la
exacerbación
de la
responsabilidad
del
promitente

A la determinación de si exista responsabilidad del promitente podrán, luego, concurrir circunstancias significativas del supuesto de hecho: por ejemplo, podrá ser relevante el que el tercero sea sujeto con el cual el promitente tiene relaciones de control, influencia o comunidad de intereses (por ejemplo, cónyuge del promitente o sociedad de la cual él es socio dominante).

Quien promete la obligación del tercero puede ser llamado a responder por el *rechazo del tercero de obligarse* frente al promisorio; pero no (si el tercero se ha ya obligado) del posterior *incumplimiento de la obligación asumida*.

El art. 1381 dice "indemnizar" y no "resarcir". Sobre esta base, se ha sostenido que el promitente no debería al promisorio todo el daño causado por la falta de prestación del tercero, sino respondería solo en los límites del valor de la prestación faltante. En todo caso la indemnización podrá reducirse *ex art. 1227*, si el promitente demuestra un concurso de culpa del promisorio.

«Indemniza-
ción»

La alternativa entre los dos modelos (obligación o garantía) influye también en cuanto a la prescripción del derecho del promisorio: que inicia a correr solo desde el día del definitivo decaer del hecho del tercero, si se inclina por su derecho de garantía; mientras puede iniciar a correr desde un momento anterior, si se le reconoce un simple derecho a la conducta del promitente.

Prescripción

7. LOS PACTOS DE NO ENAJENAR: LÍMITES DE VALIDEZ

La disciplina de las prohibiciones contractuales de enajenación (art. 1379) considera dos perfiles: la validez del pacto (25.7); y la eficacia del pacto (25.8), que se vincula al principio de relatividad de los efectos contractuales.

Art. 1379

Decidir sobre la validez de los pactos de no enajenar significa decidir sobre valores en conflicto: por un lado la libertad contractual, que impondría el reconocimiento de acuerdos con los cuales los sujetos autoregulan sus intereses respecto a determinados bienes; por el otro la libertad de circulación de los bienes y la integridad de las prerrogativas propietarias, que sugieren en cambio desconfianza hacia pactos que las perjudican.

Los valores en
conflicto

La historia de los sistemas jurídicos exhibe comportamientos pendulares: a veces domina un valor, y los pactos de no enajenar son admitidos con amplitud, a veces prevalecen los otros, y sobre los pactos se imprime un giro de tuerca.

El art. 1379 refleja una posición no hostil a las prohibiciones contractuales de enajenación: admite la validez, solo condicionándola a dos requisitos no particularmente apremiantes: el interés de la parte y la temporalidad.

Prohibiciones legales

Por otro lado, prohibiciones de enajenación son puestos por la misma ley, especialmente sobre quien adquiere bienes en condiciones ventajosas, usufructuando beneficios públicos: por ejemplo, sobre los adjudicatarios de edificaciones económica y populares, o sobre los adquirentes de departamentos que para la adquisición hayan gozado de financiamientos con facilidades o reducciones fiscales.

Requisitos de validez:

El pacto que no respete los requisitos de ley es ilícito y por consiguiente nulo.

apreciable
Interés de la parte...

Primer requisito de validez del pacto es que la prohibición responda "a un apreciable interés de una de las partes". La *ratio*: para tolerar ese tanto de perjuicio social inherente a la prohibición de enajenación, se quiere, al menos, la garantía de que este no responda a caprichos o voluntades fútiles, sino que encuentre justificación y equilibrio en un interés "apreciable" de la parte.

No es necesario un interés social, basta, el interés *individual*, al límite egoísta, de la parte, y puede ser también no patrimonial, sino solo *moral*: lo importante es que sea un interés "apreciable" en términos objetivos. En jurisprudencia, se lo ha reconocido presente en la prohibición temporal de reventa, impuesto por la casa automotriz a sus dependientes a los cuales le había vendido el automóvil bajo condiciones de particular favor.

... y
convenientes
límites de
tiempo

El segundo requisito es que la prohibición esté "contenida dentro de convenientes límites de tiempo". Se refleja aquí la repugnancia de la ley por la autorestricción de la libertad de acción de los sujetos mediante vínculos perpetuos o de excesiva duración. La "conveniencia" del plazo es censurada por el juez caso por caso, y se mide también sobre el tipo de interés que sostiene la prohibición.

Elementos
relevantes del
supuesto de
hecho

La valoración de ambos elementos tendrá en cuenta las características del supuesto de hecho: podrá ser diferente, por ejemplo, en relación al tipo de bien, a la actividad de las partes; a la circunstancia que la prohibición sea generalizada o solo parcial (prohibición de enajenar a cualquiera, o de enajenar a una clase de sujetos o a un sujeto particular, o bien de enajenar a cualquiera salvo que a una clase de sujetos o a un sujeto en particular).

Duración
excesiva

Si la duración del vínculo excede el límite de la conveniencia, no parece admisible una reducción judicial: el pacto es nulo, y podrá convertirse (38.14) en un menos comprometido pacto de prelación (siempre que el plazo no sea excesivo también respecto a este). Si falta cualquier plazo, puede pedirse al juez fijarlo (o, eventualmente, verificar que el tiempo conveniente ya se ha extinguido): a semejanza de cuanto se ha dicho para la prelación, en analogía con la norma sobre la opción (7.11).

8. SIGUE: PROHIBICIONES DE ENAJENACIÓN Y TERCEROS. ÁMBITO DEL ART. 1379

El pacto de no enajenar “tiene efecto *solo entre las partes*”. Si el promitente viola la prohibición contractual y enajena el bien a un tercero, este adquiere regularmente: el promisario puede pedir el resarcimiento al promitente, responsable frente a él de la violación del pacto; pero *no puede tocar la adquisición del tercero, al cual el pacto no es oponible*.

Úmites de
eficacia

Ello vale también si el contrato que contiene la prohibición de enajenación (que se refiere a un inmueble) haya sido inscrito, mientras si el contrato tiene como objeto exclusivo la prohibición de enajenación, no puede ser inscrito.

La regla confirma el principio de relatividad, y expresa uno de los significados relevantes. La razón por la cual no se ha querido derogar este perfil del principio de relatividad puede explicarse de varias maneras: no extender demasiado la tutela de un pacto siempre circundado por un halo de discutibilidad; no abrirse a derechos reales atípicos; no consentir (en los casos en los cuales la prohibición es puesta en el interés de un acreedor) la activación de una garantía parcialmente correspondiente a la hipotecaria, sin el soporte de las correspondientes cargas.

Ratio

Pero la regla general cede en algunos supuestos de hecho, cuyo particular régimen hace el pacto de no enajenar oponible a los terceros adquirentes: es el caso de la prohibición de *cesión del usufructo* (art. 980¹); de la prohibición convencional de *cesión del crédito*, oponible a los terceros que lo conocían (art. 1260²); de los límites a la *circulación de las acciones* (por ejemplo, a través de cláusulas de satisfacción) escritos en los estatutos societarios *ex art. 2355³*; de las prohibiciones de enajenación puestas a cargo de los condóminos en los *reglamentos condominiales* (por ejemplo, prohibición de vender fraccionadamente el propio departamento), a condición de que estén inscritos. La derogación se justifica por la peculiaridad de los supuestos de hecho: en los dos primeros, la enajenación prohibida no es enajenación de propiedad; en las otras la fuente de la prohibición —estatuto, reglamento— es un “contrato” (si lo es) muy especial.

Derogaciones:
oponibilidad
de la
prohibición a
los terceros

Fuera de estos casos, surge la pregunta de si la eficacia sólo obligatoria del pacto pueda ser neutralizada —al menos en los casos en los cuales la prohibición (de retransferencia) accede a la previa transferencia del bien del promisario al promitente— con el expediente de deducir la violación del mismo; esto es, la posterior transferencia a un tercero, bajo *condición resolutoria* de la primera transferencia; y de pretender después que la *retroactividad real* de la condición verificada arrastre la adquisición del tercero (27.10). En doctrina se sostienen ambas tesis, pero es preferible la negativa: la condición sería nula por ilicitud, y se convertiría en simple pacto (obligatorio) de no enajenar.

Ámbito de
aplicación del
art. 1379

Específicas
previsiones
legales

A menudo se plantea el problema de definir el ámbito de aplicación del art. 1379. Por un lado, surge la pregunta de si también los supuestos de hecho particulares previstos por normas específicas (arts. 965³⁻⁴; 980¹; 1260²; 2355³) deban obedecer los requisitos generales del interés apreciable y de los convenientes límites de tiempo: hoy prevalece la respuesta negativa que sustrae estos supuestos de hecho de la influencia del art. 1379.

Figuras
límitrofes

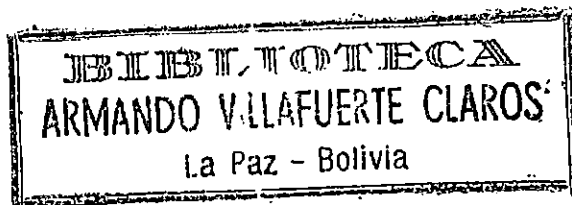
Por otro lado, se buscan los límites entre la materia regulada por el art. 1379, y otras figuras en algún aspecto asimilable: pactos de no competencia (art. 2596); pactos de exclusividad; pactos de prelación; pactos que limitan la facultad no de disposición, sino de goce del bien (denominados vínculos contractuales de destinación). Estos últimos ocupan un territorio contiguo (y a veces potencialmente coincidente) respecto al de las servidumbres: se aprecia aquí la posible *interferencia entre reglas sobre el contrato y reglas sobre la propiedad* (sobre el uso de los bienes).

BIBLIOGRAFÍA

- 1-5. A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, en *Europa e diritto privato*, 2000, p. 1; M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, en *Trattato contratti Rescigno*, Torino, 1999, p. 1051; F. ANGELONI, *Il principio di relatività del contratto quale regola generale per la soluzione dei conflitti di diritti*, en *Contratto e impresa*, 1999, p. 897; S. MACCARONE, *Contratto "con prestazione al terzo"*, Napoli, 1997; F. MESSINEO, *Contratti nei rapporti col terzo*, en *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, *ad vocem*; A. GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, Torino, 1917.
5. P. CECCHI, *I conflitti fra più aventi causa*, en *Contratti Cendon*, VIII, Torino, 2000, p. 597.
6. M. R. MARELLA, *La promessa del fatto del terzo*, en *Contratti Cendon*, VIII, Torino, 2000, p. 209; A. CHECCHINI, *La promessa del fatto del terzo*, en *Rivista di diritto civile*, 1999, I, p. 563; C. DUBOLINO-F. COSTA, *La promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo*, en *Archivio civile*, 1999, p. 961; F. D'AQUINO, *Responsabilità del promittente per mancata prestazione altrui nella promessa del fatto del terzo*, en *Il Foro italiano*, 1996, I, p. 1733; M.R. MARELLA, *La Cassazione sdoppia la promessa del fatto del terzo en Danno e responsabilità*, 1996, p. 179; M.R. MARELLA, *Promessa del fatto del Terzo*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XV, Torino, 1996, *ad vocem*; G. MARINI, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995; G. CHINÈ, *Il mero "interessamento" all'acquisto come promessa del fatto del terzo ovvero in tema di rapporti tra promessa del fatto del terzo e contratti di garanzia*, en *Giustizia civile*, 1995, I, p. 1658; P.E. CORRIAS, *Sulla natura e sull'estensione della obbligazione del promittente nella promessa del fatto del terzo*, en *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, 1, p. 1463; G. MILIANO, *Osservazioni in tema di promessa del fatto del terzo*, en *Giustizia civile*, 1993, I, p. 2181; M.C. CHERUBINI, *La promessa del fatto del terzo*, Milano, 1992; F. ONOFRI, *Indennizzo da promessa del fatto del*

- terzo, en *Corriere giuridico*, 1992, p. 563; F. SEVERINI, *Il patronage tra la promessa unilaterale atipica e la promessa del fatto del terzo*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1991, I, p. 884; F. MASTROPAOLO, *Promessa del fatto altrui, garanzie personali e sindacati di voto*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1992, p. 695; M.C. CHERUBINI, *In tema di rapporti tra promessa del fatto del terzo e garanzie del credito*, en *Contratto e impresa*, 1989, p. 577; F. ALCARO, *Promessa del fatto del terzo* en *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988, *ad vocem*; A. FUSARO, *In tema di fideiussione, "patronage", promessa del fatto del terzo*, en *Giurisprudenza italiana*, 1985, I, 2, p. 361; G. ALPA, *Promessa del fatto del terzo, trattativa, redazione di clausole contrattuali*, en *Giurisprudenza di merito*, 1982, p. 475; E. BRIGANTI, *Fideiussione e promessa de fatto altrui*, Napoli, 1981; M.C. STASI, *Promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo*, en *Novissimo digesto italiano*, XIV, Torino, 1967, *ad vocem*; G. SCALFI, *La promessa del fatto altrui*, Milano-Varese, 1955; G. STOLFI, *La promessa del fatto di un terzo* en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1927, I, p. 203.
- 7-8. A. NATALE, *I vincoli alla facoltà di disporre*, en *Contratti Cendon*, VIII, Torino, 2000, p. 565; F. VALENZA, *Donazione e vincolo di destinazione del bene donato*, en *Contratti*, 2000, p. 456; P. CALABRITO, *Applicabilità dei limiti del divieto di alienazione ai vincoli di destinazione*, en *Notariato*, 2000, p. 415; F. VAGLIENTI, *Sulla validità della proroga del divieto statutario temporaneo di alienazione di azioni*, en *Notariato*, 1999, p. 33; A. FUSARO, *Il divieto contrattuale di alienazione*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, III, Torino, 1999, p. 2059; A. FUSARO, *Patto di non alienazione*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XIII, Torino, 1995, *ad vocem*; G. MARZO M. MARTINO, *Limiti oggettivi: l'incommerciabilità della cosa*, en *La vendita*, al cuidado de M. Bin, I, p. 65; R. CALVO, *Limiti convenzionali: il divieto di alienare*, en *La vendita*, al cuidado de M. Bin, I, p. 161; A. CHIANALE, *Vincoli negoziali di indisponibilità*, en *Studi in onore di R. Sacco*, Milano, 1994, p. 197; U. SALVESTRONI, *Incommerciabilità dei beni e autonomia negoziale*, Padova, 1989; L. FRANCARIO, *Indisponibilità (vincolo di)*, en *Enciclopedia giuridica*, XVI, Roma, 1989, *ad vocem*; E. MOSCATI, *Alienazione (divieto di)*, en *Enciclopedia giuridica*, I, Roma, 1988, *ad vocem*; C. MARINI, *Libertà di contrarre e divieto di alienazione*, en *Vita notarile*, 1985, p. 428; G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1982, p. 409; F. BOCCHINI, *Limiti convenzionali al potere di disposizione*, Napoli, 1977; G.B. FUNAIOLI, *Divieto di alienazione (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, *ad vocem*; G. BRANCA, *Divieto di alienazione e interesse apprezzabile*, en *Il Foro padano*, 1952, II, p. 727; S. PUGLIATTI, *Considerazioni sul potere di disporre*, en *Studi di diritto civile*, Milano, 1951, p. 33.

1948
1949
1950



CAPÍTULO XXVI

CONTRATO A FAVOR DE TERCERO, CESIÓN DEL CONTRATO Y SUBCONTRATO

1. El contrato a favor de tercero.— 2. Las causas de la estipulación a favor de tercero.— 3. Vicisitudes del derecho estipulado: el rechazo del tercero.— 4. *Sigue*: la revocación del estipulante.— 5. *Sigue*: derecho del tercero y vicisitudes del contrato.— 6. La cesión del contrato: noción y objeto.— 7. Causa y forma de la cesión.— 8. El consentimiento del contratante cedido.— 9. Los contratos a la orden.— 10. Las posiciones de los sujetos involucrados.— 11. Las cesiones legales.— 12. El subcontrato.— 13. Disciplinas del subcontrato.— *Bibliografía*.

1. EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

El contrato a favor de tercero se presenta cuando las partes —estipulante y promitente— acuerdan *que la prestación debida por el promitente sea hecha a favor no del estipulante, sino de un tercero (beneficiario)*; arts. 1411 y ss.

Art. 1411 y ss.

Presupuesto es que el estipulante actúe *en nombre propio* y no del tercero: de otra forma se tendría representación, y el "tercero" no sería verdaderamente tercero, sino parte (sustancial) de la relación contractual.

Algunos tipos contractuales son estructuralmente a favor de tercero: por ejemplo, (aunque algunos lo niegan) la *asunción de deuda*, con la cual un tercero y el deudor acuerdan que el primero pagará la deuda del segundo a favor del acreedor (beneficiario). Pero más a menudo la figura surge de la variante introducida en un contrato típico, que no necesariamente es a favor de tercero: en el *transporte de cosas*, si la cosa es entregada al mismo remitente el contrato no es a favor de tercero; se convierte si se establece que la entrega sea hecha a un tercero destinatario (arts. 1685¹; 1689); lo mismo vale para el *depósito* (art. 1773); para la *renta vitalicia* (art. 1875); para el *seguro de vida* (art. 1920).

Tipo

Variantes del tipo

En los casos apenas mencionados la variante a favor de tercero está expresamente contemplada por la ley. Pero la figura recibe del art. 1411 alcance general. Por lo tanto,

Variente atípica

puede introducirse también en contratos típicos, cuya disciplina no haga expresa mención: imaginemos un contrato de trabajo o de locación, en el cual el estipulante pague las remuneraciones o rentas al trabajador o al locador, con el acuerdo de que las prestaciones laborales o el goce de la cosa irán en ventaja de un tercero; y si la carga impuesta al donatario lo vincula a prestar a un tercero, también la donación modal refleja el esquema del art. 1411. Además, es perfectamente concebible un contrato atípico a favor de tercero.

Adquisición del derecho sin aceptación

El dato saltante es que “el tercero adquiere el derecho contra el promitente por efecto de la estipulación” (art. 1411²) al cual él es ajeno, sin necesidad de manifestar su aceptación. Por consiguiente, el contrato atribuye directamente un derecho al tercero, y en este sentido produce efectos respecto al tercero. Surge la pregunta de si, en razón de ello, deba verse en la figura una derogación al principio de relatividad de los efectos contractuales (art. 1372²). La respuesta es sí o no, según la extensión atribuida al principio, y del modo en que se le vincula con otros principios.

Relaciones con el principio de relatividad

Existe el principio según el cual a nadie pueden atribuirse, sin su aceptación, ni posiciones de desventaja ni posiciones abstractamente de ventaja, que impliquen cargas al menos potenciales (como la propiedad, usufructo u otros derechos reales que comporten custodia, mantenimiento, cargas fiscales, responsabilidades): en coherencia con esto, el art. 1372² ciertamente excluye que el contrato pueda atribuir al tercero posiciones semejantes. Existe, luego, el principio según el cual el sujeto puede recibir aun sin su aceptación posiciones ventajosas que consisten en derechos de crédito, o incluso en derechos reales que no implican cargas, como por ejemplo, servidumbre: quedando firme el que puede rechazarlas. Leída a la luz de este segundo principio, la relatividad de los efectos contractuales no precluye que el contrato atribuya estos derechos a un tercero.

Derechos atribuibles al tercero

Derivan dos consecuencias, entre sí conexas. La primera es que el contrato a favor de tercero no deroga al principio de relatividad, sino más bien aplica el otro (compatible) principio apenas enunciado. La segunda es que el mecanismo del art. 1411 puede atribuir al tercero solo *derechos de crédito y derechos reales no portadores de ninguna carga para el titular* (como las servidumbres); no puede en cambio atribuirle derechos reales incluso solo potencialmente portadores de cargas a su cargo.

Sustancialmente en línea se encuentra la jurisprudencia: que solo en algún *obiter dictum* parece generalizar la posibilidad de atribuir al tercero derechos reales, sin distinciones; mientras las decisiones aplicativas se refieren solamente a la servidumbre.

Contratos con efectos protectores para los terceros

Del contrato a favor de tercero se distingue el denominado contrato con efectos protectores para los terceros. La figura —elaborada por doctrina y jurisprudencia bajo el prevalente influjo de teorías alemanas— se presenta cuando *la prestación contractual, aun siendo pactada a favor de la parte, está destinada a alcanzar la esfera de terceros*: formalmente ajenos al contrato, pero de hecho destinatarios de las utilidades y de los riesgos de la prestación.

Se admite que la acción resarcitoria de estos terceros, lesionados por la falta o defectuoso cumplimiento de la prestación, siga el régimen de la acción ya no aquiliana sino contractual (con las consiguientes ventajas en plazos de prescripción y de cargas de la prueba): la ausencia de contrato entre deudores y terceros dañados es subrogada por el "contrato social" instaurado entre ellos.

"Contrato social"

Una notable aplicación jurisprudencial se refiere al *niño nacido con lesiones por la inadecuada asistencia médica prestada a la madre parturienta*: el contrato es entre la madre y el médico (o la estructura sanitaria), y respecto a este el niño es tercero (también porque al momento del contrato aún no existía); no obstante se le da una acción contractual de resarcimiento, distinta de la acción que corresponde a la madre.

2. LAS CAUSAS DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO

La validez de la estipulación a favor de tercero está subordinada a un requisito: que "el estipulante tenga interés" (art. 1411¹).

Interés del estipulante

En el intento de dar un sentido a este requisito, los intérpretes invocan otras normas que mencionan la noción de "interés": tanto el interés del acreedor a la prestación (art. 1174), como los intereses mercedores de tutela en el contrato atípico (art. 1322²). Pero tales invocaciones no parecen útiles para llenar de contenidos operativos un concepto que, por esto mismo, se ha enjuiciado como mucho más lleno de retórica insignificante que de real fuerza normativa.

Críticas

En esta perspectiva —se observa— los casos son dos. O el interés del estipulante emerge de manera definida e inequívoca de datos objetivos (el socio que estipula a favor de la sociedad, el marido que estipula a favor de la esposa, el obligado que estipula a favor de su acreedor la prestación que ha prometido procurarle); y entonces el requisito está *in re ipsa*. O un interés tal no se puede objetivamente percibir, y entonces deberá decirse que existe un interés, acaso sólo moral, deducible del hecho mismo de que el estipulante ha querido estipular a favor del tercero: pero resulta claro que disolver el *interés a estipular* en la *voluntad de estipular* significa negarle el valor de autónomo requisito.

La invocación al interés del estipulante tiene sentido, si se lo vincula con la causa.

La causa...

Como todo contrato, también el contrato a favor de tercero debe tener una causa (lícita). Pero para tomar aquí el valor del requisito causal, conviene distinguir entre dos órdenes de relaciones: la relación entre estipulante y promitente, parte del contrato; y la relación entre estipulante y tercero, beneficiario de los efectos contractuales. Llamamos a las partes del contrato A (estipulante) y B (promitente); y X el tercero.

El contrato A-B puede ser *oneroso o gratuito*, según que esté prevista o no una retribución de A a B (si es gratuito, se planteará el problema de si sea también liberal, y si se precise la forma de la donación). Si es oneroso, su causa es el intercambio entre el compromiso asumido por B en favor de X, y la prestación dada o prometida por A a B. La causa podrá faltar, por ejemplo,

... en la relación estipulante/promitente ...

si resulta que B tenía ya, de otra fuente, aquella obligación hacia X; o ser ilícita, por ejemplo, si la ley prohíbe que la prestación de B forme objeto de intercambio: el contrato entonces es nulo (como también puede ser nulo por imposibilidad o ilicitud del objeto, si las prestaciones deducidas están prohibidas o son irrealizables).

... y en la
relación
estipulante/
tercero

El Interés del
estipulante...

Pero A contrata con B, cargándose la retribución a su favor, porque está interesado en que X obtenga la prestación de B: y ello, evidentemente, sobre la base de alguna relación A-X. Es esta relación entre estipulante y tercero, que identifica el *interés del estipulante a contratar a favor de tercero*. Debemos preguntarnos cómo esta relación (por consiguiente, el interés del estipulante) juega sobre el contrato.

... como
motivo del
contrato del
promitente ...

Respecto al contrato A-B, el interés de A enraizado en su relación con X en línea de principio no es causa, sino motivo irrelevante. Si la relación A-X se revela tal de no corresponder al interés que había promovido A, este será frustrado y pensará haber contratado en vano: pero no podrá impugnar el contrato con B, ni siquiera si este conocía su interés, porque tal interés es ajeno a la causa.

Si ello vale como regla, no pueden, sin embargo, excluirse *casos de excepcional relevancia*, sobre el contrato A-B, del interés de A de estipular a favor de X. Si este interés se vincula a fines prohibidos por la ley, este configura motivo ilícito; y si a esos mismos fines B es cointeresado, se tiene motivo ilícito común que hace nulo el contrato. Y fuera de la ilicitud, si B no solo conocía el interés de A hacia X, sino en algún modo lo ha hecho propio, de modo que el contrato A-B se explica, desde el punto de vista de ambas partes, solo en base a la relación A-X, entonces podrá decirse que este forma parte de la razón justificadora del contrato, y condiciona su suerte.

Hasta aquí se ha hablado del contrato y de la relación entre A y B. Un discurso distinto se refiere a la relación (no el contrato, que no existe) entre A y X.

... y como
causa de la
relación con
el tercero

Con el contrato celebrado con B, A procura a X una prestación (que B se empeña a realizar): su interés a ello matiza la "causa" de la atribución a favor de X. Puede darse que A lo haga porque tenía respecto a X el deber de procurarle esa prestación, y el contrato con B es el modo para cumplirlo: aquí la estipulación a favor del tercero tiene *causa solvendi*. O bien porque procurar la prestación a X sirve para ponerlo en condición de desarrollar una actividad útil a A, ya acordada entre A y X: aquí la causa de la atribución a X es la aplicación de tal acuerdo. O bien porque —no resultando objetivamente algún interés de aquellos— debe concluirse que A ha querido cumplir una pura liberalidad a X: en la relación entre A y X se configura entonces una donación indirecta.

Examinemos cuál puede ser la relevancia práctica de tal relación entre estipulante y tercero. Imaginemos que el interés del estipulante resulte infundado o sea frustrado (por ejemplo, porque la obligación de A hacia X, a cuyo cumplimiento la estipulación a favor de X era funcional, se descubre inexistente). Reiterando que, por regla, ello no da al estipulante remedios contra el promitente, preguntémos: ¿tiene el estipulante A remedios frente al tercero X?

Relevancia
práctica de la
relación

La solución del problema es fácil si A aún no ha perdido el poder de *revocación*, que le corresponde en vía general: A se tutelaré revocando la estipulación, con el efecto que X pierde el derecho a la prestación (26.4). El problema se pone cuando tal poder se ha consumado. En esta situación, A no puede por regla impedir a B cumplir en manos de X (siendo su relación con X normalmente irrelevante para B), y por lo tanto no puede impedir a X obtener la prestación. Sin embargo, podrá sucesivamente dirigir contra X una *acción de enriquecimiento* (art. 2041), bajo el perfil de que X ha conseguido a expensas de A una prestación "sin causa".

Remedios del
estipulante
contra el
tercero

El tercero puede no estar determinado en el contrato, reenviándose la individualización a un momento futuro (la posibilidad está expresamente prevista para el seguro de vida por el art. 1920², pero tiene valor más general). Puede ser también un sujeto inexistente al momento del contrato, como cuando se estipula a favor de una sociedad a constituir. En espera de que el beneficiario esté determinado o venga a existencia, el derecho estipulado corresponde al estipulante.

Determinación
y existencia
del tercero

3. VICISITUDES DEL DERECHO ESTIPULADO: EL RECHAZO DEL TERCERO

El tercero adquiere el derecho (y está legitimado a accionarlo en juicio) frente al promitente: lo adquiere inmediatamente por efecto del contrato, sin necesidad que declare "querer aprovecharla" (más breve: sin necesidad de aceptación). Sin embargo, deja a *salvo el pacto contrario*: estipulante y promitente pueden pactar que la adquisición del tercero esté subordinada a su aceptación (art. 1411²).

Adquisición
Inmediata del
derecho

En efecto, el tercero adquiere el *derecho conformado por el contrato*, en el cual él no ha participado: contenido, tiempos, modalidad de la prestación que él puede pretender, son los acordados entre estipulante y promitente. El contrato (también a través de sus pactos accesorios) conforma el derecho del tercero tanto en lo bueno como en lo malo: por ejemplo, la penalidad (44.6) prevista por el incumplimiento del promitente puede aprovechar al tercero (habilitado a pretenderla sin carga de probar su daño), pero puede también perjudicarlo (impidiéndole el resarcimiento del daño ulterior).

El derecho del tercero está sujeto a tres factores de condicionamiento, que de varias maneras pueden ponerlo en discusión. Tales factores son: la *voluntad del tercero*, la *voluntad del estipulante*, las *vicisitudes del contrato*.

Los factores
condicionantes

La voluntad del tercero puede neutralizar la adquisición del derecho a favor del mismo, con el mecanismo del rechazo. En efecto, el tercero puede

El rechazo del
tercero

rechazar el derecho estipulado a su favor (art. 1411³), y entonces no adquiere el derecho. La regla refleja el principio según el cual a los sujetos se les pueden atribuir posiciones de ventaja (ni siquiera potencialmente onerosas) *sin* su voluntad, pero jamás *contra* su voluntad.

Traslado de la prestación al estipulante

La consecuencia del rechazo es que “la prestación queda a beneficio del estipulante” (art. 1411³).

Acto recepticio

Tal consecuencia toca la *posición del estipulante*: este se encuentra con la no prevista titularidad de un derecho. Afecta también la *posición del promitente*: que resulta obligado hacia un acreedor distinto del supuesto. Todo ello justifica que el rechazo se configure como acto recepticio, tanto hacia el estipulante como hacia el promitente.

Plazo

Además la posibilidad de rechazo del tercero expone a las partes a una situación de incertidumbre, que es oportuno no prolongar demasiado: por esto, en el silencio de la ley, parece conveniente someter el poder de rechazo a un plazo, identificable con el tiempo “requerido por la naturaleza del negocio o por los usos” (en analogía con lo previsto por el art. 1333²).

Derogabilidad

La regla de la transmisión al estipulante de la prestación rechazada por el tercero puede ser derogada, si “algo diferente resulte de la voluntad de las partes o de la naturaleza del contrato” (art. 1411³). Estipulante y promitente pueden, por ejemplo, acordar que, en caso de rechazo del tercero, el contrato se resuelva. (Y se resuelve incluso sin pacto en tal sentido si la prestación, por su naturaleza, no puede hacerse a favor de otros sino solo a favor del tercero que la ha rechazado).

Ausencia de rechazo

Pongámonos ahora en la perspectiva del tercero que *no rechaza* la prestación. El sentido del rechazo faltante del tercero es, en general, tranquilizar sobre el hecho de que la atribución del derecho a su favor no realiza una intrusión en su esfera, por él no deseada. Sin embargo, debe precisarse que su falta de rechazo *no manifiesta, propiamente, “acuerdo”*, hacia el contrato que le atañe (como en cambio produce la falta de rechazo del destinatario de la oferta en los contratos unilaterales *ex* art. 1333): de otra forma, él se convertiría en *parte* —junto con el estipulante y promitente— de un contrato trilateral; y no tendría sentido hablar de contrato a favor de *tercero*.

Diferencia con la ausencia de rechazo del art. 1333

Estructural y funcionalmente, la falta de rechazo del tercero se aproxima más a la *ausencia de renuncia del legatario* (art. 649¹), que en ningún sentido se configura como “acuerdo” del legatario de recibir el legado. Con algunos efectos prácticos. Para la atribución del derecho no es necesario (como es necesario en los supuestos de hecho del art. 1333) que pase el *plazo* dentro del cual el beneficiario puede rechazar. La adquisición es inmediata y se produce siempre, salvo que sea neutralizada por el rechazo. Esto *no impide la adquisición del derecho, pero vale como renuncia al derecho ya adquirido*. No estamos, por otro lado, en el área de la remisión (art. 1236): aquí el deudor no es liberado de la obligación (que debe realizar a favor de otro sujeto); y no puede neutralizar, con su rechazo, la abdicación del tercero.

Valor del rechazo

4. **SIGUE: LA REVOCACIÓN DEL ESTIPULANTE**

La adquisición del derecho por parte del tercero está condicionada por la voluntad del estipulante, a través del mecanismo de la revocación (o de la modificación). En efecto, la estipulación “puede ser revocada o modificada por el estipulante” (art. 1411²).

Revocación del estipulante

La revocación tiene, como el rechazo, el efecto de atribuir el derecho al estipulante.

Traslado al estipulante

En cuanto al poder de modificar la estipulación, resulta claro que aquí se alude solo a las modificaciones que inciden sobre la posición del tercero (por ejemplo, disponiendo que él reciba solo parte de la prestación, que el contrato en origen le atribuía completamente); no, en cambio, a modificaciones susceptibles de incidir también sobre la posición del promitente (por ejemplo, variación del objeto de la prestación): estas estarían sujetas al régimen del *ius variandi*.

Modificación del estipulante

Por razones intuitivas también la revocación del estipulante, así como el rechazo del tercero, afectan a todos los otros sujetos implicados, por lo que es oportuno que a ambos sea comunicada: por consiguiente, se configura como acto recepticio tanto *hacia el tercero* (al que le quita el derecho), como *hacia el promitente* (al que le cambia el acreedor de referencia). Un discurso análogo puede hacerse para la modificación.

Acto recepticio

El poder de revocación o modificación del estipulante tiene un límite: puede ejercitarse solo hasta que el tercero beneficiario de la estipulación no la haya aceptado, o más precisamente haya “declarado (...) que pretende beneficiarse de ella” (art. 1411²). Por lo tanto, la aceptación del tercero *no sirve para hacerle adquirir el derecho, sino solo para consolidar la adquisición*, haciéndolo no más revocable ni modificable.

Límite del poder del estipulante

Aceptación del tercero

La ley habla de una “declaración” del tercero: pero no parece justificado aferrarse a este término para excluir cualquier posibilidad de una correspondiente manifestación de voluntad *por hechos concluyentes*.

La aceptación debe ser declarada “*también* respecto del promitente”: es pues acto recepticio tanto *hacia el promitente* (al que le señala ser definitivamente su acreedor), como *hacia el estipulante* (el cual hace saber que su poder de revocación o modificación se ha consumado).

Acto recepticio

La regla sobre el límite temporal del poder de revocación del estipulante es derogada para los casos en los cuales “la prestación debe ser realizada al tercero tras la muerte del estipulante”: piénsese en el seguro de vida a beneficio de un tercero. Los perfiles de derogación son dos: la revocación puede hacerse “*también* mediante (...) disposición testamentaria”, por consiguiente, con acto no recepticio; y sobre todo puede hacerse también después de la aceptación del tercero (art. 1412¹).

Prestación a hacerse tras la muerte del estipulante: revocable por testamento...
...y también tras la aceptación del tercero

En esta variante, el contrato a favor de tercero opera —como suele decirse— como *alternativa contractual al testamento*: es pues connatural a su función que el estipulante conserve el poder de revocación (eventualmente para cambiar de beneficiario) hasta su muerte; así como le es coherente la disciplina del seguro de vida, cuando excluye que el poder de revocación pase a los herederos del estipulante (art. 1920¹).

Renunciabilidad

El estipulante puede autoprivarse de esta ultraactividad de su poder de revocación. Si él ha renunciado *por escrito* a la facultad que le ofrece la ley, se restablece la regla ordinaria: es ineficaz su revocación, realizada después de la aceptación del tercero (art. 1412¹; y cfr. art. 1921²).

Más en general (aun cuando algunos lo nieguen) el estipulante puede renunciar totalmente a su poder de revocación. Imaginemos un promitente dispuesto a prestar al tercero, pero no al estipulante: a este fin se puede pactar que el estipulante renuncie a la revocación.

Premiura del tercero

El art. 1412² dispone para el caso que el tercero, beneficiario de la prestación a realizarse tras la muerte del estipulante, premiura: en el derecho a la prestación le subentran sus herederos, por lo demás expuestos al mismo poder de revocación que el estipulante tenía hacia el inicial beneficiario.

Suerte de la prestación

Sobre la suerte de la prestación después de la revocación del estipulante, vale lo dicho para los casos de rechazo del tercero. Con el agregado de que la prestación puede ser dirigida a otro tercero indicado por el estipulante (si prestar a este distinto tercero no es más gravoso para el promitente).

5. SIGUE: DERECHO DEL TERCERO Y VICISITUDES DEL CONTRATO

Después del rechazo del tercero y la revocación del estipulante, otro factor que puede poner en discusión el derecho del tercero son las vicisitudes del contrato del cual ha nacido.

Excepciones del promitente:

Lo dice el art. 1413, cuya norma dicta “El promitente puede oponer al tercero las excepciones fundadas en el contrato” (no, en cambio, “aquellas fundadas sobre otras relaciones entre promitente y estipulante”, ajenas al hecho generador del derecho del tercero): así el promitente puede rechazar la prestación al tercero, excepcionando, por ejemplo, no haber recibido la retribución que le debía el estipulante; o la nulidad del contrato; o su anulabilidad por vicio de la voluntad soportado por el promitente (pero no la compensación entre la propia deuda y un crédito hacia el promitente).

Inoponibles si fundadas en otras relaciones con el estipulante

Activación de remedios contractuales del estipulante

Se tenga en cuenta. La excepción del promitente puede basarse no solo en un remedio contractual que le corresponde, como en los ejemplos apenas propuestos, sino también en la activación, por parte del estipulante, de algún remedio contractual que le corresponde a este. Imaginemos que el contrato sea anulable por error del estipulante: el promitente no puede ciertamente rechazar la prestación al tercero excepcionándole tal vicio, que no está legitimado para hacer valer (38.2); pero puede excepcionarle la acción de anulación eventualmente promovida por el estipulante, cuyo efecto podrá ser la destrucción del contrato.

Así pues, el derecho del tercero está expuesto a riesgo no solo por directas excepciones del promitente, sino también, en vía mediata, por iniciativas del estipulante. Se trata de ver hasta qué punto, el estipulante no puede considerarse legitimado para cualquier iniciativa abstractamente deducible de su contrato con el promitente, sea cual fuere el impacto sobre el derecho del tercero.

En caso de incumplimiento del promitente, además de la obvia legitimación del tercero titular del derecho existe también una legitimación del estipulante para obrar en contra del promitente. Sin embargo, es necesario fijar los correctos límites. Parece que se deba excluir la legitimación del estipulante para pedir la resolución, porque ello frustraría el interés del tercero que prefiera mantener el contrato, en la esperanza del cumplimiento, aun cuando tardío. Podrá ser —como la jurisprudencia admite— legitimación para pedir el cumplimiento, concurrente con análoga legitimación del tercero.

Pero es necesario preguntarse: ¿resistirá tal legitimación a la clara orientación del tercero, contrario a perseguir la aplicación judicial del propio derecho?, o, ¿no se arriesgaría, dando respuesta afirmativa, una inadmisibles intrusión en la esfera del tercero (visto que el derecho le pertenece a él, y no al estipulante)?

Incumplimiento del promitente, y remedios:

legitimación del tercero...

... y del estipulante

6. LA CESIÓN DEL CONTRATO: NOCIÓN Y OBJETO

La cesión del contrato puede considerarse en dos sentidos: como acto y como efecto.

La cesión entendida como acto es *el contrato con el cual el cedente, parte de otro contrato ya en curso con otro sujeto (cedido), transfiere la relativa posición contractual (en sus componentes activos y pasivos) al cesionario*, el cual le subentra en la relación con el cedido. Por ejemplo: A toma en locación de B una casa, pero poco después se muda a otra ciudad; sabiendo que la casa, para él ya no es útil e interesa a X, A cede a X su locación con B; en este punto el mismo contrato de locación, que primero existía entre A y B, ahora es entre X y B.

Cesión como acto

La cesión entendida como efecto es *la transferencia de la posición contractual de un contratante a otro sujeto*, que le subentra en la relación con la contraparte. La cesión-efecto puede ser *consecuencia de una cesión-acto*: y entonces se habla de cesión voluntaria, porque la transferencia deriva de la voluntad de los sujetos involucrados, y más precisamente de un contrato entre ellos. Pero puede ser también *consecuencia de un diverso supuesto de hecho*, al cual la ley vincula el efecto de transferir a X la posición contractual de A, que deriva de su precedente contrato con B: se habla entonces de cesión legal del contrato. Por ejemplo: el empresario A toma en locación de B un inmueble industrial, para usarlo en su empresa; seguidamente vende (o da en usufructo) a X toda su empresa; la ley dispone que en

Cesión como efecto:

voluntaria ...

... o legal

tal caso la locación se transfiere de A a X, que será el nuevo conductor frente al locador B.

Cesión
voluntaria

De las cesiones legales se hablará más adelante (26.11). Nos ocupamos ahora de la cesión voluntaria.

Arts. 1406-
1409

La admisibilidad de una cesión voluntaria del contrato era dudosa con el código abrogado, que no la preveía. La duda es resuelta por el código vigente, que la contempla en los arts. 1406-1409.

Subsisten controversias respecto al objeto de la cesión, sobre el cual se discute desde dos puntos de vista.

Objeto:

Desde un primer punto de vista, la cuestión es: *¿qué cosa, precisamente, el cedente cede y el cesionario adquiere?* Se enfrentan al respecto una teoría unitaria y una teoría atomística.

teoría
atomística...

Para la teoría atomística —más antigua, y minoritaria— la cesión del contrato es la *suma de las transferencias de las específicas situaciones subjetivas elementales (deudas y créditos) creadas por el contrato*: si el conductor cede su locación a un cesionario, ello equivaldría a decir que le cede el propio crédito de goce del bien, así como el de las actividades de mantenimiento que son de cargo del locador; mientras el cesionario asume las deudas del pago de las rentas, y las de conservación que incumben al conductor. La especificidad de la cesión del contrato, respecto a la cesión de créditos y a la asunción de deudas, estaría en el intercambio contextual de situaciones activas y pasivas nacidas del mismo contrato.

... y teoría
unitaria

Con razón tiene mayor aceptación la teoría unitaria: lo que se cede es *toda la posición contractual del cedente*, es decir, *el conjunto de situaciones subjetivas que le correspondían en cuanto parte del contrato cedido* (y no solo en cuanto titular de las específicas deudas y de los específicos créditos por él creados). Ello tiene una consecuencia notable, que la teoría atomística no implicaría: *el cesionario adquiere y puede ejercitar contra el cedido también los remedios contractuales inherentes al contrato objeto de cesión* —acciones (o excepciones) de nulidad, anulación, resolución, rescisión, excepciones de incumplimiento, cláusulas penales, etc.—, tal como habría podido ejercitarlos el cedente.

Consecuencias
de la teoría
unitaria

Desde otro punto de vista surge la pregunta: ¿bajo cuáles presupuestos, relativos a la estructura y al grado de actuación del contrato, puede este formar objeto de cesión?

Contratos
cedibles:

La norma indica el objeto de la cesión en “un contrato con prestaciones recíprocas, (...) no (...) aún ejecutadas” (art. 1406). Interpretada rígidamente, esta llevaría a excluir la posibilidad de cesión: de los contratos

unilaterales (con prestaciones no recíprocas, sino a cargo de una sola parte); de los contratos obligatorios con prestaciones recíprocas, de la cual una ya completamente ejecutada; y, sobre todo, de los contratos con efecto traslativo inmediato; en el cual la inmediata producción del efecto real extingue la prestación del enajenante. La doctrina más tradicional, ampliamente seguida por la jurisprudencia, adoptaba esta tesis restrictiva.

concepción restrictiva ...

Pero la doctrina más evolucionada ha comenzado a ponerla en discusión, justamente valorando la concepción unitaria de la cesión.

En el enfoque atomístico, la cesión de uno de los contratos apenas indicados no tendría sentido, puesto que se extinguiría en la cesión de un singular crédito o en la asunción de una singular deuda: si por ejemplo —dada la venta de A a B, en la cual B debe aún pagar el precio pero ya ha adquirido la propiedad del bien— A la cede a X, ¿qué cosa es esta operación si no una mera cesión de crédito (del crédito de A hacia B por el precio) a favor de X? La perspectiva cambia si, con la teoría unitaria, se asume que la cesión transfiera toda la posición contractual del cedente.

Si la cesión de A a X fuera mera cesión de crédito de A hacia B, X podría reaccionar contra el incumplidor B solo con los medios dados al acreedor hacia el deudor (resarcimiento, ejecución forzada). Si en cambio se la concibe como subingreso en la integral posición contractual del cedente, X tiene algunas armas de más en contra de B, y por lo tanto, remedios contractuales incisivos como la acción de resolución del contrato cedido, que quitaría a B la propiedad del bien adquirido; o bien una fuerte penalidad pactada en el mismo contrato a cargo de B.

En esta perspectiva, debe reconocerse admisible también la cesión de los *contratos unilaterales, de contratos ya ejecutados por una parte, de contratos con efectos reales*. El art. 1406¹ no es un obstáculo: este prefigura aquella que a los ojos del legislador es la típica cesión de contrato; pero no excluye que la autonomía privada pueda, *ex art. 1322*, construir *cesiones atípicas, divergentes del esquema legal*.

... y concepción amplia

La jurisprudencia más reciente está en esta línea. Ello significa que en una situación como aquella ejemplificada, el negocio entre A y X *puede* configurarse como cesión de contrato; pero que no necesariamente *debe* configurarse como tal. En relación al modo en el cual las partes la han construido, podrá calificarse también como mera cesión de crédito: depende de la concreta voluntad de las partes, determinada por el intérprete.

El respeto de las lícitas elecciones de autonomía privada induce luego a considerar admisible una cesión parcial del contrato (que para la parte no cedida continuará vinculando al cedente); y una cesión modificativa, que en el momento en el cual transfiere la posición contractual innova algún contenido (en tal caso, a mayor razón, será necesario el consentimiento del contratante cedido: 26.8).

Cesión parcial ...

... y modificativa

7. CAUSA Y FORMA DE LA CESIÓN

Si la cesión del contrato es a su vez un contrato, debe tener una causa.

El "bien"
cedido
(posición
contractual)

...

... y su valor

Retribución
de la cesión

La correspondiente búsqueda implica el reconocimiento de los intereses que mueven a las partes. Estos se definen en relación al "bien" deducido en contrato, que es la posición contractual. Pero la posición contractual es un bien *sui generis*, porque comprende conjuntamente elementos activos y pasivos, cuya mixtura puede hacer el valor neto poco asegurable, y variable de caso en caso: negativo, si el dar del cedente hacia el cedido supera el haber; positivo en el caso inverso; igual a cero, si dar y haber se igualan. Además, la cesión puede contemplar una retribución del cesionario a favor del cedente (pero también ¡viceversa!), o ninguna retribución. Todo ello incide sobre la causa, que se compone de forma distinta en relación al cómo, en cada supuesto de hecho concreto, se presentan las variables apenas indicadas.

La cesión del
contrato
como
prestación

Surge así la tentación de hablar de "causa variable": pero la calificación ya no parece más apreciable aquí, de cuanto lo sea para los negocios de cesión de crédito. Conviene más bien decir que la cesión del contrato no tiene propiamente una causa típica, porque no es propiamente un *contrato* típico: sino es una *prestación* típica —la prestación de transferencia de la posición contractual del cedente— que podrá formar *objeto de tantos contratos causalmente diversos* (precisamente como la cesión del crédito).

Pueden imaginarse supuestos de hecho de lo más diversos: contrato de intercambio asimilable a una venta (cuando existe una retribución a cargo del cesionario) o una venta con precio negativo (cuando existe una retribución a cargo del cedente); donación o donación indirecta (en razón del modo en el cual se combinan valor neto de la posición cedida y presencia o ausencia de una retribución a cargo de una u otra parte); transacción, cuando la cesión sirve para componer una litis; etc.

Forma

La cesión del contrato es un contrato sobre otro contrato, un *contrato de segundo grado*. Como para los otros contratos de la familia (contratos modificatorios, contratos resolutorios) se plantea el problema de la forma: ¿forma libre, en ausencia de expreso vínculo legal? O ¿forma vinculada a la del contrato cedido? Esta última posición parece dominante.

Otro discurso se refiere a la forma vinculada ya no por una eventual atracción de aquella del contrato cedido, sino por la intrínseca naturaleza del contrato de cesión: si por ejemplo este se califica como donación, requiere de la escritura pública aunque el contrato cedido no es formal.

8. EL CONSENTIMIENTO DEL CONTRATANTE CEDIDO

La parte puede ceder su contrato a un tercero, pero bajo un presupuesto: que "la otra parte lo consienta" (art. 1406).

El consentimiento del contratante cedido es necesario porque *los efectos de la cesión afectan de manera significativa sus posiciones*. Él ve cambiar al destinatario de la prestación hacia el cual el contrato lo obliga y sobre todo el sujeto del que puede pretender la prestación que el contrato titula: ya no más el cedente, sino el cesionario. Requerir el consentimiento del contratante cedido es, pues, elemental aplicación del principio del acuerdo: la esfera jurídica de un sujeto no puede ser incida con efectos incluso solo potencialmente perjudiciales, sin la conforme voluntad del interesado.

Principio del acuerdo

En las máximas de la jurisprudencia el necesario consentimiento del cedido es consentimiento contractual, que define la cesión como contrato trilateral, del cual el cedido es parte junto al cedente y cesionario: con la consecuencia de que el defecto de consentimiento del cedido impediría el mismo perfeccionamiento de la cesión. Sin embargo, se recomienda una visión menos rígida y más articulada, según la cual el consentimiento del contratante cedido tiene diverso valor, según los casos. Pueden distinguirse, fundamentalmente, dos situaciones.

Diversos valores del consentimiento

El consentimiento del cedido puede presentarse como manifestación de voluntad que integra su "acuerdo" (en el sentido del art. 1321) sobre la cesión. En tal caso, la cesión se configura como contrato plurilateral (6.6; 18.12), y precisamente como *contrato trilateral*: sus partes son el cedente y el cesionario (que son siempre partes necesarias del acto de cesión), pero también el cedido.

Consentimiento contractual: el cedido como parte de contrato trilateral

Ello se verifica, por ejemplo, cuando este último interviene para garantizar la validez del contrato cedido, de este modo asumiendo hacia el cesionario un compromiso nuevo y diverso respecto de los que se derivan del contrato mismo; o bien cuando la cesión es modificatoria, porque para modificar el contrato es necesario un nuevo contrato entre las partes de éste; o bien cuando se prevé para él una autónoma retribución que remunere su consentimiento a la cesión: en una palabra, cuando la cesión tiene efectos intensos sobre la posición del cedido, como para requerir que su consentimiento tenga la intensidad de un acuerdo contractual, y su papel en el negocio tenga la intensidad del papel de parte del contrato de cesión.

En cambio, cuando la cesión no innova la posición del cedido en sus contenidos objetivos, pero la toca en la sola dimensión subjetiva de un cambio de la contraparte contractual, el consentimiento del cedido es siempre necesario, pero puede ser *menos "pesado" que un verdadero y propio consentimiento contractual*: se configura entonces como simple autorización (si es dado antes de la cesión) o aprobación (si es dado después). En tal caso la cesión es *contrato con dos únicas partes* —cedente y cesionario—, mientras que *el cedido no es parte*.

Autorización o aprobación

De ello derivan notables consecuencias para el caso de falta de consentimiento del cedido a la cesión acordada entre cedente y cesionario. Si la cesión tiene las características

Consecuencias de la

ausencia de consentimiento del cedido

del *contrato trilateral*, la falta de consentimiento del cedido (que es parte) hace venir a menos un elemento constitutivo del supuesto de hecho: la cesión no se perfecciona, y sus efectos no se producen, ni hacia el cedido ni entre cedente y cesionario. En cambio, si la cesión es *contrato solo entre cedente y cesionario*, la falta de consentimiento que autorice o apruebe al cedido impide que a él se aplique la disciplina de la cesión del contrato; pero no impide que el negocio perfeccionado entre cedente y cesionario produzca al menos los efectos de una cesión de créditos y de una asunción interna de deudas, según la disciplina propia de estas figuras.

Autorización preventiva

El consentimiento del cedido puede ser dado previamente (comúnmente con la cláusula de su contrato con el cedente, del cual se prefigura la cesión), y más o menos "en blanco" (autorización a ceder el contrato a cualquiera, o a sujetos que se coloquen en una determinada categoría). En tal caso el cedido no es parte de la cesión.

Eficacia de la cesión hacia el cedido

La autorización preventiva deja al descubierto el interés del cedido a saber con certeza si la cesión efectivamente se ha producido, a favor de quién, y desde cuándo opera. Este ulterior interés es satisfecho por la regla según la cual la "sustitución" del cesionario en la posición del cedente "es eficaz respecto" de la parte cedida "desde el momento en que le ha sido notificada o en que la ha *aceptado*" (art. 1407¹).

Hechos anteriores

Si tras la cesión, pero antes de la aceptación o notificación, se producen hechos incompatibles con la cesión y favorables al cedido (por ejemplo, este ejecuta la prestación contractual al cedente) tales hechos resultan eficaces pese a la cesión, que no es oponible al cedido (el cual por ello es liberado, y ya no debe prestar al cesionario). Por consiguiente, la notificación favorece al cedente, para el cual es carga: y para la jurisprudencia no puede ser subrogada por el conocimiento de la sobrevenida cesión, que el cesionario dé al cedido ejecutando la prestación contractual que le debía.

Tutela del cedido...

... a ponderar con el interés del cesionario

Una doctrina observa, sin embargo, que la regla no debería aplicarse cuando el interés del cedido sea menos merecedor de tutela respecto al opuesto interés del cesionario: por ejemplo, cuando el cedente haya, después de la cesión pero antes de la aceptación o notificación, remitido la deuda contractual al cedido. Y en verdad sobre el interés del cesionario a conseguir la prestación del cedido parece preferente —en ausencia de aceptación o notificación— el interés del cedido a ser liberado en cuanto ya haya prestado; pero no en cuanto el deber de prestar le haya sido remitido. En tal circunstancia, la inoponibilidad de la remisión al cesionario (o bien: la oponibilidad al cedido de la cesión aún no aceptada o notificada al momento de la remisión) se presenta plausible, tanto más si el cedido estaba en mala fe por tener conocimiento de la verificación de la cesión.

9. LOS CONTRATOS A LA ORDEN

Contratos destinados a la circulación

La autorización preventiva del cedido favorece la circulación del contrato. Pero existen contratos cuya actitud a la circulación es connatural a su función de manera tan intensa, que en la percepción común estas se presentan como "*bienes*" en el comercio. Piénsese en el mercado del *software*:

quien “compra” un paquete de la *software-house* en realidad estipula con esta un contrato de licencia; si después lo “revende”, en realidad cede al adquirente tal contrato, y en este punto será el cesionario quien resulte licenciario de la empresa informática (contratante cedido).

Se compra un contrato: pero la operación es presentada y percibida como si se compra una cosa. Esta reducción del contrato a “cosa” es evidenciada por el jurista americano, que habla precisamente de “*contract as thing*”.

Contrato como «cosa»

Para tales contratos se requieren *modalidades de cesión aún más simples y ligeras* que aquellas prefiguradas por el art. 1407¹. Ello puede obtenerse, por norma del art. 1407², formalizando el contrato en un *documento* que indique todos los elementos, y contenga la *cláusula “a la orden”* (o equivalente): se tienen entonces los denominados contratos a la orden. Constituye un ejemplo la póliza de seguro a la orden (art. 1889).

Incorporación del contrato en el documento

La característica resaltante de los contratos a la orden es que “el endoso del documento produce la sustitución del endosatario frente al endosante” (art. 1407²). En otras palabras, para la eficacia de la cesión también frente al cedido no es necesario ni siquiera la notificación a este último; basta el simple endoso del documento contractual hecho por el cedente (endosante) a favor del cesionario (endosatario), y acompañada —la norma no lo dice, pero está implícito— de la *entrega del documento* mismo al endosatario.

Endoso

Superfluidad de la notificación

La incorporación del contrato en un documento, cuya posesión indica la legitimación del poseedor, es de por sí suficiente para evitar el riesgo principal que quiere obviarse con la carga de la notificación: el riesgo de que el cedido, después de la cesión, preste al cedente antes que al cesionario. El cedido pagará a quien aparece legitimado en cuanto poseedor del documento que contiene el endoso a su favor, pagará bien; por consiguiente la notificación es superflua.

Es generalmente compartido el encuadramiento de los contratos a la orden entre los *documentos de legitimación* o los *títulos impropios* (art. 2002).

10. LAS POSICIONES DE LOS SUJETOS INVOLUCRADOS

La cesión variadamente diseña, o rediseña, las posiciones y las relaciones recíprocas de los tres sujetos involucrados.

Comencemos por las relaciones entre cedente y cedido (art. 1408).

Relaciones cedente/ cedido

Al respecto, el código se ocupa exclusivamente de la *liberación del cedente* de sus obligaciones contractuales hacia el cedido; y nos dice que la cesión puede ser liberatoria o no.

Cesión
liberatoria...

En el *modelo legal típico* (art. 1408¹), la cesión es liberatoria: “El cedente queda liberado de sus obligaciones hacia el cedido”; y el efecto liberatorio se produce “desde el momento en que la sustitución resulta eficaz respecto” del cedido (por ello desde la prestación de su consentimiento o, en el caso de autorización preventiva, desde la notificación).

... y no
liberatoria

Pero la cesión puede ser efectuada de manera no liberatoria con expresa *declaración del cedido*. En tal caso el cedente no es liberado, sino permanece expuesto a una responsabilidad subsidiaria: en efecto, el cedido “puede accionar contra este cuando el cesionario no cumpla las obligaciones asumidas” (art. 1408²).

Carga de
comunicación

El cedido que quiera accionar la responsabilidad del cedente tiene, sin embargo, la carga de comunicar dentro de los 15 días el surgimiento de su presupuesto, es decir, el *incumplimiento del cesionario*. En su ausencia, está obligado al resarcimiento del daño (con el singular resultado del cruce de dos acciones de responsabilidad): 1408³.

Si quiere que la cesión no libere al cedente, el cedido tiene la carga de declararlo: a la inversa de la asunción, que —normalmente no liberatoria— lo deviene solo por expresa declaración de los interesados (art. 1273²).

Pérdida de
legitimación
del cedente

En las relaciones entre cedente y cedido se verifica, luego, otro efecto, aunque la ley no lo explícita: la pérdida de legitimación del cedente para hacer valer la posición contractual que él tenía contra el cedido.

Relaciones
cesionario/
cedido

Pasemos a las relaciones entre cesionario y cedido (art. 1409).

Excepciones
del cedido:

Con la cesión, las pretensiones contractuales que eran del cedente pasan a la titularidad y a la legitimación del cesionario. Se trata de definir cuáles excepciones, contra tales pretensiones, el cedido pueda oponer al cesionario.

oponibles si
fundadas en
el contrato
cedido, ...

El cedido puede oponer al cesionario “todas las excepciones que derivan del contrato”: puede así rechazar su pretensión de cumplimiento haciendo valer una excepción de incumplimiento, o de nulidad o anulabilidad del contrato; puede rechazar su pretensión resarcitoria excepcionando una cláusula de exoneración o limitación de la responsabilidad, o el techo máximo fijado en una cláusula penal; etc.

...inoponibles
si fundadas
en otras
relaciones
con el
cedente

En cambio, el cedido no puede oponer al cesionario las “excepciones fundadas en otras relaciones con el cedente” (salvo que haya hecho *reserva* en el momento de consentir la cesión): por ejemplo, la compensación entre la propia deuda y un crédito extracontractual que él tiene en relación al cedente.

En ciertos casos, el cedido que opone una excepción al cesionario podría incurrir en responsabilidad precontractual: por haber creado, con el propio consentimiento a la cesión, la confianza del cesionario en la bondad de la posición contractual cedida, y por haberlo después frustrado haciendo valer una excepción (por ejemplo, de nulidad o anulabilidad) que tiende a destruir la posición contractual misma: no sería peregrina la referencia al art. 1338.

Responsabilidad precontractual del cedido

El art. 1409 no lo dice, pero es obvio que vale también lo recíproco de lo allí previsto: el cedido que solicita la prestación contractual al cesionario puede verse oponer por él todas las excepciones fundadas sobre el contrato, comprendidas en la posición contractual que el cesionario ha adquirido.

Excepciones del cesionario hacia el cedido

Las reglas apenas vistas describen la posición "mínima" del cedido hacia el cesionario y hacia el cedente: aquella que se crea cuando el cedido no deviene parte del contrato de cesión. Pero es claro que tal posición puede asumir contenidos más intensos (derechos más fuertes, deberes más pesados), variadamente modelados por la voluntad de los interesados, si, en cambio, el cedido entra como parte en la cesión.

El cedido como parte

Finalmente vayamos a las relaciones entre cedente y cesionario (art. 1410).

Relaciones cedente/ cesionario

Su contrato tiene efecto real: transfiere al segundo la posición contractual del primero, según el principio del consentimiento inmediatamente traslativo (art. 1376). ¿Qué contenido tiene el compromiso traslativo del cedente? ¿Qué cosa garantiza él al cesionario? Es necesario distinguir entre dos posibles situaciones, ordenadas entre ellas de manera conforme a cuanto previsto para la cesión del crédito.

Compromiso traslativo del cedente:

La *situación legalmente típica* es aquella de una cesión *pro solvendo*, en la cual el cedente garantiza solo la existencia y la integridad de la posición contractual cedida, por lo tanto, la *validez del contrato*, y no también el cumplimiento del cedido (art. 1410¹). Pero la *voluntad de las partes* puede derogar el esquema típico, construyendo una cesión *pro soluto* que atribuye al cedente incluso la *garantía de cumplimiento*: en tal caso el cedente "responde como un fiador por las obligaciones del contratante cedido" (art. 1410²).

cesión *pro solvendo*...

... o *pro soluto*

La ley habla de pretensiones y excepciones fundadas en el *contrato cedido*, pero no de aquellas fundadas en el *contrato de cesión*. No obstante, el contrato de cesión, y sus vicisitudes, pueden influenciar notablemente posiciones y relaciones de los sujetos involucrados: no solo los de cedente y cesionario, que son partes necesarias; sino también los que se refieren al cedido, que puede permanecer ajeno al contrato de cesión.

Pretensiones y excepciones fundadas en el contrato de cesión:

Entre cedente y cedido, el decaimiento de los efectos del contrato de cesión (por nulidad, anulación, rescisión o resolución) alcanza la posición contractual del cedente, restableciendo sus obligaciones y sus pretensiones contractuales hacia el cedido.

entre cedente y cedido, ...

...entre
cedido y
cesionario

Las consecuencias pueden advertirse también entre cedido y cesionario. Si la cesión resulta impugnada y tanto más si resulta impugnada (con consecuente perspectiva de que el cesionario pierda la posición contractual adquirida, que regresaría al cedente), ello justifica que el cesionario se abstenga de prestar al cedido y de pedir la prestación del cedido. Puede formularse la hipótesis de que el cedido sufra entonces daños por haberse aprestado a prestar al cesionario y a exigirle su prestación, salvo luego descubrir que su interlocutor contractual vuelva a ser el cedente: no puede excluirse la resarcibilidad a cargo de quien por culpa o dolo haya dado causa a la impugnación que defrauda la confianza del cedido.

Litisconsorcio

¿Las controversias originadas por la cesión de contrato dan lugar a litisconsorcio necesario entre los tres sujetos involucrados? La respuesta depende de numerosas variables: si la litis se refiere al contrato de cesión o bien el contrato cedido; en el primer caso, si la cesión sea a dos partes o bien trilateral; y de cuáles sean *petitum* y *causa petendi*.

Algunas simplificaciones corrientes dejan perplejos. Por ejemplo, se repite que existe litisconsorcio necesario si la litis se refiere al contrato de cesión; no cuando se refiere al contrato cedido. Pero la primera afirmación mal se adapta a los casos en los que el cedido no interviene como parte en el contrato de cesión; y quizá también a los casos en que el cedido es parte, pero la pretensión accionada entre cedente y cesionario es del todo ajena al objeto y a la causa de su participación. La segunda afirmación puede compartirse para algunos casos (por ejemplo, pretensiones por incumplimiento entre cedido y cesionario, en que el cedente puede permanecer ajeno), pero no a todos: si el cedido rechaza la prestación al cesionario excepcionando la anulabilidad del contrato por dolo del cedente, la litis que derive no puede dejar fuera a este último.

11. LAS CESIONES LEGALES

De la cesión voluntaria del contrato hay que distinguir las cesiones legales: por ellas, la transferencia de la posición contractual sucede *ope legis*, sin necesidad de específico acuerdo entre cedente y cesionario, ni del consentimiento del contratante cedido.

Sucesiones
en el contrato

El fenómeno se define también "sucesión en el contrato". Ello por lo general se refiere a *contratos referentes a bienes*: en presencia de determinadas *vicisitudes del bien*, la ley dispone que el contrato pertinente a este se transfiera a otro sujeto, interesado en la vicisitud. Así, con la *venta de la cosa locada* la posición contractual del locador (vendedor) pasa al adquirente, con el conductor en calidad de cedido (art. 1599).

Otros casos: la *venta de la cosa asegurada* transfiere el seguro al adquirente (art. 1918); el contrato de locación habitacional, en presencia de determinadas *vicisitudes que afectan al conductor* (muerte, separación del cónyuge), es legalmente cedido a los sujetos indicados por el art. 6 de la Ley 392/1978; con la *cesión de hacienda*, los contratos no personales estipulados para el ejercicio de esta pasan al cesionario (arts. 2112; 2558).

Los diversos supuestos de hecho de cesión legal tienen disciplinas parcialmente diferenciadas.

12. EL SUBCONTRATO

El subcontrato implica un preexistente distinto contrato (contrato base).

Se presenta cuando *la parte del contrato base utiliza la posición contractual que este le da, para celebrar con un tercero un contrato del mismo tipo del contrato base, y que tiene en todo o en parte el mismo objeto*. Por ejemplo: el conductor recibe de la locación una posición de goce del bien: puede reatribuirla, en todo o en parte, a un tercero, con el cual estipula una sublocación, en la que el conductor adquiere la calidad de sublocador, y el tercero de subconductor; el contratista recibe de la contrata con el comitente la posición de quien asume el cumplimiento de una obra: puede reatribuirla a un tercero, estipulando con él una subcontrata en la cual el contratista asume la calidad de subcomitente, y el tercero de subcontratista.

Subcontrato

El subcontrato tiene la *misma sustancia económica* del contrato base, porque deduce la *misma prestación*: pero la parte del contrato base que hace el subcontrato asume el *papel inverso* respecto al que tiene en el contrato base: el conductor se deviene (sub)locador; el contratista se deviene (sub)comitente.

La sustancia económica lleva a distinguir dos variantes del subcontrato: este puede *trasladar sobre el tercero subcontratante el derecho a recibir la prestación típica del contrato base* (por ejemplo, sublocación, subcomodato); o bien, *el deber de realizar tal prestación típica* (por ejemplo, subcontrata, submandato, subtransporte, subdepósito). En el primer caso el tercero subcontratante es por regla acreedor de actividad y deudor de dinero; en el segundo caso deudor de actividad y acreedor de dinero.

Dos tipologías

El subcontrato no es cesión el contrato: esta transfiere la misma posición contractual que deriva del contrato cedido, en cambio el subcontrato no desplaza las posiciones contractuales que derivan del contrato base, que continúan corriendo entre las partes, sino que crea entre las partes subcontratantes una posición contractual nueva, aunque dependiente de la posición creada por el contrato base.

Diferencia con la cesión del contrato...

Tampoco se identifica con el contrato a favor de tercero: este crea por definición una relación directa entre promitente y tercero, mientras una relación semejante no necesariamente se crea entre el tercero subcontratante y la parte (no subcontratante) del contrato base.

... y con el contrato a favor de tercero

El subcontrato puede, en cambio, dar lugar a un fenómeno de vinculación negocial: no solo en el sentido de su objetiva dependencia del contrato base; sino también en el sentido de que el mismo contrato base puede ser celebrado bajo el presupuesto del futuro subcontrato (por ejemplo, cuando el contratista asume la contrata solo porque espera después subcontratar).

Vinculación

13. DISCIPLINAS DEL SUBCONTRATO

Dependencia
del contrato
base

La objetiva dependencia del contrato base hace ciertamente que la extinción de este (por nulidad, anulación, resolución, rescisión, separación) ponga en crisis también al subcontrato, en cuyo ámbito se desprenderán oportunos remedios entre las partes.

Disciplinas
diferenciadas

Más allá de este principio, *no existe una disciplina general y unitaria del subcontrato*. Se tienen más bien disciplinas diferenciadas en relación a los diversos tipos de contrato base sobre el cual se fije un subcontrato (disciplinas de las cuales no se excluye la aplicación analógica). Tales disciplinas giran en torno a dos problemas fundamentales.

Límites de
admisibilidad
del
subcontrato

El primero se refiere a los límites de admisibilidad del subcontrato. Las soluciones son distintas según los tipos, y cada una encuentra su *ratio* en la sustancia jurídico-económica del tipo, y en las correspondientes elecciones de política legislativa.

En algunos casos el subcontrato es *consentido sin límites*: reaseguro (art. 1929); fianza del fiador (arts. 1940; 1948); subflete de nave (art. 294 c.n); sublocación parcial de inmuebles de habitación (art. 2^a Ley 392/1978). En otros está *prohibido*: enfiteusis (art. 969); alquiler de fundos rústicos (art. 21 Ley 203/1982); trabajo a destajo (art. 2127; la más general prohibición de subcontratar la prestación de trabajo, puesto por la Ley 1369/1960 sobre la interposición de mano de obra, ha sido atenuada con la introducción del trabajo temporal o interino, con la Ley 196/1997).

En otros está *admitido solo con el consentimiento de la otra parte del contrato base*: sublocación de muebles (art. 1594²); subcontrata (art. 1656; pero en las contrata públicas la subcontrata está legalmente prohibida si excede una cierta cuota de las prestaciones contratadas); submandato (art. 1717); subdepósito (art. 1770¹); subcomodato (art. 1804²); sublocación total de inmuebles habitacionales (art 2¹ de la ley n. 392/1978); sublocación de inmuebles no habitacionales separada de la locación o cesión de hacienda (art. 36 Ley 392/1978).

Relaciones
entre las
partes del
subcontrato y
las partes del
contrato base:
separación

El segundo problema se refiere a las relaciones entre los sujetos involucrados. En línea de principio se tienen dos órdenes de relaciones, distintas y separadas, entre partes del contrato base y partes del subcontrato: no existe relación directa entre tercero subcontratante y parte no subcontratante del contrato base. Si el subcontratista realiza mal la obra, el vicio es hecho valer por el comitente contra el contratista (que podrá después actuar en regreso contra el subcontratista: art. 1670); y para recibir la retribución de su actividad el subcontratista puede actuar solamente contra el contratista subcomitente, no contra el comitente principal (argumento *ex art.* 1676, que dando acción contra el comitente a los dependientes del contratista, implícitamente la niega a los subcontratistas).

Sin embargo, en algunos casos la ley establece una acción directa entre tercero subcontratante y parte no subcontratante del contrato base: así a favor del locador contra el subconductor (art. 1595¹); a favor del mandante contra el submandatario (art. 1717⁴). Aunque no expresamente prevista, la acción directa puede admitirse, cuando concurren los extremos de la analogía, incluso para “casos similares” o “materias análogas”.

Casos de acción directa

Es completamente *ajeno a la lógica del subcontrato* el nexo entre el contrato con el cual A adquiere un derecho de B, y el sucesivo contrato con el cual B enajena el mismo derecho a X. Es verdad que en un cierto sentido el segundo “depende” del primero. Pero aquí B *no dispone de la posición contractual* recibida con el contrato de adquisición, sino *dispone del derecho adquirido*, ahora en su patrimonio como entidad autónoma que se ha, por así decir, dejado atrás la vicistud contractual que la ha establecido (aunque la lógica de las adquisiciones derivativas hace la segunda adquisición sensible a las patologías del primera).

Enajenación de derecho precedentemente adquirido

En suma: no tiene sentido hablar de subcontrato en los contratos traslativos; el campo propio de la figura es aquel de los *contratos obligatorios de duración*.

Campo del subcontrato

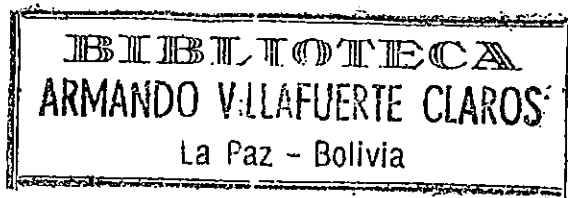
BIBLIOGRAFÍA

- 1-5. Adde: G. LO SCHIAVO-A. MARRESE, *Il contratto a favore di terzo*, en *Contratti Cendon*, 134, Torino, 2000, p. 299; D. FEROLI, *Il contratto a favore di terzo*, en AA. VV., *I precedenti*, al cuidado de G. Alpa, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fundada por W. Bigiavi, II, Torino, 2000, p. 725; M. TAMPONI, *Il contratto a favore di terzi*, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por M. Bessone, *Il contratto in generale*, IV, Torino, 2000, p. 363; M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, en *Trattato contratti Rescigno*, Torino, 1999; L. V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi (artt. 1411- 1413)*, Milano, 1997; G. MACCARONE, *Contratto “con prestazione al terzo”*, Napoli, 1997; G. ALPA, *Dei contratti con i consumatori: il contratto di assicurazione a favore del terzo*, en *Diritto dei consumi*, 1997, p. 505; F.A. REGOLI, *Brevi osservazioni in tema di efficacia reale del contratto a favore di terzo nei suoi rapporti con il patto di opzione*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, p. 463; M. SESTA, *Contratto a favore di terzi e trasferimento dei diritto reali*, en *Scritti in onore di Sacco*, II, Milano, 1994, p. 1099; A. MONTESSANO, *Sottoscrizione di azioni a favore di terzi*, en *Società*, 1995, p. 54; A. PINORI, *Contratto con effetti protettivi a favore di terzo e diritto a nascere sano*, en *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, p. 550; M. SESTA, *Interesse, causa e motivi nella stipulazione a favore di terzo*, en *Scintillae iuris. Studi in memoria di G. Gorla*, III, Milano, 1994, p. 2079; P. CALICETI, *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*, Padova, 1994; M. SESTA, *Patti parasociali e contratto a favore di terzo*, en *Contratto e impresa*, 1993, p. 949; A.

D'ADDESIO, *Contratto a favore di terzo: un approccio sistematico*, en *Rivista del notariato*, 1991, p. 1052; R. MARTINI, *Il contratto a favore di terzo*, en *Giurisprudenza. Alpa-Bessone*, IV, 1, Torino, 1991, p. 159; U. MAJELLO, *Contratto a favore del terzo*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, IV, Torino, 1989, *ad vocem*; O.T. SCOZZAFAVA, *Contratto a favore di terzi*, en *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1988, *ad vocem*; C.M. BIANCA, *Se il terzo a favore del quale sia stato stipulato il contratto possa avvalersi della clausola compromissoria contenuta nel contratto medesimo*, en *Rassegna di diritto civile*, 1988, p. 923; A. GUARNIERI, *Costituzione di servitù e stipulazione a favore di terzo*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1980, II, p. 339; L.V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970; U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962; U. MAJELLO, *L'accordo delle parti e gli obblighi del terzo beneficiario nella stipulazione a favore di terzo*, en *Il Foro padano*, 1961, p. 151; F. MESSINEO, *Contratto nei rapporti col terzo*, en *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, *ad vocem*; G. DONADIO, *Contratto a favore di terzi*, en *Novissimo digesto italiano*, IV, Torino, 1959, *ad vocem*; B. BIONDI, *Donazione e contratto a favore di terzo*, en *Il Foro italiano*, 1958, I, p. 57; P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958; P. RESCIGNO, *Accollo e contratto a favore di terzo*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1953, I, p. 36; G. GORLA, *Contratto a favore di terzo e nudo patto*, en *Rivista di diritto civile*, 1959, I, p. 585; G. SANTINI, *L'intenzione delle parti nella stipulazione a favore di terzo*, en *Giurisprudenza italiana*, 1953, I, 1, p. 437; G. PACCHIONI, *I contratti a favore dei terzi*, Milano, 1933; A. GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, Torino, 1917.

- 4-11. V. CARBONE, *La cessione del contratto*, en *Trattato di diritto privato dir. priv.*, dirigido por M. Bessone, *Il contratto in generale*, VI, Torino, 2000, p. 263; Adde: A. LEPRI, *La cessione del contratto*, en *Contratti Cendon*, IX, Torino, 2000, p. 345; F. BESOZZI, *La cessione del contratto ad effetti reali*, en *Contratti*, 2000, p. 979; V. PESCATORE, *Cessione del contratto e interpretazione*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999, p. 583; F. ANELLI, *La cessione del contratto*, en *Trattato contratti Rescigno*, II, Torino, 1999, p. 1171; A. FUSARO, *La cessione*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiorn.*, III, Torino, 1999, p. 2097; A.M. BENEDETTI, *La cessione del contratto*, Milano, 1998; G. DE CRISTOFARO, *Il consenso del consumatore alla cessione del contratto*, en *Rivista di diritto civile*, 1998, II, p. 523; A. QUARANTA, *Successione nel contratto ignorato dall'acquirente dell'azienda*, en *Contratti*, 1997, p. 148; F. ANELLI, *Cessione del contratto*, en *Rivista di diritto civile*, 1996, I, p. 261; G.F. BASINI, *Forma del negozio di cessione del contratto e cedibilità dei contratti ad effetti reali*, en *Contratti*, 1993, p. 395; R. BUCCINI, *Cessione del contratto e compromesso arbitrale*, en *Giustizia civile*, 1994, I, p. 2334; A. LEPRI, *La forma della cessione del contratto*, Padova, 1993; A. PERRINI, *Orientamenti in tema di credibilità del contratto preliminare e tutela del contraente ceduto*, en *Il Foro italiano*, 1993, I, p. 1669; M. DE TILLA, *Sulla cessione parziale del contratto di locazione*, en *Giustizia civile*, 1992, I, p. 2178; R. CLARIZIA, *La cessione del contratto*, en *Codice civile. Commentario*, dirigido por P. Schlesinger, *sub arts. 1406-1410*, Milano, 1991; A. FUSARO, *La cessione del contratto*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, 1, Torino, 1991, p. 219; G. ALPA-A. FUSARO, *Cessione del contratto*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, II, Torino, 1988, *ad vocem*; E. BRIGANTI, *Cessione del contratto*, en *Enciclopedia giuridica*, Roma,

- 1988, *ad vocem*; C. D'ANELLA, *Cessione del contratto e adempimento dell'obbligo altrui: limiti al principio causale*, en *Il Foro italiano*, 1987, I, p. 2048; A. ZACCARIA, *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, en *Rivista di diritto civile*, 1985, p. 241; F. GAZZONI, *Cessione di azienda e successione nel rapporto locativo*, en *Giustizia civile*, 1980, I, p. 193; L. BRUSCUGLIA, *Cessione del contratto, buona fede e condizione sospensiva*, en *Il Foro italiano*, 1972, I, p. 1361; E. BRUNORI, *Intorno alla cessione ed alla manutenzione del contratto*, en *Giustizia civile*, 1971, I, 2, p. 895; R. CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962; U. NATOLI, *Sulla cessione del contratto mediante girata del documento*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1951, I, p. 59; F. CARRESI, *La cessione del contratto*, Milano, 1950; S. PULEO, *La cessione del contratto*, Milano, 1939.
- 12-13. B. GRASSO-F.V. PESIRI, *Il subcontratto*, en *Contratti Cendon*, IX, Torino, 2000, p. 381; V. RICCIUTO, *Il subcontratto*, en *Trattato contratti Rescigno*, II, Torino, 1999, p. 1217; S. CARMIGNANI, *Subcontratto, subaffitto e qualificazioni giuridiche soggettive*, en *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, 1999, p. 643; D. POLETTI, *Responsabilità extracontrattuale da contratto e inadempimento del subcontratto*, en *Danno e responsabilità*, 1999, p. 901; C. PISANI, *Il subcontratto*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, II, p. 245; PASTORI, *Sublocazione ad uso non abitativo*, en *Contratti*, 1999, p. 155; M. COSTANZA, *Subappalto e limiti alla responsabilità del debitore*, en *Contratti*, 1994, p. 95; G. CHINÈ A. MILIANO, *Il subcontratto tra teoria generale ed ipotesi tipiche*, en *Giustizia civile*, 1993, II, p. 581; AA.VV. (al cuidado de U. Draetta y C. Vaccà), *Contratti di subfornitura*, Milano, 1993; V. RICCIUTO, *Subcontratto*, en *Enciclopedia giuridica*, XXX, Roma, 1993, *ad vocem*; B. GRASSO, *Il subcontratto*, Napoli, 1987; M. CONFORTINI, *Sublocazione di immobili ad uso abitativo*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, apéndice VII, Torino, 1987, *ad vocem*; F. MESSINEO, *Contratto derivato sub-contratto*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milano, 1962, *ad vocem*.



CAPÍTULO XXVII

LA CONDICIÓN

1. La condición y los efectos del contrato.— 2. Condición suspensiva y resolutoria.— 3. El hecho condicionante.— 4. Hecho incierto y futuro.— 5. Condiciones ilícitas e imposibles.— 6. La condición potestativa.— 7. Condición y prestación. Condiciones de cumplimiento y de incumplimiento.— 8. Verificación y ausencia de la condición.— 9. La condición unilateral.— 10. La retroactividad de la condición.— 11. La pendencia de la condición: expectativas y derechos precarios. Actos conservativos y actos de ejercicio.— 12. Actos de disposición en pendencia de la condición.— 13. La obligación de buena fe en pendencia de la condición.— 14. La ficción de verificación de la condición.— 15. Las condiciones legales.— *Bibliografía.*

1. LA CONDICIÓN Y LOS EFECTOS DEL CONTRATO

“Las partes pueden” insertar en el contrato una condición, y así “subordinar la eficacia o la resolución del contrato o de un pacto particular a un acontecimiento futuro e incierto” (art. 1353). Con la condición, las partes “maniobran” los efectos del contrato; los orientan por vías diversas de las normales, y más idóneas para realizar los intereses de las partes mismas. En una venta normal, la propiedad pasa rápida y definitivamente; rápida y definitivamente surge el deber de pagar el precio. Pero si la venta es condicionada, estos efectos no son inmediatos, o no son ciertos, o no son definitivos: porque a las partes les conviene que así sea.

Art. 1353

«Maniobra»
de las partes
sobre los
efectos del
contrato

Por lo tanto, la condición es un mecanismo de autonomía privada, un *instrumento de la libertad contractual*. Lo confirma, textualmente, la norma de apertura de la correspondiente disciplina, que se abre con el reconocimiento de un *poder* de las partes: “Las partes *pueden* subordinar...” (art. 1353).

Autonomía
privada

En la *concepción normativista*, la voluntad de las partes de condicionar los efectos del contrato sería el simple presupuesto de hecho del cual la ley, y solo la ley, hace derivar el bloqueo o la eliminación de sus efectos. La teoría *desvalora artificialmente el papel de la autonomía y de la voluntad privada*: es esta que, en su competencia para lograr con el contrato los lícitos intereses de los contratantes, mediante el instrumento de la condición bloquea o elimina los efectos contractuales.

Límites
legales

Ello no quita que, como cualquier otro aspecto de la autonomía privada y de la libertad negocial, también el poder de condicionar los efectos de los actos de voluntad encuentre, en casos particulares, límites establecidos por la ley. Para ciertos actos la ley prohíbe condicionar los efectos, porque quiere que estos se produzcan sin más según el esquema legal: son negocios en los cuales la autonomía privada no tiene gran espacio ni siquiera en la determinación de los contenidos, en gran medida predeterminados legalmente; y negocios que no son contratos. Se llaman *actus legitimi*, y son negocios familiares, como el matrimonio (art. 108) y el reconocimiento del hijo natural (art. 257); o negocios unilaterales, como la aceptación de herencia (art. 475²), la renuncia a la herencia (art. 520), el endoso de títulos a la orden (art. 2010). Más en general, se prohíben y reprimen las condiciones ilícitas (27.5).

Actus legitimi

Contrato
condicionado:
ineficaz, pero

...

...

perfeccionado,
válido,
vinculante y
compromisorio

La condición incide en la eficacia del contrato; no en su existencia, ni en su vinculabilidad, ni en su validez. El contrato condicionado es ineficaz, cuanto sus efectos estén bloqueados por la condición: pero está perfeccionado, al cumplirse su procedimiento de formación; es vinculante y compromisorio, en cuanto sometido al principio del vínculo contractual y generador de deberes instrumentales a cargo de las partes (27.11-14); finalmente es válido (salvo que la validez sea perjudicada por un defecto de la condición: 27.5).

La afirmación de que la condición no incide sobre la existencia del contrato vale para la condición "*interna*", es decir, la insertada en el reglamento contractual para condicionarle su eficacia. Diferente discurso vale para la condición que sea "*externa*" al reglamento contractual, porque es impuesta a un acto precontractual: oferta o aceptación.

Condiciona-
miento de los
actos
precontractu-
ales

La oferta puede ser *oferta contractual condicionada*, y en tal caso la aceptación conforme celebra el contrato condicionado. Pero puede ser también *oferta condicionada de contrato*, y entonces será eficaz o ineficaz dependiendo de la condición: con la consecuencia de que, si es ineficaz, la aceptación no celebra el contrato. La *aceptación* puede contener una condición, en el sentido de condicionar el contrato al cual se refiere la oferta: en tal caso es aceptación no conforme que vale como contraoferta. Pero puede contenerla también en el diverso sentido de estar conforme a la oferta, y sin embargo condicionada tal aceptación: con el resultado de que el contrato se celebra o no, según que, en base a tal condición, la aceptación resulte eficaz o no.

Es tarea de la interpretación establecer si la condición es "*interna*", es decir, impuesta al contrato al cual se refieren la oferta o la aceptación; o bien "*externa*", o sea impuesta a la oferta o a la aceptación como tales.

Condiciona-
miento del
contrato ...

... o de una
cláusula

La condición puede referirse a todo el contrato: en tal caso está en juego la totalidad de los efectos contractuales. O bien puede referirse a un "*pacto particular*" (art. 1353), y en tal caso solo los efectos de este están subordinados al hecho condicionante, mientras todos los otros efectos le son indiferentes. Por ejemplo, se condiciona únicamente la cláusula de separación convencional: si en base a la condición, sus efectos se producen, la parte tiene derecho de separarse; si no se producen, no lo tiene.

“Condición” puede tener *dos significados diversos*: cláusula condicional y hecho condicionante. Hasta aquí se ha hablado en el primer sentido, de cláusula acordada por las partes como elemento de su reglamento contractual: el sentido en el que se dice, por ejemplo, que las partes han insertado en el contrato una cierta condición, o que una cierta condición es ilícita. Pero la palabra puede usarse también en sentido distinto, como por ejemplo, cuando se dice que la condición se ha verificado o no: aquí “condición” indica el hecho futuro e incierto al cual la cláusula subordina los efectos del contrato.

Condición
como
cláusula
condicional ...

... y como
hecho
condicionante

2. CONDICIÓN SUSPENSIVA Y RESOLUTORIA

La condición puede ser suspensiva o resolutoria, según que de la verificación dependa “la eficacia” o “la resolución” del contrato (art. 1353).

El contrato con condición suspensiva es ineficaz hasta que el hecho condicionante se verifique, si es que se verifica. Solo si el hecho se verifica, el contrato será eficaz.

Condición
suspensiva

La condición suspensiva tutela contra el *riesgo que un evento, esperado por las partes (o por una parte) como de su propio interés, no se verifique o se verifique demasiado tarde*.

Riesgo
neutralizado

Por ejemplo, la compraventa del terreno, que el comprador quiere usar para un proyecto edilicio, es condicionada suspensivamente al hecho de que la Municipalidad otorgue la relativa concesión. Hasta que la concesión no sea dada, el comprador no adquiere la propiedad (que por otro lado no le sirve, dado que no puede usarla para sus fines); y no debe pagar el precio. Si la concesión es dada, realizándose el presupuesto económico de la operación tiene sentido que se produzcan los efectos del contrato: el comprador se convierte en propietario y debe el precio. Si a un cierto punto disminuye toda razonable perspectiva de que la concesión sea dada (la Municipalidad se pronuncia negativamente, o continúa aplazando la decisión), cae el presupuesto de la operación, y ya no tiene sentido hablar de los efectos del contrato: la propiedad permanecerá en el vendedor y el comprador no deberá ningún precio, como si el contrato no hubiera sido realizado. Para entender cómo la condición neutraliza el riesgo, se considere cuál sería, en la última eventualidad, la posición del comprador si el contrato fuera incondicionado: él habría adquirido la propiedad y pagado el precio de un terreno que después se revela inútil para sus fines.

Ejemplo

El contrato con condición resolutoria es eficaz, pero solo hasta que el hecho condicionante se verifique, si se verifica. Si el hecho se verifica, el contrato será ineficaz: se resolverá.

Condición
resolutoria

Riesgo
neutralizado

La condición resolutoria tutela contra el *riesgo de que un evento, temido por las partes (o por una parte) como contrario a sus propios intereses, se realice*.

Ejemplo

Por ejemplo, A compra a B una casa en la ciudad donde actualmente trabaja, pero teme que la empresa en la que trabaja pueda transferirlo definitivamente a otra sede, en cuyo caso decaería totalmente su interés en la adquisición. Entonces la venta se condiciona resolutoriamente a la eventual transferencia laboral: si esto no verifica, la venta es eficaz y sus efectos permanecen (A queda como propietario de la casa en la que habita, en la ciudad en la que trabaja; y debe pagar el precio); pero si A es transferido, la venta se resuelve y sus efectos decaen (A cesa en su propiedad de la casa de la cual ha perdido interés, que regresa a B; ya no debe el precio, y si ya lo ha pagado lo recupera). Es claro también aquí el riesgo neutralizado: sin la condición, A se encontraría con una adquisición definitiva y pagada (o debiendo pagarla) de una casa que ya no le sirve.

Los dos tipos
de condición:

Los ejemplos dejan claro cómo la condición da relevancia *a motivos* de los contratantes, que en ausencia de condición correrían el riesgo de permanecer irrelevantes.

El código de 1865 preveía la condición suspensiva y la resolutoria en dos párrafos distintos del art. 1158, y este dato sugería ver dos supuestos de hecho estructural, funcional y normativamente distintos. En el código vigente, el art. 1353 las contempla de manera unitaria: no obstante persiste alguna propensión a subrayar las diferencias, a veces tendiendo a considerarlas irreducibles a unidad.

elementos
comunes...

Esta tesis extrema es injustificada. Los dos tipos de condición tienen ciertamente una matriz unitaria: la función común de consentir a las partes maniobrar los efectos del contrato en relación a eventos futuros e inciertos que ponen en riesgo los intereses de las partes. Pero es innegable que, de este mecanismo de autonomía privada, se constituyan variantes significativamente distintas por su modo de operar y, bajo algún perfil, por su tratamiento jurídico: por ejemplo, en relación con la imposibilidad del hecho condicionante (27.5).

...y
diferencias

Las diferencias hacen importante saber si una condición es suspensiva o resolutoria: cosa no siempre fácil, porque las fórmulas usadas por las partes para condicionar el contrato pueden ser ambiguas. La cláusula por la que el contrato entre A y B "será ineficaz si el próximo consejo de administración de la sociedad X no aprobara la operación Z" puede dejar la duda de si se trata de una condición suspensiva (el contrato es bloqueado, y se desbloqueará solo si sea favorable el acuerdo del órgano administrativo de X) o bien resolutoria (el contrato mientras tanto funciona, pero sus efectos caerán si el consejo no decidiera o decidiera en términos negativos).

Dificultad de
distinción

Criterios

Para algún autor, en caso de duda debería inclinarse por la condición suspensiva; según otros, todo lo contrario, por la resolutoria. Un tal "prejuicio", en uno o en otro sentido, no es justificado: la investigación debe ser conducida con el *empleo desapasionado de las buenas técnicas de interpretación/calificación*. Particular relevancia asume el criterio de la

globalidad (art. 1363): útiles indicaciones podrán provenir de otras cláusulas, que regulen comportamientos y situaciones de las partes en pendencia de la condición y las consecuencias de su verificación o ausencia.

3. EL HECHO CONDICIONANTE

La gran variedad de hechos, que las partes son libres de deducir a condición, da lugar a un gran número de tipologías condicionales.

Hechos condicionantes:

La condición puede ser simple, cuando se deduce un único hecho; o plural, cuando se deducen dos o más hechos. Si es plural, la pluralidad de hechos puede ser deducida en vía alternativa, cuando basta que suceda uno solo para que la condición se verifique; o en vía acumulativa, cuando la verificación de la condición requiera que todos sucedan.

simples o plurales...

La condición puede referirse a hechos naturales, o bien a hechos humanos (sociales o individuales). Si se refiere a hechos humanos, estos pueden ser comportamientos materiales o actos jurídicos; pueden ser hechos o actos de una parte, o bien de algún tercero (sujeto privado o autoridad pública). Cuando se deducen a condición hechos de una parte, pueden abrirse problemas particulares, como los que atienden a la condición potestativa (27.6) y a la condición de cumplimiento (27.7).

naturales o humanos... materiales o jurídicos...

...de parte o de terceros ...

Se distingue, luego, entre condición positiva, cuando se deduce la verificación de un hecho; y condición negativa, cuando se deduce la no verificación de un hecho. En realidad estas no son tipologías significativas: la distinción no llega a ser neta, y se diluye en la distinción entre condición suspensiva y resolutoria.

...positivos o negativos

En efecto, una condición negativa puede reformularse en términos positivos; y una condición (suspensiva) negativa puede reformularse como condición positiva, pero resolutoria. Las partes participan en una compraventa de un terreno bajo condición (negativa) que en espera del resultado del juicio administrativo en curso el Tribunal Administrativo Regional *no anule* la concesión edilicia: pero, no muy diversamente, pueden pactar la condición (positiva) de que el Tribunal Administrativo Regional *desestime el recurso* tendiente a la anulación; o podrían subordinar la resolución de la compraventa a la condición (positiva) de que el Tribunal Administrativo Regional *estime el recurso*, anulando la concesión. Es claro que aquí no importa saber si la condición es positiva o negativa: sino saber si es suspensiva (en cuyo caso los efectos contractuales quedan suspendidos en espera de la sentencia), o bien resolutoria (en cuyo caso se producen de inmediato, salvo decaer si la sentencia anulará la concesión). Sobre el punto, decide la interpretación del contrato.

Para que el mecanismo de la condición opere regularmente, el hecho condicionante debe presentar algunas características.

Debe ser *futuro e incierto* (27.4).

Requisitos

Debe ser *posible y tal como para no hacer a la condición ilícita* (27.5).

4. HECHO INCIERTO Y FUTURO

El hecho condicionante debe ser “futuro e incierto” (art. 1353).

Incertidumbre
...

La incertidumbre del hecho es lo que *da sentido al mecanismo condicional*. Este sirve para proteger a las partes contra un riesgo, y *riesgo implica incertidumbre*.

Si un evento contrario al interés de las partes es cierto al momento del contrato, este no es un riesgo, sino un dato negativo del contexto contractual. Contra el evento negativo las partes no se tutelan con la condición, sino de otra manera: dando al contrato contenidos distintos de los que le darían en ausencia del dato negativo, o renunciando a contratar.

... en sentido
amplio y
relativo

Por otro lado, la noción de incertidumbre aquí relevante debe ser entendida en sentido amplio, y relativo. Es incierto el hecho del cual —*con los instrumentos de conocimiento y los datos de experiencia razonablemente disponibles a las partes*— no se está en grado de decir con seguridad si sucederá o no (aunque una previsión segura podría obtenerse de técnicas cognoscitivas más sofisticadas, a las que las partes no tienen acceso). Además la incertidumbre puede referirse no *la verificación del hecho* (en sí cierto), sino a *modos o medidas de este*.

Deducción de
un hecho
cierto

¿*Quid*, cuando las partes deduzcan a “condición” un hecho cierto? Si es cierto que no se verificará, la condición es imposible. Si es cierto que sucederá (por ejemplo, la muerte de una persona), la “condición” podrá valer como plazo del contrato (sobre la diferencia entre condición y plazo se regresará: 28.2). Ello no quita que la incertidumbre del tiempo de un suceso cierto pueda ser deducida bajo condición: por ejemplo, “si X morirá dentro de los próximos 5 años”.

Hecho futuro ...

La norma quiere que el hecho sea, aun antes que incierto, futuro. Pero también este requisito no debe ser entendido de manera rígida.

... a entender
con
flexibilidad

En rigor, podría parecer una consecuencia obvia del requisito de la incertidumbre: un hecho referido al presente (o al pasado) o es o no es, por lo tanto, es objetivamente cierto. Por otro lado, un hecho *objetivamente cierto*, en cuanto referido al presente o al pasado, puede ser *subjetivamente incierto*, en cuanto las partes ignoran si subsiste o no (tanto más cuando la determinación de su subsistencia o insubsistencia exige reconocimientos no simples ni breves). Y las partes pueden tener interés en *subordinar los efectos contractuales a la confirmación de si el hecho subsiste o no*.

Deducciones
de hechos
presentes o
pasados

Por ello, la cláusula que condiciona el contrato a un hecho presente o pasado no debe escandalizar: casi siempre esta tiene un sentido, en el orden de intereses de las partes. Se trata de entender cuál es su sentido, interpretando el contrato: podrá ser el sentido de una *garantía*, que una parte da a la otra sobre un determinado estado de las cosas; o el de un “*presupuesto*” del contrato, explicitado por las partes; o el de una *verdadera y propia condición* (el resultado al que llegará la determinación futura del hecho presente o pasado). El sentido de la cláusula dictará el tratamiento jurídico de la relación: en particular dirá si es en

todo o en parte aplicable la disciplina de la condición, o si en cambio se entren en juego otras disciplinas.

Estando subordinadas por la condición a un hecho incierto, los efectos contractuales están en la incertidumbre. No es bueno que esta se prorrogue indefinidamente, o por mucho tiempo.

Duración de la Incertidumbre

El problema no se plantea cuando, por la naturaleza misma del hecho deducido, la incertidumbre está destinada a disolverse en un tiempo definido, o indefinido pero razonablemente breve; o bien cuando, siendo el hecho tal como para generar una incertidumbre de duración indefinida y no necesariamente de razonable brevedad, las mismas partes la cortan vinculando la condición a un plazo (por ejemplo, "si el índice Mibtel alcanzara la cuota x dentro de 6 meses desde la fecha del contrato"). El problema surge cuando, frente a un hecho así, las partes no acompañen a la condición plazo alguno.

La jurisprudencia más antigua mantenía a las partes vinculadas en la incertidumbre por tiempo indefinido; la más reciente, mejor orientada, afirma que, transcurrido un tiempo "congruente" sin que el hecho se haya verificado, *el hecho debe considerarse no producido* aunque teóricamente podría aún ocurrir en un futuro.

Plazo "congruente"

Y no se excluye la posibilidad que, para eliminar la incertidumbre *ex ante* y no solo *ex post*, la parte solicite al juez que fije tal "congruente" plazo.

¿*Quid*, si las partes ligan la condición a un plazo exageradamente largo? Parece excluir la posibilidad de reducción judicial; y de considerar más bien una ilícita por contraste con el orden público.

5. CONDICIONES ILÍCITAS E IMPOSIBLES

La condición es ilícita cuando es contraria a *normas imperativas*, al *orden público* o a las *buenas costumbres*. Esta hace nulo el contrato, tanto si es suspensiva como resolutoria (art. 1354¹).

Ilícitud de la condición ...

La ilicitud de la condición depende del hecho condicionante: pero no se identifica con la ilicitud del hecho. La condición puede contemplar un hecho ilícito, y sin embargo ser lícita: no hay nada de malo si el contrato con el cual X asume la gestión de un negocio es condicionado resolutoriamente al hecho de sufrir un robo. Al contrario, sucede que sea ilícita la condición cuando se deduce un hecho lícito: que A se case es lícito, pero puede ser ilícita la condición que subordina al matrimonio de A los efectos del contrato entre él y B.

... y del hecho condicionante

La ilicitud de la condición depende no del hecho condicionante en sí y por sí, sino de la *influencia que el hecho ejercita sobre los efectos contractuales*. Tal influencia es ilícita, y determina la ilicitud de la condición, en tres órdenes de casos.

La condición es ilícita cuando constituye un incentivo para la parte a cometer un ilícito, o cuando la parte obtiene directa ventaja de un ilícito

Incentivo para cometer ilícitos

incluso ajeno. Por ejemplo: la compraventa del terreno está condicionada al buen fin del acto de corrupción que la parte intentará sobre el funcionario público para conseguir la indebida concesión edilicia; el alquiler de una hacienda entre X e Y está condicionado al retiro del competidor Z, por las vejaciones extorsivas de la mafia que lo tiene como blanco.

Coacción de libertades

La condición es ilícita cuando coacta libertades fundamentales de la persona. Por ejemplo: el hecho condicionante es el matrimonio de la parte, o su dimisión del partido en el que milita, o su conversión a otra fe religiosa, o el sometimiento a una intervención de cirugía estética.

Preclusiones

No así cuando la condición refiera estas elecciones a un *tercero*: es lícito que el contrato entre A y B esté condicionado al matrimonio de C (salvo que C sea el tercero en favor del cual A y C han estipulado *ex art. 1411*). Se tome en cuenta: la ilicitud se activa solo cuando el mecanismo condicional incentiva o desincentiva impropriamente el acto de libertad (por ejemplo, atribuye un sacrificio o sustrae una ventaja contractual al contratante que se casa); no cuando sirve para *resolver un problema o satisfacer una exigencia, que se deriven del acto de libertad espontáneamente realizado* (no hay nada de malo si el conductor de un pequeño departamento para solteros, inadecuado para una familia, condiciona resolutoria-mente la locación a su matrimonio).

Violación del orden público

La condición es ilícita cuando el modo en el que influyen los efectos del contrato viola o elude normas y principios de orden público, o es moralmente repugnante. Si por ejemplo está construida de modo tal como para prolongar por un tiempo excesivo la incertidumbre sobre los efectos, puede postularse la ilicitud por contraste con el orden público.

Imoralidad

Aún más. Si la adquisición del departamento está resolutoria-mente condicionada a que otros departamentos del condominio sean vendidos o alquilados a personas de otra etnia, el racismo de la condición puede hacer pensar en la ilicitud. Y no parece moralmente tolerable especular de manera fútil sobre tragedias y dolores humanos, como lo haría la condición "si dentro de este año al menos 5.000 chinos morirán por terremotos e inundaciones".

Nulidad del contrato

La ilicitud no se limita a hacer nula la cláusula condicional (en cuyo caso podría permanecer con vida el contrato, ya no condicionado). Ella hace nulo todo el contrato (art. 1354¹).

Ratio

La regla quiere afectar con particular rigor la autonomía privada que se inclina al ilícito; y ya no salvaguardarla, evitando que las partes sufran efectos contractuales ciertos cuando en cambio estas los quieren condicionados (si fuera así, se habría dejado abierta la vía de la nulidad parcial, *ex art. 1419¹: 39.1*).

Imposibilidad de la condición

La condición es imposible cuando el hecho condicionante no puede suceder.

Criterios

El juicio de imposibilidad es juicio sobre el curso objetivo de los eventos (naturales o humanos), según los conocimientos y experiencias comúnmente adquiridos.

Sus parámetros son diversos de los del juicio de *imposibilidad de la prestación ex art. 1218* (que se refiere más bien a la medida del compromiso de cumplimiento exigible del sujeto deudor). Se aproximan más, aunque sin coincidir plenamente, a los del juicio de *imposibilidad del objeto del contrato*.

Diversamente de la ilicitud, la imposibilidad de la condición tiene consecuencias diversas, según que esta sea suspensiva o resolutoria (art. 1354²).

La condición suspensiva imposible hace nulo el contrato. Las partes quieren que, en ausencia del hecho, los efectos contractuales no se produzcan; pero si es cierto que el hecho no se producirá nunca, es coherente con la voluntad de las partes que los efectos no se produzcan nunca.

Suspensiva:
nulidad del
contrato

No parece incoherente que ello se traduzca en nulidad (y no simple ineficacia) del contrato. Si las partes sabían de la imposibilidad, su voluntad contractual es solo aparente, con todo, no sería; si la ignoraban, la situación no es muy distinta de la de una imposibilidad del objeto: en ambos casos el sistema establece la nulidad.

La condición resolutoria imposible “se tiene como no puesta”: *el contrato vale como contrato no condicionado*. La solución es coherente con la voluntad de las partes. Estas quieren rápidamente los efectos, salvo prever la disolución si el hecho se producirá; pero siendo cierto que el hecho no se producirá nunca, tiene sentido establecer que los efectos contractuales no sufran el condicionamiento.

Resolutoria:
como no
puesta

Podría pensarse que la regla no agregue nada a un resultado que se produciría, de hecho, también en su ausencia. En realidad esta *no es superflua*: por ejemplo, impide al enajenante cumplir los “actos conservativos” del art. 1356² (27.11).

Queda por preguntarse por qué las partes pactan una condición (resolutoria) imposible. Difícil pensar que sean concientes de la imposibilidad: en el caso específico que lo sean, la cláusula se reduce a inocua extravagancia. Es más realista pensar que la ignoran: pero sería ignorancia irrelevante bajo el perfil del error (35). Alguna relevancia podría en cambio atribuirse —bajo el perfil del dolo (36)— a la ignorancia de una parte, inducida por el engaño de la otra: no puede excluirse que la parte haya contratado solo porque con ardides se le ha hecho creer posible una resolución del contrato, en cambio imposible.

Por qué las
partes la
ponen

El art. 1354³ regula el caso de que la condición ilícita o imposible sea colocada no al entero contrato, sino a una específica cláusula. El tratamiento del supuesto de hecho resulta entonces de *dos pasos*. Con el primer paso se controla la suerte de la cláusula, a la luz de los criterios apenas vistos: la cláusula podrá vivir, depurada de la condición (si esta es resolutoria imposible); o bien resultar nula (si la condición es ilícita, o resolutoria imposible); o, debe agregarse, meramente potestativa en el caso previsto por el art. 1355). En este último caso se abre el segundo paso, para controlar la suerte del contrato a la luz de la nulidad de la cláusula: el resultado podrá ser que el contrato viva también sin la cláusula nula, o en cambio que todo el contrato resulte alterado, en base a las reglas de la nulidad parcial (39.1).

Condiciona-
miento de la
cláusula
particular

Suerte de la
cláusula ...

... y
consecuente
suerte del
contrato

Testamento

Las condiciones ilícitas e imposibles reciben un tratamiento diferente cuando estén colocadas en disposiciones testamentarias: tratamiento que valora la especial exigencia de salvar el acto, en el respeto de la voluntad del testador (art. 634). Es controvertido si las

Donación

condiciones ilícitas e imposibles en la donación siguen la disciplina del contrato o la del testamento (por lo demás coincidente con la que el art. 794 dedica a la carga ilícita o imposible en la donación).

6. LA CONDICIÓN POTESLATIVA

Condición casual, ...

Se llama condición casual aquella en la que el hecho condicionante es del todo *independiente de la voluntad de las partes*.

... mixta, ...

En cambio, cuando el hecho depende de tal voluntad, se distingue ulteriormente. Se tiene condición mixta, si *la voluntad de los contratantes concurre solo en parte a la verificación del hecho*, mientras por otro lado este depende de factores externos. Se tiene condición potestativa, si *el hecho depende solo de la voluntad de los contratantes*.

... potestativa

Identidad de disciplina

Esta clasificación tiene valor descriptivo, y no prelude la aplicación de disciplinas diferenciadas. En línea de principio las condiciones casuales, mixtas y potestativas están sujetas al mismo tratamiento jurídico (salvo quizás la regla sobre la ficción de verificación, no aplicable a las condiciones potestativas: 27.14).

Condición meramente potestativa

Una regla especial está, en cambio, dictada para una subclase de condiciones potestativas: la de las condiciones *meramente potestativas*, que hacen depender los efectos contractuales de la *"mera voluntad" de la parte*. El art. 1355 califica como "nula la *enajenación de un derecho* o la *asunción de un deber* subordinado a una condición suspensiva que la haga depender de la mera voluntad del enajenante o, respectivamente (...) del deudor".

Art. 1355
Nulidad

Criterios para distinguir entre condición potestativa...

El primer problema es distinguir la condición meramente potestativa, portadora de nulidad, de la condición potestativa simple (no mera), que en cambio no da lugar a nulidad.

La condición potestativa simple depende efectivamente de la sola voluntad de la parte y no de factores externos, pero de una *voluntad dominada por intereses objetivamente apreciables*: intereses que por un lado se conecten con la esfera del contrato, y por el otro no se agoten en el interés de liberarse del contrato a costo cero. Por ejemplo: la fianza de A a favor del banco por la deuda de la sociedad X está subordinada al futuro ejercicio, por parte de A, de la opción de adquisición de acciones, que lo convertirá en accionista mayoritario de X. No existiría alguna razón para no considerar válido este compromiso de fianza: aquí el art. 1355 no tiene espacio.

En cambio, la condición meramente potestativa se presenta cuando el cumplimiento o no del hecho voluntario responde a *intereses del todo ajenos a los regulados o presupuestos por el contrato*, o bien no corresponde a ningún interés que no sea aquel de *liberarse del vínculo contractual a costo cero*. La típica condición meramente potestativa es: “si querré”. Pero también “si el próximo domingo iré a esquiar”, o “si decidiera reestructurar mi casa” (puesto que el contrato no tiene ninguna conexión, directa o indirecta, con el esquí o con la reestructuración).

... y condición meramente potestativa

Es necesario reflexionar bien sobre el campo de aplicación del art. 1355.

Campo de aplicación

La norma se aplica cuando la condición, por un lado, consiste en la *mera voluntad de A*, y por el otro *influye solo la enajenación de un derecho o la asunción de un deber del mismo A, y ningún otro efecto contractual*. Imaginemos que A enajene un bien a B en ejecución de su preexistente deber de transferir, o de fianza a B, bajo la condición “si querré”. La transferencia o la fianza son nulas por la evidente falta de una seria voluntad contractual de transferir o garantizar. La diferencia, para A, entre decir que quiere y decir que no quiere, es la diferencia entre vincularse al compromiso contractual o liberarse a costo cero: es decir sin que tal liberación implique algún sacrificio suyo.

Distinto sería, si la transferencia o la fianza estuvieran subordinadas a la “mera voluntad” ya no de quien debe la prestación, sino del beneficiario: A transfiere a B, o le da fianza, pero solo “si B querrá”. Es razonable que —firme el compromiso de A— B se reserve decir en el futuro si quiere efectivamente la transferencia debida (a la que puede también renunciar, como está en la facultad de todo acreedor) o la garantía (de la que puede no tener necesidad). Y en verdad, el art. 1355 dispone la nulidad donde sea deducida a condición la “mera voluntad del enajenante o... del deudor”, y no también la mera voluntad de la contraparte.

Campos excluidos

Mera voluntad del beneficiario

Imaginemos ahora que la condición sea aplicada a una compraventa, cuyos efectos están subordinados a que el enajenante diga que quiere enajenar. Un contrato así no hace escándalo, porque corresponde en sustancia a una opción de venta (*put*). Aquí la elección entre querer y no querer condiciona no solo la enajenación, sino también otros efectos contractuales, y en particular la obligación del comprador por el precio: por lo tanto no hacer funcionar la condición no tiene costo cero para el enajenante, que se libera así del compromiso traslativo, pero correlativamente pierde el derecho al precio. Igual razonamiento, invertidos los términos, puede hacerse allí donde el “si querré” esté referido al comprador: si tiene una opción de adquisición (*call*), que el comprador es árbitro de ejercitar (“quiero”) o no (“no quiero”); en este último caso rechaza de por sí el deber del precio, pero pierde el derecho a tener el bien.

Condicionamiento también de otros efectos contractuales

No sería peregrino, en un supuesto de hecho así, negar el ingreso al art. 1355 y a la nulidad allí prevista. Se le puede motivar diciendo que aquí estamos fuera del campo en el que opera la regla de la condición meramente potestativa: campo definido para los contratos

que se extinguen en la enajenación o en la obligación de una sola parte, y —en los contratos con prestaciones de ambas partes— de los casos en los que la condición accede no a todo el contrato, sino a la particular cláusula que dispone la enajenación o la obligación de una parte. O bien se le puede motivar diciendo que aquí la condición, en razón del modo en el que influye en el contrato, no es meramente potestativa.

Relaciones
con la opción

Se ha evidenciado la sustancial identidad entre compraventa bajo condición meramente potestativa y opción. En realidad, la identidad no es perfecta: el ejercicio de la opción determina la transferencia *ex nunc*; la retroactividad de la condición hace ciertamente que su realización determine la transferencia *ex tunc*. La nulidad de la venta bajo condición “si querré” podría entonces postularse, solo si se considerara que la no retroactividad de la opción tutela intereses superiores (de orden público) que no soportan elusión.

Condición
resolutoria
meramente
potestativa ...

El art. 1355 reprime las condiciones *suspensivas* meramente potestativas; no habla de aquellas *resolutorias*. Hay que preguntarse si la prohibición vale también para aquellas. Se recomiendan respuestas articuladas, que encuentren el justo equilibrio entre dos distintos principios.

... y seriedad
del
compromiso
...

El principio de la seriedad del compromiso contractual puede conducir, en ciertos casos, a la nulidad de los compromisos asumidos bajo condición meramente resolutoria: porque reservar a la propia “mera voluntad” de cancelar la obligación equivaldría a negar la voluntad de obligarse: si A da una fianza, pero con la cláusula de que “siempre y cuando quiera” pueden apartarse del compromiso, puede dudarse de que haya nacido un vínculo contractual.

... y
separación
unilateral

Pero el principio que consiente a las partes pactar a favor de una de ellas la facultad de separación (incluso inmotivada y arbitraria) manifiesta que al sistema no le repugna la posibilidad de vincular la disolución del contrato a la “mera voluntad” de una parte. Y en verdad, desde el punto de vista del *supuesto de hecho*, no es fácil distinguir la separación de la verificación de la condición resolutoria meramente potestativa. La diferencia puede quizá encontrarse en el plano de las *consecuencias*, en razón de la normal retroactividad de la condición y de la normal irretroactividad de la separación: pero con la advertencia de que se trata de consecuencias de mera tendencia, y no absolutas.

Considerar a la obligación asumida bajo condición resolutoria meramente potestativa como válida antes que nula, es a veces recomendable en vista de sus consecuencias prácticas. Piénsese en un comodato con plazo final (que hace inaplicable el art. 1810), pero que el comodante se reserva disolver aún antes “si decidiera pedir la cosa”. Si el comodante verifica esta condición, razón y justicia quieren que el uso de la cosa hecha por el comodatario antes del requerimiento del comodante esté justificado por el contrato, y no de lugar a pretensiones del comodante fundadas en una indebida tenencia del comodatario: pero tales pretensiones podrían surgir, si el título contractual fuera cancelado por una nulidad retroactiva; mientras que no tendrían espacio si —considerando como válido el contrato, y como simplemente ineficaz por la verificación de la condición resolutoria— encontrara aplicación

el art. 1360², que para los contratos de duración deroga a la normal retroactividad de la condición y así salva la eficacia interina del título (27.10).

7. CONDICIÓN Y PRESTACIÓN. CONDICIONES DE CUMPLIMIENTO Y DE INCUMPLIMIENTO

También cuando la condición implica una actividad de la parte, es conceptualmente clara su distinción de la prestación contractual: la prestación es *actividad debida por la parte*, materia de su obligación y del correspondiente crédito de la contraparte; en cambio la condición *no obliga a la parte al comportamiento* en ella deducido.

La distinción tiene importancia sobre todo en los casos en los que del tenor del contrato no está claro si el comportamiento de la parte, contractualmente previsto, sea deducido *in obligatione* o bien *in condicione*. En el primer caso concurre el esquema de la promesa intercambiada con una (contrapromesa de) prestación: si esta última no es cumplida, se activa la *responsabilidad contractual* del incumplidor. En el segundo caso el esquema puede ser aquel de la promesa condicionada a una prestación: si ésta no es ejecutada, la parte por la que era esperada no incurre en responsabilidad por incumplimiento, sino simplemente no se beneficia de la promesa que permanece ineficaz.

El esquema de la promesa condicionada a una prestación puede identificarse con el modelo del *contrato con obligaciones solamente del proponente*: en el que la condición, sin embargo, funge como elemento de la causa. Por otro lado, este elude el requisito de *patrimonialidad de la prestación*: la prestación que condiciona la promesa puede también no ser "susceptible de valoración económica", porque la norma excluye que la prestación no patrimonial sea deducida en obligación, mientras aquí ésta es deducida no en obligación sino en condición.

La distinción entre condición y prestación debida no excluye que ellas puedan a veces interferir, o incluso coincidir, por voluntad de las partes.

Sobre una condición puede injertarse una verdadera y propia obligación. Por ejemplo, la condición es que la Municipalidad entregue una concesión edilicia sobre el terreno de la compraventa; pero se establece también que el vendedor deba seguir con diligencia el correspondiente trámite en interés del comprador.

Además, es admisible la condición de cumplimiento: *el incumplimiento de una parte es condición (suspensiva) de los efectos contractuales*, de manera que estos se produzcan solo si la parte ejecutará la prestación prevista a su cargo por el contrato. Por ejemplo: la venta será eficaz (y transferirá

Prestación
... y condición

Promesa:
Intercambiada
con
prestación...
...o
condicionada
a prestación

Interferencias
o
coincidencias

Obligación
Injertada
sobre
condición

Condición de
cumplimiento

la propiedad) solo si el comprador pagara el precio. La posibilidad de tal condicionamiento es pacíficamente admitida en jurisprudencia.

Inconsistencia
de las
objecciones

En sentido contrario se objeta que *el incumplimiento no sería más materia de un deber de la parte*, sancionable en caso de incumplimiento, sino un acto remitido a su libre elección. La objeción no tiene consistencia. El incumplimiento se mantiene como materia de un deber de la parte, por lo demás suspendido por la condición: como sucede en todos los casos de obligación condicionada. Y no importa que la realización dependa de una elección de la parte, porque ello pertenece a la lógica de las condiciones potestativas, en la que la parte es árbitro de los efectos contractuales, y por lo tanto también del propio vínculo. El cumplimiento es una *condición potestativa* como otra: y no meramente potestativa.

La deducción del cumplimiento a condición suspensiva no merece un examen minucioso ni siquiera bajo el perfil del *régimen de circulación de los bienes*. No son injustamente perjudicados los terceros que en pendencia de la condición adquieren el bien: estos se encuentran en la misma posición de *chances* y de riesgos en la que se encuentra cualquier tercero que adquiera de la parte de un contrato condicionado (27.12).

Condiciones
de
incumplimiento

El discurso es distinto para la *condición de incumplimiento*, es decir, la *condición (resolutoria) que al incumplimiento de la parte hace derivar la disolución del contrato*: el contrato entre X e Y produce en tanto sus efectos, pero estos caerán si X es quien incumple.

Dudas

Aquí pueden surgir dudas: no tanto porque se deduciría a condición un ilícito; cuanto por la *contigüidad con el área de la cláusula resolutoria expresa*, y por la exigencia de no consentir elusiones de los principios que gobiernan esta última. Sobre el punto se regresará (43.8).

8. VERIFICACIÓN Y AUSENCIA DE LA CONDICIÓN

La *incertidumbre* vinculada a la condición antes o después debe terminar, para que tome su lugar una *situación cierta*. La incertidumbre termina con la verificación o con la ausencia de la condición.

Verificación

Se tiene verificación cuando el hecho condicionante se produce, es decir, *están presentes todos sus elementos*. En particular, el elemento temporal, según el cual la condición está verificada solo si el hecho se produce dentro del plazo eventualmente previsto, y no después: la condición era "si la concesión edilicia se da dentro del 31 de diciembre del presente año", y el 10 de diciembre la concesión es dada.

Consecuencias:

eficacia ...
... 0
resolución

La verificación *modifica la situación preexistente*: si se verifica la condición *suspensiva*, el contrato (hasta ese momento ineficaz) se convierte en eficaz y comienza a producir sus efectos; si se realiza la condición *resolutoria*, el contrato (hasta ese momento eficaz) deja de producir efectos porque se resuelve.

Se tiene ausencia cuando a la originaria incertidumbre subentra la *certeza de que el hecho condicionante no se producirá* (en los precisos plazos en los que era deducida en condición): llega y pasa el 31 de diciembre, y la concesión aún no es dada.

Ausencia

La ausencia *consolida la situación preexistente*, si falta la condición *suspensiva*, el contrato (hasta ese momento provisionalmente ineficaz) es definitivamente ineficaz; si falta la condición *resolutoria*, el contrato (hasta ese momento provisionalmente eficaz) es definitivamente eficaz.

Consecuencias:
Ineficacia ...
... o eficacia
definitiva

Establecer si una condición está verificada o no significa formular un juicio de *correspondencia entre los acontecimientos reales y la descripción de los acontecimientos, hecha en la cláusula*. El juicio debe inspirarse en la razonabilidad y la buena fe, y ser adherente con el plan de intereses sometidos al condicionamiento. Si A, oionario para la adquisición de un inmueble, da a B la contrata para reestructurarlo bajo la condición suspensiva de que el mismo A ejercite la opción, la condición está verificada aunque A no ejercite la opción sino que la cede a una sociedad suya, que la ejercita.

Determinación

Puede suceder que el hecho condicionante se produzca, pero un posterior contra-hecho lo cancele: ¿la condición está verificada o no? La respuesta varía, según los casos. Cuando la adquisición del terreno esté condicionada a la entrega de la concesión edilicia y la concesión dada después sea rápidamente autoanulada por la Municipalidad, es razonable pensar que la condición falte. Cuando la adquisición de la casa esté condicionada al traslado laboral a otra ciudad, y esto suceda pero sea seguido del despido por cesación de la empresa empleadora (por lo que el adquirente regresará a la ciudad de origen), la condición debe probablemente considerarse verificada. El criterio es *si el contra-hecho realice precisamente el riesgo contemplado por el condicionamiento*, o bien un riesgo diverso aunque paralelo.

Verificación y
sucesiva
ausencia

Si el condicionamiento envuelve *todos los efectos del contrato*, verificación o ausencia de la condición no inciden sobre el equilibrio contractual: el contrato será del todo eficaz o ineficaz, pero su equilibrio no saldrá alterado. Ídem si el condicionamiento se refiere a una *particular cláusula equilibrada en su interior*, como la que, en el contrato para prestación de servicios, establezca bajo condición la prestación de un servicio agregado contra la normal retribución del mismo: eficaz o ineficaz que sea la cláusula, el contrato no resulta desequilibrado.

Impacto sobre
el equilibrio
contractual

En cambio, se produce desequilibrio cuando el condicionamiento se refiere a una *particular cláusula, la cual dé ventajas exclusivamente (o predominantemente) a una parte, e imponga sacrificios exclusivamente (o predominantemente) a la otra*: la cláusula del contrato de servicios establece bajo condición la prestación de un servicio agregado, pero deja invariable la retribución global. Si la cláusula es eficaz, el equilibrio contractual se desplaza a favor del usuario, mientras la ineficacia lo desplaza a favor del prestador. Pero quien sufre el desequilibrio no puede lamentarse e invocar remedios: el desequilibrio es fruto de la común voluntad contractual, que ha introducido el condicionamiento. A lo más, puede

decirse que el condicionamiento rinde el contrato *aleatorio*: piénsese en el caso extremo en el que —firme la prestación de una parte— toda la contraprestación es condicionada.

Perfiles
Instrumentales

Quien hace valer una pretensión ligada a la verificación de la condición, tiene la *carga de probarla*, tratándose de hecho constitutivo del derecho. Frente a una pretensión tal, la ausencia de la condición puede ser *apreciada de oficio* por el juez, al cual compete apreciar la carencia de hechos constitutivos del derecho accionado.

La acción dirigida a hacer declarar que el contrato es ineficaz por ausencia de la condición suspensiva, es *imprescriptible*.

9. LA CONDICIÓN UNILATERAL

Disponibilidad
de las
consecuencias

Un punto importante, relativo a las consecuencias de la verificación o ausencia de la condición, es: ¿tales consecuencias se producen de manera automática e inevitable, o bien están en la disponibilidad de las partes? Por ejemplo: ¿verificada la condición resolutoria, el contrato está sin más disuelto, o la disolución puede ser impedida por iniciativa de parte?

Condición
bilateral...
...y unilateral

La respuesta se vincula a una distinción: entre condición bilateral, que es aquella puesta *en el interés de ambas partes*; y condición unilateral, que es aquella puesta *en el interés exclusivo de una de las partes*.

Renunciabilidad
de la
condición
unilateral

La distinción no está codificada por las normas. En cambio, está presente en la jurisprudencia, que establece notables consecuencias prácticas. En caso de condición unilateral, *la parte, en cuyo exclusivo interés la condición es puesta, es libre de decidir si valerse de ella o no* (con una suerte de “renuncia” a la condición): las consecuencias de la verificación o ausencia no son, por lo tanto, automáticas e inevitables, sino más bien dependen de una decisión de la parte.

Ejemplos

La venta está suspensivamente condicionada a que el comprador obtenga el financiamiento bancario solicitado (una condición insertada para ponerlo al reparo del riesgo de asumir una deuda sin tener los recursos para hacerle frente): si el banco niega el financiamiento la condición falta, y el contrato debería ser sin duda ineficaz. Pero imaginemos que el comprador llegue a encontrar en otra parte los recursos para sostener el negocio: es razonable consentirle invocar la eficacia del contrato (si continúa encontrándolo conveniente), haciendo como si la condición no existiera; de tal manera se tutela el interés de la parte, sin lesionar injustamente las expectativas contractuales de la contraparte. Ídem para la adquisición de un terreno resolutoriamente condicionado (en el interés del comprador) a la revocación de la concesión edilicia que le atañe: ¿verificada la condición resolutoria, por qué negar al comprador invocar la persistente eficacia del contrato (“renunciando” a considerarlo condicionado) si él tiene interés por haber

encontrado otras posibilidades de valoración del terreno, distintas de las edilicias?

La regla puede compartirse, siempre que se precisen sus condiciones de uso con el rigor necesario para evitar injustas lesiones de los intereses de la contraparte.

En primer lugar, debe ser muy escrupulosa la determinación del carácter "unilateral" de la condición, y por lo tanto de su estar al servicio exclusivo de una parte.

Efectiva
«unilateralidad»
de la
condición

Si no está enunciado explícitamente por la cláusula, ello debe resultar de elementos que no dejen ninguna duda sobre el hecho de que la condición interesa exclusivamente a una parte, mientras a la otra le es indiferente. Casi siempre la condición está insertada en el contrato por iniciativa de una parte, que la solicita en su prevaleciente interés: pero una cosa es interés *prevaleciente*, y otra (y más rara) es interés *exclusivo*.

En segundo lugar, es necesario contener al mínimo el excedente de incertidumbre generado por la afirmación del poder de decisión de la parte, en lugar del normal automatismo de las consecuencias.

Contención
de la
incertidumbre

Y entonces puede admitirse que la renuncia a la condición sea hecha antes o incluso después de su ausencia o verificación: pero en este último caso *dentro de un tiempo breve*, que evite el surgimiento en la contraparte de la confianza sobre las normales consecuencias del mecanismo condicional. Además, conviene nutrir aquí especial *desconfianza hacia renunciaciones implícitas, tácitas o por hechos concluyentes*.

Finalmente debe considerarse que, incidiendo sobre las consecuencias de la verificación o de su ausencia, la renuncia a la condición incide también sobre las *adquisiciones hechas por terceros en pendencia de la condición* (27.12): no es admisible una renuncia que altere grado y calidad del riesgo asumido por estos terceros con la adquisición.

10. LA RETROACTIVIDAD DE LA CONDICIÓN

La condición opera retroactivamente: "Los efectos de la verificación de la condición se retrotraen al momento en que haya sido celebrado el contrato" (art. 1360¹).

Art. 1360¹

La regla tiene relevancia sobre todo para los contratos traslativos, con el fin de determinar las consecuencias que dependan de la pertenencia del bien al momento del hecho: riesgos de percimiento, daños a la cosa o de la cosa, derecho sobre los frutos, etc. Si la verificación opera retroactivamente, la propiedad del bien transferido bajo condición *suspensiva* pertenece al adquirente desde el momento del contrato: todo lo que desde este momento le corresponde al bien, en sentido favorable o desfavorable, debería beneficiar o respectivamente perjudicar al adquirente. Lo mismo se puede decir, respecto del enajenante, por la verificación de la condición *resolutoria*:

Contratos
traslativos

retroactividad de la readquisición significa que el bien se considera del enajenante desde el momento del contrato.

Derogación
de la
retroactividad:

En verdad, la regla de la retroactividad no tiene una aplicación tan generalizada, pues conoce muchas derogaciones.

actos de
administración,
...

Los actos de administración del bien, anteriores a la verificación, no son arrastrados si esta sustrae el bien al autor de los actos (art. 1361¹): 27.11.

... frutos, ...

Los frutos percibidos son debidos a quien resulta titular del bien seguidamente a la verificación de la condición no desde el momento del contrato, sino solo a partir de la verificación (art. 1361²).

... riesgo de
perecimiento
fortuito, ...

El riesgo del perecimiento fortuito de la cosa, sobrevenido en pendencia de condición suspensiva, no es cargado al adquirente: este "es liberado de su obligación" aunque después la condición se verifica (art. 1465⁴).

Se discute si esta regla de favor pueda extenderse, por analogía de *ratio*, al enajenante bajo condición resolutoria; o si en cambio la específica y expresa referencia al adquirente bajo condición suspensiva excluya la aplicación a situaciones diversas.

... contratos
de duración,
...

Otra derogación se refiere a la condición resolutoria establecida en los contratos de duración: la verificación "no tiene efectos respecto a las prestaciones ya ejecutadas"; pero se deja a salvo el eventual pacto en contrario (art. 1360²).

... voluntad
de las partes
o de la
naturaleza de
la relación

Finalmente, una más amplia posibilidad de derogación resulta de la misma norma que establece, en general, la regla de retroactividad: la condición no se retrotrae, y la eficacia o resolución del contrato parten solo desde la verificación, cuando ello corresponda a la "voluntad de las partes" o a la "naturaleza de la relación" (art. 1360¹).

Aplicaciones
de la
retroactividad

El área de las aplicaciones significativas de la regla de retroactividad de la condición no es por consiguiente particularmente extensa. Por ejemplo, ella *excluye la resolución por incumplimiento* del contrato resolutoria-mente condicionado, que la verificación de la condición lleva a considerar resuelto desde el inicio. Excluye que al contrato suspensivamente condicionado se aplique una *ley sobrevenida* aunque anterior a la verificación. Verificada la condición, los *daños ocasionados por terceros al bien* antes de la verificación legitiman la acción resarcitoria del adquirente bajo condición suspensiva y del enajenante bajo condición resolutoria (aunque no propietarios al momento del daño). Con el mismo criterio se imputarán las *responsabilidades vinculadas a la propiedad del bien*, como aquella por ruina de edificio *ex art. 2053* (no necesariamente las responsabilidades

vinculadas no a la propiedad, sino al control material del bien: arts. 2051-2052).

Respecto a los terceros, la retroactividad de la condición opera como retroactividad real: los efectos de la verificación son oponibles a los terceros aun cuando protagonistas de vicisitudes anteriores a la verificación. Veremos las aplicaciones más notables a propósito de los actos de disposición en pendencia de la condición (27.12).

Retroactividad
real hacia los
terceros

11. LA PENDENCIA DE LA CONDICIÓN: EXPECTATIVAS Y DERECHOS PRECARIOS. ACTOS CONSERVATIVOS Y ACTOS DE EJERCICIO

La pendencia de la condición es el *periodo comprendido entre la celebración del contrato y la verificación o la ausencia de la condición*. Su característica dominante es la incertidumbre.

Pendencia

Durante la pendencia las *posiciones subjetivas* de las partes se configuran así: una parte tiene una expectativa, la otra tiene un derecho precario. Con respecto a estas posiciones, las partes pueden cumplir tres tipos de *actos*: actos conservativos en tutela de la expectativa; actos de ejercicio del derecho precario, actos de disposición de la una o del otro.

La expectativa es la *posición de quien no tiene el derecho, pero quizá lo tendrá con la verificación de la condición*. Tiene una expectativa quien adquiere un derecho bajo condición suspensiva: celebrada la venta suspensivamente condicionada, el comprador tiene una expectativa respecto a la propiedad del bien (no tiene el derecho de propiedad, que por ahora pertenece al vendedor); y el vendedor tiene una expectativa respecto al crédito por el precio (no tiene aún el derecho de crédito, que surgirá solo con la verificación). En cierto sentido, tiene una expectativa también quien enajena un derecho bajo condición resolutoria: mientras tanto lo ha perdido, pero tiene la perspectiva de readquirirlo si la condición se verificará.

Expectativa

No teniendo aún el derecho, el titular de la expectativa no puede ejercitarlo: por ello respecto de él la prescripción no corre.

El interés dominante del titular de la expectativa es *preservar la integridad de los elementos de los cuales dependerá el útil ejercicio del derecho*, para el caso que la realización de la condición se lo atribuya: integridad que puede ser perjudicada por comportamientos del actual titular del derecho, acaso inducido a un ejercicio imprudente o negligente del mismo debido a la perspectiva de perderlo. Por esto el titular de la expectativa puede realizar actos conservativos: posibilidad dada tanto al adquirente bajo condición suspensiva (art. 1356¹), como al enajenante bajo condición resolutoria (art. 1356²).

Interés del
titular

Actos
conservativos

Ejemplos Si la expectativa se refiere a un bien en riesgo de daño o sustracción, el titular de este puede plantear *acciones posesorias* o pedir *medidas cautelares atípicas* para preservar su integridad; si se refiere a un crédito pecuniario, puede activar *medios de conservación de la garantía patrimonial* (como explícitamente dice el art. 2901, que legitima a la revocatoria del acreedor "aunque (...) sujeto a condición"); si se refiere a créditos de hacer o no hacer, puede activar *inhibitorias* u otras medidas *ex art. 700 CPC*.

Derecho precario El derecho precario es la *posición de quien actualmente tiene el derecho, pero quizá lo perderá con la verificación de la condición*. Titular del derecho precario es la contraparte del titular de la expectativa, y por lo tanto: el enajenante del derecho bajo condición suspensiva; el adquirente del derecho bajo condición resolutoria.

Poderes de ejercicio ... El titular del derecho precario puede ejercitarlo, por ejemplo, usando el bien para sí (salvo exponerse, en caso de ejercicio peligroso para el titular de la expectativa, a los actos conservativos de este): art. 1356². Con la precisión de que tal poder de ejercicio está reconocido solo al adquirente bajo condición resolutoria; no al enajenante bajo condición suspensiva.

Razones de la limitación Esta asimetría refleja la función típica de las operaciones traslativas. Una venta, aunque condicionada, está siempre destinada a atribuir el bien al comprador: por lo tanto es normal que, celebrado el contrato, sea el comprador quien use el bien. Si la venta está sometida a condición resolutoria, su interés al uso se apoya sobre un título actual de propiedad, aun cuando precario: y el art. 1356² codifica el correspondiente poder. En cambio, si la venta es bajo condición suspensiva, el título actual (pero precario) de propiedad es corresponde al vendedor: sin embargo, codificar su actual poder sobre el bien *estaría en contraste con el sentido de la operación*, que normalmente atribuye rápidamente el uso del bien al comprador, su destinatario natural aunque por ahora titular de una simple expectativa (es el modelo de la compraventa con reserva de propiedad). La materia, con todo, está ampliamente remitida al acuerdo de las partes.

Actos de administración Quien tiene el ejercicio del derecho puede cumplir actos de administración del bien. Estos *permanecen válidos* aunque la posterior verificación de la condición atribuya el derecho mismo a la otra parte (art. 1361¹): en otras palabras, no soportan el principio de retroactividad.

12. ACTOS DE DISPOSICIÓN EN PENDENCIA DE LA CONDICIÓN

Disponibilidad condicionada de las posiciones subjetivas ... Expectativas y derechos precarios son posiciones subjetivas, de las cuales el titular puede disponer: "Quien tiene un derecho subordinado a condición suspensiva o resolutoria puede disponer de él, durante la pendencia de esta" (art. 1357). Pero la misma norma delimita los efectos: "los efectos de todo acto de disposición están *subordinados a la misma condición*".

La norma se vincula a la otra, sobre la retroactividad —también real— de la condición (art. 1360¹).

... y retroactividad real

Consideremos por ejemplo una venta bajo condición suspensiva. El comprador tiene una expectativa. Él puede cederla a un tercer adquirente, que subentra esperando la verificación de la condición. Si la condición se verifica, se producen los efectos de la primera adquisición (desde la fecha de esta) y contemporáneamente los efectos de la segunda adquisición: el bien es del tercero desde la fecha de su título. En cambio, si la condición falta, tanto la adquisición como la subadquisición permanecen ineficaces: el bien se mantiene con el primer enajenante.

Cesión de la expectativa

A su vez, el vendedor puede ceder su derecho precario a un tercero, que subentra esperando la ausencia de la condición. Si la condición falta, el derecho se consolida a favor del vendedor hasta la fecha de la adquisición del tercero, a partir de la cual el bien es del tercero. En cambio, si la condición se verifica, la retroactividad de los correspondientes efectos arrastra el derecho precario del vendedor y también el del tercero su causahabiente, al cual le son oponibles los efectos de la verificación aunque posterior a su adquisición: el bien es del primer adquirente, cuya expectativa goza de tutela "real".

Cesión del derecho precario

Si, luego, durante la pendencia se acumulan las dos cesiones (el comprador cede su expectativa a un tercero, y el vendedor cede su derecho precario a otro tercero), se crea un conflicto entre terceros adquirentes del mismo bien: prevalece quien ha adquirido la expectativa si la condición suspensiva falta; prevalece quien ha adquirido el derecho precario si la condición suspensiva se verifica.

Acumulación de las dos cesiones

Sobre la base de las soluciones apenas consideradas por los supuestos de hecho de venta bajo condición suspensiva, es fácil reconstruir qué cosa sucede en presencia de una venta bajo condición resolutoria, en los casos en los que el comprador ceda a un tercero el propio derecho precario, o el vendedor ceda a un tercero la propia expectativa, o si se hagan ambas las cesiones.

En síntesis. El tercero que adquiera la expectativa, en caso de verificación de la condición obtiene el derecho: él prevalece sobre eventuales otros terceros causahabientes del titular del derecho precario, en virtud de la *tutela real de la expectativa garantizada por la retroactividad de la condición*. Si la condición falta, la expectativa por él adquirida se disuelve y no adquiere nada. Ahora, si el tercero era *conciente* de haber adquirido ya no un derecho, sino una simple expectativa vinculada a una condición, él ha asumido el riesgo de la ausencia de esta: no le corresponde ningún remedio contra su causahabiente. Si lo *ignoraba* (porque no sabía que el título de su causante estaba condicionado), tiene el remedio resolutorio previsto para el caso de venta de cosa ajena a favor del adquirente de buena fe (art. 1479¹).

Posición del tercero defraudado: de la adquisición de la expectativa...

El tercero que adquiere el derecho precario lo consolida si la condición falta, lo pierde si la condición se verifica. En este último caso las relaciones con su causante dependen del hecho de que él conociera o en cambio ignorara la precariedad del derecho adquirido. Si la

... ó del derecho precario

conocía, se ha asumido el riesgo, y no tiene pretensiones para hacer valer por el resultado poco feliz de la operación. Si la ignoraba, tiene remedios que se colocan en el área de la anulación por error o dolo, o de la garantía por evicción.

Posesión vale título

Todo lo dicho arriba es, obviamente, al neto de la regla “posesión vale título” y de la disciplina de la inscripción: su operar puede conducir a resultados distintos de los que descenderían de los arts. 1357 y 1360¹.

Inscripción

La disciplina de la inscripción dedica normas específicas a los actos condicionados: cfr. los arts. 2655¹ y 2668³.

13. LA OBLIGACIÓN DE BUENA FE EN PENDENCIA DE LA CONDICIÓN

Art. 1358

En pendencia de la condición, cada parte debe “comportarse con arreglo a la buena fe *para conservar íntegras las razones de la otra parte*” (art. 1358).

La norma pone un precepto específico en un área ya protegida por la regla general del art. 1375, del que constituye su aplicación: aunque los efectos del contrato están suspendidos, es apropiado hablar de “ejecución” del contrato (entre las partes existe siempre una relación contractual, cuya actuación puede ser variadamente influenciada por sus comportamientos).

Destinatarios del deber

El deber de buena fe grava sobre *ambas partes de cualquier contrato condicionado*. El art. 1358 indica, como destinatarios del deber de buena fe, tres tipologías de partes, que cubren todas las posibles partes de un contrato condicionado.

Están cubiertas ambas partes de la venta condicionada: el vendedor es *el que “ha enajenado un derecho bajo condición suspensiva”*, el comprador, obligado al precio en caso de verificación, es *el que “se ha obligado (...) bajo condición suspensiva”*. Son cubiertas ambas partes de la venta resolutoriamente condicionada: el comprador es *el que “ha adquirido bajo condición resolutoria”*, el vendedor está sustancialmente en la posición de “obligado bajo condición suspensiva”, porque deberá restituir el precio si se verificara la resolución del contrato. La puntualización tipológica no tiene valor limitativo, sino explicativo: aclara las razones del deber (y así ayuda a definir los contenidos) en las diversas situaciones en las cuales puede aplicarse.

Buena fe

El criterio de la buena fe tiene aquí el mismo significado y papel que le fueron atribuidos cuando se habló de la buena fe como fuente de integración del contrato: razonable sensibilidad a los intereses de la contraparte, leal cooperación para maximizar las ventajas y minimizar las cargas y los riesgos que derivan del contrato, *incluso más allá de cuanto se ha explicitado en las cláusulas*.

Imagínese que la verificación del hecho condicionante pueda ser facilitado por determinadas iniciativas o conductas de una parte. Puede darse que la cláusula le imponga cumplirlas: y entonces está precisada a hacerlas por explícita obligación contractual, sin necesidad

de recurrir a la buena fe. Si la cláusula no lo expresara, se tratará de valorar en base a las circunstancias del caso concreto: es verdad que en general no existe obligación de *activarse para procurar la verificación de la condición a la cual la contraparte tenga interés*, pero no puede excluirse que —en relación a las circunstancias, a la calidad de las partes, a la naturaleza de hecho condicionante, al plan de los intereses sometidos al condicionamiento— la buena fe obligue a la parte a activarse, de manera que la faltante activación sería una violación de la obligación. Con esta finalidad, es necesario dar parámetros sobre los singulares casos, el fin específico del deber de buena fe en pendencia de la condición que al mismo tiempo define los límites: el fin de “*conservar íntegros los intereses de la otra parte*”.

La violación del deber de buena fe desencadena remedios a favor de la parte que la sufre. La tipología de los remedios es amplia: tenemos remedios *típicos*, y remedios contractuales *generales*; tenemos remedios de *variada intensidad*, conmensurados a la gravedad de las violaciones a la que la reaccionan.

Remedios

Ya se ha encontrado un remedio típico, específicamente previsto para las situaciones de pendencia condicional: los actos conservativos en tutela de la expectativa. La iniciativa del titular del derecho precario, que legitime a la contraparte a cumplir un acto conservativo, no siempre es contraria a la buena fe; pero es probable que en muchos casos lo sea. Si lo es, se trata probablemente de una *violación no muy grave*: cuanto menos, de una violación que expone a la víctima a un *periculum*, no aún a una lesión actual e irreversible de su interés. Correlativamente, el *remedio es blando*.

Actos conservativos

Al extremo opuesto de la escala de intensidad de los remedios encontramos otro remedio típico: la ficción de verificación de la condición (27.14). Este reacciona contra *la más grave de las lesiones* que se conciben en daño de la parte del contrato condicionado, por lo tanto contra la máxima violación del deber de buena fe: activarse para realizar ese mismo riesgo contra el cual la parte ha querido protegerse, condicionando el contrato. Y el remedio tiene la *máxima fuerza de impacto*: produce los efectos contractuales en una situación que, en base al contrato, no debería consentir su producción.

Ficción de verificación

A la mitad entre dos extremos se colocan los remedios contractuales generalmente previstos, e invocados también aquí: *resolución* del contrato por incumplimiento; y *resarcimiento* del daño.

Remedios contractuales generales

No existe razón para negar la resolución a la víctima, que desea desvincularse de una relación comprometida por la incorrección de la contraparte, sin atender la verificación o la ausencia de la condición (siempre, obviamente, que subsistan los presupuestos, y en particular la no “escasa importancia” de la violación, *ex art. 1455: 43.5*). La víctima tiene derecho también al resarcimiento: pero para saber si su *quantum* puede conmensurarse al pleno interés contractual positivo, será relevante ver si la condición se ha verificado o no.

14. LA FICCIÓN DE VERIFICACIÓN DE LA CONDICIÓN

Art. 1359 “La condición se considera verificada cuando no se ha producido por causa imputable a la parte que tenía interés contrario a su verificación” (art. 1359).

Presupuestos La norma supone: que una parte obtenga ventaja de la ausencia de la condición; que esta parte opere de manera tal como para provocar tal ausencia; que de la ausencia así provocada la otra parte salga dañada. Y regula la situación *como si la condición, más que ausente, estuviera, en cambio, verificada*. Por consiguiente, ella adopta una “ficción”: que opera como *remedio (en forma específica)* para la parte lesionada, y como *sanción* para la parte responsable de la lesión.

Campo de aplicación Es una norma problemática, que requiere gran refinamiento aplicativo para evitar usos excesivamente amplios o impropriamente restringidos, respecto a su correcto campo de acción.

Casos El área de la norma está más reducida de en cuanto la amplia formulación de su letra podría sugerir. A compra de B, en la ciudad de Torino en la que vive y trabaja, un departamento bajo la condición resolutoria de que la empresa de la que depende lo transfiera a la sede de Bari (eventualidad no deseada, pero temida como posible): si el evento no se verifica gracias a los buenos oficios de B, que usa su influencia sobre el titular de la empresa para inducirlo a confirmar a A en el puesto actual, A no puede hacer valer la resolución del contrato *ex art. 1359*. Así como no podría hacerla valer B, si la ausente transferencia dependiera del frenético accionar en tal sentido del mismo A.

La solución sería opuesta, en el caso que sigue: X compra un terreno de Y, bajo la condición suspensiva de que dentro de 6 meses sea dada la concesión edilicia; rápidamente después X retira la solicitud de concesión, de manera que al vencimiento de los 6 meses la concesión no es dada: aquí Y puede invocar el art. 1359, para sostener que la venta es eficaz no obstante la ausencia de la condición.

Criterio: ¿la ausencia realiza o en cambio neutraliza el riesgo contemplado por el condicionamiento? Los ejemplos ayudan a delimitar el campo del art. 1359, definiendo las condiciones de uso. En el primer caso la ausencia de la condición es ciertamente imputable a B, o respectivamente a A, y sea uno o sea el otro son contrainterés a la verificación: pero la norma no juega, porque *la ausencia neutraliza precisamente el riesgo* contra el cual el contrato ha sido condicionado: la iniciativa de la parte *secunda el plan de intereses* sometidos al condicionamiento. En cambio, en el segundo caso la norma opera porque, exactamente al contrario, *la ausencia realiza precisamente el riesgo* contra el cual el contrato ha sido condicionado: la iniciativa de la parte

es antagonista al plan de intereses perseguido con el contrato condicionado.

La ficción sería invocable además si el caso del primer ejemplo presentara la variante por la que A no teme sino espera ser transferido a Bari, porque la transferencia se vincularía a un progreso en su carrera: las maniobras de B para que permanezca en Torino sin promoción podrían ser reprimidas por el art. 1359. Aquí el remedio-sanción se justifica porque la ausencia de la condición neutraliza ciertamente el riesgo contra el que se introduce la condición, pero endosando un grave costo a la parte protegida por el condicionamiento. Es verdad que a este punto A, probablemente, no tendría interés en la resolución inducida por la ficción de verificación, y preferiría mantener el contrato. Si es así, puede renunciar a la ficción de verificación, en la lógica de las condiciones unilaterales; y además puede pedir el resarcimiento del daño. Pero si por cualquier razón hubiera perdido el interés en la casa de Torino, podría invocar la resolución ex art. 1359.

Otro límite a la operatividad del art. 1359 deriva de la regla, muy firme en jurisprudencia, por la cual *la norma no se aplica a las condiciones potestativas* (o a la dimensión potestativa de las condiciones mixtas): porque está en la lógica misma de la condición potestativa que verificación o ausencia dependen de la elección y de la consecuente iniciativa de la parte. En principio puede convenirse: pero sin excluir que el art. 1359 pueda invocarse también aquí, en los casos extremos en los que la potestad resulte ejercitada de manera evidentemente incorrecta y abusiva.

Condiciones potestativas

Un ulterior filtro es dado por ello, que la condición debe *faltar "por causa" imputable a la parte*. Ello evoca un razonable criterio de causalidad, que lleva a excluir la ficción de verificación cuando la parte haya operado ciertamente por la ausencia pero en modo causalmente no decisivo, y la condición no se habría verificado también sin su intervención.

Causalidad

Dentro del territorio circunscrito por estos criterios selectivos, el art. 1359 puede aplicarse con la misma amplitud, sin apriorísticas restricciones. Puede aplicarse a las condiciones *suspensivas* como a las *resolutorias*, a las expresadas *en positivo* como a las formuladas *en negativo*.

Puede aplicarse a las condiciones bilaterales como a las unilaterales: no parece tener ninguna justificación la tesis (alguna vez superficialmente enunciada en jurisprudencia) que limita el remedio a estas últimas. Esta tesis parte del *prejuicio que, en un contrato condicionado, una parte esté interesada en la verificación y la otra esté interesada en su ausencia*: y que sea posible identificar *ex ante*, de una vez por todas, cuál sea una y cuál sea la otra. Pero no es así.

Condiciones bilaterales y unilaterales

Dado un contrato condicionado, no existe *a priori* una sola parte identificable como la única portadora de un "interés contrario a la verificación". Según las circunstancias, tanto una como otra podrían inducirse a preferir —acaso por razones sobrevenidas después del contrato— que la suerte de los efectos contractuales sea la dictada por la no verificación de la condición. En el ejemplo de la venta de terreno condicionada a la entrega de la concesión edilicia (luego no entregada), la condición podría considerarse verificada tanto en el caso en

La parte con «interés contrario» a la verificación

que la no entrega dependa de la incorrecta maniobra del vendedor (que por motivos sobrevenidos está interesado en recuperar el terreno); como en el caso en el que resulte imputable al comprador (ya no interesado en la iniciativa edilicia, y, por lo tanto, al terreno). Naturalmente la parte lesionada por la ajena incorrección, y protegida por el art. 1359, valorará si los efectos de la ficción de verificación le convienen: si es así, la invocará; si no, renunciará, en la lógica de las condiciones unilaterales.

Con una razonable extensión de su dictado, la norma sobre la ficción de verificación de la condición incorrectamente faltante, puede justificar también una ficción de ausencia de la condición hecha incorrectamente verificar.

Ficción de
ausencia

Los criterios selectivos son los ya vistos: en particular, *coherencia o antagonismo de la verificación respecto al plan de intereses sometidos al condicionamiento*. Si la adquisición del terreno está condicionada a la entrega de la concesión, la no entrega inducida por las maniobras del vendedor desencadena la ficción de verificación a favor del comprador: análogamente, si la adquisición de un terreno ya "concesionado" está resolutoria-mente condicionada a la revocación de la concesión, y la revocación interviene por maniobra del vendedor, es razonable dar al comprador (que conserva un interés en el terreno) la posibilidad de tratar la situación como si la condición hubiera faltado.

El mismo
criterio
selectivo

Para que se desencadene la ficción, la causa de la impropia ausencia (o verificación) debe ser "imputable" a la parte. Según los supuestos de hecho, el título de la imputabilidad puede ser más o menos riguroso. A veces es necesario el *dolo*: son los casos en los que la conducta de la parte, relevante *ex art. 1359*, se identifica con una violación del deber de buena fe *ex art. 1358*. Otras veces bastará la *culpa*. Y no se excluye que la ficción pueda desencadenarse a título de imputabilidad objetiva, por *hechos no culposos* de la parte (siempre que se reconduzcan a su esfera de organización y control).

Imputabilidad
a la parte

15. LAS CONDICIONES LEGALES

Hasta aquí se ha considerado la denominada condición voluntaria (*condicio facti*): la introducida en el contrato por libre decisión de las partes. A esta suele contraponerse la denominada condición legal (*condicio iuris*): es decir, *el elemento al que una norma subordina la eficacia del contrato, que —aunque perfeccionado— es por ley ineficaz hasta la producción del elemento condicionante*.

Condición
voluntaria...

... y legal

Interés
protegido

La condición legal expresa un *interés externo al contrato, pero de alguna manera afectado por el contrato mismo*: por regla un interés público; con todo, un interés del cual se quiere garantizar la tutela prescindiendo de las determinaciones de las partes. El ejemplo típico se refiere a los contratos de los entes públicos. Celebrado el contrato entre el particular y el ente, este es vinculante para las partes (que no son libres de separarse), pero aún

Contratos de
los entes
públicos

no productor de efectos: estos se producirán solo si el contrato recibirá la autorización (o la aprobación, o el visto bueno) de la competente autoridad de control. De este modo se tutela el interés general a que contratos que comprometen las finanzas públicas no se conviertan en operantes antes de un superior examen de legitimidad y conveniencia.

Puede suceder que las partes reproduzcan en una cláusula contractual la previsión legal condicionante: si entre estas existe plena coincidencia, la norma absorbe la cláusula. Pero la cláusula podría decir algo más y diferente respecto a la norma (por ejemplo, "si el contrato será autorizado con voto unánime de la comisión de control"), y entonces tiene relevancia autónoma: en caso de autorización concedida solo por mayoría, la condición legal es realizada, pero la condición voluntaria está ausente, y el contrato permanece ineficaz.

Además, no es necesario confundir las condiciones legales, que *bloquean los efectos del contrato*, con otras previsiones de ley que *influyen diversamente sobre el contrato*. Sin expresa autorización administrativa, un cuadro de relevante valor histórico-artístico no puede ser exportado, y quien lo adquiriera para enviarlo al exterior arriesga hacer una adquisición inútil. Sin embargo, la autorización de la exportación no es *condicio iuris*: el contrato es eficaz aunque esta sea negada: simplemente, el comprador debe tener el cuadro en Italia. Podrá ser condición voluntaria, si las partes la deducen como tal.

La cuestión teórica más debatida es si la condición legal sea acumulable con la condición voluntaria dentro de una *categoría unitaria* que las comprenda a ambas; o si en cambio constituya *figura ajena* e irreducible a la condición de los arts. 1353 y ss. Tanto una como otra posición encuentran en doctrina soportes autorizados. Debe convenirse que las condiciones legales se sitúan en una esfera de fines e intereses diversa de la esfera de la autonomía privada, a la cual pertenecen las condiciones voluntarias; sin embargo, es verdad que, para realizar este diverso orden de fines e intereses, el legislador se vale de un mecanismo operativo ampliamente calcado del mecanismo condicional.

La principal cuestión práctica es si a las condiciones legales sea aplicable la disciplina de las condiciones voluntarias.

Ciertamente no se aplica la regla de la *renunciabilidad de la condición unilateral*: aunque los controles de legitimidad y conveniencia del contrato están, en definitiva, en interés del ente público contratante, este no puede escoger de considerar el contrato eficaz, incluso en ausencia de la previa autorización.

No tiene espacio la *ficción de verificación*. Aun cuando la ausente entrega de la autorización al contrato público dependa de maniobras de la parte contrainteressada o de negligencias de la parte desinteresada, no se puede "fingir" que la autorización exista y así hacer el contrato operativo, porque la ley quiere que sin autorización el contrato no opere. La parte dañada no tiene remedio en forma específica, sino solo por equivalente: el resarcimiento del daño.

Otras
previsiones
legales,
influyentes
sobre el
contrato

Relaciones
con la
condición
voluntaria

Reglas
aplicables

Responsabilidad por la ausencia

En qué medida, depende de como se reconstruya la vicisitud. Se puede decir que el art. 1359 está totalmente fuera de juego, y que el contrato queda por ello radicalmente ineficaz: la acción de la parte lesionada se funda entonces sobre el art. 1338, y su resarcimiento está parametrado al *interés negativo*. Pero se podría también decir que la inaplicabilidad del art. 1359 es solo parcial: en base a la norma, lo que no puede hacerse es llevar el contrato a ejecución; pero, al neto de ello, el contrato es hecho operante bajo todo otro perfil. Tendremos entonces un contrato operante, pero cuya actuación resulta imposible por causa imputable a la parte que ha impedido la entrega de la autorización: esta responde contractualmente *ex art. 1218*, y debe por ello el *daño positivo*.

Reglas aplicables

Finalmente, no existe dificultad en admitir que la condición legal opere retroactivamente, en los mismos límites en los que vale la *retroactividad* de la condición voluntaria.

Ratificación

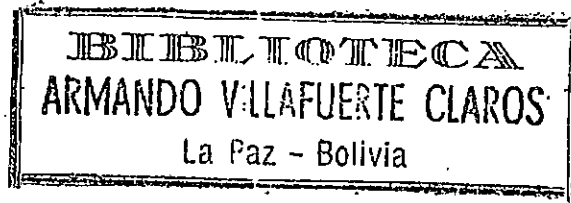
Parece opinable la acreditada teoría que asimila a la *condicio iuris* la ratificación del contrato celebrado por el representante sin poderes (12.10). La asimilación no es plena en el terreno normativo: la retroactividad real de la ratificación está excluida por el art. 1392², que salva los derechos de los terceros. En el plano conceptual, no puede excluirse que la eficacia del contrato ratificado remonta a un acto de autonomía privada, portador de intereses internos al contrato: estamos en una *dimensión que no es la típica de las condiciones legales*.

BIBLIOGRAFÍA

- 1-15. F. PECCENINI, *La condizione*, en *Contratti Cendon*, VIII, Torino, 2000, p. 51; G. PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, Milano, 2000; M. COSTANZA, *La condizione e gli altri elementi accidentali*, en *Trattato contratti Rescigno*, Torino, 1999, p. 811; G. GANDOLFI, *La "condizione" nel progetto pavese di un "codice europeo dei contratti"*, en *Rivista di diritto civile*, 1998; II, p. 287; G. AMADIO, *Atto dovuto ed evento condizionale*, en *Studium iuris*, 1998, p. 1084; M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, en el *Commentario Scialoja Branca*, al cuidado de F. Galgano, libro IV, arts. 1353-1361, Bologna-Roma, 1997, p. XV; D. CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, en *Rassegna di diritto civile*, 1996, p. 53; F. PECCENINI, *La condizione nei contratti*, Padova, 1996; G. LENER, *Gli interessi deducibili in condizione*, en *Il Foro italiano*, 1993, I, p. 3085; F. PECCENINI, *Gli elementi accidentali del contratto*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, Torino, 1991, III, p. 765; S. MAJORCA, *Condizione*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, III, Torino, 1988, *ad vocem*; A. FALZEA, *Condizione (diritto civile)*, en *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, VII, *ad vocem*; C. PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, en *Archivio civile*, 1986, p. 289; G. TATARANO, *Incertezza, autonomia privata e modello condizionale*, Napoli, 1976; A. MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976; A. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975; A. BELFIORE, *Pendenza condizionale e conflitti di titolarità*, en *Rivista di diritto civile*, 1971, p. 181; P. RESCIGNO, *Condizione*, en *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, *ad vocem*; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi*

- dell'atto giuridico, Milano, 1941; D. BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, Milano, 1935.
- 2-5. F. CASINI, *Risolutività e sospensività della condizione apposta al preliminare di permuta immobiliare?*, en *Giustizia civile*, 1996, I, p. 3274; S. BALZARETTI, *La condizione risolutiva tra mera e semplice potestatività*, en *Contratti*, 1995, p. 11; C. RADICE, *Impossibilità originaria della condizione*, en *Contratti*, 1993, p. 148; M. BOZZA, *Sul momento di valutazione dell'impossibilità della condizione*, en *Giustizia civile*, 1993, I, p. 2143; R. SCOGNAMIGLIO, *Sulla mancanza della condizione e la conseguente inefficacia del negozio*, en *Il Foro padano*, 1962, I, p. 253; F. MESSINEO, *Brevi note sulla condizione illecita o impossibile nella donazione*, en *Giurisprudenza italiana*, 1953, IV, p. 33.
 6. P. VITUCCI, *Condizione potestativa, atto di autonomia e finzione di avveramento*, en *Rivista dell'arbitrato*, 1997, p. 134; A. BONOFILIO, *La condizione meramente potestativa*, en *Giustizia civile*, 1997, II, p. 125; A. BELFIORE, *Condizioni potestative e finzioni di avveramento*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1985, I, p. 613; P. STAZIONE, *Condizioni meramente potestative e situazioni creditorie*, en *Rassegna di diritto civile*, 1981, p. 732; P. FORCHIELLI, *Patto d'opzione e condizione potestativa*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1948, p. 796; F. FERRARA, *La condizione potestativa*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1931, I, p. 570.
 7. F. DE CRISTOFARO, *Sulla c.d. condizione di adempimento*, en *Corriere giuridico*, 1997, p. 1102; R. LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela - L'adempimento dedotto in condizione*, Milano, 1996; G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996; A. IANNACCONE, *L'adempimento dedotto in condizione*, en *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, p. 329; R. CALVO, *Deducibilità dell'adempimento in condizione e autonomia negoziale*, en *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, 1, p. 901; R. FUSCO, *L'adempimento come condizione del contratto*, en *Vita notarile*, 1983, I, p. 304.
 9. F. BESOZZI, *Rinuncia alla condizione unilaterale*, en *Contratti*, 2000, p. 13; C. SETTESOLDI, *Note in tema di condizione unilaterale*, en *Rassegna di diritto civile*, 1999, p. 406; F. ROSSI, *Condizione unilaterale ed opzione: la S.C. non riconosce una sua creatura?*, en *Giustizia civile*, 1999, I, p. 2811; P. MAGGI, *Condizione unilaterale*, Napoli, 1998; M. BACIN, *La condizione unilaterale: un test dell'autonomia contrattuale*, en *Rivista di diritto civile*, 1998, II, p. 339; G. CRICENTI, *In tema di condizione unilaterale*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1997, I, p. 219; A. D'AMORE, *Osservazioni sulla condizione unilaterale*, en *Giustizia civile*, 1996, I, p. 2384; A. CIANNI, *Rinuncia alla condizione unilaterale*, en *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, p. 353; F. GAZZONI, *Condizione unilaterale e conflitti con i terzi*, en *Rivista del notariato*, 1994, p. 1195; G. SABBATO, *La condizione unilaterale*, en *Rassegna di diritto civile*, 1994, p. 832; V. CARBONE, *La condizione unilaterale tra dottrina e giurisprudenza*, en *Corriere giuridico*, 1993, p. 180; G. CATALANO, *La (pretesa) unilateralità della condizione tra allocazione dei rischi e regole del contratto*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1993, I, p. 657; R. VILLANI, *Condizione unilaterale e vincolo contrattuale*, en *Rivista di diritto civile*, 1975, I, p. 551.

10. G. TATARANO, *Retroattività (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, *ad vocem*; P. PELOSI, *La pretesa retroattività della condizione*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1968, p. 832.
- 11-13. A. BELFIORE, *Pendenza*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, 1982, *ad vocem*; L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Milano, 1975.
14. R. VARANO, *Contratto condizionato e requisiti del comportamento inattivo ex art. 1359 c.c.*, en *Notariato*, 2000, p. 439; P. VITUCCI, *Condicio est in obligatione: ex lege (sulla finzione di avveramento e la condizione potestativa)*, en *Rivista di diritto civile*, 1998, I, p. 9; F. LAPERTOSA, *La finzione di avveramento della condizione nella ipotesi di inerzia della parte avente interesse contrario alla sua verificaione*, en *Il Foro padano*, 1994, I, p. 196; F. PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, Padova, 1994; V. CARBONE, *La condizione unilaterale tra dottrina e giurisprudenza*, en *Corriere giuridico*, 1993, p. 180; E. ZERELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, en *Rassegna di diritto civile*, 1992, I, p. 328; A. BELFIORE, *Condizioni potestative e finzioni di avveramento*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1985, I, p. 613; A. DE CUPIS, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, en *Giurisprudenza italiana*, 1983, I, 1, p. 1720; M. COSTANZA, *Finzione di avveramento e condizione potestativa*, en *Giustizia civile*, 1983, I, p. 1528; A. FAVARO, *L'art. 1359 c.c. e la cosiddetta finzione di avveramento della condizione*, en *Il Foro padano*, 1980, I, p. 154; P. TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1966, p. 823.
15. G. BRUNO, *Condicio iuris*, en AA.VV., *I precedenti*, al cuidado de G. Alpa, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fundada por W. Bigiavi, I, Torino, 2000, p. 609; P. AVONDOLA, *Condizione legale e applicabilità dell'art. 1359 c.c.*, en *Contratti*, 1998, p. 553; F. GIORDANO, *Sulla condicio iuris: considerazioni in tema di risoluzione di un contratto preliminare di compravendita sospensivamente condizionato al rilascio di un provvedimento amministrativo*, en *Giustizia civile*, 1996, I, p. 2265; S. RUSSO, *Aspetti giuridici dell'approvazione dei contratti ad evidenza pubblica*, en *Rivista trimestrale degli appalti*, 1990, p. 893; R. SQUITIERI, *Conclusioni ed approvazione dei contratti nell'ambito dell'amministrazione dello stato*, en *Rivista della Corte dei Conti*, 1984, p. 1127; V. TORRENTE, *In tema di approvazione dei contratti della P.A.*, en *Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione - sezioni civili*, 1950, I, p. 642.



CAPÍTULO XXVIII

EL PLAZO

1. El plazo del contrato: inicial y final.— 2. Plazo y condición.— 3. El plazo inicial: contratos de ejecución diferida.— 4. El plazo final: opciones del legislador.— 5. Contratos de duración indeterminada.— 6. Contratos de plazo necesario: libertad y límites; ley y juez.— 7. El vencimiento del plazo final: renovaciones y prórrogas.— *Bibliografía.*

1. EL PLAZO DEL CONTRATO: INICIAL Y FINAL

El plazo es la indicación del tiempo en que se colocan los efectos del contrato.

El plazo inicial *indica el momento a partir del cual los efectos se producen*: su función es diferir la operatividad del contrato, que normalmente coincide con su celebración, a un momento más lejano. Por ejemplo, la locación, celebrada el 15 de marzo, tiene como plazo inicial el 1 de julio: ello significa que las prestaciones que forman objeto del contrato serán realizadas solo a partir de esta fecha.

Plazo Inicial

Sin embargo, aún antes del plazo las partes están vinculadas: el contrato ya tiene “fuerza de ley”, y estas no pueden sustraerse de su vínculo disolviéndolo o modificándolo. Es más, ellas tienen ya compromisos y remedios contractuales recíprocos: si antes del plazo inicial el locador pone en riesgo la futura actuación de la relación (por ejemplo, transforma la cosa locada), responde frente al conductor, que puede invocar la resolución y el resarcimiento *ex art. 1453*; como puede invocar la resolución *ex art. 1463*, si la actuación se vuelve imposible por causa no imputable (destrucción inculpable de la cosa locada).

Contrato vinculante también antes del plazo

El plazo inicial es compatible con la previsión de que algunos efectos contractuales se desencadenen: la locación corre desde el próximo 1 de julio, pero de inmediato el locador debe ejecutar ciertas mejoras de la cosa, acordadas con el conductor (más bien, debe terminarlas antes del 1 de julio).

El plazo inicial del contrato no debe confundirse con el plazo de cumplimiento de la obligación. Este último indica “el tiempo en que la prestación se debe cumplir” (art. 1183¹) y, por lo tanto, el momento en que el crédito se convierte en exigible: momento que puede no coincidir con aquel

Plazo de cumplimiento

en que el crédito surge por el advenimiento del plazo inicial del contrato. Por lo demás, las reglas sobre el plazo del cumplimiento valen también para los créditos y las obligaciones que no deriven de contrato (tanto es así que están dictadas en sede de disciplina de la obligación, y no del contrato: arts. 1183 y ss.).

Relevancia de la distinción

La distinción tiene importancia práctica sobre todo para determinar la *aplicabilidad de las reglas al contrato de ejecución diferida*: la retomaremos en esa sede (28.3).

Plazo final

El plazo final *indica el momento en que el contrato cesará de producir sus efectos*: su función es definir la medida cronológica del vínculo y del compromiso contractual. Por ejemplo, la locación celebrada el 15 de marzo y que corre desde el 1 de agosto (plazo inicial) cesará el 31 de diciembre del año siguiente (plazo final): vencido el plazo final, se extinguen derechos y obligaciones relativos a las prestaciones que definen el objeto del contrato, mientras que pueden sobrevivir los instrumentales al cierre de la relación (devolución de la cosa, restitución de la caución).

El plazo final puede indicarse con una fecha del calendario (30 de setiembre del 2005); o por reenvío a un hecho futuro *certus an pero incertus quando* (a la muerte de Tizio); o con la previsión de la duración del contrato (por ejemplo 3 años, 18 meses), que se entiende corran desde el momento en que el contrato produce sus efectos.

Duración del contrato

Duración del contrato es *el tiempo comprendido entre la producción y la cesación de los efectos contractuales*.

Campo de aplicación

El plazo opera predominantemente, sino casi exclusivamente, en el campo de los *contratos con efectos obligatorios*. Su aplicación a contratos *con efectos reales* no puede excluirse *a priori*, pero ciertamente presenta dificultades y problemas: más leves para el plazo inicial del efecto traslativo (cfr. en efecto el art. 1465²): ciertamente más graves para el plazo final (debiéndose hacer cuentas con cuestiones como la tipicidad de los derechos reales y la admisibilidad de una propiedad "temporal").

2. PLAZO Y CONDICIÓN

El plazo tiene algo en común con la condición. Ambos son *instrumentos de autonomía*: cláusulas negociadas libremente para influir sobre los efectos del contrato de manera conforme a los planes y a los intereses de las partes. En la lógica de la autonomía, las partes pueden insertarlas o no en el reglamento contractual: por ello son reconducidos, junto con el modo (18.9), a la categoría de los elementos "accidentales" (contrapuestos a los "esenciales") del contrato.

Elementos accidentales

Pero plazo y condición desenvuelven funciones diferentes, que imponen distinguirlos.

La distinción se funda en el criterio de la certeza/incertidumbre. La condición, ligada a un hecho incierto, crea incertidumbre absoluta sobre los efectos del contrato: no se sabe si estos se producirán o no, si permanecerán o no. En cambio *el plazo excluye toda incertidumbre* (se sabe de inmediato que los efectos se producirán en un cierto día, y/o cesarán desde un cierto día); o bien *crea una incertidumbre limitada*, que emplea no el "si" de los efectos (que seguramente se producirán o cesarán), sino solo el "cuando" de su producción o cesación: es plazo, y no condición, la cláusula que correlaciona los efectos del contrato a la muerte de una determinada persona.

Distinción:
criterio de la
certidumbre/
incertidumbre

Sin embargo, la "incertidumbre" es un concepto impreciso y relativo (27.4): ello hace difícil, en muchos casos, entender si los efectos están ligados a un plazo o a una condición. Una subcontrata establece que el subcomitente pague al subcontratista solo "si y cuando" haya a su vez recibido los pagos del comitente principal (cláusula denominada "*if and when*"). El evento es objetivamente incierto, pero no está dicho de que se trate de una condición: será tal solo si, indagando la voluntad de las partes, resulte que estas hayan querido celebrar un contrato aleatorio a todo riesgo del subcontratista. En cambio, si resulta que la economía del contrato excluye la asunción al subcontratista del riesgo de no ser pagado por el trabajo hecho, el "si y cuando" debe ser entendido como plazo (ciertamente en el *an*, aun cuando indeterminado en el *quando*: a la indeterminación podrá remediarse con una fijación judicial de plazo cierto *ex art. 1183¹⁻²*).

Dudas

Plazo y condición se alejan en el terreno de la posición sistemática, y de la lógica que inspira las respectivas disciplinas legales.

Mientras la condición recibe una disciplina orgánica en sede de parte general del contrato, *no existe una disciplina general del plazo* (o mejor, existe, pero se refiere al plazo del cumplimiento, no del contrato). Las normas sobre el plazo del contrato son casi exclusivamente normas sobre el plazo final, dispersas en la disciplina de los tipos contractuales singulares. Existe quizá un solo lugar en el que la disciplina del contrato en general evoca, si bien indirectamente, el plazo: allí donde da relevancia a la categoría de los contratos de ejecución diferida, que son contratos sometidos a plazo inicial (28.3).

Distinta
posición
sistemática

La disciplina legal de la condición se preocupa esencialmente de regular el mecanismo para garantizar su eficiente y correcta funcionalidad. En cambio la disciplina legal del plazo, allí donde fragmentariamente se expresa, es casi siempre *disciplina imperativa o prohibitiva, o a veces integradora de lagunas* del reglamento voluntario. Ella refleja una *tensión entre ley y autonomía privada*, que no se encuentra en la disciplina de la condición.

Distintas
finalidades de
la disciplina

Limitada
utilización de
las reglas de
la condición

Por esto se precisa de cautela frente a la idea de usar las normas de la condición para construir, en el silencio de la ley, un régimen general del plazo del contrato. Algunas reglas podrán ser transpuestas: por ejemplo, la de los actos conservativos en presencia de comportamientos que perjudican la utilidad de los futuros efectos contractuales. Otras ciertamente no, y en particular *no la regla de retroactividad*, incompatible con la función del plazo: ésta llevaría los efectos contractuales a una dimensión cronológica diversa de aquella que las partes, pactando el plazo, han querido precisamente asignarles.

3. EL PLAZO INICIAL: CONTRATOS DE EJECUCIÓN DIFERIDA

Perfiles de
relevancia

El establecimiento de un plazo inicial atrae al contrato a la clase de los contratos de ejecución diferida (que son contratos de ejecución instantánea, como tales contrapuestos a los contratos de duración: 24.4). La relevancia de la clase se expresa esencialmente en dos normas.

El art. 1465² se refiere solo a los *contratos con efectos reales*, y regula las consecuencias de la *imposibilidad sobrevenida de la prestación*, dependiente del perecimiento de la cosa, cuando “el efecto traslativo o constitutivo sea diferido al vencimiento de un plazo” (45.5).

El art. 1467¹ (en donde la categoría está explícitamente nombrada) coloca los contratos de ejecución diferida, junto con los de duración, en la categoría de los contratos a los que está reservado el remedio de la resolución por *excesiva onerosidad* (46.3).

Distinción
entre plazo
del contrato y
del
cumplimiento

Toma importancia aquí la distinción entre plazo del contrato y del cumplimiento. En efecto, las disciplinas evocadas se aplican solo en presencia de un plazo del contrato; no es suficiente que el contrato contenga un plazo para el cumplimiento de cualquier prestación en él prevista.

Criterio: valor
sustancial o
marginal de
la prestación
diferida

Sin embargo, la jurisprudencia precisa que para que se tenga contrato de ejecución diferida (sometido a plazo inicial) *no es necesario el diferimiento de todos los efectos contractuales*, es decir, de toda la prestación y de toda la contraprestación. Es suficiente que sea diferida *una de las dos prestaciones*: por ejemplo, la prestación traslativa del enajenante (como pensado por el art. 1465²), o también solo *una parte relevante de ella*. La calificación de contrato de ejecución diferida debe en cambio negarse, cuando el plazo difiere solo una parte marginal de la prestación.

A este mismo criterio de razonable empirismo puede en definitiva conducirse la distinción conceptual entre plazo del contrato y plazo del cumplimiento: el primero difiere al menos una parte sustancial de la prestación, el segundo difiere solo una parte marginal de la prestación.

Casos de
irrelevancia
de la
distinción

Por los demás, para fines prácticos no siempre es indispensable distinguir. La norma que admite en tutela revocatoria también “el crédito (...) sujeto (...) a plazo” (art. 2901)

comprende tanto el crédito aún bloqueado por un plazo del contrato, como aquel en el que aún no ha vencido el plazo de cumplimiento. Por definición, el preliminar es contrato de ejecución diferida: si no se ha determinado el plazo para la celebración del definitivo, la jurisprudencia admite que pueda ser fijado por el juez *ex art. 1183*: y cuenta poco saber si de esta manera se aplica directamente la disciplina del plazo de cumplimiento (de la obligación de celebrar el definitivo), o si, en cambio, la disciplina del plazo de cumplimiento se aplica por analogía al plazo del contrato.

4. EL PLAZO FINAL: OPCIONES DEL LEGISLADOR

El problema del plazo final se plantea esencialmente en los contratos de duración, es decir, de ejecución continuada o periódica (24.4).

Contratos de duración

El campo del plazo final de los contratos de duración es uno de aquellos en los que el legislador afirma gustosamente líneas de política legislativa, que a menudo se superponen a las elecciones de las partes: a veces subrogándolas, a veces contrastándolas.

Opciones legislativas

Una primera opción del legislador consiste en valorar *si puede admitirse un contrato de duración sin plazo*: si sí, puede tenerse un contrato de duración indeterminada (28.5); si no, se abren otras opciones.

Bajo el presupuesto de que el contrato deba tener un plazo, se abren al legislador otras dos opciones. Con una se valora *si en la fijación del plazo la autonomía privada pueda ser soberana, o en cambio deba someterse a límites*. La otra presupone que, en el campo de lo disponible, la autonomía privada no haya expresado ninguna elección, omitiendo dotar al contrato del necesario plazo final: y consiste en *elegir el instrumento de integración para colmar la laguna*: norma de ley o determinación judicial (28.6).

5. CONTRATOS DE DURACIÓN INDETERMINADA

Para algunos contratos de duración, la ley admite que el contrato *no contenga ningún plazo*: entonces éste es de duración indeterminada, y produce sus efectos indefinidamente, hasta que no sobrevenga una causa de cesación de los efectos mismos.

Tal causa puede ser, por ejemplo, una *resolución*, o una *separación unilateral*. Esta última es la causa típica de disolución del contrato de duración indeterminada: y es, por lo general, separación legal, porque es la ley la que la atribuye, aun en ausencia de previsión de las partes. Esta separación de liberación (24.8) responde a principios de orden público, por lo que las partes no puedan acordar excluirla.

Causas de extinción de los efectos

Variantes Sin embargo, pueden acordar variantes al esquema base: introducir sucesivamente un plazo, haciendo el contrato de duración determinada; o prever un plazo (en el curso del cual no se puede separar), estableciendo que al vencimiento, en caso de no declarar la intención de desvincularse, el contrato prosiga como de duración indeterminada (por tanto, con facultad de separación).

Contrato perpetuo Distinto del contrato de duración indeterminada es el contrato perpetuo: aquel caracterizado no por el simple dato negativo de la falta de plazo, sino por el dato positivo de la *precisa voluntad de las partes de vincularse para siempre* (y, por consiguiente, de excluir la facultad de separación). Un tal contrato es nulo, por el *principio de orden público por el que repugnan las autolimitaciones excesivas de la propia libertad*: salvo que la ley le asigne imperativamente un plazo (art. 1573); o que, por el mecanismo de la conversión (38.14), se convierta en contrato de duración indeterminada (con facultad de separación).

Nulidad

Contrato de trabajo En los casos considerados hasta aquí, la ley es políticamente neutral respecto al plazo: el contrato puede ser de duración determinada o indeterminada (salvo entonces la separación). En otros casos es políticamente hostil a la duración indeterminada, y exige un plazo final: lo veremos en el próximo apartado. Para un solo contrato —el contrato de trabajo— existe, por el contrario, una antigua *tradición de hostilidad política hacia el plazo*: la ley privilegia el contrato de trabajo de duración indeterminada, y circunscribe a casos limitados y tipificados la posibilidad de contratos de duración determinada (pero la evolución más reciente, valorando las exigencias de flexibilidad laboral, tiende a atenuar esta vieja hostilidad).

6. CONTRATOS DE PLAZO NECESARIO: LIBERTAD Y LÍMITES; LEY Y JUEZ

Para algunos tipos de contrato, la ley no tolera la duración indeterminada: exige que el contrato tenga un plazo.

Integración supletoria Cuando las partes no lo fijan, solo excepcionalmente debe concluirse por la nulidad del contrato. Es normal que —firme la validez del contrato— la laguna sea colmada por vía de integración supletoria. Es también normal que la ley no deje a las partes plena libertad de determinación del plazo, sino ponga límites inderogables: su eventual violación por obra de las partes activa mecanismos de integración imperativa.

... e imperativa

Los dos mecanismos integradores se combinan, por ejemplo, en el art. 2596. Este establece que el pacto de no competencia deba tener un plazo, y que este no exceda los 5 años (primer párrafo). Posteriormente establece (segundo párrafo) que si las partes indican un plazo superior éste se reduzca imperativamente a 5 años (integración imperativa); mientras si las partes no indican ningún plazo, vale el plazo de 5 años (integración supletoria, porque subroga una voluntad de las partes que habría podido disponer

diversamente, estableciendo un año, dos o tres, o cualquier otro plazo siempre que inferior a 5 años).

El plazo inderogable en el máximo indica que el legislador considera *social o económicamente dañosa una duración demasiado larga de la relación*.

Inderogabilidad
en el
máximo...

Otros casos: 30 años para la *locación* (art. 1574); 2 años para el *pacto de no competencia* del agente (art. 1751-*bis*); 3 o 5 para el del trabajador dependiente (art. 2125²).

El plazo inderogable en el mínimo expresa, al contrario, un juicio *de rechazo a las relaciones demasiado breves*. Por ejemplo: la *locación de inmuebles no habitacionales* no puede tener un plazo inferior a 6 o 9 años (art. 27¹⁻³ Ley 392/1978; los mismos plazos se aplican en vía de integración supletoria).

... y en el
mínimo

Aún más: no puede ser inferior de 15 años el plazo del *alquiler a un cultivador directo* (art. 1² Ley 203/1982). Un modelo singular es ofrecido por la disciplina de las *locaciones habitacionales*: en línea de principio vale el plazo mínimo inderogable de 4 años; se puede derogar, solo si el contrato se conforma a contratos tipo negociados en sede local por las organizaciones de los propietarios edificios y de los conductores (art. 3¹⁻³ Ley 431/1998).

La integración del reglamento contractual en cuanto al plazo normalmente se cumple en vía legal. Más raramente sigue la vía judicial: si las partes no fijan el plazo del *mutuo*, lo dispone el juez (art. 1817); siempre al juez corresponde determinar en concreto el plazo máximo del *pacto de no enajenar*, que la ley (art. 1379) quiere contener dentro de "convenientes límites de tiempo" (25.7).

Integración
judicial

Cuando la voluntad de las partes no esté vinculada a un plazo máximo, el plazo acordado entre ellas puede ser también muy largo. Sin embargo, si es *exageradamente* largo (por ejemplo, hasta el 31 de diciembre del 2222; por toda la vida de la parte), el contrato se considera sin plazo. Según los casos, podrá entonces considerarse *de duración indeterminada*, y por lo tanto sometido a la separación de liberación de la parte (cfr. art. 2285¹, en tema de sociedad). O bien considerarse un contrato *perpetuo*: y en consecuencia nulo, o en cambio salvarse de la nulidad recibiendo un plazo más razonable en vía de integración. Un plazo muy largo es tolerado (más bien, considerado normal) en los contratos constitutivos de ciertos derechos reales: por ejemplo, contrato constitutivo de superficie por 99 años.

Longitud del
plazo...

... asimilable
por ausencia
de plazo

Las *locaciones inmobiliarias mayores a los nueve años* deben hacerse *por escrito* bajo pena de nulidad (art. 1350, inc. 8); y están sometidas a *inscripción* (art. 2643, inc. 8). Aquí la medida del plazo pacticio incide sobre el régimen de circulación del bien deducido en el contrato, así como sobre la validez de este (indirectamente, por el *medium* de una regla de forma). En suma: en relación a su plazo, el mismo tipo de contrato recibe dos disciplinas significativamente distintas.

Plazo, y
régimen de
circulación y
validez

7. EL VENCIMIENTO DEL PLAZO FINAL: RENOVACIONES Y PRÓRROGAS

Vencimiento

Al vencimiento del plazo final, el contrato se dice "vencido". Normalmente, el contrato vencido debería *cesar la producción de sus efectos*; el vínculo contractual debería disolverse.

Renovación o prórroga

Pero a menudo, no es así. No es así cuando el contrato, al vencimiento, experimente renovación o prórroga (los términos son sustancialmente sinónimos): el contrato renovado o prorrogado *continúa produciendo sus efectos* aún después del vencimiento del plazo.

La materia de las prórrogas está variadamente gobernada por la ley y por la voluntad de las partes.

Prórroga legal

A veces es la ley la que dispone que al vencimiento el contrato sea prorrogado (prórroga legal).

Puede hacerlo con *norma imperativa*, que no deja espacio a la diversa voluntad de las partes. Por ejemplo, salvo algunos casos taxativamente definidos, después del primer vencimiento la locación es renovada *ope legis* por una duración igual al plazo mínimo (art. 3¹ Ley 431/1998 para las locaciones habitacionales; art. 28² Ley 392/1978 para las locaciones no habitacionales): la esencia es la de un plazo mínimo inderogable, igual al doble de aquel formalmente indicado. Otras veces la regla es más *amiga de la autonomía privada*: el contrato es renovado *ex lege* solo si no se da la oportuna despedida, o si tras el vencimiento las partes continúan ejecutándolo. Así, respectivamente, para el alquiler a un cultivador directo (que continúa por una duración igual al plazo mínimo, *ex art. 4¹ Ley 203/1982*); y para la agencia (que continúa por duración indeterminada, *ex art. 1750¹*).

Prórroga convencional

Fuera de los supuestos de hecho de prórroga legal, las partes pueden convenir prórrogas convencionales. Por lo general se establece que, al vencimiento, el contrato se considera renovado o prorrogado si no ha intervenido una preventiva despedida (de la que se precisan formas y plazos de caducidad); y se indica la duración de la renovación.

... salvo despedida

En el lenguaje de las cláusulas, a menudo se dice que a falta de despedida el contrato será renovado "tácitamente": fórmula impropia, porque teniendo la renovación fuente en la explícita previsión pactada, ella merece calificarse como "expresa".

Renovación tácita

De renovación tácita puede propiamente hablarse cuando el contrato no contenga alguna cláusula de renovación al vencimiento, y la voluntad de las partes de renovarlo se infiera de *comportamientos concluyentes* (por ejemplo, el hecho de que las partes, incluso después del vencimiento, continúen ejecutándolo). Si se quiere evitar el riesgo de que, sobre estas bases, el contrato pueda considerarse tácitamente prorrogado, conviene insertar una cláusula de exclusión de la renovación tácita: la cual mencione que la renovación podrá resultar solo de una manifestación de voluntad expresa y formalizada.

Separación y despedida

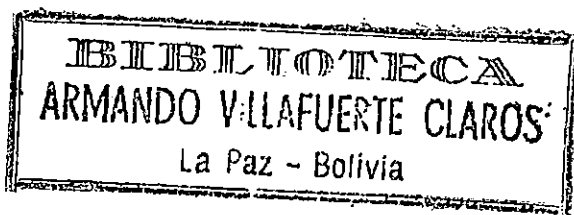
La despedida se distingue conceptualmente de la separación. La separación *disuelve un contrato aún en curso* (sin plazo, o con un plazo aún no

vencido). La despedida interviene sobre un *contrato vencido, del cual impide su prórroga*. En el plano práctico, la diferencia se atenúa: en ambos casos el acto unilateral de la parte impide la prosecución de los efectos contractuales.

BIBLIOGRAFÍA

- 1-7. G. ZUDDAS, *Il termine*, en *Contratti Cendon*, VII, Torino, p. 125; M. COSTANZA, *La condizione e gli altri elementi accidentali*, en *Trattato contratti Rescigno*, Torino, 1999, p. 881; F. PECCENINI, *Gli elementi accidentali*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, Torino, 1999; B. GRASSO, *Termine (diritto civile)*, en *Enciclopedia giuridica*, XXXI, Roma, 1994, *ad vocem*; A. DI MAJO, *Termine (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, *ad vocem*; F. PECCENINI, *Gli elementi accidentali del contratto*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, III, Torino, 1991, p. 765; G. SCALFI, *Condizione, dies incertus o termine all'esercizio del diritto di proroga – Considerazioni sulla non assicurabilità contro gli infortuni, dell'ultrasettantenne*, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1988, p. 83; E. RUSSO, *Brevi note sull'apposizione del termine nel contratto preliminare*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1981, p. 944; E. SARACINI, *Il termine e le sue funzioni*, Milano, 1979; E. RUSSO, *Il termine nel negozio giuridico*, Milano, 1973; V. TRIMARCHI, *Termine (diritto civile)*, en *Novissimo digesto italiano*, XIX, Milano, 1973, *ad vocem*; A. DI MAJO, *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, Milano, 1972; L. ASSANTI, *Il termine finale nel contratto di lavoro*, Milano, 1958.

11/10/1914
11/10/1914
11/10/1914



CAPÍTULO XXIX

EL CONTRATO PRELIMINAR

1. El contrato preliminar: noción y función.— 2. Requisitos y ámbito de aplicación.— 3. Las variantes: preliminar unilateral; preliminar de ejecución anticipada.— 4. La causa del definitivo y las relaciones definitivo-preliminar.— 5. El preliminar afectado por vicios y circunstancias sobrevenidas: remedios de destrucción.— 6. *Sigue*: remedios de adecuación.— 7. Los remedios planteables tras la celebración del definitivo.— 8. El incumplimiento del preliminar y la sentencia constitutiva: presupuestos.— 9. Ámbitos de aplicación del art. 2932.— 10. Naturaleza y régimen de la sentencia constitutiva.— 11. La inscripción del preliminar: actos que se pueden inscribir.— 12. El efecto de “reservación de prioridad” de la inscripción y sus presupuestos. La tutela de los créditos.— *Bibliografía*.

1. EL CONTRATO PRELIMINAR: NOCIÓN Y FUNCIÓN

El contrato preliminar es el contrato que *obliga a las partes a celebrar en un futuro un determinado contrato (contrato definitivo)*.

Contrato preliminar

A y B celebran un *preliminar de venta* de un bien: este no produce los efectos de la venta, y en particular no transfiere el bien; sino que obliga a las partes a celebrar (por ejemplo, dentro de 6 meses) el contrato definitivo de venta; solo con la celebración de este se producirá el efecto traslativo, típico de la venta. Las partes del preliminar de venta, por lo tanto, *no venden y no compran*, sino que *se prometen recíprocamente vender y comprar*. Estas se denominan, comúnmente, “promitente vendedor” y “promisario comprador”. Y el contrato preliminar se llama, en la práctica, “compromiso”.

El dato esencial de la figura es que ella realiza un desfase de los efectos contractuales: *primero* los efectos (obligatorios) del preliminar, y *solo después* los efectos (eventualmente reales) del definitivo. La función del preliminar se identifica entendiendo las *exigencias* y los *intereses* que tal voluntario desfase apunta a satisfacer.

Desfase de los efectos contractuales

La función dominante es una función de control sobre la conformidad del bien o de la prestación al programa contractual. En efecto, la escisión

Funciones

Control sobre
la calidad de
la prestación
programada

preliminar-definitivo da a las partes (y particularmente a la parte destinataria del bien o de la prestación típica inferida del contrato) un intervalo de tiempo para controlar que el bien no presente vicios materiales o jurídicos inesperados, que la prestación no sea afectada por circunstancias sobrevenidas incompatibles con su regular cumplimiento o con la regularidad del intercambio, etc. Cuando tal control descubra tales vicios o circunstancias sobrevenidas, la parte perjudicada rechazará llevar a cumplimiento la operación prefigurada con el preliminar, negándose a la celebración del definitivo.

No vale objetar que la exigencia podría satisfacerse simplemente difiriendo el contrato al resultado del control, a desarrollar antes de su celebración: reenviando la constitución del vínculo se correría el riesgo de perder el negocio (si durante el control la contraparte contrata con otros), mientras que el preliminar permite desde ya sujetarlo.

Ni siquiera vale objetar que aunque vicios o circunstancias sobrevenidas negativas se manifestaran después de la celebración de un contrato plenamente productor de todos sus efectos, la parte perjudicada tendría remedios (garantías, resoluciones, resarcimientos): la réplica es que, para activarlos, la parte debería asumirse el papel de actor en un juicio que sería su carga iniciar; es preferible la posición de la parte que se limita a rechazar la celebración del definitivo, exponiéndose sólo eventualmente —y en la más relajante condición de demandado— a la iniciativa judicial que correspondería a la contraparte desplegar.

Otras
exigencias e
intereses

El preliminar puede servir a exigencias e intereses ulteriores. Por ejemplo, si quien quiere comprar no tiene actualmente los fondos para el pago del precio, y quien quiere vender no pretende privarse de la propiedad antes de haber recibido la retribución íntegra, celebrar de inmediato el preliminar reenviando el definitivo al momento en que el promisorio comprador tendrá el dinero necesario satisface a ambas partes: da a cada una la seguridad de que la contraparte está vinculada al negocio, y además da al promitente vendedor la garantía representada por el mantenimiento interino de la propiedad.

Contrato
preliminar...

... y
consentimiento
traslativo

La escisión preliminar-definitivo reproduce, en un cierto sentido, la escisión entre *titulus* y *modus* de la transferencia y adquisición de los derechos, que es regla en el sistema germánico, y que los sistemas latinos desconocen por el opuesto principio del consentimiento inmediatamente traslativo. Ello explica por qué el valor y las potencialidades del mecanismo (es decir, la secuencia preliminar-definitivo) se aprecian más plenamente en los sistemas latinos.

Francia

Estos, sin embargo, tienen al respecto comportamientos diversos. El Código Civil francés parece excluir, en nombre de un principio del consentimiento traslativo asumido como inderogable, la posibilidad de realizar la escisión ("*La promesse de vente vaut vente*" cita su art. 1589): y así obliga a la praxis y a los intérpretes a recorrer vías transversales para satisfacer las exigencias a las cuales la escisión es funcional. El Derecho italiano es, bajo este perfil, más liberal y respetuoso de la autonomía privada: recibe el principio del consentimiento traslativo; pero admite que las partes puedan organizar sus operaciones de manera no conforme, y ofrece el instrumento *ad hoc*.

El contrato preliminar está previsto y regulado por nuestro código. Sin embargo, no de forma directa; y no con una disciplina orgánica. La figura se da como por descontada; se le dedican normas esparcidas aquí y allá, para regular singulares perfiles: la *forma* (art. 1351); un específico *remedio contra el incumplimiento* (art. 2932); por último la *inscripción* (art. 2645-bis).

La disciplina

2. REQUISITOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El contrato preliminar requiere, bajo pena de nulidad, la “misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo” (art. 1351): así, un preliminar de venta de un inmueble debe hacerse por escrito.

Forma

La regla es necesaria porque, como veremos, los efectos del definitivo pueden producirse aun sin la válida celebración de este, gracias a la sentencia constitutiva *ex art. 2932* (29.8): si se permitiera la celebración verbal del preliminar de venta inmobiliaria, la eventual activación del mecanismo coactivo produciría los efectos de la venta inmobiliaria en ausencia de un contrato escrito entre las partes.

Ratlo

El objeto inmediato del preliminar es la celebración del definitivo; pero en vía mediata este tiene por objeto *las mismas prestaciones deducidas en el definitivo*. Por lo tanto, objeto del preliminar de venta no es simplemente la “prestación” consistente en acercarse un cierto día ante el notario para firmar el acto definitivo de transferencia; más bien es, sin duda, la prestación traslativa prefigurada a cargo del promitente vendedor (y la prestación pecuniaria prefigurada a cargo del promisorio comprador). Por lo tanto, imposibilidad e ilicitud de las prestaciones indicadas como objeto del definitivo determinan, al mismo tiempo, imposibilidad e ilicitud del objeto del preliminar.

Objeto del preliminar

El objeto del preliminar debe ser determinado o determinable, en base a los mismos criterios que valen generalmente para cualquier contrato.

Determinabilidad

Algunas máximas de jurisprudencia hablan de una atenuación del requisito, como si con el preliminar se pudiera conformar con un grado de determinación o determinabilidad inferior al mínimo requerido para el definitivo. La idea (de la que se duda si opera como verdadera *ratio decidendi* de los pronunciamientos que la evocan) no se puede compartir. Es verdad, en línea de hecho, que normalmente el definitivo es más “completo” que el preliminar que lo precede: función de la figura es también dar a las partes más tiempo para enriquecer de cláusulas el texto final de un contrato al que, en líneas esenciales, se quiere dar rápidamente fuerza de vínculo jurídico. Pero ello no quita que ya las líneas esenciales del preliminar deban plenamente responder a los requisitos del art. 1346.

La causa del preliminar es *la misma del definitivo*, a la cual el preliminar apunta: un preliminar de venta tiene como causa, fundamentalmente, el interés de las partes de intercambiar bien contra precio; un preliminar de

Causa del preliminar

fianza el interés al reforzamiento del crédito ajeno (que podrá ulteriormente calificarse en razón, por ejemplo, de las relaciones entre fiador y deudor principal); etc. El hecho de que el preliminar aún no haga jurídicamente actual el intercambio o el compromiso de garantía de por sí no transforma la causa: no más de cuanto, al menos, la causa de un contrato sea transformada por la condición suspensiva a la que acceda.

Figuras
límitrofes

El contrato preliminar debe ser distinguido de otras figuras que emergen en el área de la preparación del contrato. Se distingue de las *minutas* que documentan acuerdos parciales, y de las *cartas de intención*: estas implican la no acontecida celebración del contrato, y están protegidas por remedios no contractuales; en cambio el preliminar es un contrato celebrado, al que se aplican remedios contractuales. Hay que distinguirlo del contrato al cual accede un *acuerdo de reproducción* en otra forma: este es un contrato ya definitivo, e inmediatamente productor de los efectos. Se distingue de la *opción*. El deber de contratar, que deriva del preliminar, debe luego confrontarse con el *deber de negociar* (ó *renegociar*), que puede surgir en relación a ciertas eventualidades de una relación contractual en curso (47.6-7).

Preliminar y
definitivo

Interpretación

Finalmente, es obvio que el contrato preliminar se distingue del correspondiente contrato definitivo. La distinción, inherente a la misma noción de contrato preliminar, es conceptualmente clara. En la práctica puede crear dudas: no siempre es de evidencia inmediata si un determinado contrato sea sólo preliminar o ya definitivo. Es cuestión de interpretación, y por lo tanto, en primer lugar de *reconstrucción de la voluntad de las partes*: para tal fin, no puede atribuirse valor dirimente ni a las palabras usadas para las partes ("vendedor" en lugar de "promitente vendedor"), ni a la circunstancia de que el contrato ya produzca anticipadamente algunos efectos que serían propios del definitivo, como la entrega de la cosa o el pago (de parte) del precio (concorre en tal caso la figura del preliminar con efectos anticipados, que es siempre un preliminar y no un definitivo: 29.3).

Un prejuicio a favor del definitivo no puede deducirse del principio de conservación, casi como que este privilegie la interpretación con efectos mayores respecto a aquella con efectos menores (20.9).

Campo de
aplicación

El campo de empleo privilegiado del preliminar es el de los *contratos traslativos o con otros efectos reales* (por ejemplo, constitución de usufructo, superficie o servidumbre): es respecto a ellos que se resalta la función de escindir constitución del vínculo obligatorio y producción del efecto traslativo. No obstante, se pueden concebir y practicar aplicaciones de la figura también en relación a otras categorías de contratos (y en particular en los contratos con efectos obligatorios).

El preliminar puede aplicarse a *variantes obligatorias de contratos normalmente con efectos reales inmediatos*: venta de cosa futura o de cosa ajena (en donde la función es, comúnmente, reenviar el definitivo al momento en el que la cosa será producida, o cuando el bien pase a ser del promitente vendedor); venta con reserva de propiedad.

Puede aplicarse a *contratos con efectos obligatorios*: la praxis conoce preliminares de locación, contrata, fianza y trabajo.

Puede aplicarse a *contratos asociativos*: la praxis conoce preliminares de sociedad y de consorcio.

Se debate la configurabilidad del preliminar de contratos reales. Quien la niega plantea la alternativa: o a la celebración del contrato existe entrega de la cosa, y entonces, produciéndose todos sus efectos, el contrato ya es definitivo; o bien no existe entrega, y entonces el contrato es nulo *ex art. 1351*. El razonamiento olvida que bajo determinadas condiciones (sustancialmente coincidentes con la onerosidad del contrato) pueden admitirse *variantes consensuales* de los contratos típicamente reales (6.9).

Casos
debatidos
Contratos
reales

Por lo tanto, se puede concebir que, sin ninguna entrega, se asuma válidamente el compromiso contractual de dar una suma en mutuo, de recibir una cosa en depósito, etc. Lo que es discutible es si la sucesiva erogación de la suma mutuada o la sucesiva dación/recepción de la cosa a custodiar valgan como celebración del contrato definitivo (y real) de mutuo o depósito, de las cuales el precedente contrato era el preliminar; o si en cambio valgan como ejecución del precedente contrato (consensual), a considerarse ya definitivo. Se inclinan en el primer sentido las fórmulas de la praxis bancaria, que usan disociar el "contrato preliminar de mutuo" del sucesivo "acto definitivo de erogación de mutuo".

Otra área problemática es la de la donación. Jurisprudencia y parte de la doctrina niegan la admisibilidad del preliminar de donación, por incompatibilidad entre el *espíritu de liberalidad*, esencial al tipo del definitivo, y la naturaleza de *acto debido* que este asumiría a la luz del preliminar. Para otra doctrina no existe razón para desconocer la validez del contrato con el cual A promete a B donarle en el futuro un bien: si es hecho por un espíritu de liberalidad y en forma pública, el contrato es una válida donación, que tiene por objeto no la transferencia del bien, sino la obligación (como expresamente establece el art. 769) de transferirlo; el sucesivo acto de transferencia no es definitivo de donación, sino *acto ejecutivo de la obligación precedentemente donada*. La tesis es aceptable: pero implica que no exista ningún preliminar de donación.

Donación

Algunos pronunciamientos niegan la admisibilidad del preliminar de preliminar, bajo el perfil de inutilidad y consiguiente ausencia de causa. Pero el juicio sobre la utilidad debería ser dejado a las partes, que si hacen un preliminar de preliminar se presume que exista un interés: si el interés es merecedor de tutela, el contrato tiene causa lícita. Otro discurso es si a este son aplicables todas las normas sobre el preliminar (parece a excluir, por ejemplo, la posibilidad de su inscripción).

Preliminar de
preliminar

3. LAS VARIANTES: PRELIMINAR UNILATERAL; PRELIMINAR DE EJECUCIÓN ANTICIPADA

El esquema del contrato preliminar puede combinarse con otros particulares esquemas contractuales, dando lugar a variantes de la figura base.

Contrato a favor de tercero

Puede combinarse con el esquema del contrato a favor de tercero. Ello puede suceder en modos diversos, que dan lugar en realidad a dos diversas combinaciones. Una es el *contrato preliminar a favor de tercero*: A y B estipulan que B está obligado a celebrar el definitivo con X; nace el deber del promitente B de contratar con X, el cual adquiere de inmediato el derecho (pero no la obligación) de contratar con B. La otra es el *preliminar de contrato a favor de tercero*: A y B se obligan entre sí a hacer un contrato definitivo, que establece la prestación de B a favor de X; X adquirirá el derecho a la prestación solo por efecto del definitivo (cuya no celebración, en violación del preliminar, da acción solo a A y no a X).

Contrato para persona por nombrar

Puede combinarse con el esquema del contrato para persona por nombrar, dando lugar también aquí a dos subesquemas. Contrato *preliminar para persona por nombrar*: el tercer nombrado subentra en el derecho/deber en el contrato definitivo. Y *preliminar de contrato para persona por nombrar*: las mismas partes originarias celebran el definitivo, que producirá la cláusula "para persona por nombrar"; y el nombrado subentrará en la relación creada por el definitivo. En la praxis, la cláusula del preliminar establece comúnmente que el tercero podrá ser nombrado "hasta el momento de la celebración del definitivo".

Preliminar unilateral

Puede combinarse con el esquema del contrato unilateral (con obligaciones de una sola parte), dando lugar a la figura del preliminar unilateral. Esta se presenta cuando el deber de celebrar el definitivo es asumido no en vía recíproca por cada contratante respecto al otro (como en el normal esquema del preliminar bilateral), sino por uno solo de los dos respecto al otro, de modo que este último tiene derecho al contrato pero no el deber de contratar.

Función

La función del preliminar unilateral es diferente de la del preliminar bilateral: dar al beneficiario el poder exclusivo de decidir sobre la celebración del definitivo, y así permitirle aprovechar las variaciones de los términos de conveniencia del negocio, que se registren después del preliminar.

Causa

Mientras el preliminar bilateral tiene una típica causa de intercambio jurídico (obligación contra obligación), para el preliminar unilateral el discurso es más variado: puede tener también causa de *intercambio jurídico* (se prevé una retribución a favor de quien se obliga a contratar); o de *intercambio empírico* (si quien se obliga lo hace en vista de alguna ventaja o interés extracontractual); o finalmente causa puramente *liberal*. En el primer caso es un contrato bilateral; en el segundo es un contrato unilateral, que se forma según el esquema de la oferta no rechazada *ex art. 1333*; en el tercero arriesga ser una donación.

Preliminar unilateral y opción: diferencias

La función indicada como típica del preliminar unilateral sustancialmente coincide con aquella de la opción: y en efecto es difundida la idea que las dos figuras coinciden. En realidad, la comparación exhibe diferencias significativas.

La principal se refiere al *modo para llegar al contrato-objetivo*. El opcionario tiene el poder de constituir el contrato final *mediante negocio unilateral*, con la declaración de ejercicio de la opción. En cambio en el preliminar unilateral el contrato definitivo se constituye *mediante negocio bilateral* (si el promitente cumple el deber de celebrar el definitivo); o *por vía judicial*, si —incumplido ese deber— el promisorio solicita el remedio en forma específica del art. 2932.

Otra diferencia es que la posición del promitente en el preliminar unilateral es de *deber*, mientras la del oponente es de *sujeción*: la primera implica deberes más amplios e intensos, en vista del contrato definitivo y de las utilidades que el promisorio espera.

En cuanto al régimen de *oponibilidad a los terceros*, el preliminar (unilateral) ahora se puede inscribir (29.11), mientras la tesis tradicional excluye la posibilidad de inscripción de la opción.

La autonomía privada puede combinar preliminar y opción. No se duda de la admisibilidad de una *opción de preliminar*, y también de un *preliminar de opción*. Suscita algunas perplejidades la hipótesis que al combinarse con la opción sea un preliminar unilateral.

Otra notable variante de la figura base es el preliminar de ejecución anticipada, o con efectos anticipados. La figura se presenta cuando se conviene que algunos efectos del definitivo se produzcan (que algunas de las prestaciones en él deducidas se ejecuten) aun antes de su celebración. En los preliminares de venta, por ejemplo, es frecuente que el promisorio adquirente obtenga la *entrega inmediata del bien*; y en cambio pague al promitente vendedor *parte del precio* o, incluso, todo el precio. El preliminar de ejecución anticipada plantea esencialmente dos problemas.

Preliminar y
ejecución
anticipada

Un problema es: ¿hasta qué punto las prestaciones o los efectos pueden ser anticipados, sin que el “preliminar” pierda su naturaleza? En un preliminar de venta se puede anticipar la entrega de la cosa; se puede anticipar el pago integral del precio; lo que no puede anticiparse es la *transferencia de la propiedad*, porque en tal caso la secuencia preliminar-definitivo, que es la esencia de la figura, perdería todo sentido.

Límites de la
anticipación

Coherentemente, la jurisprudencia indica en la colocación temporal del efecto traslativo el criterio príncipe para calificar el contrato como preliminar o definitivo: si resulta que el efecto traslativo es inmediato, el contrato ya es definitivo, y el sucesivo contrato al que las partes se comprometen realizará solo su reproducción o repetición en otra forma.

Otro problema se refiere a la naturaleza del definitivo, a la luz del hecho de que parte de sus prestaciones típicas se han consumado antes del mismo: no quedando ya nada del precio por pagar (porque ya está pagado totalmente), ¿cuál causa sostiene un definitivo que se limite a transferir la propiedad del promitente vendedor al promisorio comprador, el cual no da nada a cambio? Es evidente que una causa existe, que la transferencia tiene

Campo del
definitivo

una razón justificadora: reconocida en el intercambio con el precio ya pagado (*causa praeterita*), o en el cumplimiento de la obligación de transferir, creada por el preliminar (*causa solvendi*).

La observación nos introduce al discurso sobre la causa del definitivo.

4. LA CAUSA DEL DEFINITIVO Y LAS RELACIONES DEFINITIVO-PRELIMINAR

Doble causa del definitivo

Actuación del preliminar (dependencia)

Razón propia (autonomía)

En general, puede decirse que el definitivo tiene una doble naturaleza, y más precisamente está caracterizado por una duplicidad de la causa. Por un lado tiene *causa solvendi*: las partes lo celebran para cumplir el deber asumido con el preliminar. Pero al mismo tiempo tiene causa propia: las partes lo celebran para intercambiar bien contra precio. Si se da predominancia al primer elemento causal, se valora la pertenencia del definitivo a la secuencia preliminar-definitivo, y por lo tanto su dependencia del preliminar. En cambio si se apunta al segundo elemento causal, se valora la autonomía del definitivo del preliminar.

Ambivalencias y problemas

El preliminar y el definitivo son dos *contratos distintos, y separados en el tiempo*; pero son también dos *contratos vinculados entre sí en una secuencia concebida como operación unitaria*. Esta ambivalencia abre una gran cantidad de problemas, resumibles en las preguntas: ¿hasta qué punto los regímenes del preliminar y del definitivo deben basarse en la autonomía del uno respecto del otro? ¿Hasta qué punto deben, en cambio, basarse en la interdependencia entre el uno y el otro?

Divergencia entre definitivo y preliminar

Exclusión de los criterios radicales

Valoración caso por caso

Un importante problema surge en los casos de divergencia de contenidos entre los dos contratos: ¿prevalecen las previsiones del preliminar, o las diversas previsiones del definitivo? Se excluyen las soluciones prejudicialmente extremas: tanto la de la *intangibilidad del preliminar por obra del definitivo*, que daría siempre predominancia al primero; como la tesis opuesta de la *absorción del preliminar en el definitivo*, que daría siempre predominancia a este último. Se trata de valorar caso por caso, reconstruyendo la voluntad de las partes y el sentido de la operación. De primera se dará peso a lo que resulte del definitivo: pero recordando que el preliminar ofrece elementos preciosos para interpretarlo.

Supuestos de hecho

Y entonces, si el definitivo regula un punto descuidado del todo por el preliminar, no existe razón para negar valor a la nueva previsión del definitivo. Si el definitivo regula diversamente un punto ya regulado por el preliminar, de primera podrá pensarse que las partes hayan concordado la modificación, que por ello debe valer: pero queda abierta la posibilidad de la prueba de que la variación en sede de definitivo es en realidad un error de imprenta, ya que las partes entendían atenerse a la previsión del preliminar.

Las mayores incertidumbres surgen cuando el definitivo no repite una previsión del preliminar: según los casos, podrá concluirse que la omisión implica voluntad de las partes de hacer caer la previsión, ya no más fuente de derechos y obligaciones de las partes; o que, al contrario, las partes no tenían ninguna intención de cancelar derechos y obligaciones escritos en el preliminar, aunque no repetidos en el definitivo.

Otro problema se refiere a la incapacidad para obrar de un contratante, sobrevenida después de la celebración del preliminar: ¿el definitivo celebrado por el contratante incapaz es anulable? Aquí la respuesta debe valorar la interdependencia entre los dos contratos: el definitivo es válido porque es acto debido con base en el preliminar, como tal insensible a la incapacidad de quien, celebrándolo, cumple (cfr. art. 1191). La respuesta vale solo en los límites en los cuales el definitivo sea acto necesario para el preliminar: por lo tanto, no en donde modifique contenidos del preliminar. En tal caso, la anulabilidad puede circunscribirse a las modificaciones.

Incapacidad para obrar sobrevenida al preliminar

Problemas muy relevantes surgen, luego, en relación con los posibles vicios y circunstancias sobrevenidas, susceptibles de desencadenar remedios contractuales. Se trata de valorar en qué modo la operatividad de tales remedios está condicionada por el hecho de que vicios y circunstancias sobrevenidas afecten no un contrato aislado, sino un contrato comprendido en la secuencia preliminar-definitivo.

Vicios, circunstancias sobrevenidas, remedios

Generalmente, no puede decirse que el tema reciba, en jurisprudencia y en doctrina, tratamientos del todo seguros, nítidos y coherentes. Se buscará fijar algún punto firme.

5. EL PRELIMINAR AFECTADO POR VICIOS Y CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS: REMEDIOS DE DESTRUCCIÓN

Consideremos primeramente la situación en la que vicios y circunstancias sobrevenidas afecten un *preliminar aún no seguido por el correspondiente definitivo*; y examinemos los remedios que puede experimentar el contratante perjudicado.

No parece dudoso que el contratante pueda invocar tales remedios con el fin de destruir el contrato: sea *en vía de acción*, actuando para la cancelación del preliminar y de las obligaciones que derivan de él; sea *en vía de excepción*, para rechazar la pretensión de la contraparte que exija de él la celebración del definitivo, a lo cual él legítimamente se rehúsa.

Invocabilidad de los remedios de destrucción del contrato

Así, si el preliminar es invalidado por incapacidad o vicio de la voluntad, la parte protegida puede pedir la anulación, o excepcionar la anulabilidad para paralizar las pretensiones de cumplimiento dirigidas en su contra por la contraparte.

Anulación

Si el preliminar es nulo, cada parte puede accionar para su nulidad o excepcionarla como razón de legítimo rechazo de la celebración del definitivo.

Nulidad

Resolución

Si después del preliminar sobrevienen razones de resolución del mismo (imposibilidad, excesiva onerosidad, incumplimiento), la parte afectada puede igualmente hacerlas valer en vía de acción o de excepción.

Rescisión

Ídem cuando el preliminar resulte afectado por desequilibrios económicos que, junto con el estado de peligro o de necesidad del contratante, justifican la rescisión.

Garantías por lo vicios materiales o jurídicos del bien

Finalmente, se evidencian hipótesis, típicas de los preliminares de venta, en los cuales el bien prometido presenta vicios materiales o vicios jurídicos o un régimen de pertenencia tal como para perjudicar la regular y plena actuación del compromiso traslativo prefigurado en el preliminar: hipótesis que conducen a la destrucción del contrato por vía de su resolución (también aquí, accionable por el comprador que quiera directamente disolver el preliminar, o por él excepcionable como para destruir la operación en vía indirecta, precluyendo desembocar en el definitivo).

Se impone una precisión, que reenvía a las relaciones entre preliminar y definitivo.

Tesis que remite los remedios al definitivo: crítica

Una línea de pensamiento pone obstáculos a la aplicación de los mencionados remedios contra el preliminar, bajo el perfil de que este no causaría aún al contratante el perjuicio en vista del cual los remedios son concedidos, o lo causaría en vía solo potencial; la actualidad del perjuicio se desprendería solo con el definitivo, y por lo tanto solo contra este —una vez que haya sido celebrado— la parte protegida podría invocar los remedios.

La tesis debe ser rechazada. Ella implica que las prestaciones objeto del preliminar se reduzcan a la manifestación del consentimiento necesario para celebrar el definitivo. No es así, porque objeto del preliminar son las mismas prestaciones deducidas en el definitivo. Y, por consiguiente, si la cosa prometida en venta es destruida accidentalmente, es la prestación del preliminar que está afectada por la imposibilidad sobrevenida; si es destruida intencionalmente por el promitente, es en relación a la prestación del preliminar que se verifica el incumplimiento. Más aún, si la parte es inducida al preliminar por error o engaño sobre la naturaleza o sobre las cualidades del bien deducido en el definitivo, este vicio afecta al preliminar.

En resumen, vicios y circunstancias sobrevenidas que, aún antes del definitivo, afectan o ponen en riesgo la prestación deducida en este, defraudan directamente el interés contractual de la parte del preliminar, que esa prestación atiende (si bien a través del definitivo). Y, por lo tanto, desencadenan a su favor, contra el preliminar, los correspondientes remedios contractuales. En esta lógica debe considerarse (contra la orientación de la jurisprudencia) que si el bien prometido en venta resulta no ser de propiedad del promitente vendedor, el promitente comprador de buena fe (ignorante de la enajenación al momento del contrato) puede resolver el preliminar ex art. 1479.

Muerte

Entre las circunstancias sobrevenidas que pueden ocurrir tras el preliminar y antes del definitivo, se encuentran la muerte de la parte y su quiebra. Fallecida la parte, sus herederos lo reemplazan en la obligación de celebrar el definitivo (que no sea *intuitu personae*). Quebrada la parte, el

Quebra

curador tiene la facultad de decidir si subentra en la obligación y celebrar el definitivo, o en cambio apartarse de la relación sin deber nada a la contraparte (art. 72² Ley de quiebras).

6. SIGUE: REMEDIOS DE ADECUACIÓN

Afirmado que vicios y sobrevenidas dan a la parte defraudada los correspondientes remedios de destrucción (aquellos que apuntan a la destrucción del contrato), hay que preguntarse ahora si también abran la vía a los remedios de adecuación (aquellos que salvan el contrato, modificándolo) contemplados en la disciplina de algunos vicios o circunstancias sobrevenidas.

Se considere el preliminar de venta de un bien que el promisorio adquirente, antes del definitivo, descubra afectado por vicios. El tiene la garantía *ex arts. 1490 y ss.*, y en el ámbito de ésta puede sin duda actuar en redhibitoria para la resolución del preliminar. ¿Y si en cambio prefiere mantener la adquisición con reducción del precio, como está previsto por el art. 1492¹? Si convence a la contraparte de esta solución, se hará el definitivo a precio reducido. ¿Pero puede obtener este resultado aunque el promitente vendedor lo rechace?

Garantía por lo vicios

Reducción del precio

A la deseable respuesta afirmativa se opone el dogma de la no modificación del preliminar, con base al cual los efectos del definitivo deben rigurosamente coincidir con los prefigurados en el preliminar. Aplicándolo, debería excluirse la posibilidad, para el promisorio comprador, de obtener sentencia constitutiva que le transfiera el bien por un precio inferior al pactado en el preliminar. El debería resignarse a celebrar el definitivo al precio del preliminar (¡que ya se sabe pasible de reducción!); y solo después, contra el definitivo, actuar en *quanti minoris*.

Exclusión motivada con la Intangibilidad del preliminar

Resulta evidente la irracionalidad y la poca economía de tal solución. Esta no se justifica de ninguna manera con preocupaciones de salvaguardia de la autonomía privada contra la intrusión de jueces vehementes por "rehacer los contratos en lugar de las partes": el promisorio invoca simplemente un remedio al cual la ley le da derecho, y pide al juez la actuación de su derecho. Frente a la indisponibilidad del promitente vendedor hacia una reducción acordada, el promisorio comprador puede por lo tanto pedir, y la sentencia constitutiva del art. 2932 debe atribuirle, la transferencia del bien por un precio judicialmente reducido *ex art. 1492¹*.

Crítica

Admisibilidad del remedio de adecuación

Se puede ir más allá: prometido en venta un inmueble que se garantiza libre de hipotecas, si el bien resulta, en cambio, hipotecado, el promisorio comprador puede pedir la transferencia coactiva ofreciendo un precio depurado del costo que debe soportar para la purgación de la hipoteca. La jurisprudencia parece inclinada a soluciones así.

Algo más: establece que si el bien prometido en venta resulta luego de consistencia mayor de lo indicado en el preliminar, el promisorio comprador, si conserva aún el interés, puede obtener la transferencia ofreciendo un congruente aumento sobre el precio pactado en el preliminar (pero si quiere puede rechazar el definitivo; adquirir un bien mayor por un precio más alto es su derecho, no su deber).

7. LOS REMEDIOS PLANTEABLES TRAS LA CELEBRACIÓN DEL DEFINITIVO

Examinemos ahora en qué modo los remedios contractuales estén influenciados por la circunstancia de que *al preliminar le siga la celebración del definitivo* entre las partes.

El problema no se plantea cuando el vicio afecta no al preliminar sino solo al definitivo (por ejemplo, este es nulo por defecto de forma); o cuando la circunstancia sobrevenida (por ejemplo, la excesiva onerosidad por hecho imprevisible) interviene solo después del definitivo: aquí el preliminar, ahora superado y absorbido por el definitivo, está fuera de juego; *los relativos remedios se aplican al definitivo*.

Atención, sin embargo: determinados remedios, aplicables al definitivo si este fuera un contrato aislado, resultan inaplicables por su inserción en la secuencia abierta por el preliminar, dentro del cual el definitivo toma los colores del acto debido. Se considere el preliminar de venta de A a B por un precio inferior a la mitad del valor del bien: preliminar no rescindible, puesto que A no estaba en estado de necesidad (40.3). Si el estado de necesidad sobreviene seguidamente, y en esta situación A celebra el definitivo al precio lesivo, no por ello el definitivo es rescindible: a este punto esto es cumplimiento del preliminar, y la *causa solvendi* lo salva del remedio. Análoga solución ya se ha indicado para la sobrevenida incapacidad para actuar al momento del definitivo. Esta puede extenderse a los vicios de la voluntad que afectan autónomamente el definitivo (salvo quizá la violencia: 37): en los únicos límites, en los cuales estos no afectan elementos del definitivo, innovadores respecto al preliminar.

El problema se complica en los casos en los cuales el definitivo acompaña un preliminar afectado por vicios o circunstancias sobrevenidas (por tanto nulo, anulable, rescindible o resoluble), pero no impugnado por la parte legitimada, que no obstante el vicio o la circunstancia sobrevenida, celebra el definitivo.

Para el correcto tratamiento de los casos, es *decisivo el factor prescripción*. En relación con ello, conviene distinguir entre dos situaciones.

La primera situación es aquella en la que el remedio contra el preliminar es imprescriptible, o aún no prescrito al momento del definitivo: por ejemplo, preliminar nulo; preliminar anulable, rescindible o resoluble, seguido de definitivo dentro del plazo de prescripción de las relativas acciones. Aquí se plantea el típico dilema, ligado a la ambigua naturaleza del definitivo: ¿encapsulado en la secuencia que lo vincula al preliminar del

Vicios solo del definitivo

Circunstancias sobrevenidas posteriores al definitivo

Importancia de la naturaleza del acto debido

Vicios y circunstancias sobrevenidas ya incidentes sobre el preliminar

Remedio imprescriptible o no prescrito al momento del definitivo

cual depende, y regido por *causa solvendi*? ¿O bien relativamente autónomo del preliminar, y regido por su propia causa? Si prevalece la primera respuesta se deriva en línea de tendencia la atacabilidad del definitivo, en cuanto concluido para cumplir un deber en realidad inexistente, siendo a su vez atacable el preliminar que es su fuente. Si en cambio prevalece la segunda, el definitivo no sufre la influencia del preliminar, y resulta por ello inatacable.

¿Dependencia o autonomía del definitivo del preliminar?

No existe una respuesta válida para todos los casos: cada caso debe ser valorado y decidido a la luz de las circunstancias concretas, y las soluciones podrán ser diversas.

Variedad de soluciones

Si *la parte legitimada sabía que podía atacar el preliminar*, y no obstante ello ha celebrado el definitivo, puede pensarse en su voluntad de renunciar al remedio, de romper la dependencia del definitivo del preliminar, de apoyar el definitivo en el autónomo fundamento causal dado de su propia causa: el definitivo entonces es inatacable. En cambio si *la parte ignoraba el defecto del preliminar*, la celebración del definitivo toma el color dominante del acto cumplido porque es debido, su autonomía se atenúa y se refuerza la dependencia del preliminar: el definitivo —o mejor, la secuencia preliminar-definitivo— es atacable. ¿Sobre qué base? El preliminar por su propio vicio (hasta que no esté prescrita la relativa acción); el definitivo por error de derecho (35.8).

La segunda situación es aquella en la que el remedio contra el preliminar es prescriptible, y resulta prescrito al momento del definitivo: preliminar anulable, rescindible o resoluble, seguido por el definitivo celebrado más allá del plazo de prescripción de las correspondientes acciones. Aquí el definitivo ha sido celebrado cuando la parte no podía más legítimamente rechazarlo: por ello es inatacable.

Remedio prescrito al momento del definitivo

Inatacabilidad del definitivo

El mismo resultado práctico debe afirmarse para el caso de preliminar anulable, aun cuando la relativa excepción sobreviva a la prescripción de la acción (38.6): es verdad que la parte habría podido por ello legítimamente rechazar el definitivo; pero si en cambio lo ha celebrado sin oponer la excepción, debe pensarse que haya renunciado deliberadamente a valerse de esta (él por definición tenía conocimiento del vicio, visto que tal conocimiento señala el *dies a quo* de la prescripción, que aquí postulamos cumplida).

La solución de la inatacabilidad del definitivo, sugerida por los principios y por el sentido común, es desatendida por la jurisprudencia frente a un preliminar rescindible: las máximas dicen que *la celebración del definitivo regenera una acción de rescisión* contra este último, desde el cual transcurre un *nuevo plazo de prescripción*.

Excepción jurisprudencial: preliminar rescindible

La única explicación posible es empírica: la *brevedad del plazo* (un año). Queda la irracionalidad: si a remedio rescisorio prescrito A rechaza la celebración del definitivo; él se somete a sus efectos no teniendo defensa contra la demanda de la contraparte *ex art. 2932*; en cambio si en la misma situación celebra el definitivo, recupera la posibilidad de la impugnación. No se comprende por qué quien *celebra el negocio* debería tener mayores posibilidades de evitar los efectos, respecto a quién *rechaza celebrarlo*.

Explicación empírica

Irracionalidad

8. EL INCUMPLIMIENTO DEL PRELIMINAR Y LA SENTENCIA CONSTITUTIVA: PRESUPUESTOS

Incumplimientos del preliminar

El incumplimiento del preliminar es el incumplimiento de las prestaciones que forman su objeto. Estas se identifican, inmediatamente, en la "prestación" de *celebrar el definitivo*; pero también, en vía mediata, en las mismas *prestaciones deducidas en el definitivo*. Por ello, cada comportamiento que perjudique o ponga en riesgo las prestaciones esperadas, es incumplimiento del preliminar, que desencadena los remedios generales contra el incumplimiento. Así, si el promitente vendedor deteriora la cosa que deberá transferir, la contraparte puede oponerle excepción de incumplimiento (art. 1460), rehusándole la cuota del precio a la cual estaba previsto el pago anticipado antes del definitivo (44.2). Y puede pedir la resolución del contrato.

Remedios

No celebración del definitivo

Pero el incumplimiento más típico y relevante es la falta de celebración del definitivo dentro del plazo debido. También aquí la parte que cumple tiene la elección entre demanda de resolución y demanda de actuación del contrato (43.2).

Sentencia constitutiva (art. 2932)

Si elige la actuación, tiene un remedio particular, previsto y regulado por el art. 2932: no la simple condena de la contraparte a cumplir la obligación de contratar (esto es, a una actividad de por sí incoercible); sino la *constitución —por sentencia— de los efectos del definitivo no celebrado*. El campo privilegiado del remedio constitutivo es aquel de los preliminares de *contratos con efectos reales, y en particular traslativos*, en el que el promitente enajenante rehúsa celebrar el definitivo: el promisorio adquirente puede obtener sentencia (o laudo, si el preliminar contiene una cláusula compromisoria) que determine la transferencia del bien a su favor.

Presupuestos

La parte puede obtener el remedio si concurren algunos presupuestos: que exista incumplimiento de la contraparte; que el efecto constitutivo "sea posible y no esté excluido por el título"; que la parte haya ejecutado u ofrecido su prestación.

Incumplimiento (retardo)

El incumplimiento aquí relevante es el retardo: es necesario que haya vencido el plazo previsto en el contrato (o, en su ausencia, el fijado por el juez *ex art. 1183*), y que la parte obligada no se haya prestado, antes del vencimiento, a celebrar el definitivo. Es evidente que la contraparte no podría actuar *ex art. 2932* antes del vencimiento del plazo.

Se considera suficiente el dato objetivo del retardo, que podría ser *también no imputable* al retardatario (la imputabilidad tiene importancia solo a los fines de la responsabilidad por los daños). Por otro lado, es evidente que si el retardo estuviera justificado, por ejemplo, por una excepción de incumplimiento (el promitente vendedor no transfiere porque no ha recibido aún el pago a cuenta pactado), el remedio no sería invocable.

El remedio es invocable solo si no está excluido por el título (una cláusula del preliminar podría prever una multa a cargo de quien incumple, con expresa exclusión del mecanismo del art. 2932). Y es invocable solo si la constitución coactiva de los efectos del definitivo resulte "posible": más precisamente, si es posible constituir efectos del definitivo, sustancialmente conformes a los previstos en el preliminar.

Compatibilidad con el título

Posibilidad ...

El criterio no debe ser entendido en sentido demasiado restrictivo. La "posibilidad" no puede excluirse por el solo hecho de que el objeto en perspectiva alcanzado por los efectos del definitivo resulte parcialmente no conforme a la prefiguración del preliminar: se reenvía a lo que se ha observado respecto a la posibilidad de remedios de adecuación susceptibles de conducir a efectos no perfectamente adherentes a los términos del preliminar. Si hay que rechazar el dogma de la absoluta inmodificabilidad de los términos del preliminar, en cambio vale un principio de *sustancial coherencia entre términos del preliminar y efectos del definitivo*. En virtud de este, constituir los efectos por sentencia *ex art. 2932* no es "posible" cuando resultaría un objeto o un resultado contractual sustancialmente distintos de los prefigurados en el preliminar: por ejemplo, el bien a transferir ha sido transformado radicalmente.

... a entender sin rigidez

Cuando el remedio constitutivo es imposible, a la parte que cumple no le queda más que la resolución del preliminar y el resarcimiento del daño.

El último presupuesto está referido por la norma solamente a los *contratos con efectos reales*: el actor que solicita la sentencia constitutiva de tales efectos debe ejecutar u ofrecer la prestación a su cargo, siempre que esta sea ya exigible (art. 2932²). Hay que aclarar en qué tiempos y en qué modos.

Ejecución u ofrecimiento de la prestación debida por el actor

Los momentos *dependen del título*, es decir, de las previsiones del preliminar. Si este establece que el promisorio comprador deba pagar el precio (al menos en parte) *antes del plazo establecido para la celebración del definitivo*, es evidente que en el momento en que actúa *ex art. 2932* él ya debe haber cumplido (o puesto a la contraparte en *mora credendi*, cuando esta rehúse la prestación): si no, su acción sería paralizada por una excepción de incumplimiento. Si está previsto un pago *contextual al definitivo*, el actor debe hacer el ofrecimiento en el acto de la demanda (o también después, en el curso del juicio, según una jurisprudencia que califica el ofrecimiento como "condición de la acción" en lugar de como "presupuesto procesal").

Momentos

Para garantizar la contextualidad entre constitución de los efectos requeridos y efectividad del pago debido, la creatividad jurisprudencial recurre al mecanismo del pronunciamiento condicionado, con *sentencias que disponen los efectos subordinadamente a la condición suspensiva del efectivo pago* de cuanto debido por el actor. Idéntico mecanismo aplica la jurisprudencia también en los casos en los que el título establezca la exigibilidad de la prestación a cargo del actor solo en un momento posterior al definitivo: es una simplificación práctica, que suscita aún reservas; sería más coherente una sentencia que constituya

Pronunciamiento condicionado

inmediata e incondicionalmente los efectos, y disponga condena futura por la prestación a cargo del beneficiario.

Modos En cuanto a los modos del ofrecimiento, la ley requiere hacerla "en los modos de ley": parece un reenvío al ofrecimiento formal *ex arts.* 1208-1209. Pero la jurisprudencia es más permisiva: se conforma con un *ofrecimiento "según los usos"* (art. 1214), e incluso de cualquier unívoca manifestación de la voluntad de prestar. En todo caso considera idónea —como implicante ofrecimiento— la difusa técnica de convocar a la contraparte a las horas x del día y ante el notario Z para la estipulación del documento notarial definitivo.

9. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL ART. 2932

Aplicación típica Como se ha visto, el art. 2932 es típicamente invocado, en presencia de un preliminar de contrato con efectos traslativos (o reales), por el promisorio adquirente de tales efectos, que el promitente enajenante rehúsa constituir voluntariamente. Ello no quita que el remedio pueda ser invocado también sobre bases distintas, menos típicas.

Empleos atípicos

Contra el promisorio adquirente

Es invocable por el promitente enajenante contra el promisorio adquirente que rehúsa el definitivo.

El caso es por lo demás teórico: en efecto, el rechazo estará casi siempre motivado en animosidad o imposibilidad para el pago del precio, previsto como contextual al definitivo; y entonces no convendrá al promitente enajenante solicitar una sentencia que lo privaría de la propiedad sin darle seguridad de cobrar la retribución. Pero si este ya ha cobrado el precio total o en parte, y/o tiene específico, dominante interés por cesar en la titularidad del bien (por ejemplo, para evitar las cargas conexas, o para descender por debajo de cuotas accionarias o de mercado penalizadas por normas de derecho societario o *antitrust*), he aquí que la posibilidad teórica se convierte en oportunidad práctica.

Definitivo con efectos solo obligatorios

Es invocable frente al incumplimiento de un preliminar cuya meta sea un definitivo con efectos sólo obligatorios.

Puede no parecer una gran ventaja práctica, para el actor, tener ante sí a un sujeto obligado a la prestación, en lugar de obligado a obligarse a la prestación. Pero si el preliminar de contrata establece el pago de un fuerte adelanto "al 30° día de la celebración del definitivo", he aquí que constituir los efectos de este permite al promitente contratista actuar por el adelanto. Su acción no está sujeta al requisito de la ejecución u ofrecimiento de la prestación (referido por el art. 2932¹ solo a los casos en los que el actor solicita efectos reales): pero es obvio que si al momento de la acción él no está en grado de ejecutar, el demandado puede formularlo como excepción (y quizá de reconvencción por resolución y daños).

Acción del tercero beneficiario

Es invocable (aunque alguna sentencia parece, injustificadamente, negarlo) por el tercero en favor del cual el preliminar haya sido estipulado.

En un pasado ya bastante lejano, se negaba que fuera aplicable frente al rechazo de la Administración Pública de cumplir el preliminar precedentemente celebrado. Desde hace tiempo la preclusión está superada: el juez que emite la sentencia constitutiva contra la Administración Pública no invade indebidamente la esfera de su discrecionalidad, sino aplica un remedio contractual a cargo de un contratante que rehusando cumplir no hace uso legítimo de la discrecionalidad administrativa, sino comete un ilícito civil.

En contra de la administración pública

Aún más: el mecanismo del art. 2932 encuentra aplicación contra el incumplimiento de las obligaciones de contratar, que tienen fuente en un contrato, pero no propiamente en un contrato preliminar: puede recurrir a él el *mandante* para adquirir, frente al rechazo del mandatario de retransferir el bien, como el contrato de mandato lo obliga a hacer (art. 1706²); o bien el *socio de cooperativa de habitación*, frente al rechazo de la cooperativa de estipular el acto de adjudicación en propiedad de la casa, en violación de lo previsto en el contrato social.

Deberes de contratar no generados por preliminar

Se discute si el art. 2932 se pueda invocar contra el incumplimiento de un deber de contratar de fuente no contractual, sino legal, como el impuesto por el art. 2597 al *empresario monopolista* (2.12). A las muchas voces favorables en doctrina, se oponen rarísimos precedentes jurisprudenciales, en línea de tendencia contrarios. El debate tiene un valor más teórico que práctico. Al cliente discriminado le sirve no tanto una sentencia constitutiva de efectos contractuales, sino una disposición aplicativa de resultados materiales: más que en el art. 2932, la norma de referencia debe ser vista en el art. 700 CPC.

Deber legal de contratar

Para un empleo "creativo" del art. 2932, v. 47.7.

10. NATURALEZA Y RÉGIMEN DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA

La sentencia constitutiva del art. 2932 tiene una doble naturaleza: es, como sentencia, un *acto jurisdiccional*; pero al mismo tiempo, constituyendo los efectos de un contrato, es *fuerza de una relación contractual*.

Doble naturaleza

La naturaleza de sentencia determina el régimen de *impugnabilidad*, de suspensión de la eficacia, y sobre todo las preclusiones vinculadas a la fuerza de la *cosa juzgada*. Si el preliminar está viciado, pero el demandado *ex art. 2932* no excepciona el vicio, sobre cuya base habría podido rechazar la demanda del actor, ese vicio no puede ya ser invocado para liberarse de los efectos constituidos por la sentencia firme.

Sentencia

Por otro lado, ella es fuente (inmediata, pero formal) de efectos contractuales, cuya fuente (mediata, pero sustancial) es el contrato preliminar. Ella, por tanto, activa una relación contractual. Frente a tal relación se pueden plantear los ordinarios remedios contractuales, originados por circunstancias

Fuente de una relación contractual

Remedios
contractuales

sobrevenidas que lo afecten tras su constitución: por ejemplo, resolución por incumplimiento, por excesiva onerosidad o por imposibilidad sobrevenida.

Se oye decir a veces que los remedios son planteables contra la sentencia. Es una abreviación impropia: los remedios se aplican no a la sentencia-fuente, sino a la relación que ha surgido (así como, en general, la resolución afecta el contrato como relación y no el contrato como acto que es fuente de la relación).

11. LA INSCRIPCIÓN DEL PRELIMINAR: ACTOS QUE SE PUEDEN INSCRIBIR

Art. 2645-bis

La inscripción del preliminar (inmobiliario) es una novedad de la Ley 30/1997, que ha agregado al código un art. 2645-bis (y otros artículos vinculados).

Situación
anterior

Antes *el preliminar no era inscribible*; lo era solo el definitivo. Si el promitente enajenante transfería a un tercero el inmueble prometido, y el tercero inscribía su adquisición antes que el promisorio adquirente llegara a inscribir el propio, realizado con el definitivo, prevalecía el tercero y el promisorio adquirente perdía el bien.

En rigor, era inscribible también la sentencia constitutiva *ex art. 2932* y, con efecto de prioridad, y la correspondiente *demanda judicial*: la inscripción de la demanda, anterior a la inscripción de la adquisición del tercero, permitía la preferencia del promisorio adquirente que hubiera luego obtenido la sentencia constitutiva (art. 2652¹, inc. 2). Pero la adquisición del tercero, inscrita antes de la inscripción de la demanda *ex art. 2932*, prevalecía en todo caso.

Exigencias de
tutela de los
promisorios
adquirentes

Se consideró que esta disciplina comportara un déficit de tutela para los promisorios adquirentes: tanto más intolerable por la creciente difusión de los *preliminares con pago anticipado del precio* a cargo de los promisorios adquirentes, los cuales a menudo se encontraban con haber desembolsado dinero (difícilmente recuperable) por un bien no más loggable. De aquí la elección de acordar algo más de tutela.

El ámbito de aplicación del mecanismo está definido por el art. 2645-bis¹.

Preliminares
inscribibles

No todos los preliminares de contratos inscribibles pueden inscribirse. Se pueden inscribir solo los preliminares de los contratos a los cuales se refieren los incs. 1 al 4 del art. 2643: en la práctica, solo los *preliminares de los contratos que transfieren, constituyen o modifican derechos reales inmobiliarios* (con exclusión, por ejemplo, de los preliminares de contratos atributivos de derechos personales de goce mayores a los nueve años).

Reflejando las emergencias de la praxis, la norma precisa luego que se pueden inscribir los preliminares que tienen por objeto "*edificios por construir o en curso de construcción*" (con las ulteriores precisiones a las cuales se refieren el cuarto y sexto párrafos).

Repite, en fin, la regla general por la cual la inscripción puede referirse solamente a los contratos preliminares que "*resultan de escritura pública o de escritura privada con firma autenticada o determinada judicialmente*".

Antes de describir el modo en el que la inscripción tutela al promisorio adquirente (29.12), observamos que, al menos en los exordios, la nueva disciplina no parece encontrar gran favor en sus mismos beneficiarios: son una exigua minoría los preliminares inmobiliarios de los cuales los promisorios adquirentes realizan la inscripción. Un desincentivo está ciertamente representado por los *costos*: los honorarios del notario cuya autorización o autenticación son necesarias para hacer el acto inscribible; el impuesto de registro. Por otro lado, si bien la norma usa el verbo "deber", la inscripción es solo una carga y no ciertamente un deber de la parte.

Exiguo
recurso a la
inscripción

12. EL EFECTO DE "RESERVACIÓN DE PRIORIDAD" DE LA INSCRIPCIÓN Y SUS PRESUPUESTOS. LA TUTELA DE LOS CRÉDITOS

La tutela del promisorio adquirente se realiza esencialmente con un efecto de "*reservación de prioridad*" de la inscripción, que se desencadena sobre la base de dos presupuestos.

Presupuestos

El primer presupuesto es una secuencia de inscripciones: además del preliminar y después del preliminar, debe inscribirse un acto ulterior, es decir, el que produce los efectos reales. Tal ulterior acto puede presentarse bajo tres figuras (art. 2645-bis²):

Secuencia de
inscripciones:
preliminar. Y
acto
productivo
del efecto
real

– si las cosas proceden fisiológicamente, será el *contrato definitivo*, celebrado en cumplimiento del preliminar;

– en la hipótesis patológica del incumplimiento del preliminar, será la *sentencia constitutiva*, demandada por el promisorio adquirente *ex art. 2932* (más bien, aún antes, se inscribiría la correspondiente demanda judicial);

– en alternativa, puede también ser *cualquier "otro acto que constituya, con todo, ejecución" del preliminar*.

Esta última figura comprende todos los actos negociales que actúan el preliminar, produciendo sustancialmente los efectos finales prefigurados por este, sin que se identifique propiamente con el definitivo al cual ese preliminar apuntaba. Puede pensarse en una más amplia *transacción*, en cuyo cuadro se disponga la transferencia del bien prometido en venta; o en una *permuta*, que las partes acordemente sustituyan a la previa venta definitiva. Algunos postulan que pueda tratarse también de un *acto unilateral*: pero la hipótesis debe

hacer cuentas con las cuestiones que hacen problemática la admisibilidad de la atribución real dispuesta por acto unilateral (aunque en la peculiar variante, que aquí se presentaría, de la atribución unilateral hecha *solvendi causa*, o bien del "pago traslativo"). En todo caso, este acto de ejecución atípica del preliminar debe presentar una *vinculación cierta con el preliminar mismo*: es necesario que el acto mencione el preliminar como elemento de su causa (*solvendi*), o cuanto menos debe resultar de manera unívoca que este tiene (también) la función de actuar el preliminar.

Oportuna
Inscripción
del acto
activo

El segundo presupuesto es cronológico: las inscripciones antes mencionadas (inscripción del definitivo o del distinto acto ejecutivo del preliminar; inscripción de la demanda judicial *ex art. 2932*) deben hacerse *dentro de un año desde la fecha establecida para la celebración del definitivo*, y, en todo caso, *dentro de tres años desde la inscripción del preliminar*; si la inscripción del acto productor de los efectos finales no se realiza dentro de estos plazos, "Los efectos de la inscripción del contrato preliminar cesan y se consideran como nunca producidos" (art. 2645-*bis*³).

Ratio

La *ratio* es clara. En virtud del efecto de reservación de prioridad del que se está por hablar, la inscripción del preliminar echa sobre el bien algo que se asemeja mucho a un *vínculo de indisponibilidad*, en una situación en la que el bien está aún en la propiedad del promitente enajenante, y no es cierto que la vicisitud se concluya con la fisiológica atribución al promisorio adquirente (el cual podría dar causa, con sus incumplimientos, a la resolución del preliminar): en *tutela del promitente enajenante*, no se quiere que este vínculo dure por un tiempo indefinido o demasiado largo.

Efecto de
reservación
de prioridad

Realizado el doble presupuesto (secuencia de inscripciones; oportunidad de la segunda), se desencadena el efecto de reservación de prioridad: *la inscripción del acto productor de los efectos finales "prevalece sobre las inscripciones y anotaciones ejecutadas contra el promitente enajenante después de la inscripción del contrato preliminar"* (art. 2645-*bis*²).

Es como si los efectos de la inscripción del acto productor de los efectos finales hubieran sido, precisamente, "reservados" con la inscripción del preliminar: por consiguiente, estos se *retrotraen* a la fecha de esta (según el mismo esquema por el que, inscrita la demanda judicial, los efectos de la posterior sentencia de estimación, a su vez inscrita, se retrotraen a la inscripción de la demanda). En la práctica: si A inscribe el 1 de marzo el preliminar con el que B promete venderle el inmueble, y el 15 de marzo inscribe el acto con el que B le ha transferido con efecto inmediato el mismo inmueble, y sucesivamente (en el respeto de los plazos vistos) A ulteriormente inscribe el negocio o la sentencia que actuando el preliminar producen a su favor el efecto traslativo, el inmueble es de A y no de X.

En razón de ello, hoy no es más cierta la afirmación, antes generalmente compartida, que la enajenación a un tercero del bien ya prometido con el preliminar determinaría la "imposibilidad" de constituir por sentencia el efecto traslativo a favor del promisorio adquirente.

Siendo pacífico que la oportuna secuencia de inscripciones permite al promisorio adquirente prevalecer sobre los causahabientes del promitente enajenante, se discute si le dé análoga prioridad también sobre los acreedores de aquel, que después de la inscripción del preliminar hayan inscrito actos de embargo. Ambas tesis son autorizadamente sostenidas.

Es evidente que si los acreedores fueran insensibles a la inscripción del preliminar, vendría a menos todo interés por la *acción revocatoria* contra el mismo; en caso contrario, para atacar bienes objeto de preliminar inscrito deberían actuar en revocatoria de este. Si al preliminar sigue el definitivo, tienen siempre interés en revocar este último. Atención, sin embargo: el definitivo es revocable en cuanto al mismo se remontan los efectos lesivos de la garantía patrimonial; pero para valorar la buena o mala fe relevantes *ex art. 2901*¹ debe hacerse referencia a la celebración del preliminar, porque solo este acto es libre, mientras el definitivo es debido (si existía buena fe al momento del preliminar, no puede dañar la mala fe sobrevenida al momento del definitivo).

Acreedores embargantes del promitente enajenante

La inscripción del preliminar da al promisorio adquirente una *tutela real*, garantizándole la *propiedad del inmueble contra terceros concurrentes*. Pero puede darse que esta tutela no opere: por ejemplo, porque él —frente al rechazo del definitivo por parte del promitente vendedor, que haya en el intervalo enajenado el bien a un tercero— no tiene deseo de actuar *ex art. 2932*, y opta por la resolución del preliminar. En este caso el interés del promisorio adquirente se concentra sobre la *recuperación de los adelantos* pagados a la contraparte (además de los *daños*): la tutela de la que él necesita no es tutela de la expectativa de propiedad, sino *tutela del crédito*.

Créditos del promisorio adquirente

Lo mismo vale para todos los otros casos en los que la no actuación del preliminar, no imputable al promisorio adquirente, genere créditos a su favor (por ejemplo, obtiene la resolución del preliminar porque el edificio prometido “sobre el papel” no ha sido construido con las características pactadas).

En situaciones así, los créditos del promisorio adquirente están reforzados por el nuevo art. 2755-*bis*: la norma los asiste, subordinadamente a la inscripción del preliminar, con privilegio especial sobre el inmueble que formaba su objeto. Tal privilegio, sin embargo, *cede frente a las hipotecas* que garantizan los créditos que derivan de financiamientos concedidos para la adquisición o la construcción del inmueble (arts. 2775-*bis*²; 2825-*bis*).

Tutela reforzada

Privilegio especial

BIBLIOGRAFÍA

- 1-12. *Adde*: M. CANNIZZO, *Il contratto preliminare*, en *Contratti Cendon*, III, Torino, 2000, p. 349; F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por M. Bessone, XIII, Torino, 2000, p. 565; R. SPECIALE, *Il contratto preliminare*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone, Aggiornamento*, Torino, 1999, p. 1791; F. FERRO LUZZI, *L'imputazione*

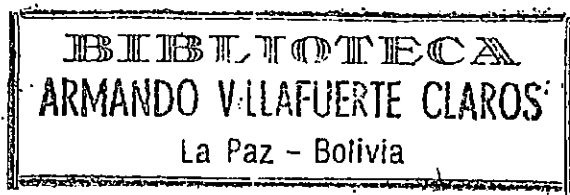
precontrattuale. *Il preliminare. Le trattative*, Padova, 1999; V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto (II-Il contratto preliminare)*, en *Trattato contratti Rescigno*, Torino, 1999, p. 244; V.F. PESIRI, *Il contratto preliminare di vendita di cosa altrui*, en *Notariato*, 1999, p. 477; E. VAGLIO, *Preliminare di vendita di bene in comproprietà*, en *Contratti*, 1999, p. 463; C. LEO, *Contratto preliminare e disciplina urbanistica*, en *Contratti*, 1998, p. 423; A. FICI, *Abusivismo edilizio, invalidità negoziale e contratto preliminare*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1998, I, p. 10; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Note sulla legittimazione a compromettere*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998, p. 1127; A. ABBATE, *Sulla validità del preliminare di vendita del possesso*, en *Contratti*, 1997, p. 468; G. GABRIELLI, *Contratto preliminare (diritto civile) [postilla di aggiornamento 1997]*, en *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1997, *ad vocem*; F.A. MAGNI, *Puntuazione di contratto, preliminare e preliminare di preliminare*, en *Giurisprudenza italiana*, 1997, I, 2, p. 539; A. PLAIA, *Il contratto risolutorio del preliminare formale*, en *Contratto e impresa*, 1996, p. 973; C. SCOZZOLI, *Contratto preliminare di vendita di srl: requisiti di validità*, en *Notariato*, 1996, p. 33; A. AMATO, *La consegna di assegno bancario nel preliminare di vendita: acconto o caparra?*, en *Giurisprudenza italiana*, 1996, I, 2, p. 611; U. VIOLANTE, *In tema di clausole del preliminare non riprodotte nel definitivo*, en *Rassegna di diritto civile*, 1996, p. 629; S. MAZZAMUTO, *La metamorfosi del preliminare: due casi clinici*, en *Studi in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 587; AA.VV., *Dalle proposte di acquisto al preliminare formale. Analisi di una prassi consolidata*, Milano, 1995; M. DI MEO, *Contratto preliminare contratto definitivo negozio di ratifica: un emblematico caso di fattispecie a formazione successiva*, en *Rivista del notariato*, 1995, p. 1315; G. LA ROCCA, *Contratto preliminare di vendita e giurisprudenza: riflessioni critiche*, en *Il Foro italiano*, 1993, I, p. 2457; A. PERRINI, *Orientamenti in tema di cedibilità del contratto preliminare e tutela del contraente ceduto*, en *Il Foro italiano*, 1993, I, p. 1669; G. GABRIELLI, *Contratto preliminare (sintesi di informazione)*, en *Rivista di diritto civile*, 1993, II, p. 225; P. GIAMMARIA, *Opzione di preliminare o preliminare di preliminare? Una soluzione poco condivisibile dalla corte di cassazione*, en *Il Foro italiano*, 1993, I, p. 2813; E. SCODITTI, *Quid iuris nell'ipotesi di promessa di vendita priva del consenso di tutti i comproprietari?*, en *Il Foro italiano*, 1993, I, p. 3266; S. MAZZAMUTO, *La promessa di vendita a favore di società futura*, en *Rivista di diritto civile*, 1993, I., p. 565; L. PELLEGRINI, *Contratto preliminare di vendita con riserva di usufrutto e morte dell'alienante: obbligo di contratto e perpetuatio obligationis*, en *Rivista di diritto civile*, 1993, II, p. 607; A. VILLELLA, *Funzione del termine nel preliminare e prescrizione*, en *Rassegna di diritto civile*, 1993, p. 159; A. GIUSTI-M. PALADINI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1992; G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991; R. SPECIALE, *Contratti preliminare e intese precontrattuali*, Padova, 1990; A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, IV, Torino, 1989, *ad vocem*; G. GABRIELLI - V. FRANCESCELLI, *Contratto preliminare. 1) Diritto civile*, en *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1988, *ad vocem*; E. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970; R. RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967.

- 3-7. D. CAVICCHI, *Preliminare di vendita ad esecuzione anticipata ed interessi compensativi*, en *Contratti*, 2000, p. 130; M. ROSSETTI, *Preliminare di vendita di cosa altrui e garanzia*

per l'evizione, en *Corriere giuridico*, 2000, p. 85; E. CORAPI, *Il contratto preliminare di compravendita immobiliare ad "effetti anticipati" del definitivo*, en AA.VV., *I precedenti*, al cuidado de G. Alpa, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fundada por W. Bigiavi, I, Torino, 2000, p. 597; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Contratto preliminare ed errore sulla destinazione urbanistica del terreno*, en *Corriere giuridico*, 1998, p. 97; V. SANTASIERSE, *Preliminare di vendita di terreno con vincolo paesistico non dichiarato. Diritto di recesso*, en *Nuovo diritto*, 1998, p. 847; S. PALMIERI, *Preliminare, vizi della cosa e tecniche di tutela*, en *Corriere giuridico*, 1997, p. 48; L. ZAPPATA, *Interesse alla risoluzione, domanda di adempimento ex art. 2932 c.c.*, en *Contratti*, 1997, p. 121; A. PONTICORVO, *Clausola compromissoria ed esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto*, en *Giustizia civile*, 1997, II, p. 537; G. VITTORIA, *Contratto preliminare di vendita di immobile altrui e risoluzione per inadempimento*, en *Corriere giuridico*, 1997, p. 678; S. PALMIERI, *Preliminare, vizi della cosa e tecniche di tutela*, en *Corriere giuridico*, 1997, p. 48; P. FABIANI, *Ancora sull'applicabilità dell'art. 1499 c.c. al contratto preliminare di vendita*, en *Giurisprudenza italiana*, 1996, I, 1, p. 879; M. DE CRISTOFARO, *Preliminare e definitivo di fronte alla garanzia per vizi: una (ancora) apprezzabile differenziazione?*, en *Corriere giuridico*, 1995, I, p. 3264; F. MACARIO, *Trasferimento del diritto e rimedi contrattuali nell'esecuzione coattiva del preliminare di vendita con consegna anticipata*, en *Il Foro italiano*, 1995, I, p. 3264; D. CENNI, *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, en *Contratto e impresa*, 1994, p. 1108; D. CORTUCCI, *Preliminare di vendita ad affetti anticipati: la consegna della cosa tra possesso e detenzione*, en *Rassegna di diritto civile*, 1994, p. 627; G. LENER, *Immissioni "intollerabili" e azione inibitoria ex art. 844 c.c.: natura, legittimazione attiva e rapporti con l'"actio negatoria". La tutela del promissario acquirente nel preliminare c.d. "ad effetti anticipati"*, en *Il Foro italiano*, 1994, I, p. 206; R. MARTINO, *Sulla facoltà del curatore di sciogliersi dal preliminare di vendita ad affetti anticipati*, en *Corriere giuridico*, 1994, p. 849; R. SALVATORE, *La tutela del promissario acquirente nell'evoluzione giurisprudenziale*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1994, p. 460; M. LIPARI, *Preliminare di vendita, vizi della cosa e tutela del promissario acquirente*, en *Giustizia civile*, 1994, II, p. 509; M. DE POLI, *Risoluzione parziale del contratto preliminare di compravendita e lesione dell'equilibrio contrattuale*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, I, p. 492; V. CARBONE, *Preliminare di bene indiviso sottoscritto da alcuni comproprietari: incompletezza del contratto o efficacia limitata alle quote?*, en *Corriere giuridico*, 1993, p. 1320; D. CORTUCCI, *Preliminare di vendita ed esecuzione coattiva difforme*, en *Rassegna di diritto civile*, 1993, p. 654; F.A. MAGNI, *Preliminare di compravendita, eccessiva onerosità e comportamento dei contraenti*, en *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, 1, p. 1555; M. COSTANZA, *Sui danni conseguenti alla risoluzione del contratto preliminare*, en *Giustizia civile*, 1993, I, p. 2965; C. TAROLO, *Il principio di intangibilità del contratto preliminare*, en *Contratti*, 1993, p. 269; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova, 1991; R. GUGLIELMO, *Contratto preliminare di compravendita ad effetti anticipati e garanzia per vizi*, en *Rivista del notariato*, 1988, p. 675; E. GABRIELLI, *Il "preliminare ad effetti anticipati" e la tutela del promissario acquirente*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1986, II, p. 313; R. DE MATTEIS, *Preliminare di vendita ad effetti anticipati e garanzia per vizi*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1985, II, p. 139.

- 8-10. E. GUERINONI, *Esecuzione in forma specifica del contratto preliminare di locazione*, en *Contratti*, 2000, p. 764; A. JARACH, *Fallimento di uno dei comproprietari promettenti venditori ed inammissibilità dell'azione ex art 2932 c.c.*, en *Corriere giuridico*, 1999, p. 1107; M.C. VIDIRI, *Contratto preliminare e mezzi di tutela del promissorio acquirente*, en *Corriere giuridico*, 1998, p. 559; D. MIGLIORI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e l. 47/85*, en *Rivista del notariato*, 1998, p. 271; A. PONTECORVO, *Esecuzione specifica ex art. 2932 c.c., obblighi a contrarre non derivanti da contratto preliminare o derivanti da preliminare di contratto a favore di terzo*, en *Giustizia civile*, 1998, I, p. 108; A. MAGRÌ, *Possibilità giuridica ed esecuzione coattiva dell'obbligo di contrarre*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1997, I, p. 661; L. ZAPPATA, *Interesse alla risoluzione e domanda di adempimento e art. 2932 c.c.*, en *Contratti*, 1997, p. 121; F. MACARIO, *Determinazione dell'arbitro, obbligo a contrarre ed esecuzione in forma specifica*, en *Corriere giuridico*, 1996, p. 64; M. STAGNO D'ALCONTRES, *Ancora in tema di esecuzione specifica ex art. 2932 c.c. di un preliminare di vendita di cosa parzialmente altrui: limiti nei più recenti orientamenti della suprema corte*, en *Giustizia civile*, 1996, I, p. 1459; N. VISALLI, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre*, Padova, 1995; C. FERRI, *La sentenza ex art. 2932 c.c.*, en *Diritto privato*, 1995, p. 59; F. MACARIO, *Trasferimento del diritto e rimedi contrattuali nell'esecuzione coattiva del preliminare di vendita con consegna anticipata*, en *Il Foro italiano*, 1995, I, p. 3264; C. RIMINI, *La conclusione del contratto definitivo nel corso del giudizio ex art. 2932 c.c.: la sorte della trascrizione della domanda giudiziale*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, I, p. 108; D. CORTUCCI, *Preliminare di vendita ed esecuzione coattiva difforme*, en *Rassegna di diritto civile*, 1993, p. 654; A. PINORI, *Sull'identità di contenuto tra contratto preliminare e sentenza costitutiva ex art 2932 c.c.*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1993, I, p. 873; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto: il lodo rituale tra efficacia inter partes e efficacia de sentenza*, en *Contratto e impresa*, 1990, p. 936.
- 11-12. E. CAMILLERI, *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, en *Contratto e impresa*, 1999, p. 98; U. BECHINI, *La trascrizione del contratto preliminare*, en *Rivista del notariato*, 1999, p. 241; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, III, Torino, 1999, p. 1835; A. LUMINOSO - G. PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi*, Padova, 1998; P.E. CORRIAS, *La nuova disciplina della trascrizione del preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. preliminare ad effetti anticipati*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998, p. 1005; R. DE MATTEIS, *Dalla promessa di vendita al preliminare trascritto*, en *Rivista di diritto civile*, 1998, II, p. 301; G. GABRIELLI, *Considerazioni sulla funzione e sul conseguente carattere facoltativo della pubblicità del contratto preliminare*, en *Vita notarile*, 1998, p. 741; L. BALESTRA, *Sugli effetti della trascrizione del contratto preliminare con particolare riferimento alla trascrizione di pignoramenti*, en *Contratto e impresa*, 1998, p. 988; M. CASOLA, *Realtà del diritto di credito del promissario acquirente e trascrizione del contratto preliminare*, en *Giurisprudenza italiana*, 1998, p. 245; S. DELLE MONACHE, *La trascrizione del contratto preliminare*, en *Nuove leggi civili commentate*, 1998, I, p. 3; L.

MENGGONI, *La pubblicità del contratto preliminare e dei contratti condizionati nei libri fondiari*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998, p. 993; G. GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, en *Studium iuris*, 1997, p. 455; A. DI MAJO, *La "normalizzazione" del preliminare*, en *Corriere giuridico*, 1997, p. 131; G. DE NOVA, *La trascrizione del preliminare*, en *Contratti*, 1997, p. 5; F. GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, en *Rivista del notariato*, 1997, p. 19; A. GUARNERI, *Il contratto preliminare e la l. n. 30 del 1997*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1998, II, p. 119; G. TUCCI, *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela dei crediti del promissorio acquirente*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1997, p. 162; M.G. SALVADORI - G. SCALITI, *La metamorfosi del contratto preliminare: riflessioni e spunti suggeriti dalla nuova disciplina sulla trascrizione*, en *Contratto e impresa*, 1997, p. 671; G. CIAN, *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, en *Rivista di diritto civile*, 1997, II, p. 377; V. MARICONDA, *La trascrizione del contratto preliminare: fattispecie trascrivibili e aspetti transitori*, en *Notariato*, 1997, p. 366; L. BARBIERA, *La trascrivibilità di alcuni tipi di preliminare: vecchi e nuovi problemi*, en *Rivista di diritto civile*, 1997, p. 226; F. LOFFREDO, *Contratto preliminare, trascrizione e tutela del promissorio acquirente*, en *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, 1, p. 109.



CAPÍTULO XXX

EL CONTRATO FIDUCIARIO

1. El contrato fiduciario: noción y posición sistemática.— 2. Naturaleza y elementos del contrato fiduciario.— 3. La tutela del fideicomitente.— 4. Gestiones fiduciarias y "separación patrimonial". La propiedad fiduciaria.— 5. El *trust*.— *Bibliografía*.

1. EL CONTRATO FIDUCIARIO: NOCIÓN Y POSICIÓN SISTEMÁTICA

El contrato fiduciario es aquel con el que *el fideicomitente transfiere un bien al fiduciario, que se obliga a conservarlo y/o administrarlo según determinados criterios, y a retransferirlo posteriormente al mismo fideicomitente o a un tercero.*

Contrato
fiduciario

Por ejemplo, A es titular de un considerable paquete accionario —de cuya gestión no desea ocuparse personalmente, o del cual no desea aparecer como propietario— lo "entrega" (es decir, lo transfiere) a una sociedad, llamada precisamente sociedad fiduciaria. Esta se convierte en titular, asumiendo la obligación de administrarlo en interés de A (participar y votar en las asambleas, cobrar los dividendos y destinarlos según las indicaciones de A, etc.), así como retransferirlo, a solicitud de A, al mismo A o a otro sujeto indicado por él.

En el ejemplo, la función del contrato es esencialmente servir al interés del fideicomitente, según el modelo de la *fiducia cum amico*. Pero el contrato puede también servir al preferente interés del fiduciario, y en particular garantizar su crédito, en cuyo caso concurre el modelo de la *fiducia cum creditore*: X, deudor de Y, le transfiere un bien suyo que Y se compromete a restituirle no apenas X le haya pagado la deuda.

Función:
Interés del
fideicomitente...

... o del
fiduciario

Característica inmediata del contrato fiduciario es la *producción combinada de efectos reales para el fiduciario y de efectos obligatorios en ventaja del fideicomitente*: más precisamente, la combinación de un efecto real con dos efectos obligatorios. El efecto real es la transferencia de la

Efectos
reales...

...Y
obligatorios
(retransferencia,
administración)

propiedad del fideicomitente al fiduciario. Los efectos obligatorios son: primariamente, la obligación del fiduciario respecto al fideicomitente de retransferir en su momento el bien; y además observar modalidades vinculadas a la administración del bien durante el tiempo en que se quedará en propiedad del fiduciario.

Este segundo deber puede tener relevancia autónoma, y contenidos positivos y complejos, cuando el mecanismo fiduciario es aplicado en el interés del fideicomitente (*fiducia cum amico*); es más que todo instrumental a la obligación de retransferencia, e implica vínculos negativos que tienden a la simple conservación del bien, cuando el mecanismo está activado en el interés del fiduciario (*fiducia cum creditore*).

También contratos no fiduciarios (como por ejemplo la venta) pueden combinar efectos reales en ventaja del adquirente y efectos obligatorios en ventaja del enajenante. Y entonces la noción de contrato fiduciario puede precisarse mejor, observando que en este los efectos obligatorios *vierten sobre el mismo bien que forma objeto de los efectos reales, y están precisamente dirigidos a corregirlos o a limitarlos*.

Temas
Implicados

Del contrato fiduciario se habla en esta sede precisamente por su conexión con el tema de los *efectos contractuales*: este se configura como uno de los medios con los que la autonomía privada puede maniobrar los efectos, conformándolos y orientándolos al mejor servicio de los intereses de las partes. Pero esta es solo una de las perspectivas en las que la figura puede ser contemplada: como veremos, esta puede observarse también bajo el perfil de la razón justificadora de los efectos mismos, y en tal sentido se conecta con el tema de la *causa*; o bien bajo el perfil del tipo de situación subjetiva respecto al bien, que surge a favor de las partes, y entonces se conecta al tema de la *propiedad*.

El contrato fiduciario, en el sentido técnico correspondiente a la noción que se le ha dado, no tiene nada que ver con los contratos basados en la confianza ("*fiducia*") que una parte pone en la otra, y que implican la especial relevancia de las cualidades personales de esta (*intuitus personae*): de esto se hablará en otra sede (35.7).

Fideicomiso
testamentario

"*Fiducia*" en sentido técnico (efecto traslativo combinado al vínculo personal de retransferencia) concurre en cambio en el fideicomiso testamentario al que se refiere el art. 627.

2. NATURALEZA Y ELEMENTOS DEL CONTRATO FIDUCIARIO

La noción del contrato fiduciario, fundada sobre la idea del *efecto real corregido y limitado por el efecto obligatorio*, puede aún precisarse fijando y desarrollando cuatro puntos.

Vínculo legal

Primero. El contrato fiduciario *no produce simples compromisos morales, de honor o de cortesía*, sino verdaderos y propios efectos jurídicos, accionables y coercibles según los mecanismos de la ley: en particular, sus efectos obligatorios dan lugar a obligaciones legales y no a obligaciones

naturales (salvo que para las disposiciones fiduciarias *mortis causa*, a las cuales se aplica el esquema de la obligación natural: art. 627¹⁻²).

Segundo. Los efectos son verdaderos y reales, y no ficticios. El contrato fiduciario *no es un contrato simulado*, y en particular no da lugar a esa variante de la simulación relativa que es la interposición ficticia (31.4). Con la interposición ficticia el efecto real de transferencia no se produce: el simulado adquirente del bien se convierte en titular solo aparentemente y no efectivamente. En cambio, el fiduciario se convierte en titular efectivo del bien, él es protagonista de una *interposición real*.

Efectos
verdaderos y
no ficticios

Ello no quita que al contrato fiduciario pueda acompañarse una diversa variante de la simulación relativa. Por ejemplo, las partes simulan que la transferencia se realice a título de venta, pero en realidad quieren que se realice a título fiduciario; aquí la venta es el contrato ficticio, solo aparente; el contrato fiduciario es el verdadero y real.

Tercero. El contrato fiduciario, como cualquier contrato, obedece al principio de la causa. Pero su causa no puede identificarse en una genérica y autónoma "causa fiduciaria" (*causa fiduciae*): fórmula que reenvía simplemente a los efectos del contrato —esa cierta mixtura de efectos reales y obligatorios—, sin decir nada sobre la razón justificadora de los correspondientes desplazamientos de riqueza.

Causa del
contrato
fiduciario...

... no
reducible a
genérica
causa
fiduciae...

La combinación de efectos reales y obligatorios, típico del contrato fiduciario, de por sí *no da lugar a causa de intercambio*, porque no existe aquí el cruce entre una prestación y una recíproca contraprestación: los deberes de administración y retransferencia no son asumidas por la sociedad fiduciaria a cambio de la titularidad del paquete accionario; las obligaciones de conservación y retransferencia del acreedor fiduciario no remuneran el bien a él transferido en garantía por el deudor fideicomitente. Decir que el contrato fiduciario tiene *causa fiduciae* es tautológico y autoreferencial tanto como decir que causa del poder es el otorgamiento de poderes representativos: cuando sabemos que la causa del poder, debe ser buscada más allá, en las relaciones e intereses de las partes que justifican ese otorgamiento.

La causa del contrato fiduciario debe ser buscada fuera del mecanismo fiduciario. En el caso de la transferencia de la titularidad a la sociedad fiduciaria, es causa de *intercambio*: entre el *servicio* dado por esta (que comprende la aceptación de la titularidad) y la *retribución* con la que el fideicomitente lo remunera; en el caso de *fiducia cum creditore*, es causa de *garantía*; es causa de *intercambio empírico* todas las veces que la activación del mecanismo, en el que el fideicomitente está interesado, se apoya también sobre algún perceptible interés o ventaja del fiduciario: en todo caso; debe ser un elemento externo y agregado al mero mecanismo fiduciario. Cuando ningún elemento tal sea identificable, se perfila una hipótesis de ausencia de causa.

... sino a
buscar fuera
del mero
mecanismo
fiduciario

El compromiso, asumido por un fiduciario totalmente desinteresado, a recibir el bien del fideicomitente asumiendo las obligaciones conexas es por tanto nulo: el fiduciario puede

Ausencia de
causa

rechazar la transferencia de la titularidad. Si la transferencia de la titularidad se produce, el fiduciario puede solicitar que sea eliminada. Pero dado que la producida transferencia de la titularidad puede haber creado la *confianza del fideicomitente sobre el regular desarrollo de la operación*, la justa pretensión del fiduciario de cesar los efectos del contrato debe ser cultivada de manera tal como para no lesionar injustamente tal confianza (por ejemplo, deberá acordar con el fideicomitente tiempos y modos de retorno de la titularidad, modalidades de la gestión interina del bien, etc.): caso contrario, responde por los daños.

Causa ilícita

Dado que exista, la causa del contrato fiduciario puede —como en todo contrato— ser lícita o ilícita. Es ilícita cuando el contrato viola o defrauda normas imperativas o principios de orden público: piénsese en la *fiducia cum creditore*, fácil de caer en la ilicitud por contraste con la prohibición del pacto comisorio (art. 2744); o en la evasión de la prohibición de cesión a X del bien de A, que se busque con la transferencia fiduciaria de A a B, el cual se compromete a retransferir a X.

Riesgo de abuso del fideicomitente

Cuarto punto. La peculiar conformación de los efectos del contrato fiduciario crea un particular riesgo de abuso del fiduciario, que es la esencia del fenómeno.

Negocio indirecto

Y en verdad, en el modo en que el contrato fiduciario organiza sus efectos jurídicos, se percibe *algo de extraño, anómalo o tortuoso*, respecto a la normalidad de las operaciones de autonomía privada. En razón de ello, se ve en el contrato fiduciario un caso de denominado negocio indirecto: ese negocio con el que *las partes persiguen resultados diversos de los típicamente propios del negocio empleado, y que corresponden a los resultados típicamente propios de otro negocio*. A la categoría del negocio indirecto se vinculan también el contrato en fraude a la ley (17.17).

Formulaciones doctrinarias:

La doctrina expresa la idea con varias formulaciones.

divergencia entre intención empírica y efecto jurídico, ...
... excedencia del medio respecto al fin, ...

Se habla de divergencia entre intención empírica de las partes y efecto jurídico por ellas dispuesto: el bien no está destinado al fiduciario, sino al mismo fideicomitente o a un tercero; sin embargo se lo transfiere al fiduciario. Se habla de exceso del medio respecto al fin: si se quiere que el bien del fideicomitente pase a un tercero, sería más simple un pasaje directo al tercero, sin el *medium* de la transferencia al fiduciario y de su obligación de retransferir; si se quiere la administración a cargo del fiduciario, basta un mandato (acaso con representación) sin necesidad de transferirle la titularidad del bien.

Estas representaciones nacen de un *prejuicio equivocado*: la realidad es que “intención empírica” y “fin” de las partes son aquí diversas y más complejas de las sometidas a los “normales” efectos jurídicos producidos por los “normales” medios negociales. De aquí la búsqueda —con el contrato fiduciario— de otros efectos y medios: para nada incoherentes, más bien coherentes, con el fin perseguido.

... disociación entre titularidad e interés

También se habla de disociación entre titularidad e interés: titular del bien es el fiduciario, pero el interés sustancial respecto al bien continúa siendo del fideicomitente. Esta representación del fenómeno es aceptable, a condición de que no oscurezca una circunstancia: que la titularidad del fiduciario corresponda ella misma a un interés del fideicomitente.

Más allá de las fórmulas doctrinales, el dato esencial es este: la peculiar conformación de los efectos contractuales, por los que *el fiduciario se convierte en titular de un bien sobre el cual continúa insistiendo (también) el interés de otro sujeto*, abre espacios en los que es fácil el abuso. El abuso del fiduciario es *el corazón del fenómeno*: pertenece a la estructura misma del mecanismo el riesgo de que el fiduciario abuse del fideicomiso; y precisamente porque el riesgo de abuso es objetivamente elevado, el fideicomitente confía el bien a una persona a la que tiene confianza.

Riesgo de
abuso

Por esto, en el centro de la disciplina jurídica está el problema de la tutela del fideicomitente contra los abusos del fiduciario.

3. LA TUTELA DEL FIDEICOMITENTE

El abuso típico del fiduciario es la violación del deber de retransferir el bien al mismo fideicomitente o al beneficiario indicado por él, consumada con la transferencia del bien a otro tercero. Los remedios acordados al fideicomitente contra la transferencia infiel pueden ser más o menos fuertes. Es precisamente en relación a su intensidad que se distinguen los dos contrapuestos modelos de fideicomiso: el fideicomiso romano y el germánico.

Transferencia
Infidel del bien

Intensidad de
los remedios

El fideicomiso germánico da al fideicomitente una tutela más fuerte, porque es tutela real: *el pacto fiduciario es oponible por el fideicomitente a los terceros que hayan adquirido del fiduciario*. Es como si la violación del pacto resolviese con efecto retroactivo la originaria transferencia al fiduciario, que sobre aquel pacto se fundaba: con la consecuencia de que el fideicomitente puede recuperar el bien tomado por el tercero adquirente.

Fideicomiso
alemán: tutela
real

Otro modo de representar el régimen del fideicomiso germánico es decir que este *descompone el derecho de propiedad* en una propiedad formal y en una propiedad sustancial: la primera pasa al fiduciario, cuyos poderes dominiales son definidos y circunscritos por los vínculos fiduciarios asumidos, que gravan sobre el bien como cargas reales; la segunda queda al fideicomitente, atribuyéndole sobre el bien prerrogativas también reales.

Propiedad
formal y
sustancial

La tradición romana se basa en la unidad del *dominium*, repudiando su fragmentación; por ello la propiedad pasa totalmente al fiduciario, y el fideicomitente se despoja completamente del derecho real. Su tutela resulta más débil, porque es tutela solo obligatoria. Esto significa que *si el fiduciario cede a un tercero en violación del pacto, este no es oponible al tercero aunque lo conociera*: la jurisprudencia es firme al establecer que los terceros adquieren bien, aunque adquieran de mala fe. El fideicomitente no tiene otro remedio que el *resarcimiento del daño*, a solicitar al fiduciario infiel (y

Fideicomiso
romano:
tutela
obligatoria

quizás también al tercero adquirente de mala fe, cómplice de la violación del pacto).

Aspectos de «realidad» en la tutela del fideicomitente

No obstante, el derecho italiano conoce específicos mecanismos normativos que refuerzan la tutela del fideicomitente, coloreándola de “realidad”, sobre el presupuesto de que el *pactum fiduciae* genere una obligación a contratar (bajo la especie de *obligación a retransferir*). Tal obligación es sancionada con la ejecución en forma específica mediante *sentencia constitutiva*: y entonces, si el fiduciario rechaza retransferir al fideicomitente o al tercero beneficiario, contra su incumplimiento puede obtenerse sentencia constitutiva que (re)atribuye el bien al que tiene derecho.

En el originario sistema del código, el remedio podía constituir el efecto traslativo solamente bajo el presupuesto de que el fiduciario no hubiera, en el intervalo, enajenado a terceros. La sucesiva previsión de la *inscripción del preliminar* supera también este límite: admitiendo que el pacto fiduciario sea asimilable a un acto que se puede inscribir *ex art. 2645-bis¹*, y sea efectivamente inscrito, la prioridad del *art. 2645-bis²* permite al fiduciario prevalecer sobre los terceros que hayan inscrito sucesivamente su adquisición.

Acreedores

Aparte de la posición de los terceros causahabientes, merece atención la de los acreedores: *¿el bien transferido fiduciariamente es garantía patrimonial de los acreedores del fiduciario o de los del fideicomitente?* El efecto real pleno de la transferencia fiduciaria, típico del fideicomiso romano, llevaría a decir que el bien garantiza a los acreedores del fiduciario. Pero se proponen atenuaciones, basadas en la norma correspondiente a los bienes adquiridos por el mandatario (*art. 1707*): en cuanto a los muebles, la iniciativa de los acreedores del fiduciario puede ser bloqueada si el *pactum fiduciae* tiene fecha cierta anterior al embargo; en cuanto a los inmuebles y muebles registrados, si antes del embargo el fideicomitente inscribe la demanda *ex art. 2932* (pero aquí puede jugar también la inscripción del pacto fiduciario mismo: *29.12*). Por su parte, los acreedores del fideicomitente pueden actuar contra el fiduciario en vía subrogatoria (*art. 2900*).

4. GESTIONES FIDUCIARIAS Y “SEPARACIÓN PATRIMONIAL”. LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

Uno de los campos en los que el mecanismo fiduciario encuentra aplicaciones particularmente significativas es en el de la *intermediación financiera* (orgánicamente regulada por el TUF).

Gestión de instrumentos financieros...

En este campo se verifica a menudo la siguiente situación: el intermediario financiero (sociedad de inversión, banco, sociedad de gestión del ahorro, sociedad fiduciaria, etc.) tiene bajo su control instrumentos financieros —como acciones, obligaciones, cuotas de fondos comunes, etc.— que sustancialmente no le pertenecen, porque son adquiridos con el dinero que el inversionista ha confiado al intermediario: y este los tiene bajo su control porque debe administrarlos en el interés del inversionista.

Ahora, el intermediario financiero puede desplegar la gestión según dos esquemas: en nombre del cliente (y esto significa que los instrumentos financieros quedan también formalmente en propiedad del inversionista); o bien “en nombre propio y por cuenta del cliente” (art. 21² TUF), y entonces quiere decir que la propiedad de los valores es formalmente del intermediario. Este último es el modo en el que típicamente operan las sociedades fiduciarias, las que —repitiendo la fórmula legislativa— desarrollan su servicio a favor del cliente “mediante titularidad fiduciaria” de los títulos pertenecientes al cliente mismo.

... en nombre del cliente ...

... o en nombre del Intermediario

Sociedades fiduciarias

La ley se preocupa de los riesgos conexos que en esta situación corre el cliente, cuyos valores están en la formal titularidad (y en la esfera de control) del intermediario financiero: los clásicos riesgos a los cuales sabemos está expuesto el fideicomitente. Vale al respecto una regla general de conducta, modelada sobre el vínculo típicamente impuesto al obrar del fiduciario (art. 22³ TUF): sin consentimiento escrito de los clientes, los intermediarios financieros “no pueden usar, en interés propio o de terceros, los instrumentos financieros pertenecientes a los clientes, por ellos detentados bajo cualquier título” (comprendido el caso que los detenten bajo título de formal propiedad, por haber obtenido la titularidad fiduciaria).

Riesgos de abusos del Intermediario

Vínculos de su acción

Pero sobre todo vale el principio de “separación patrimonial”, que constituye el pilar del régimen jurídico de las actividades financieras: “*los instrumentos financieros (...) bajo cualquier título detentados por el intermediario constituyen patrimonio distinto a todos los efectos de aquel del intermediario y de aquel de los otros clientes. Sobre tal patrimonio no se admiten acciones de los acreedores del intermediario*” (art. 22¹ TUF).

Separación patrimonial

El mismo principio de separación patrimonial es dictado en referencia a específicos ámbitos de la actividad financiera, caracterizados por el hecho de que bienes formalmente en titularidad de un sujeto, “pertenecen” sustancialmente a otros sujetos, al menos en el sentido de que la gestión más o menos eficiente de esos bienes incide directamente sobre el interés de estos otros sujetos. Es el caso de los fondos comunes de inversión (art. 36⁶ TUF) y de los fondos de pensiones (art. 6^{4-ter} D. Leg. 124/1993): en donde los instrumentos financieros que constituyen el fondo son de titularidad de la sociedad de gestión del fondo común y respectivamente al sujeto que personifica el fondo de pensiones, como a los fiduciarios de los inversionistas o trabajadores adherentes al fondo, portadores del interés sustancial de la buena gestión de estos.

Fondos comunes de Inversión

Fondos de pensiones

Más que de *relaciones contractuales* estamos hablando de *régimen de los bienes*: de aquel particular régimen de los bienes dictado por su sometimiento a un vínculo fiduciario que, en el interés de los beneficiarios, variadamente modifica y limita prerrogativas del titular y de los otros terceros en relación a esos bienes. Por lo tanto, estamos hablando de propiedad: y, en efecto, la fórmula con la cual sintéticamente se designa ese régimen de

Propiedad fiduciaria

los bienes es "propiedad fiduciaria". El fideicomiso se manifiesta así como uno de los terrenos en el que la que teoría y disciplina del contrato se transforma en teoría y disciplina de la propiedad.

5. EL TRUST

Con el fenómeno del fideicomiso, propio de los sistemas romano-germánicos, presenta muchos puntos de contacto un instituto perteneciente a la tradición del *common law*: el *trust* (en inglés "to trust" indica "confiarse", "tener confianza").

Nacido y crecido en ese ámbito, el *trust* por lo demás tiene una fuerza expansiva que lo lleva a rebasar los confines del Derecho inglés para difundirse también en otros ambientes jurídicos. Lo testimonia la Convención de la Haya (1985) —ratificada en Italia con la Ley 364/1989— sobre el reconocimiento de los *trust* constituidos en uno de los países adherentes, y sobre las normas de Derecho Internacional Privado aplicables.

Convención
de la Haya

No es fácil, partiendo desde un punto de vista "continental", dar una definición precisa y exhaustiva del *trust*. Con amplia aproximación, puede decirse que un bien o conjunto de bienes está constituido en *trust* cuando su titular lo transfiere o lo confía a un sujeto, el que está vinculado a ejercitar sus poderes de titular no en interés propio, sino en ventaja de uno o más beneficiarios, o en función de un determinado propósito.

Trust

Quien constituye el *trust* sobre el propio bien se llama *settlor*, quien lo recibe fiduciariamente es llamado *trustee*. El *trust* puede constituirse también con acto unilateral del *settlor*; y el *trustee* puede identificarse con el mismo *settlor* (que constituye el relativo vínculo sobre el propio bien).

Por consiguiente, lo que cuenta no es tanto la relación entre *settlor* y *trustee* (en nuestros términos, entre fideicomitente y fiduciario), como la objetiva condición jurídica en la que el bien se encuentra por efecto del *trust*: aún más marcado que nuestro fideicomiso, el *trust* se coloca en los márgenes del mundo del contrato para instalarse decididamente en el mundo de la propiedad: tiene importancia no tanto como materia de un contrato de *trust*, sino como fuente de una *trust property*.

Condición
jurídica del
bien

Coherentemente, el trazo que más caracteriza la figura pertenece al régimen de los bienes constituidos en *trust*: vale para estos un principio de *segregation* del resto del patrimonio del *trustee*, correspondiente, *grosso modo*, al principio de separación patrimonial que nuestro derecho conoce especialmente en el campo de la intermediación financiera.

Segregation

BIBLIOGRAFÍA

- 1-3. S. CAVANNA, *I rapporti fiduciari*, en *Contratti Cendon*, IX, Torino, 2000, p. 1; R. MARI-
NONI-N. NISIVOCCIA, *Contratto fiduciario e prescrizione del diritto alla restituzione dei
beni*, en *Diritto e pratica delle società*, 1999, p. 25; L. DE ANGELIS, *Trust e fiducia
nell'ordinamento italiano*, en *Rivista di diritto civile*, 1999, II, p. 353; M. GAMBINI, *Il
negozi fiduciario negli orientamenti della giurisprudenza*, en *Rassegna di diritto civile*,
1998, p. 844; S. MERZ, *La trasmissione familiare e fiduciaria della ricchezza*, Padova,
1998; G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*,
en *Studi in onore di Rescigno*, V, Milano, 1998, p. 339; G. BROGGINI, *Trust e fiducia
nel diritto internazionale privato*, en *Europa e diritto privato*, 1998, p. 399; F. DI MAJO,
Amministrazione fiduciaria di beni: quale fiducia?, en *Società*, 1995, p. 329; L. SANTO-
RO, *Trust e fiducia*, en *Contratto e impresa*, 1995, p. 977; F.M. GIULIANI, *Interposizione,
fiducia e dichiarazioni dell'altrui appartenenza, sulle orme di un caso giurisprudenziale*, en
Giurisprudenza commerciale, 1994, II, p. 8; G. DIURNI, *Fiducia e negozio fiduciario (sto-
ria)*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, VIII, Torino, 1992, *ad vocem*;
V. CARBONE, *Pactum fiduciae e interposizione reale*, en *Corriere giuridico*, 1993, p. 855;
AA.VV., *Fiducia, trust, mandato e Agency*, Milano, 1991; A. CANEPA U. MORELLO,
Negozi fiduciario, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, III, Torino, 1991, p. 703; L. NANNI,
L'interposizione di persona, Padova, 1990; U. CARNEVALI, *Negozi giuridico (negozi
fiduciario)*, en *Enciclopedia giuridica*, XX, Roma, 1992, *ad vocem*; B. FERRARO, *Dona-
zione obnuziale indiretta, simulazione e negozio fiduciario*, en *Giurisprudenza italiana*, 1987,
I, 1, p. 729; M. NUZZO, *Negozi fiduciario*, en *Rivista di diritto civile*, 1985, II, p. 645; M.
NUZZO, *Negozi fiduciario*, en *Rivista di diritto civile*, 1985, II, p. 645; G. CRISCUOLI,
Fiducia e fiducie nel diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei, en
Rivista di diritto civile, 1983, I, p. 136; Salvatore ROMANO, *L'accordo fiduciario e il pro-
blema della sua rilevanza*, en *Scritti minori*, III, Milano, 1980, p. 1267; V.M. TRIMARCHI,
Negozi fiduciario, en *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1978, *ad vocem*; P.G. JAE-
GER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968; N. LIPARI, *Il
negozi fiduciario*, Milano, 1964; A. VALENTE, *Nuovi profili della simulazione e della
fiducia*, Milano, 1961; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, en *Saggi di di-
ritto civile*, Milano, 1951, p. 201; G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, en *Scritti giuridici*, I,
Milano, 1948; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro
ordinamento giuridico*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbli-
gazioni*, 1936, I, p. 345; L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Napoli, 1933.
4. V. SALAFIA, *Note in tema di gestione fiduciaria di titoli azionari*, en *Giustizia civile*, 1999,
I, p. 2336; G. RAGUSA MAGGIORE, *Gestione accentrata di titoli di Stato affidati alla
Banca d'Italia da una società fiduciaria e prelazione nel fallimento della società fiduciaria*,
en *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1997, II, p. 702; F. DI MAJO, *Gestione
di patrimoni tra società fiduciaria (non iscritta) e Sim*, en *Società*, 1994, p. 322; M. ZAC-
CHEO, *Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*, Milano, 1991; M. GRAZIADEI, *Pro-
prietà fiduciaria e proprietà del mandatario*, en *Quadrimestre*, 1990, p. 1; S. BAZZANI,
Società fiduciaria Mandato fiduciario Gestione "in monte", en *Nuova giurisprudenza civile*

- commentata, 1989, I, p. 905; M. BAGLIONI, *Una disciplina per gli enti di gestione fiduciaria (commento al d. l. 16 febbraio 1987, n. 27: misure urgenti in materia di enti di gestione fiduciaria)*, en *Corriere giuridico*, 1987, p. 377; G. VERRASCINA, *Gestione fiduciaria dei patrimoni*, en *Società*, 1987, p. 800; V. MARICONDA, *Beni del comitato e proprietà fiduciaria*, en *Corriere giuridico*, 1986, p. 840; G. FERRARINI, *Gestione fiduciaria, nuove forma di investimento, tutela degli investitori*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1982, p. 215; A. LENER, *Profili civilistici degli enti di gestione fiduciaria*, en *Il Foro italiano*, 1982, V, p. 441.
5. A. BRAUN, *Trusts interni*, en *Rivista di diritto civile*, 2000, II, p. 573; S. CAVANNA, *Il trust*, en *Contratti Cendon*, IX, Torino, 2000, p. 205; F. DI CIOMMO, *La donazione tra "modus", condizione risolutiva e "trust"*, en *Il Foro italiano*, 2000, I, p. 2290; L. SALVATORE, *Il trend favorevole all'operatività del trust in Italia: esame ragionato di alcuni trusts compatibili in un'ottica notarile*, en *Contratto e impresa*, 2000, p. 644; F. DI CIOMMO, *Brevi note in tema di azione revocatoria, "trust" e negozio fiduciario*, en *Il Foro italiano*, 1999, I, p. 1470; L. DE ANGELIS, *Trust e fiducia nell'ordinamento italiano*, en *Rivista di diritto civile*, 1999, II, p. 353; F. DI CIOMMO, *Per una teoria negoziale del trust (ovvero perchè non possiamo farne a meno)*, en *Corriere giuridico*, 1999, p. 630 y 773; A. GAMBARO, *Trust*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XIX, Torino, 1999, *ad vocem*; A. DE DONATO - V. DE DONATO - M. D'ERRICO, *Il trust convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica*, Roma, 1999; M. LUPOI, *Aspetti gestori e dominicali, segregazione: "trust e istituti civilistici"*, en *Il Foro italiano*, 1998, I, p. 3391; R. CALVO, *La tutela dei beneficiari nel "trust" interno*, en *Rivista di diritto processuale*, 1998, p. 33; E. BRUNETTI, *Il testamento dello zio d'America. Il "trust testamentario"*, en *Il Foro italiano*, 1998, I, p. 2007; C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, en *Vita notarile*, 1998, p. 1323; S. MAZZAMUTO, *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione dell'Aja*, en *Vita notarile*, 1998, p. 754; M. SERIO, *Trust, contract e consideration*, en *Rivista di diritto civile*, 1998, II, p. 509; G. CESARO, *Il trust: quale disciplina?*, en *Contratti*, 1998, p. 619; P. RESCIGNO, *Notazioni a chiusura di un seminario sul trust*, en *Europa e diritto privato*, 1998, p. 453; A. PALAZZO, *Successione, "trust" e fiducia*, en *Vita notarile*, 1998, p. 770; C. CASTRONOVO, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, en *Europa e diritto privato*, 1998, p. 441; M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 1997; BENEVENTI (al cuidado de), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996; A. GAMBARO A. GIARDINA-G. PONZANELLI, *La convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento*, en *Le nuove leggi civili commentate*, 1993, p. 1213; M. LUPOI, *Il Trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, en *Vita notarile*, 1992, p. 966; U. MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, en *Quadrimestre*, 1990, p. 239; M.C. MALAGUTI, *Il futuro del trust in Italia*, en *Contratto e impresa*, 1990, p. 985; E. CORSO, *Trust e diritto italiano: un primo approccio*, en *Quadrimestre*, 1990, p. 496; A. NIGRO, *Investment trust*, en *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, 1970, *ad vocem*; C. GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1936, I, p. 548.

CAPÍTULO XXXI

LA SIMULACIÓN

1. El fenómeno.— 2. La estructura de la simulación: contrato simulado y acuerdo simulatorio.— 3. Simulación absoluta y relativa.— 4. La interposición ficticia.— 5. La simulación respecto a las partes: el contrato simulado.— 6. *Sigue*: el contrato disimulado.— 7. La simulación respecto a los terceros: terceros perjudicados por la simulación.— 8. *Sigue*: terceros causahabientes del simulado adquirente.— 9. *Sigue*: terceros acreedores.— 10. La acción de simulación.— 11. La prueba de la simulación.— 12. La calificación del contrato simulado.— 13. El campo de la simulación.— 14. Las figuras limítrofes.— *Bibliografía*.

1. EL FENÓMENO

Simulación significa ficción. Existe simulación cuando *las partes hacen un contrato simulado: un contrato que fingen querer pero en realidad no quieren*, y declaran entre ellas no querer; más precisamente un contrato del cual no quieren, y declaran no querer, los efectos normalmente producidos.

Ficción

El interés de las partes de simular es el interés de *crear una apariencia contractual no conforme con la realidad contractual efectivamente querida*: comúnmente porque la realidad contractual, si es conocida exteriormente, crearía problemas que las partes pretenden evitar precisamente escondiéndola bajo una diversa apariencia.

Intereses

Algunos ejemplos. A quiere permanecer como propietario de sus inmuebles, pero estando atiborrado de deudas los expondría a las acciones ejecutivas de sus acreedores: para prevenir hace una venta o una donación simulada a B, creando la apariencia de que ahora los inmuebles pertenecen a otro sujeto. O bien esta misma apariencia se crea para hacer figurar a B como propietario de bienes, por lo tanto, solvente y merecedor de crédito bancario. H quiere donar a K, pero existe el riesgo de que la donación sea luego blanco de una acción de reducción de los legitimarios: se esconde entonces la donación bajo la apariencia de una venta. X e Y quieren comprar y vender a un millón de euros, pero si ello resultase el comprador

Ejemplos

estaría gravado por un alto impuesto registral: simulando vender a 500.000 euros, se presenta al fisco una apariencia que disminuye la carga tributaria.

Aún, el empresario W, titular de comisiones públicas en curso de ejecución, quiere cederlas al empresario Z interesado en adquirirlas, pero la operación está obstaculizada por la norma que excluye la cedibilidad de las contratas públicas, salvo en el ámbito de una cesión de hacienda: los dos simulan entonces la cesión a Z de toda la hacienda de W, y la exhiben a los entes comitentes para legitimar el subingreso de Z en las comisiones; pero entre sí acuerdan que de la cesión queden excluidos todos los elementos activos y pasivos de la hacienda, distintos de las comisiones.

Actitud de la ley

La ley *no tiene prejuicios morales en contra de la simulación*: no considera que fingir contratos no verdaderos (o hacer contratos ficticios) sea malo en sí, y merezca estar generalmente prohibido; ni siquiera piensa que los intereses que impulsan a las partes a crear una apariencia contractual no conforme con la realidad sean siempre intereses ilícitos o reprobables. La ley, simplemente, *constata que el fenómeno existe*: que las partes, en el ejercicio de su actividad contractual, a veces simulan. Y *se preocupa por regular las consecuencias*, para resolver en modo correcto y racional los problemas que surgen, sea entre las partes mismas, como entre terceros.

2. LA ESTRUCTURA DE LA SIMULACIÓN: CONTRATO SIMULADO Y ACUERDO SIMULATORIO

La estructura de la simulación comprende *dos elementos*: el contrato simulado, y el acuerdo simulatorio que resulta de la contradecларación.

Contrato simulado

El contrato simulado es *aquel que las partes hacen para crear la situación aparente*. En los ejemplos del precedente apartado: la venta o la donación; la venta; la venta a 500.000 euros. Su característica fundamental es una característica negativa: las partes *no* lo quieren efectivamente, o mejor *no quieren sus efectos*. Sin embargo, se puede ver también en positivo: él positivamente *crea una apariencia de efectos contractuales*, de la que debe tenerse en cuenta.

Acuerdo simulatorio

El acuerdo simulatorio se acompaña al contrato simulado, que es constitutivo de la naturaleza solo ficticia de aquel: con él *las partes convienen que el contrato simulado no tiene valor*, porque no quieren sus efectos; y *convienen cuáles son los efectos realmente queridos*. En los ejemplos, del acuerdo simulatorio resulta que las partes, respectivamente: no quieren ninguna transferencia de bienes simuladamente vendidos o donados; quieren la transferencia a título de donación y no de venta; quieren la venta al precio de un millón de euros, y no de 500.000.

Las manifestaciones de voluntad que constituyen el acuerdo simulatorio se definen como “contradecaraciones”, en cuanto contrastan el sentido y el contenido de las declaraciones que forman el contrato simulado.

Contradecaraciones

En las elaboraciones de matriz pandectística, basadas sobre el dogma de la voluntad, el fenómeno de la simulación estaba sustancialmente reducido al elemento del contrato simulado, tomado en su *dimensión negativa*. De aquí las descripciones en términos de mera divergencia entre voluntad y declaración: entre la declaración de hacer un contrato, y la voluntad de no hacerlo. Las elaboraciones sucesivas ofrecen una más rica y compleja representación del fenómeno, valorando los *elementos positivos*: el de la *apariencia* que el contrato simulado, aun cuando no querido realmente, objetivamente crea; y el del *acuerdo simulatorio* (de la contradecaración), como fuente que concurre a conformar situaciones, relaciones y efectos consecuentes a la simulación.

Encuadramientos voluntaristas: divergencia entre voluntad y manifestación

El fenómeno de la simulación, y su disciplina, se entienden solo si se tienen presentes ambos elementos, y cada uno en todas sus dimensiones. Estos son los *elementos, entre sí estrechamente interrelacionados, de una única operación contractual*: cada uno recibe su sentido del otro. Y solo por comodidad de análisis y de exposición es que se habla ahora, separadamente, del uno y del otro.

Complejidad y uniteridad del fenómeno

El contrato simulado plantea esencialmente dos cuestiones. La primera cuestión es eminentemente práctica, y se refiere a sus *efectos*: ¿el contrato simulado produce efectos? Si es así, ¿cuáles? ¿Y frente a quién? La segunda cuestión, eminentemente teórica, se refiere a la *calificación* del contrato simulado: ¿nulo, inexistente o solo ineficaz? De ello se discutirá más adelante.

Problemas del contrato simulado ...

El acuerdo simulatorio abre un mayor número de problemas.

... y del acuerdo simulatorio

Existe el problema de su naturaleza, del cual deriva su régimen: ¿el acuerdo simulatorio es negocio, o mera declaración de ciencia, u otro? El acuerdo simulatorio tiene naturaleza negocial, y más precisamente —en cuanto se refiere a la simulación de un contrato— contractual. Su función es conformar en un cierto modo (solo negativo, o también positivo) los efectos del contrato simulado: no demasiado distinto, viéndolo bien, de la condición puesta en el contrato.

Naturaleza negocial

Al igual que de la condición, del acuerdo simulatorio puede decirse que no es el contrato, pero es ciertamente un elemento del contrato, sujeto por tanto —en línea de principio— al *régimen contractual*. Puede ser impugnado por vicio de la voluntad. Puede ser revocado (disuelto) por mutuo disenso de las partes. Se repite: el acuerdo simulatorio tiene esta naturaleza, aunque esté formulado en términos aparentemente solo descriptivos o de reconocimiento, como, por ejemplo, cuando las partes digan que la propiedad es y permanece con el (simulado) vendedor.

Régimen

Para producir su propio efecto (atribuir carácter solo ficticio al contrato simulado), el acuerdo simulatorio requiere del *consentimiento de todos los sujetos que son partes del contrato simulado*. Si este es plurilateral, y

Estructura

consta de 6 partes, todas deben participar del acuerdo simulatorio: si participan solo en 5, el acuerdo simulatorio puede tomar importancia en sus relaciones internas; pero la parte que permanece ajena tiene derecho de considerar el contrato como verdadero y real frente a todos los demás.

La esencialidad del acuerdo simulatorio, y las características apenas descritas, marcan la diferencia entre la simulación y dos supuestos de hecho limítrofes: reserva mental y error obstativo.

Simulación y
reserva
mental

La simulación se distingue de la reserva mental, que se presenta cuando *la parte declara una voluntad contractual que desmiente en su foro interno*: no existe, pues, contradicción, sino un puro comportamiento psíquico contrario a la declaración. Frente a la declaración, la reserva mental del autor es *irrelevante, aunque conocida* por el destinatario de la declaración.

Si luego la reserva es *explicitada*, no tenemos acuerdo simulatorio (que presupone la común voluntad de ambas partes), sino *dos declaraciones incompatibles de la misma parte*: si son emitidas en sucesión, la segunda podrá valer como revocación de la primera (en los límites de eficacia de la revocación); si son contemporáneas, resulta una declaración perpleja, probablemente no idónea para manifestar la voluntad contractual y por consiguiente para provocar la celebración del contrato.

Simulación y
error
obstativo

La simulación se distingue, luego, del error obstativo, que también se suele indicar, al igual que la simulación, como supuesto de hecho de divergencia entre voluntad y declaración (35.13). Las diferencias se observan en dos planos: en el error obstativo la divergencia es *involuntaria*, y se refiere a la declaración y voluntad de *una sola de las partes*, en cambio en la simulación la divergencia es intencional, y opone las declaraciones de *ambas partes* a la voluntad contradecorada de ambas.

Momento del
acuerdo
simulatorio

Existe el problema del momento del acuerdo simulatorio. Este normalmente es *contemporáneo* al contrato simulado. Puede ser también *anterior*: si se conviene entre las partes que el contrato que estos celebrarán próximamente será solo ficticio. No puede admitirse que sea posterior.

Si A y B celebran una venta, y un mes después contradecoran que en realidad no pretendían hacerla, de dos una: o la voluntad expresada en la contradecoración se ha formado solo al momento de esta, y entonces puede valer como posterior *mutuo disenso* respecto a un contrato verdadero y real, o bien la contradecoración solo tiene *valor de reconocimiento* de una voluntad formada contextualmente al contrato simulado; y entonces es esta voluntad (aunque no aún formalizada en la contradecoración, que vendrá después) la que constituye el acuerdo simulatorio.

Forma

Finalmente existe el problema de la forma del acuerdo simulatorio. Si el contrato simulado está sujeto a forma solemne, se recomiendan *soluciones*

articuladas como aquellas propuestas para la forma de los contratos resolutorios (24.2).

Respecto a una venta inmobiliaria, tiene forma vinculada el relativo acuerdo de simulación absoluta, y también el de simulación relativa que se refiere al precio (31.3); no el de la simulación relativa referida a elementos no esenciales (una cláusula penal, una cláusula de garantía). Dada una locación mayor de nueve años, no parece que se deba exigir forma escrita para la contradecларación de simulación absoluta, ni para la que reduce la duración por debajo de los nueve años.

Con todo, todas las veces que el contrato simulado sea formalizado, la forma de la contradecларación cobra importancia a los fines de la *prueba* (31.11). Y de hecho, las partes casi siempre consagran su acuerdo simulatorio en un *documento*: tanto que en la praxis las contradecларaciones habitualmente se definen (y son) "contraescrituras" o "contracartas".

3. SIMULACIÓN ABSOLUTA Y RELATIVA

En relación al contenido del acuerdo simulatorio, la simulación puede ser absoluta o relativa.

Se presenta simulación absoluta cuando *el acuerdo simulatorio establece que, en lugar de la relación que deriva del contrato simulado, no se constituya entre las partes ninguna relación contractual*. Aquí el interés de las partes es crear la apariencia de efectos jurídicos (la transferencia de un derecho, el nacimiento de una relación obligatoria) que en realidad no se quieren para nada: se simula la venta o la donación de bienes de A a B para sustraerlos a los acreedores de A; se simula un mutuo o la prestación de servicios de H a K para hacer figurar a cargo de K pasivos (en realidad, inexistentes) útiles para rebajar la renta imponible; se simula que X confiera a Y una contrata para aparentar prósperas perspectivas económicas de Y para favorecerlo en el acceso al crédito bancario.

Simulación
absoluta

Se tiene simulación relativa cuando *el acuerdo simulatorio establece que, en lugar de la relación que deriva del contrato simulado, se constituya entre las partes una relación contractual distinta*. En tal caso, el acuerdo simulatorio tiene una doble valencia: no solo es fuente de la calificación del contrato simulado como, precisamente, contrato simulado y no realmente querido (en cuanto a los elementos alcanzados por la simulación); sino que es también fuente de la relación realmente querida.

Simulación
relativa

La *relación realmente querida* se define como contrato disimulado (o sea disfrazado, u oculto). Esta se reconduce tanto al contrato relativamente simulado, que la regula en todos los elementos no afectados por la simulación;

Contrato
disimulado

como al acuerdo simulatorio, que la regula en los elementos afectados por la simulación.

Simulación
del tipo o de
la causa, ...

La simulación relativa puede referirse al tipo o a la causa. Un caso clásico es la venta simulada que disimula una donación: las partes simulan transferir por un precio, pero en realidad quieren la transferencia gratuita.

El acuerdo simulatorio desmiente la aparente causa onerosa, para afirmar la causa liberal. Esto puede expresarse en los modos más diversos: manifestando expresamente que las partes quieren donar y no vender, o simplemente que ningún precio es debido por el adquirente; o en algún otro modo que sea idóneo para manifestar la real voluntad de las partes.

... del objeto, ...

La simulación relativa puede afectar el objeto del contrato (o bien las prestaciones contractuales): se finge vender al precio de un millón de euros, pero en realidad se vende a 500.000; el contrato simulado es una fingida cesión de hacienda, mientras que el verdadero contrato (disimulado) es una cesión de contratos públicas.

... de la parte

Finalmente, la simulación relativa puede afectar la identidad de una parte del contrato: se presenta entonces la *interposición ficticia* (31.4).

Simulación
parcial

La simulación puede referirse a una *cláusula singular* del contrato: se dice entonces "parcial". Y en su parcialidad puede ser absoluta (si enuncia en el contrato una penalidad de 100 o una garantía, y si contradice que no existe penalidad ni garantía): o bien relativa (si contradice que la penalidad es 100 y no 300, que la garantía tiene un ámbito diverso del ostentado).

4. LA INTERPOSICIÓN FICTICIA

La interposición ficticia es el supuesto de hecho de simulación relativa por el cual se finge la celebración, por ejemplo, de una venta de A a B, mientras el acuerdo simulatorio dice que detrás de este contrato simulatorio se oculta en realidad una venta (disimulada) de A a X: B es un *fingido comprador*, que se interpone solo ficticiamente en la relación de compra-venta la cual, en realidad, corre entre el vendedor A y X, *verdadero comprador*.

Interés

La razón del mecanismo es el interés de X de *adquirir el bien, pero sin figurar el haberlo adquirido*: ello se obtiene haciendo ficticiamente figurar que la adquiera B, que por ello aparece externamente como propietario, pero en realidad es solo un testafarro detrás del cual se oculta el verdadero propietario.

Acuerdo
trilateral ...

El mecanismo presupone que en el *acuerdo simulatorio* participan *todos los sujetos implicados*. El acuerdo del verdadero contratante es necesario, porque a él están destinados los efectos contractuales activos y pasivos

(a los que nadie puede ser expuesto sin su consentimiento). El acuerdo del interpuesto es necesario para desmentir la verdad del contrato simulado, del cual él resulta parte, y de los correspondientes efectos, de los cuales él resulta destinatario. Finalmente, es necesario el acuerdo del otro contratante, para quien no es indiferente tener como real contraparte en la relación contractual (y, por lo tanto, entre otras cosas, real deudor por el precio) X en lugar de B.

No es necesaria la contextualidad de las tres manifestaciones de consentimiento: puede postularse la adhesión sucesiva de uno de los tres sujetos al acuerdo simulatorio ya celebrado entre los primeros dos. Lo importante es que cada uno manifieste la voluntad de adherirse al acuerdo y aceptar los efectos: *no basta el simple conocimiento* que uno tenga del acuerdo mediado entre los otros dos. Y se precisa, por lo que se ha dicho más arriba, que la adhesión de todos al acuerdo sea contemporánea o anterior al contrato simulado.

... aunque no contextual

La interposición ficticia se distingue de la interposición real, como se realiza, por ejemplo, con la *adquisición del mandatario por cuenta del mandante*. El mandatario interpuesto es destinatario real (aun cuando no definitivo) de los efectos del contrato: estos se separarán de él, para volcarse sobre el mandante, solo con el acto de retransferencia al cual el mandatario está obligado (13.7).

Interposición real

Además, el otro contratante puede permanecer ajeno al acuerdo entre mandante y mandatario, e incluso ignorarlo: más bien, por regla lo ignora, porque la interposición real sirve por lo general para ocultar la identidad del verdadero interesado precisamente a los ojos del otro contratante.

Se distingue de la titularidad fiduciaria, porque también esta realiza una interposición real y no ficticia.

Titularidad fiduciaria

Se distingue del contrato celebrado en nombre ajeno, porque el testafarro no usa el nombre ajeno (del verdadero interesado), sino (ficticiamente) el propio: si él usara el nombre del verdadero interesado, vendría a menos esa disociación entre contrato simulado y contrato disimulado —entre apariencia y realidad— que es la esencia del fenómeno simulatorio.

Contrato en nombre ajeno

Se distingue del contrato celebrado bajo falso nombre, que se presenta cuando un contratante falsifica su identidad. El testafarro no falsea su identidad: el interés es precisamente que el contrato resulte hecho bajo su (verdadero) nombre. Lo que él falsea es su papel contractual; es la identidad del real destinatario de los efectos contractuales.

Contrato bajo nombre falso

Además, en este falseamiento participa el otro contratante; en cambio en el contrato bajo falso nombre el otro contratante no solo es ajeno al falseamiento, sino que por regla lo ignora.

5. LA SIMULACIÓN RESPECTO A LAS PARTES: EL CONTRATO SIMULADO

Art. 1414¹

Ausencia de efectos del contrato

Entre las partes, las consecuencias de la simulación están reguladas en base al criterio según el cual *la realidad prevalece sobre la apariencia*. He aquí entonces que “El contrato simulado no produce efecto entre las partes” (art. 1414¹): precisamente porque las partes lo han hecho solo para crear una apariencia contractual, diversa de la realidad efectivamente querida.

La regla es respetuosa de la autonomía privada, y demuestra que la ley no quiere reprimir la simulación: si tuviera tal intención represiva, el modo más eficaz para hacerlo consistiría en decir —contra las elecciones de autonomía privada— que el contrato simulado produce efectos entre las partes. Si esta fuera la regla, no se harían más contratos simulados.

Simulación absoluta

El sentido de la regla es particularmente claro en los casos de simulación absoluta. Aquí los efectos del contrato simulado son todos ficticios porque las partes no quieren la producción de ningún efecto contractual: por consiguiente entre ellas no se produce *ningún efecto contractual*. Las recíprocas posiciones de las partes permanecen como estaban antes del contrato simulado, que no las afecta de ningún modo: la venta absolutamente simulada no transfiere el bien del simulado vendedor al simulado comprador, ni obliga a este último a pagar algún precio, ni produce alguna otra consecuencia de la venta.

Posibilidad de invocación por ambas partes

Cada parte puede accionar contra la otra la regla del art. 1414¹ simplemente haciendo valer el acuerdo simulatorio, tanto en vía de *acción* como en vía de *excepción*. El simulado vendedor puede actuar para hacer declarar que el bien simuladamente vendido es aún de su propiedad; y puede excepcionar la propiedad del bien a favor de sí contra pretensiones de la contraparte basadas sobre la afirmada calidad de compradora. A su vez, el simulado comprador puede actuar para hacer declarar que él no tiene ninguna deuda por el precio, y puede rechazar la correspondiente pretensión del simulado vendedor excepcionándole el acuerdo simulatorio.

Simulación relativa

El discurso es menos lineal en los casos de simulación relativa. Aquí, lo que se simula no es todo el contrato, sino solo *un elemento o una dimensión del contrato*. Si las partes hacen una venta al precio declarado de 100, y paralelamente contradecían que el precio verdadero es 200, o bien 50, sería un poco grosero decir que (toda) la venta es simulada, y por lo tanto no produce efectos. Más que de *venta simulada* conviene hablar de *venta con precio simulado* y precisar que esta no es improductiva de todo efecto contractual, sino solo de ese particular efecto que consiste en fijar la deuda del comprador a la medida del precio indicado en el contrato.

Consecuentemente, para valerse de la regla del art. 1414¹, la parte del contrato relativamente simulado a menudo no puede limitarse a hacer valer el acuerdo simulatorio en su *dimensión negativa*, de factor que excluye la verdad de ese particular elemento contractual,

sino que tiene la carga de alegarlo y probarlo en su *dimensión positiva*, de factor que conforma ese elemento de manera distinta. Así, dada una venta al precio simulado de 100 y al precio real de 200, al vendedor que haya recibido solo 100 no le serviría de nada hacer valer simplemente que por acuerdo simulatorio 100 es un precio simulado, improductivo de efectos; si quiere plegar la regla del art. 1414¹ a un resultado útil para sí, debe hacer valer además que por acuerdo simulatorio el precio verdadero es 200.

Función
conformativa
del acuerdo
simulatorio

Se obtiene una ulterior confirmación de que el fenómeno de la simulación es el unitario *enlace de contrato simulado, acuerdo simulatorio y contrato disimulado*, entre sí no separables. Y se obtienen indicaciones útiles para la calificación del contrato simulado en términos de ineficacia, antes que de inexistencia o nulidad (31.12).

6. SIGUE: EL CONTRATO DISIMULADO

En verdad, para la simulación relativa la regla del art. 1414¹ no se comprende sino en relación con la del art. 1414²: “Si las partes han querido celebrar un contrato distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el contrato disimulado, siempre que subsistan los requisitos de sustancia y de forma”. Es decir: el contrato (mejor: el elemento contractual) simulado no tiene efecto entre las partes, en cuanto entre ellas tiene efecto el contrato (mejor: el elemento contractual) disimulado. También esta regla aplica el criterio que, entre las partes, *prevalece la realidad sobre la apariencia*.

Art. 1414²

Efectos del
contrato
disimulado

Sin embargo, la norma precisa que la realidad del contrato disimulado puede operar solo si están presentes los necesarios “requisitos de sustancia”: son los requisitos, cuya ausencia determina la nulidad del contrato *ex art. 1418²* (33.9).

Presupuestos

Ello significa, en primer lugar, que la contradecларación debe manifestar no solo la voluntad de hacer un contrato distinto del simulado, sino también los *elementos esenciales del distinto contrato* (que deben ser *posibles, determinados o determinables*). Imaginemos una venta con precio simulado o con interposición de un comprador ficticio: si el acuerdo simulatorio se limita a decir que las partes quieren ciertamente la venta, pero con precio distinto o con comprador distinto de los simulados, sin indicar (ni establecer elementos útiles a determinar *per relationem*) a qué distinto precio o a qué distinto comprador, el contrato disimulado es demasiado gravemente incompleto como para operar.

Requisitos
sustanciales

Requisitos de “sustancia” significa, luego, que *el contrato disimulado no debe ser ilícito*, o, con todo, precluido por una norma. Se simula la venta de un bien futuro, y se contradecларa que el bien, en realidad, es donado: el contrato disimulado está precluido por el art. 771¹. Se simula la cesión de la hacienda, y se contradecларa que la cesión se refiere solo a las obras públicas en curso: el contrato disimulado viola la norma que prohíbe al

contratista de obras públicas ceder los contratos separadamente de la hacienda.

Requisitos de forma

Además de los requisitos "de sustancia", el contrato disimulado debe presentar los requisitos "de forma": si por ejemplo la venta disimula una donación, es necesario el acto público y la presencia de testigos.

Dudas sobre los elementos que requiere formalización

Se discute si la forma deba revestir el *contrato simulado*, o el *acuerdo simulatorio* que indica el elemento contractual disimulado, o *ambos*. El criterio general en tema de forma solemne es que esta deba revestir todos los elementos esenciales para identificar la operación, o decisivos para la validez (10.5). Aplicado con rigor, el criterio llevaría a exigir que, en caso de venta que disimula una donación, la forma de la donación cubra también la contradecларación, para que solo esta indique la causa del contrato verdadero.

Jurisprudencia no rigurosa

Pero la jurisprudencia es menos rigurosa: establece que la donación tiene efecto aunque la sola venta simulada, y no también la contradecларación, sea hecha por escritura pública. La flexión del principio puede aquí comprenderse: si se exigiera el acto público también para la contradecларación, esta no podría quedar oculta, con lo que desaparecería el sentido del mecanismo simulatorio.

Cuando un inconveniente tal no subsiste, puede regresarse al rigor del principio: he aquí entonces que, en caso de *interposición ficticia* en venta inmobiliaria, la forma escrita se requiere no solo para la venta simulada de A a B, sino también para el acuerdo simulatorio con el que se indica a X como verdadero adquirente. Pero, curiosamente, el principio vuelve a derogarse en una situación que no lo requeriría: el *precio* es elemento esencial, y por lo tanto el precio del contrato formal debe ser formalizado; y en cambio, en discutible contraste con el principio, la jurisprudencia sobre las ventas inmobiliarias con precio simulado dice que la contradecларación que indica el precio verdadero no requiere forma escrita.

Inoperatividad del contrato disimulado

En todo caso de simulación relativa, en el que el contrato disimulado no produce efecto por ausencia de los requisitos de sustancia o de forma, obviamente no produce efecto ni siquiera el contrato simulado, porque las partes han contradecларado no quererlo: es *como si la simulación fuera absoluta*.

Se hace una reserva para el caso en que la contradecларación se refiera solo a un elemento no esencial: el contrato podría salvarse, en la lógica del art. 1419¹ (39.1).

7. LA SIMULACIÓN RESPECTO A LOS TERCEROS: TERCEROS PERJUDICADOS POR LA SIMULACIÓN

Hemos visto las consecuencias de la simulación entre las partes. ¿Y respecto a los terceros? Los problemas se reconducen a tres datos:

– La simulación crea una *apariencia contractual, distinta de la realidad* contractual operante entre las partes;

Los datos de
partida

– Los terceros normalmente *conocen la apariencia y no la realidad* (en cuanto ajenos al acuerdo simulatorio, que desmiente la apariencia y afirma la realidad);

– Algunos terceros son *perjudicados por la apariencia*, y por consiguiente están interesados en hacer prevalecer la realidad; en cambio otros terceros son *perjudicados por la realidad*, y por lo tanto están interesados en hacer prevalecer la apariencia.

La ley parte de estos datos, para regular las posiciones de los terceros perjudiciados por la simulación. A este fin, distingue entre varias clases de terceros. Por consiguiente, *resuelve los conflictos* que pueden oponer los terceros de una u otra clase a las partes; así como los conflictos que pueden oponer entre sí los terceros de las diversas clases.

Clases de
terceros

Consideremos, en primer lugar, los terceros perjudicados por la simulación: los que tienen *interés en hacer prevalecer la realidad*, porque la situación aparente perjudica sus derechos. La regla base se refiere a las relaciones entre estos terceros y las partes: y es que ellos “pueden hacer valer la simulación frente a las partes” (art. 1415²). La legitimación de los terceros se funda en el interés en desmentir el contrato simulado, en cuanto este “perjudica sus derechos”.

Los terceros
perjudicados
por la
simulación ...

...pueden
hacerla valer
en contra de
las partes

El caso más elemental es el del tercero que adquiere del enajenante simulado: si A vende a B con contrato absolutamente simulado, en realidad B no adquiere y el bien permanece con A; si después A vende realmente a X, X tiene un obvio interés en demostrar que la precedente venta a B es fingida y privada de efectos, porque solo por esta vía se desmiente la apariencia perjudicial (por la cual él habría comprado del no propietario), y se aclara que él ha comprado del verdadero propietario. Por lo tanto, él tiene interés en “hacer valer la simulación”, es decir en *demostrar que la venta de A a B es simulada*: y la ley, precisamente, le permite hacerlo frente a A y B.

Ej.: tercero
que adquiere
del simulado
enajenante

Otras hipótesis: X, titular de una prelación dada por A, puede hacer valer que el contrato entre A y B es simulado, y oculta condiciones distintas de las aparentes (que lo habían inducido a no ejercitar la prelación); el mandante puede hacer valer que las condiciones del contrato realizado por su cuenta por el mandatario son simuladas; el curador de quiebra puede hacer valer la simulación del acto en su momento realizado por el quebrado, a fin de recuperar a la masa un bien o un suplemento de precio. En jurisprudencia se ha negado que el deudor cedido tenga interés en hacer valer contra el cesionario la simulación de la cesión a fin de negarle el pago: decisión discutible.

Otros
ejemplos

Acreeedores
del simulado
enajenante:
remisión

Entre los terceros perjudicados por la simulación, e interesados en hacerla valer, se encuentran también los acreedores del simulado enajenante: pero su posición está específicamente considerada por otra norma, y se examinará más adelante (31.9).

Herederero: no
es tercero

No se considera tercero al sucesor a título universal (por ejemplo, el heredero) de la parte que simula. Su posición es asimilada a la del causante: sus relaciones con la otra parte que simula están regidas por las normas que regulan los efectos de la simulación entre las partes.

8. *SIGUE*: TERCEROS CAUSAHABIENTES DEL SIMULADO ADQUIRENTE

Principio de
apariencia

El tratamiento reservado a estos terceros es una notable aplicación del principio de apariencia jurídica.

Terceros
protegidos
con la
Inoponibilidad
de la
simulación:
causahabientes
de buena fe
del titular
aparente

Los terceros en cuestión son *aquellos "que de buena fe han adquirido derechos del titular aparente"*: en su contra "La simulación no puede ser opuesta ni por las partes contratantes, ni por los causahabientes o acreedores del enajenante simulado" (art. 1415¹).

Contrainteresados
sacrificados:

El "titular aparente" es el simulado adquirente, que el contrato simulado hace aparecer como el actual titular del derecho (pero que en realidad el derecho, en virtud del acuerdo simulatorio, corresponde a otros): es el fingido comprador en una venta absolutamente simulada; es el interpuesto en una venta relativamente simulada con interposición ficticia. El tercero que, confiando en la apariencia, adquiriere de él, es el sujeto que la norma protege: en el ejemplo más elemental está X, que compra de B el bien que B había simuladamente adquirido de A. X ha construido su posición sobre la apariencia; por lo tanto, su interés es que la apariencia prime sobre la realidad, porque la primacía de la realidad lo privaría del derecho adquirido. Este interés entra en conflicto con el interés de todos aquellos, cuyo derecho se funda sobre la realidad de la situación contractual. Los posibles antagonistas del tercero protegido son esencialmente tres.

parte de la
simulación,
efectivo titular
del derecho,

Primeramente, la parte del acuerdo simulatorio, que en base a este resulta ser el efectivo titular del derecho: el enajenante simulado en la venta absolutamente simulada, el real adquirente en la venta con interposición ficticia. La parte es sacrificada en ventaja del tercero, porque no puede oponerle la simulación: es decir, no puede demostrar que el tercero ha adquirido de un titular solo aparente, por lo tanto *a non domino*. Al mismo sacrificio se somete el sucesor universal de la parte (por ejemplo, el heredero), tratado como si fuera la parte.

Luego, el otro tercero que haya adquirido el bien del verdadero titular (del enajenante simulado, del adquirente real). Es el mismo tercero que ya hemos encontrado, como perteneciente a la clase de los terceros perjudicados por la simulación, e interesados en hacerla valer. Se ha visto que él *puede hacer valer la simulación contra las partes, ex art. 1415²*. Ahora agregamos que, *ex art. 1415¹, en cambio, no puede hacerla valer contra los terceros de la clase examinada*. En el conflicto entre el tercero que habiendo adquirido del verdadero titular está interesado en la primacía de la realidad, y el tercero que habiendo adquirido del titular ficticio está interesado en la primacía de la apariencia, la ley tutela a este último.

... terceros
adquirentes
de verdadero
titular, ...

Finalmente, el tercero acreedor del simulado enajenante: también él interesado en demostrar la realidad, es decir, que el bien —no obstante la apariencia— es de su deudor, y por lo tanto agredible. También este es sacrificado frente al tercero que haya adquirido del titular fingido: el acreedor no puede oponerle la simulación, y así agredir el bien.

... terceros
acreedores
del simulado
enajenante

Es fácil explicar por qué el tercero protegido prevalezca sobre las partes del acuerdo simulatorio: estas son, por definición, menos merecedoras de tutela, en cuanto artífices de la apariencia que ha engañado al tercero. Su primacía sobre los acreedores del enajenante simulado se explica con una *ratio* de tutela de la seguridad de las adquisiciones para el buen funcionamiento de la circulación jurídico-económica: en nombre de esta, quien ha participado dinámicamente en un acto de circulación es preferido a quien haya concebido una mera confianza estática sobre la consistencia de un patrimonio (según la misma graduación de intereses que funda el art. 1153).

Ratioes

En cambio, esta *ratio* no justifica que nuestro tercero prevalezca sobre el otro tercero que haya a su vez adquirido del verdadero titular (es decir, sobre el tercero causahabiente del enajenante simulado), porque ambos son protagonistas dinámicos de un acto de circulación. Quizá el legislador ha pensado, en vía empírica, que el causahabiente del simulado enajenante no sea casi nunca un adquirente de buena fe, sino que casi siempre sepa que la realidad sobre la cual él funda su adquisición es contradicha por una apariencia susceptible de engañar a otros terceros; y, por simplicidad, ha preferido no tener en cuenta los casos marginales en los que este tercero pueda incluso ser de buena fe. Por otro lado, el sacrificio de este tercero es inevitable solo en el reducido número de casos en los que no tienen espacio las normas sobre la inscripción y la regla "posesión vale título": en una más vasta área de supuestos de hecho él puede encontrar salvación con una oportuna inscripción de la demanda de simulación, u obteniendo de buena fe la posesión del mueble.

Conflicto
entre terceros
adquirentes:
ratio de la
preferencia

Precisiones sobre los terceros protegidos: en sentido restrictivo ...

Precisemos quiénes son los terceros protegidos por el art. 1415¹.

La clase debe ser restringida, en atención a una indebida ampliación avalada por una cierta fase de la jurisprudencia. Terceros protegidos son solo esos particulares terceros que hayan adquirido, de buena fe al momento de la adquisición, derechos del titular aparente; y no indistintamente todos los terceros que resulten de buena fe en cuanto ignoraran la simulación: *la ley no tutela una genérica posición de sujeto de buena fe, sino la más calificada posición de sujeto que de buena fe adquiere un derecho*. La protección del art. 1415¹ consiste en salvar la adquisición de estos terceros calificados, y no en impedir que la simulación sea hecha valer contra cualquier tercero de buena fe.

Por lo tanto, se equivocaba la jurisprudencia al establecer que *la revocatoria de la venta hecha por el quebrado a precio aparentemente vil* no puede ser contrastada por el comprador demandado, estándole impedido hacer valer contra el curador (calificado como tercero de buena fe protegido *ex art. 1415¹*) que ese precio era simulado, y que en realidad fue pactado y pagado un precio superior. Y se equivocaba en proteger, en base a la misma norma, al legitimario actor en reducción contra una *aparente donación lesiva de la legítima*, impidiendo al adquirente oponer la simulación y así hacer valer que la aparente donación era, en realidad, un acto oneroso. De estos errores parecen apartarse los pronunciamientos más recientes.

... y en sentido extensivo

Por otro lado, la clase debe ser ampliada en lo atinente a una lectura restrictiva del texto de la norma, que discurre de *terceros que "han adquirido derechos del titular aparente"*. Esta no limita la protección del tercero en el caso en que él adquiriera el mismo derecho que fue objeto del acto simulado; sino que la extiende a *todos los casos en los que el tercero adquiere una posición de ventaja dependiente del acto simulado, aunque consistente en una simple cualidad del derecho adquirido* (y también en una cualidad caracterizada en sentido solo negativo, como la inexistencia de vínculos o cargas). Imaginemos que X adquiere de B un inmueble ya gravado con hipoteca o servidumbre a favor de A, pero que X considera libre habiéndole sido exhibida la escritura con la que A renuncia al crédito hipotecario o a la servidumbre. Aquí exactamente B no es "titular aparente", sino titular de un derecho aparentemente libre de cargas. Sin embargo, se aplica el art. 1415¹ a favor de X, que adquiere una propiedad libre: no le es oponible la contraescritura de la que resulta que la renuncia era simulada, y que la hipoteca y la servidumbre en realidad persisten.

Buena fe del tercero

El tercero está protegido solo si adquiere de buena fe. (Aquí existe una esencial diferencia entre simulación y fideicomiso: el tercero que adquiere del fiduciario infiel está protegido aunque de mala fe). El requisito de la buena fe es aceptado por la jurisprudencia en una lógica de gran *benevolencia hacia el tercero*.

En primer lugar, aquí se considera aplicable la regla, dictada en tema de posesión, por la que la buena fe *se presume* (art. 1147³); es decir, se considera ya no la buena fe como hecho constitutivo del derecho del tercero, sino la mala fe como hecho impeditivo de este: en todo caso no es el tercero quien debe probar su buena fe, sino más bien *es la contraparte que tiene la carga de probar la mala fe*. Además, esta *carga probatoria* es concebida en *términos gravosos*: para excluir la buena fe, no basta a la contraparte probar la duda o la sospecha del tercero; y a veces se pretende incluso la prueba de algo que se asemeje a una implicación del tercero en el acuerdo simulatorio.

Límites de la tutela del tercero:

La ley deja a salvo "los efectos de la inscripción de la demanda de simulación". Estos marcan el límite de la protección del tercer adquirente

de buena fe del titular aparente: su posición cede frente a la del verdadero titular, o del causahabiente del verdadero titular, que hayan planteado una demanda de simulación (como están legitimados a hacer *ex art.* 1414¹ y respectivamente 1415²), y la hayan inscrito antes que nuestro tercero haya inscrito su adquisición.

demanda de simulación inscrita primero, ...

Igualmente, tratándose de muebles, la regla encuentra el límite del art. 1153: si el causahabiente del enajenante simulado ha obtenido la posesión de buena fe, él prevalece sobre el tercero protegido por el art. 1415¹.

... posesión vale título

9. SIGUE: TERCEROS ACREEDORES

Describir la posición de los acreedores respecto a la simulación implica primeramente preguntarse: ¿acreedores de quién? En efecto la ley distingue entre acreedores del titular aparente, y acreedores del enajenante simulado (titular verdadero). Luego, implica verificar con qué otros sujetos entran en conflicto los acreedores: y distinguir, según que entren en conflicto con las partes de la simulación, o con terceros causahabientes de una o de otra parte, o finalmente con acreedores de la clase contrapuesta.

Clases de acreedores...

... y de antagonistas

Comencemos con los acreedores del simulado enajenante (art. 1416²). Su deudor es, no obstante la apariencia, el verdadero titular del bien objeto del acto simulado, que por ello en línea de principio pertenece a su garantía patrimonial: por lo tanto *están interesados en la primacía de la realidad*.

Acreedores del simulado enajenante:

Estos pueden entrar en conflicto con las partes, y particularmente con el simulado adquirente: aquí *prevalece la realidad*, porque se le permite "hacer valer la simulación que perjudica sus derechos", es decir hacer emerger la realidad que les favorece (una regla ya implícita en el art. 1415²).

en conflicto con el simulado adquirente...

Pueden entrar en conflicto con los causahabientes del simulado adquirente (titular aparente): aquí *prevalece la apariencia*, porque —como ya se ha visto— estos sucumben frente a estos causahabientes, *ex art.* 1415¹.

... o con los causahabientes del simulado adquirente...

Finalmente pueden entrar en conflicto con los acreedores del simulado adquirente, sobre los que vencen con dos condiciones conjuntas: que su crédito sea anterior al acto simulado, y que los acreedores de la clase contrapuesta sean quirografarios. En cambio, ceden frente a los acreedores del simulado adquirente, en favor de los cuales prevalece la apariencia: si estos últimos están provistos de causa de prelación (y por lo tanto se sitúan en una posición no muy distinta de la de los terceros causahabientes del simulado adquirente), y así también si su crédito es posterior al acto simulado (por la misma razón de un probable conocimiento de la maquinación simulatoria, que hace preferir a los causahabientes del simulado adquirente a los causahabientes del enajenante simulado).

... o con los acreedores del simulado adquirente

Acreedores
del simulado
adquirente:

Pasemos a los acreedores del simulado adquirente, es decir, del titular aparente y no real: por consiguiente, *interesados en la primacía de la apariencia*.

en conflicto
con los
acreedores
del simulado
enajenante...

Ellos pueden entrar en conflicto con los acreedores del simulado enajenante: y se han recién visto los criterios para establecer quién prevalece (en particular, se ha visto que es relevante la naturaleza quirografaria o privilegiada de su crédito).

... o con la
parte de la
simulación,
verdadero
titular del
bien

Pueden, luego, entrar en conflicto con las partes de la simulación, y particularmente con aquella que, por el acuerdo simulatorio, resulta ser la verdadera titular del bien. Si su crédito está asistido con *garantía real*, prevalecen en cuanto causahabientes del titular aparente. Si son *quirografarios*, prevalecen (la simulación no les puede ser opuesta) si "*de buena fe han realizado actos de ejecución sobre bienes que fueron objeto del contrato simulado*" (art. 1416¹): pero deberá distinguirse en razón de que los actos ejecutivos incidan sobre muebles no registrados, o sobre inmuebles o muebles registrados (por la relevancia, en este último caso, de las formalidades publicitarias).

El jurista sensible a las coherencias del sistema encontrará interesante confrontar las elecciones en materia de tutela de las expectativas de propiedad y de tutela de los créditos, incorporados en la disciplina de la simulación, con las realizadas por otra disciplina que también implica conflictos entre posiciones subjetivas incompatibles: se alude a la disciplina del *preliminar*, en cuanto sujeto a inscripción (29.12).

10. LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN

Cuando alguien —en los límites puestos en tutela de las confianzas creadas por la apariencia simulatoria— puede "hacer valer" u "oponer" la simulación contra cualquier otro, su correspondiente iniciativa procesal se define como acción de simulación.

Legitimados
activos

Legitimado activo es *cualquiera que reciba de la ley el poder de hacer prevalecer la realidad*, oculta por el contrato simulado, y exista *interés*. Primeramente (aunque la ley no lo dice de manera explícita) las mismas *partes* del acuerdo simulatorio, y particularmente el verdadero titular del derecho negociado simuladamente. Luego, los *terceros perjudicados por la simulación*: en particular, causahabientes y acreedores del verdadero titular.

Mera
declaración

Así configurada, la acción de simulación es acción de mera declaración, dirigida a la *declaración de que el contrato simulado está privado de efectos*: que el simulado adquirente o el interpuesto no han adquirido el bien, el que, por tanto, es de propiedad del simulado enajenante o del

verdadero adquirente; que no existe ninguna obligación del adquirente simulado en cuanto al precio.

Sin embargo, en la práctica es raro que la iniciativa procesal dirigida a hacer valer la simulación se presente en estos términos. Muy a menudo la simulación es hecha valer por el legitimado en vía no de acción, sino de excepción: *para defenderse de pretensiones fundadas en el contrato simulado*, que se contrastan haciendo surgir la realidad: por ejemplo, el adquirente simulado, demandado por el precio, o el simulado enajenante, demandado en garantía y responsabilidad por vicios, excepcionan que la venta es simulada.

Excepción de simulación

Luego, cuando se hace valer en vía de acción, casi nunca su invocación es fin en sí misma, es decir, a la mera declaración de inexistencia de los efectos del contrato simulado: casi siempre es instrumental a un diverso y ulterior *petitum*, consistente en la *actuación de otros derechos, que estarían condicionados negativamente por la apariencia simulatoria*. Ello sucede normalmente con la simulación relativa: se invoca la simulación del contrato fingido, para afirmar derechos creados por el contrato verdadero. Pero sucede también con la simulación absoluta: que el simulado enajenante, por ejemplo, hacer valer, sobre todo, cuando afirma derechos fundados en su real titularidad del bien simuladamente cedido.

Acción con *petitum* distinto y ulterior

En razón de ello, se observa justamente que la denominada "acción de simulación" quizá no merezca ser considerada una acción autónoma y típica, en el sentido de las acciones revocatorias, de nulidad, de anulación, de resolución (con las cuales también tiene en común el objetivo de cancelar los efectos de un contrato). Y que el estatuto procesal de la simulación es más bien el de un hecho a alegar y probar en vía de acción, como fundamento del derecho que se hace valer; o bien en vía de excepción, como impeditivo de la pretensión de la que se defiende.

Estatuto procesal de la simulación: no acción autónoma y típica, sino hecho a alegar y probar

A la luz de esta premisa, pueden examinarse algunas cuestiones prácticas.

Cuestiones prácticas

Se establece en jurisprudencia que la simulación, no hecha valer en primer grado por el actor (o por el demandado en vía de reconvenición), no puede hacerse valer por primera vez en apelación. Y que en cambio puede plantearse por primera vez incluso en apelación, si es invocada en vía de excepción. La razón parece ser que la simulación hecha valer como fundamento del derecho accionado es materia de una determinación principal, destinada a adquirir fuerza de cosa juzgada; mientras si es opuesta como excepción, puede ser determinada *incidenter tantum*, y no adquirir tal fuerza.

Invocación en apelación

La misma *ratio* puede iluminar las decisiones en tema de integridad del contradictorio. Quien actúa en simulación, es decir, acciona un derecho fundado en la circunstancia de que un cierto contrato es solo aparente y no produce efectos, solicita una determinación destinada a causar estado entre todas las partes de la simulación misma: por lo tanto, todas deben participar en el contradictorio, como litisconsortes necesarios. En cambio, se afirma que no

Litisconsorcio

exista litisconsorcio necesario de todos los partícipes cuando la simulación se hace valer en vía de excepción. Convendría decir mejor: cuando la determinación de la simulación es requerida en vía solo incidental, sin aspirar a la fuerza de la cosa juzgada.

Prescripción

En cuanto a la prescripción, las máximas jurisprudenciales parecen distinguir entre: demanda de simulación absoluta, que se califica imprescriptible; y demanda de simulación relativa, sujeta a la ordinaria prescripción decenal. La distinción está mal puesta, y debe ser reformulada.

La demanda puede apuntar a la mera *declaración de que el contrato simulado no produce efectos* (y puede tratarse de contrato absolutamente simulado, pero también de contrato simulado en un contexto de simulación relativa): esta es *imprescriptible* en cuanto demanda de declaración de certeza.

La demanda puede apuntar a la *realización de un derecho constituido por el contrato disimulado*: y entonces —tratándose de acción de condena (por ejemplo, al pago del excedente del precio realmente pactado), o bien constitutiva (por ejemplo, resolución por incumplimiento de la obligación de pagar el precio real)— subyace a la *prescripción* dictada para el derecho en cuestión.

11. LA PRUEBA DE LA SIMULACIÓN

Disciplina
general de
referencia

El problema es la admisibilidad, a los fines de la prueba de la simulación, de ese particular medio probatorio que es la prueba testimonial (y, por accesión, de la prueba por presunciones). A la materia se dedica específicamente el art. 1417. Sin embargo, conviene partir de la más general disciplina de los arts. 2721 y ss.

Prohibición
de prueba de
testigos de
los pactos
agregados o
contrarios al
documentoDerogación
de la
prohibición

Para probar la simulación, *es necesario probar una contradecларación que desmienta el contrato simulado*. Si el contrato simulado resulta de escritura, la correspondiente contradecларación no puede probarse por testigos: lo prohíbe el art. 2722, que impide la prueba testimonial sobre “pactos agregados o contrarios al contenido de un documento”, cuya estipulación se asuma simultánea o anterior al documento mismo (como es el caso del acuerdo simulatorio). El rigor de la prohibición cede en los tres casos del art. 2724, que si se presentan, la prueba testimonial está excepcionalmente admitida contra la escritura. Pero fuera de estos casos-límite, quien quiere probar la simulación debe exhibir la contraescritura (o, en alternativa poco real, deferir juramento o confiar en la confesión de la contraparte).

Estas reglas se aplican, en línea de principio, también a la prueba de la simulación (siempre que el contrato simulado sea escrito: en la improbable hipótesis que sea verbal, la prueba de la simulación no conoce límites).

Solo en base a lo apenas mencionado se entiende el sentido del art. 1417, que diferencia entre partes y terceros.

En primer lugar, la norma dispone que "La prueba por testigos de la simulación será admisible sin limitaciones, si la demanda está planteada por acreedores o por terceros". Con esta norma, la prohibición del art. 2722 es derogada a favor de una determinada clase de sujetos: acreedores (del simulado enajenante) y otros terceros pueden recurrir a la prueba testimonial para desmentir la escritura que da cuerpo al contrato simulado. La *ratio* es clara: según la lógica de las operaciones simulatorias, la contraescritura está en manos de las partes, inaccesible a los terceros; sería incoherente admitirles el hacer valer la simulación, e imponerles, a tal fin, una prueba imposible para ellos.

Prueba de los terceros: admisible sin límites

Ratio

Luego, la norma dispone que la prueba por testigos es admisible, incluso si la demanda de simulación está planteada por las partes, "cuando esté *dirigida a hacer valer la ilicitud del contrato disimulado*". Aquí se introduce una derogación "objetiva" a la prohibición del art. 2722, abriendo un espacio a la prueba testimonial en razón del objetivo perseguido por la parte. Y se entiende la *ratio*: facilitar que emerja en el proceso la ilicitud del contrato, y con ello la neutralización de efectos contractuales desaprobados por el ordenamiento. Por lo tanto, incluso para las partes el art. 1417 no contiene una limitación de la prueba testimonial, sino al contrario su ampliación respecto al régimen común del art. 2722: a las excepciones de la prohibición, previstas en vía general por el art. 2724, se agrega, para los casos de simulación, la ulterior excepción del art. 1417.

Prueba de las partes, enderezada a la ilicitud: admisible sin límites

Ratio

Cuando la parte solicita probar la simulación para fines diversos de la declaración de ilicitud del contrato disimulado, se recae en la disciplina de derecho común (arts. 2721 y ss.).

Es muy debatida la posición de los legitimarios del simulado enajenante. Si se aplicara el principio según el cual el sucesor universal tiene la misma posición del causante, debería concluirse que el heredero legitimario subyace a los límites probatorios impuestos a las partes: solución que parece inicua, visto que el legitimario es a menudo la víctima designada de la simulación, hecha para eludir en su daño el vínculo de la legítima. La jurisprudencia adopta un *compromiso empírico*. Considera nuestro sujeto como *tercero* (con libertad de prueba), cuando haga valer la simulación para reintegrar la legítima lesionada, por ejemplo, bajo el perfil que la venta fingida era en realidad una donación del *de cuius*. Lo considera *parte* (con las conocidas restricciones probatorias), cuando invoque la simulación para otro fin, por ejemplo, para recuperar a la masa hereditaria un bien simuladamente enajenado.

Legitimarios del simulado enajenante

Un último problema. Probar la simulación es carga de la parte interesada, y el principio dispositivo prohíbe al juez buscarla de oficio. Pero una vez que la prueba se haya adquirido (porque, por ejemplo, se ha presentado un documento del que resulta la contradecación), ¿puede el juez apreciar de oficio la simulación, en ausencia de un específico pedido de la parte? La respuesta es sí, siempre que la determinación de la simulación produzca *consecuencias comprendidas en la demanda o en la excepción de la parte* (aunque estas deriven las consecuencias de un distinto fundamento). De este modo, si el demandado pide desestimar

Apreciación de oficio

la demanda de cumplimiento excepcionando que el contrato es ilícito o que el derecho a la prestación ha prescrito, el juez puede desestimarla basándose en que el contrato es simulado. En cambio, no puede hacerlo si el demandado se había limitado a cuestionar la entidad de la pretensión.

12. LA CALIFICACIÓN DEL CONTRATO SIMULADO

La ley dice que el contrato simulado “no produce efecto” (art. 1414¹). Partiendo de aquí, se discute cómo deba calificarse este: ¿inexistente, nulo, anulable o simplemente ineficaz? La jurisprudencia y parte de la doctrina sostienen la nulidad. Otra parte de la doctrina profesa la simple ineficacia (mientras son claramente minoritarias las tesis de la inexistencia y de la anulabilidad).

Ineficacia no nulidad

Es preferible la calificación de ineficacia, antes que de nulidad.

Argumentos

Primeramente, deponen en este sentido las *palabras del legislador*. Por un lado, la norma no habla de contrato nulo, sino de contrato que “no produce efecto” (ni resulta que este léxico haya sido elegido por comodidad, como lo hizo el legislador de 1996 al calificar como “ineficaces” en lugar de “nulas” las cláusulas vejatorias en los contratos de los consumidores: 41.10). Por otro lado, la puntillosa lista de las causas de nulidad, contenida en el art. 1418, omite cualquier referencia a la simulación.

Ni el contrato simulado puede reconducirse a alguno de los supuestos de hecho de contrato nulo, descritos en esa norma. No al contrato al que le falte el requisito de la *causa* (como incluso en doctrina se ha sostenido): lo que impide los efectos del contrato simulado no es la ausencia de una razón justificadora de los mismos, sino la voluntad de las partes. No al contrato al que falte el requisito del *acuerdo*, el cual faltaría o porque la declaración diverge de la voluntad (en la óptica voluntarista) o porque las declaraciones contractuales divergen entre sí (en la óptica declaracionista): ambas perspectivas fragmentan indebidamente el fenómeno; éste consiste en la unidad inseparable de la declaración y la contradecación, y sobre ambas —en su unidad— existe el acuerdo de las partes.

Finalmente, no deben olvidarse las *diferencias de disciplina*. Al contrario de la nulidad, la simulación es en gran medida no oponible a los terceros. Es apreciable de oficio dentro de límites más reducidos respecto a la nulidad. Finalmente, el contrato simulado es recuperable: la revocación del acuerdo simulatorio lo hace productor de efectos (una vieja, aislada, super-rigurosa sentencia de fondo ha negado, sin embargo, esta fuerza incluso a la destrucción voluntaria de la contraescritura).

Maniobra sobre los efectos del contrato

La reconstrucción más realista capta la esencia del fenómeno en la creación intencional y acordada de una apariencia de efectos contractuales en realidad no queridos; por lo tanto en una “maniobra” de las partes sobre los efectos del contrato, no tan lejana de los otros mecanismos igualmente ofrecidos a la autonomía privada para permitirles desviar los efectos contractuales de su curso ordinario, en direcciones más funcionales a los intereses de las partes: condición, preliminar, fideicomiso. En esta perspectiva,

el fenómeno se coloca mejor en el terreno de los efectos que en el del supuesto de hecho: la categoría de la ineficacia es por lo tanto la más idónea para describir la naturaleza y alcance.

13. EL CAMPO DE LA SIMULACIÓN

Si el contrato simulado es plurilateral, se ha visto que en el acuerdo simulatorio deben participar todos los contratantes: el que no participe tiene en sustancia la posición de tercero.

Problemas específicos surgen para aquellos particulares contratos plurilaterales que son los contratos asociativos, y particularmente para el contrato de sociedad. La especificidad está dada por esto: que el contrato, más allá de crear relaciones jurídicas entre las partes, *crea una organización* con calidad de autónomo sujeto del derecho. De aquí una serie de problemas respecto a los límites dentro de los cuales la simulación del contrato de sociedad puede hacerse valer: en las relaciones internas entre los diversos socios, partes del contrato social; en las relaciones entre los socios y la sociedad; frente a los terceros.

Contrato de sociedad

Para su encuadramiento y solución, será importante distinguir según que la simulación se refiera a sociedades de personas o de capitales; sociedades sujetas o no a inscripción; además, según que sea absoluta (no se quiere constituir ninguna sociedad) o bien relativa (si simulan solo las cuotas respectivas de los socios, o el objeto social).

El mecanismo simulatorio, y la relativa disciplina, pueden encontrar aplicación también fuera del campo de los contratos.

Puede simularse un acto unilateral. Lo dice expresamente el art. 1414³, declarando que las disposiciones precedentes “se aplicarán también a los actos unilaterales *destinados a una persona determinada* que fueren simulados por *acuerdo entre el declarante y el destinatario*”. El empleador notifica el despido al trabajador o este último comunica al primero su dimisión; un contratante declara al otro su separación unilateral, o la intención de valerse de una cláusula resolutoria expresa: pero entre las partes existe el acuerdo de que despido, dimisión, separación y declaración resolutoria sean ficticios, y que en realidad el contrato prosigue entre ellos. La norma remite a la disciplina de la simulación en cuanto a las relaciones entre las partes, pero no existe razón para excluir su aplicabilidad de las reglas respecto a la posición de los *terceros*: por ejemplo un tercero, interesado en demostrar que el contrato entre las partes en realidad vive, puede hacer valer que la aparente separación es simulada.

Actos unilaterales

La letra del art. 1414³ parece aludir a los actos unilaterales recepticios. Pero no puede excluirse la aplicabilidad de la disciplina de la simulación (si no *ex art. 1414³*, cuanto menos

Actos no recepticios

ex art. 1324) también a actos formalmente no recepticios, que sin embargo produzcan *efectos en la esfera de un sujeto determinado*: piénsese en la renuncia al usufructo, simulada por acuerdo entre usufructuario y nudo propietario; o en la renuncia a la herencia, simulada por acuerdo entre el renunciante y el llamado en orden sucesivo.

Títulos de crédito

Puede admitirse la simulación del título de crédito, por acuerdo entre girador y primer tomador: con el obvio límite de la relevancia solo entre las partes del acuerdo simulatorio; y de la imposibilidad de oponerla al tercero tenedor para negarle el pago.

Actos no negociales

Se discute sobre la simulación de los actos no negociales, constituidos por declaraciones de ciencia: en particular de la *confesión*, o de ese especial subtipo de confesión que es el *recibo*.

Recibo

Imaginemos que A presta a B 100.000 euros, y que un año después le emita el recibo, en el que confiesa haber recibido la restitución de la suma: declaración concientemente no verdadera, porque se pretende crear solo la apariencia de la realizada restitución. Algunos excluyen que aquí se pueda hacer valer la simulación, y develarse la realidad: se invoca la autoresponsabilidad del declarante, o la norma que limita la impugnación de la confesión a los casos de error de hecho y violencia (art. 2732). Pero la tesis no es compartible: *la simulación puede hacerse valer*, porque en caso contrario se provocarían resultados indeseables y contrarios al sistema.

Se le ve bien regresando al ejemplo, que en verdad puede cubrir dos situaciones distintas. Puede darse que el ficticio recibo sirva solo para dar a B la apariencia de sujeto no endeudado, a exhibir a los ojos del banco al que B pedirá posteriormente un crédito, mientras que entre A y B se entiende que B continúa, en realidad, debiendo la suma no efectivamente restituida: si es así, ¿por qué impedir al banco hacer valer la simulación del recibo, para justificar con el real endeudamiento de B la revocación de la línea de crédito concedida? y sobre todo ¿por qué impedir a A, actor contra B para la restitución de la suma, de hacer valer la simulación para neutralizar la excepción de pago ya realizado, que B funda sobre el recibo simulado? O bien puede darse que el ficto recibo encubra la liberal intención de remitir la deuda a B: si es así, ¿por qué impedir a los legitimarios de A hacer valer que el recibo es simulado, y así actuar en contra de la liberalidad lesiva de la cuota de reserva? En ambos casos, es oportuno aplicar las normas sobre la simulación.

Fecha

Se concibe también la simulación de la fecha del contrato. Ante una fecha simulada por acuerdo entre las partes, las reglas sobre la simulación respecto a los terceros deben, sin embargo, coordinarse con las reglas de la "fecha cierta" de la escritura privada frente a los terceros, a las cuales se refiere el art. 2704 (10.9).

14. LAS FIGURAS LÍMITROFES

Ya se han encontrado figuras limítrofes, de las que hemos descrito relaciones y diferencias respecto a la simulación: por ejemplo, reserva mental; error obstativo; titularidad fiduciaria; contrato bajo falso nombre. Veamos algunas otras.

La simulación se distingue de la falsa calificación del contrato, por la que las partes dan a su contrato un *nomen* que no corresponde a la sustancia del contrato, querida por las mismas partes. El fenómeno puede presentarse en modos diversos, y requiere tratamientos diversos según el comportamiento subjetivo de las partes.

Falsa
calificación:

La falsedad de la calificación puede ser inconsciente (por equivocación se llama "venta" o "locación" a lo que en realidad es un *leasing*), y entonces depende: si refleja una falsa representación de la parte sobre la "naturaleza" del contrato, se aplica la disciplina del *error* (35.4); en cambio si no existe error de las partes, se trata simplemente de *recalificar el contrato* en modo más coherente con su sustancia —cosa que el juez puede hacer—.

...
inconsciente...

La falsedad de la calificación puede ser conciente y deliberada: las partes quieren hacer y hacen un contrato de tipo (a), pero lo designan con el nombre del tipo (b) para intentar obtener un más ventajoso régimen fiscal u otros beneficios acordados a los contratos del tipo (b). También aquí falta la estructura de la simulación: no existe esa escisión/contraposición entre declaración y contradecación, efectos aparentes y efectos reales, que constituye la esencia del fenómeno. Al sacrosanto fin de negar a las partes los beneficios injustamente pretendidos, no es necesario impugnar por simulación su contrato: basta decir que el contrato, a la luz de su correcta calificación, no merece los beneficios.

... o
deliberada

La simulación es cosa distinta del simple contrato oculto, que se tiene cuando las partes, hecho el contrato que estos realmente quieren, se limitan a mantenerlo oculto.

Contrato
oculto.

La ausencia de una contradecación que desmienta una declaración contractual impide reconocer aquí el fenómeno regulado por los arts. 1414 y ss. No obstante, se presenta también aquí una *cierta disociación entre apariencia y realidad contractual* (mantenido en secreto el contrato resolutorio o modificadorio del contrato precedente entre A y B, puede parecer que su relación esté aún regulada por el contrato originario; mantenido en secreto el contrato con el que X vende a Y, puede parecer que el bien sea aún de X). Podrán entonces, eventualmente, aplicarse las reglas que, en base al *principio de apariencia*, tutelan a quien haya confiado en falsos indicios.

Finalmente, la simulación puede no coincidir con el fenómeno de las declaraciones contractuales incompatibles entre sí. Si el contrato de venta indica precio 100, y otra declaración contractual dice que la misma venta es hecha a 120, no necesariamente se presenta simulación.

Declaraciones
contractuales
incompatibles

No se presenta simulación, como sabemos, si la segunda declaración es posterior al contrato. Si es simultánea o anterior, es necesario distinguir: tenemos *simulación* solo si del conjunto de las declaraciones contractuales emerge que las partes han permitido crear una apariencia no conforme de la realidad, y emerge cual sea —en la voluntad de las partes— la apariencia, y cual la realidad. Si estos datos no emergen, y la incompatibilidad no llega a subsanarse por vía de interpretación, el contrato no es simulado, sino *nulo* por falta de acuerdo (33.10) o por indeterminación e indeterminabilidad del objeto (33.9).

BIBLIOGRAFÍA

- 1-14. T. MONTECCHIARI, *La simulazione*, en *Contratti Cendon*, X, Torino, 2000, p. 11; G. CONTE, *La simulazione del matrimonio nella teoria del negozio giuridico*, Padova, 2000; G. CONTE, *La simulazione*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, III, Torino, 1999, p. 1933; T. MONTECCHIARI, *La simulazione del contratto*, Milano, 1999; R. RAZZANTE, *La simulazione in materia cambiaria*, en *Archivio civile*, 1999, p. 1002; V. RICCIUTO, *La simulazione*, en *Trattato contratti Rescigno*, Torino, 1999, p. 1409; F. GALGANO, artt. 1414-1420, en F. Galgano, *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, en el *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, al cuidado de F. Galgano, Bologna-Roma, 1998, p. 6; A. GENTILI, *Simulazione dei negozi giuridici*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVIII, Torino, 1998, *ad vocem*; A. R. GENTILE, *La simulazione contrattuale*, en *Archivio civile*, 1998, p. 831; D. FEOLA, *Nullità della donazione dissimulata disposta dal "de cuius" e azione di simulazione promossa dall'erede legittimario*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, I, p. 257; U. MAJELLO, *Il contratto simulato: aspetti funzionali e strutturali*, en *Rivista di diritto civile*, 1995, I, p. 641; M. COTRONEO, *Usufrutto su azioni. Simulazione o elusione?*, en *Fisco*, 1995, p. 2339; R. DOGLIOTTI, *Sulla natura della contradichiarazione come atto di riconoscimento dell'accordo simulatorio*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1993, I, p. 361; R. SACCO, *Simulazione (diritto civile)*, en *Enciclopedia giuridica*, XXVIII, Roma, 1992, *ad vocem*; E. DOLIA, *Simulazione (diritto tributario)*, en *Enciclopedia giuridica*, XXVIII, Roma, 1992, *ad vocem*; G. FURGIUELE, *Della simulazione di effetti negoziali*, Padova, 1992; D. BOZZI, *Sulla prescrittibilità dell'azione di simulazione*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1992, I, p. 751; C. CERONI, *La simulazione (parte sostanziale)*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, III, Torino, 1991, p. 655; M. COSTANZA, *Simulazione, azione risarcitoria o ripetizione*, en *Giustizia civile*, 1991, I, p. 2342; M. BRONZINI, *La simulazione relativa*, en *Archivio civile*, 1991, p. 825; C. CERONI, *Autonomia privata e simulazione*, Padova, 1990; M. CASELLA, *Simulazione*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XLII, Milano, 1990, *ad vocem*; PELLICANÒ, *Il problema della simulazione nei contratti*, Padova, 1988; G.A. NUTI, *La simulazione del contratto nel sistema del diritto civile*, Milano, 1986; A. GENTILI, *Il contratto simulato*, Napoli, 1982; N. DISTASO, *Simulazione*, en *Novissimo digesto italiano*, XVII, Torino, 1970, *ad vocem*; F. MESSINEO, *Accordo simulatorio e dissimulazione del contratto*, en *Rivista di diritto civile*, 1966, I, p. 241; F. CARRESI, *Apparenza e realtà del contratto*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963, p. 479; N. DISTASO, *Controdichiarazione*, en *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, *ad vocem*; A. VALENTE, *Nuovi profili della simulazione e della fiducia*, Milano, 1961; N. DISTASO, *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino, 1960; A. AURICCHIO, *La simulazione nei negozi giuridici*, Napoli, 1957; Salvatore ROMANO, *Contributo esegetico allo studio della simulazione*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, p. 15; Giov. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici*, Milano, 1938; F. FERRARA sr., *Della simulazione dei negozi giuridici*, Milano, 1913.
4. G. CALIENDO, *Interposizione fittizia di persona nei rapporti tra coniugi*, en *Famiglia e diritto*, 1995, p. 21; M. COSTANZA, *L'interposizione fittizia e la sua prova: brevi considerazioni*,

- en *Giustizia civile*, 1996, I, p. 3094; P. MARI, *Interposizione fittizia e reale*, en *Il Foro padano*, 1992, I, p. 413; P.L. GAGGERO, *L'interposizione reale in negozi solenni*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1992, I, p. 417; L. MATTERA, *L'orientamento più recente della suprema corte in tema di forma e prova dell'interposizione fittizia di persona: un preoccupante revirement*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1991, p. 901; L. NANNI, *L'interposizione di persona*, Padova, 1990; G. DI CHIO, *L'interposizione fittizia nel contratto di società*, en *Società*, 1990, p. 1457; V. MARICONDA, *Interposizione fittizia ed interposizione reale*, en *Corriere giuridico*, 1990, p. 1144; A. CATALANO, *L'opponibilità dell'interposizione reale nell'espropriazione presso terzi*, en *Corriere giuridico*, 1988, p. 45; A. PUGLIESE, *Contratto preliminare, donazione indiretta e interposizione fittizia di persona*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1987, II, p. 242; P. STRAZIOTA, *Simulazione ed interposizione fittizia di persona*, en *Quadrimestre*, 1986, p. 409; M. COLOMBAITTO, *Patto bilaterale d'interposizione, e suoi effetti nei confronti del terzo contraente*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1981, II, p. 71; A. GENTILI, *Interposizione, simulazione e fiducia nell'intestazione di quote di società a responsabilità limitata*, en *Giurisprudenza italiana*, 1981, I, 2, p. 411; F. SCARDULLA, *Interposizione di persona*, en *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, 1972, *ad vocem*; L. CAMPAGNA, *Il problema della interposizione di persona*, Milano, 1962; A. VALENTE, *L'intestazione di beni sotto nome altrui*, Milano, 1958.
- 7-9. V. CARBONE, *La simulazione e i terzi*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, III, Torino, 1991, p. 689; N. DI MAURO, *La posizione di terzo del mandante nella simulazione del mandatario*, en *Il Foro padano*, 1991, I, p. 511; E. PEREGO, *Simulazione, terzi acquirenti e terzi aventi causa*, en *Giustizia civile*, 1984, I, p. 2527; E. PEREGO, *I terzi e la simulazione delle convenzioni matrimoniali*, en *Giurisprudenza italiana*, 1981, IV, p. 11.
11. G. TERRANOVA, *La prova della simulazione nelle revocatorie fallimentari*, en *Rivista di diritto civile*, 1999, II, p. 129; U. CARNEVALI, *Accordo simulatorio e contratto dissimulato: prova e data certa*, en *Contratti*, 1999, p. 763; M. COSTANZA, *L'interposizione fittizia e la sua prova: brevi considerazioni*, en *Giustizia civile*, 1995, I, p. 3094; A. GRIECO, *In tema di esecuzione dell'obbligo di concludere un contratto e di prova della simulazione*, en *Giurisprudenza di merito*, 1994, p. 464; L. PESCE MAINERI, *Prova della simulazione nel processo tributario*, en *Diritto e pratica tributaria*, 1994, II, p. 1073; G. CRICENTI, *In tema di prova della simulazione del prezzo*, en *Giurisprudenza di merito*, 1993, p. 684; M.T. LATELLA, *In tema di prova della simulazione*, en *Il Foro padano*, 1992, I, p. 100; A. DIDONE, *Osservazioni in tema di opponibilità al curatore della simulazione relativa del prezzo*, en *Giurisprudenza di merito*, 1992, p. 555; V. CARBONE, *Il regime della prova della simulazione*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, III, Torino, 1991, p. 671; L. MATTERA, *L'orientamento più recente della suprema corte in tema di forma e prova dell'interposizione fittizia di persona: un preoccupante revirement*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1991, p. 901; E. CONTINO, *I creditori legittimati ad esperire l'azione di simulazione e la prova della simulazione per presunzioni*, en *Giustizia civile*, 1991, I, p. 444; L. RAZZA, *I legittimari e la prova della simulazione*, en *Giurisprudenza di merito*, 1991, p. 504; M. DI LAURO, *La prova della simulazione di prezzo nella revocatoria fallimentare*, en *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1988, II, p. 362; M. BRONZINI, *Caratteristiche e prova della*

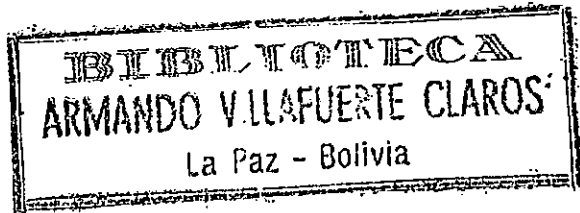
simulazione, en *Archivio civile*, 1984, p. 1265; D. PREITE, *Simulazione e fallimento: nuovo "revirement" della cassazione sugli effetti della trascrizione della domanda, prova della simulazione e buona fede del curatore*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1983, II, p. 691; M.G. CIVININI, *Prova della simulazione e giuramento suppletorio*, en *Il Foro italiano*, 1983, I, p. 190; M. BRONZINI, *La prova della simulazione nel fallimento*, en *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1981, II, p. 153.

12. M. COSTANZA, *Vendita simulata e donazione dissimulata fra inefficacia e nullità*, en *Corriere tributario*, 1992, p. 2035.
13. A. PAGLIANI, *Inapplicabilità dei principi della simulazione alle società di capitali*, en *Società*, 1995, p. 531; L. SANTA MARIA, *Ancora sul tema della simulazione di una società per azioni*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1995, II, p. 628; M. CASOLA, *Sull'oggetto e sulla simulazione della confessione*, en *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, p. 189; S. DE VITIS, *Sulla compatibilità del rimedio della simulazione con la fattispecie "società immobiliari di comodo"*, en *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, 2, p. 536; G. GIAMPICCOLO, *In tema di simulazione dei negozi unilaterali*, en *Il Foro padano*, 1966, I, p. 741; S. PUGLIATTI, *La simulazione dei negozi unilaterali*, en *Saggi di diritto civile*, Milano, 1951, p. 539.

REPUBLICA BOLIVIANA
ALFONSO VILLAFUERTE CARRERA
La Paz - Bolivia

QUINTA PARTE

LOS REMEDIOS



CAPÍTULO XXXII

LOS REMEDIOS CONTRACTUALES

1. Vínculo contractual y contrato defectuoso: los remedios contractuales.— 2. Tipos de remedios: negociales, judiciales (procesales) y legales.— 3. *Sigue*: remedios en el interés de la parte y en el interés general.— 4. *Sigue*: remedios por defectos originarios y por defectos sobrevenidos.— 5. *Sigue*: remedios extintivos (de destrucción) y de mantenimiento (de adecuación).— 6. La teoría de los remedios contractuales y los arbitrios del legislador.— 7. Remedios contractuales y actos negativos o con efectos negativos.— *Bibliografía*.

1. VÍNCULO CONTRACTUAL Y CONTRATO DEFECTUOSO: LOS REMEDIOS CONTRACTUALES

La idea de remedio contractual, que aquí se propone, se vincula, por un lado, con la idea de vínculo contractual; y, por el otro, con la idea de contrato defectuoso.

Vínculo contractual significa que el contrato produce *efectos*, de los que las partes no pueden sustraerse: el fundamento y las razones del vínculo se han ilustrado en su momento (23.2).

Pero el contrato puede ser, por decirlo en términos intencionalmente genéricos, un contrato defectuoso: un contrato en el que, siendo aún más genéricos, *existe algo que no anda*. Ahora, si el contrato —en presencia de este defecto— vinculara igualmente a las partes, produciendo normalmente sus efectos, se determinarían resultados no deseables; saldrían *lesionados intereses merecedores de tutela*.

Se inscribe en este contexto la idea de remedio contractual: frente a la lesión actual o potencial de los intereses merecedores de tutela, que serían vulnerados por la normal producción de los efectos del contrato defectuoso, la ley ofrece instrumentos para prevenir o remover la lesión misma —en una palabra, para ponerle remedio—. Y el remedio consiste en liberar a las partes del vínculo contractual o en *reponer en discusión los efectos del contrato*.

Vínculo contractual, ...

... contrato defectuoso...

... y remedios contractuales

En esta amplia acepción, definimos remedios contractuales a los medios ofrecidos por la ley para hacer emerger el defecto que el contrato eventualmente presente, y para determinar —en razón del defecto mismo— la cancelación o la revisión de los efectos contractuales.

Ponderación comparativa de valores e intereses

En la base de las normas que disponen remedios contractuales existe una ponderación comparativa de valores e intereses. Al operar del vínculo contractual corresponden *el valor ético y los intereses sociales sometidos al principio "pacta sunt servanda"*. En relación a los defectos, que un contrato presenta, pueden entrar en juego *otros valores e intereses*, tales de hacer deseable que —en ese caso— el principio "*pacta sunt servanda*" afloje su rigor: que el contrato no vincule, que sus efectos (o algunos de sus efectos) sean precluidos, removidos o revisados. La ley dispone un remedio contractual cuando, y en los límites en los cuales, los valores y los intereses de este segundo orden resulten prevalecientes sobre los valores y sobre los intereses del primer orden.

Macrotendencias:

Trazada en sus grandes líneas, la "historia" de los remedios contractuales en el último siglo exhibe dos macrotendencias, aparentemente divergentes.

a la restricción ...

Existe una tendencia a la restricción de los remedios contractuales, y correlativamente al *endurecimiento del vínculo*. Esta se manifiesta, sobre todo, con la afirmación de la teoría de la declaración: en el más amplio espacio que esta reserva a la *tutela de las confianzas*; en los límites siempre más estrechos en los que el declarante es admitido a impugnar su declaración contractual (por consiguiente, a buscar remedio contra el vínculo que surge) en nombre de defectos de su subjetivo proceso de decisión (2.8).

... y a la extensión de los remedios

Y existe, al contrario, una tendencia a la extensión de los remedios, que en general *ablanda el vínculo*. Esta se vincula a dos principales factores.

Por un lado, a la imposición del *principio de buena fe contractual*. La buena fe en la formación del contrato amplía el área de operatividad de algunos vicios del consentimiento: por ejemplo, llevando al área del dolo relevante, supuestos de hecho —como la reticencia, el engaño no intencional, el *dolus bonus*— que la tradición colocaba en una zona de inmunidad del remedio (36.3-5). Y, sobre todo, la buena fe en la ejecución del contrato permite con siempre mayor amplitud la liberación del vínculo a contratantes afectados por una evolución desfavorable de la relación contractual: lo testimonia el desarrollo de las teorías y de las reglas en tema de responsabilidad por el incumplimiento, caracterizados por una cada vez más marcada comprensión hacia los deudores en dificultad; y la creación de nuevos remedios dirigidos a la cancelación de los vínculos muy duros por circunstancias sobrevenidas desafortunadas, como la presuposición (47. 2-3).

Por otro lado, juegan las *políticas de protección de los contratantes débiles*. Estas multiplican, respecto al pasado, los supuestos de hecho en los cuales un contrato se somete a algún remedio para la destrucción del vínculo: piénsese en las separaciones de arrepentimiento, qué nuevas normas acuerdan a los consumidores (24.10; 41.14); piénsese en todas las nuevas nulidades de protección (38.4; 41.13); piénsese en el nuevo, inmenso territorio que se abre a los ataques de un contratante contra su contrato, gracias a la disciplina de las cláusulas vejatorias en los contratos de los consumidores (41.5-12).

2. TIPOS DE REMEDIOS: NEGOCIALES, JUDICIALES (PROCESALES) Y LEGALES

Los remedios contractuales se aglutinan por dos datos: todos reaccionan a un defecto del contrato; todos reaccionan, poniendo en discusión los efectos contractuales. Pero "*defecto*" del contrato es término, además que intencionalmente no técnico, fuertemente genérico: puede referirse a muchos supuestos de hecho, muy distintos entre sí. Lo mismo vale para la fórmula del "*poner en discusión*" los efectos contractuales: que puede significar muchas cosas distintas.

Por ello, para encaminarnos a ilustrar mejor el mundo de los remedios contractuales, conviene individualizar algunas tipologías elementales, basadas en cuatro fundamentales criterios de diferenciación y clasificación.

Un primer criterio se refiere al modo de su activación: negocial, judicial (procesal) o bien legal.

Algunos remedios pueden activarse mediante una iniciativa de la parte, que consiste en una manifestación de la voluntad negocial.

Es el caso de algunas *separaciones-remedio*, acordadas a una parte para reaccionar contra vicisitudes *lato sensu* "anómalas" de la relación contractual, y perjudicial para las mismas partes: piénsese en la separación acordada a la parte que sea víctima del incumplimiento de la contraparte, o que sufra modificaciones contractuales introducidas unilateralmente por la otra, titular de *ius variandi* (separaciones de autotutela: 24.9). Es el caso, aún, de la *intimación a cumplir* (43.7), o de la *declaración de valerse de la cláusula resolutoria expresa* (43.8), con la cual la parte puede determinar la resolución del contrato.

Otros remedios presuponen también una iniciativa de la parte: pero en la forma de la acción judicial, porque su actuación tiene como lugar necesario el proceso, y como medio necesario la decisión del juez. Es el caso de las *resoluciones judiciales* (por incumplimiento, por excesiva onerosidad sobrevenida, por vicios de la cosa vendida o de la obra contratada, etc.: 42-46); de la *anulación* (38-39); de la *rescisión* (40). En todos estos casos, la cancelación de los efectos contractuales se determina con el pronunciamiento judicial: al que se atribuye por ello naturaleza constitutiva.

Finalmente, otros remedios operan *ipso iure*: la cancelación de los efectos contractuales se produce automáticamente, por la verificación de las circunstancias a las que la ley la vincula. Piénsese en la *resolución "de derecho"* por vencimiento del plazo esencial (43.9), o por imposibilidad sobrevenida (45); piénsese en la *nulidad* (38-39). También en relación a

Tipologías

Modos de activación:

Remedios negociales, ...

... judiciales (procesales),

...

... legales

estos remedios puede tenerse pronunciamiento del juez: pero será un pronunciamiento declarativo, de mera declaración, en cuanto dirigido simplemente a determinar que la cancelación de los efectos contractuales se ha producido, por haberse verificado los presupuestos a los que la ley la vincula.

3. *SIGUE*: REMEDIOS EN EL INTERÉS DE LA PARTE Y EN EL INTERÉS GENERAL

Un segundo criterio de diferenciación y clasificación se refiere a la naturaleza del "defecto" contra el que el remedio opera, y precisamente la naturaleza del interés que el defecto perjudica o pone en riesgo.

Naturaleza del Interés:

remedios en el interés de la parte ...

Algunos remedios reaccionan contra defectos que afectan directa y primariamente el interés particular de una de las partes, la cual sería perjudicada por la normal productividad de los efectos contractuales: estos son, por tanto, acordados en el interés de la parte protegida, a la cual específicamente beneficia la cancelación del vínculo. Es el caso de las *separaciones*, de las *resoluciones*, de las *anulaciones* y de las *rescisiones*.

... y en el interés general

Otros remedios reaccionan contra defectos que afectan el interés general, o son ajenos a la específica esfera de interés de las partes: la consiguiente cancelación de los efectos contractuales es deseable desde el punto de vista de la sociedad, prescindiendo del punto de vista de las partes. Tiene esta característica, en línea de tendencia, el remedio de la *nulidad*.

Veremos más adelante como la *diferencia de fundamento* de los diversos remedios —intereses particulares, o interés general— sea decisiva en la determinación de las *diferencias de tratamiento* de los remedios mismos: especialmente, en cuanto a su activación solo por impulso de parte, o también por decisión oficiosa del juez.

Por otro lado se dice "en línea de tendencia", para indicar que no siempre la distinción es tan neta: encontraremos casos —particularmente, los casos de nulidad "relativa"— en los que la *ratio* del remedio reside en un enlace muy estrecho entre interés particular de una de las partes e interés general (38.4).

4. *SIGUE*: REMEDIOS POR DEFECTOS ORIGINARIOS Y POR DEFECTOS SOBREVENIDOS

También el tercer criterio se refiere a la naturaleza del defecto contra el cual el remedio reacciona, pero bajo un diverso perfil: el del momento en el cual el defecto se manifiesta.

Momento del defecto:

Algunos remedios reaccionan contra defectos originarios, ya existentes al momento de la celebración del contrato: el contrato nace defectuoso, por un vicio que lo aflige desde el inicio y pertenece al mismo supuesto de hecho del contrato celebrado. Es decir: el defecto aflige el *contrato como acto*; y el remedio se dirige al contrato como acto. Pertenecen a esta tipología remedios como la *nulidad*, la *anulación*, la *rescisión*.

remedios
contra los
defectos
originarios...

Otros remedios reaccionan contra defectos que, inexistentes al momento de la celebración del contrato, sobrevienen en un momento posterior: el supuesto de hecho del contrato se forma inmune de vicios; solo seguidamente, en la fase de actuación de la relación contractual, intervienen factores que perturban el buen funcionamiento, abriendo la vía al remedio. Y, por lo tanto: aquí el defecto o el factor de perturbación, aflige el *contrato como relación*; y el remedio se dirige al contrato como relación. De él son prototipo las *resoluciones*.

... y contra
defectos
sobrevinidos

5. SIGUE: REMEDIOS EXTINTIVOS (DE DESTRUCCIÓN) Y DE MANTENIMIENTO (DE ADECUACIÓN)

Se ha dicho que los remedios contractuales “ponen en discusión” los efectos del contrato.

Incidencia
sobre el
contrato:

En el sentido más radical, “poner en discusión” los efectos del contrato significa cancelarlos. Gran parte de los remedios contractuales —ciertamente los de más consolidada tradición y de aplicación más difundida— obedecen precisamente a esta lógica: su objetivo y resultado es llegar (aunque de diverso modo, y con graduaciones de intensidad diversas) a *disolver el vínculo contractual*, es decir, justamente, a destruir los efectos del contrato. Ello vale para la *nulidad*, la *anulación*, la *resolución*, la *rescisión*, la *separación*, que podemos por esto llamar remedios extintivos (o de destrucción).

remedios
extintivos (de
destrucción)...

Pero pueden existir casos cuyas consecuencias tan radicales parecen no necesarias ni oportunas, por la naturaleza del contrato en cuestión y/o por el tipo de defecto o problema que lo aflige: caso en el que sería suficiente, y preferible, *corregir el contrato en lugar de destruirlo*. En relación a estos casos, se establecen remedios no extintivos; remedios que podemos llamar de mantenimiento (o de adecuación), porque están dirigidos a conservar el contrato, aportando las correcciones necesarias y suficientes para reaccionar de modo adecuado contra el defecto o el factor de perturbación que lo aflige.

... y remedios
de
mantenimiento
(de
adecuación)

6. LA TEORÍA DE LOS REMEDIOS CONTRACTUALES Y LOS ARBITRIOS DEL LEGISLADOR

Elecciones
políticas...

Los remedios contractuales son primeramente un problema de derecho positivo. Estos implican la ponderación comparativa de intereses en conflicto, que conduce a sacrificar a algunos para privilegiar a otros: por lo tanto implican elecciones políticas del legislador, traducidas en normas de ley. Compete por ello a estas determinar si, en presencia de un determinado defecto del contrato, deba aplicarse este o aquél remedio; y cómo el remedio deba estar concretamente disciplinado.

... Y
discrecionalidad
del legislador

La "discrecionalidad" del legislador en el campo de los remedios puede emerger *en la alternativa entre un remedio y otro*: de las cuatro prohibiciones de adquirir, establecidas por el art. 1471¹, dos son protegidas por la nulidad y dos por la anulabilidad, por una elección mucho más "arbitraria" que necesaria (art. 1471²). Pero puede emerger también *en la alternativa entre someter el contrato a un remedio o no someterlo a ninguno*: que el contrato con el que uno de los singular cónyuges vende un bien de la comunión sea anulable o válido, depende de un elemento relevante sólo en razón de una apreciación discrecional, como la naturaleza del bien (art. 184¹).

Teoría Jurídica

Pero los remedios contractuales son también un problema de teoría jurídica. Estos dan lugar a sofisticadas elaboraciones, reconstrucciones, sistematizaciones conceptuales por parte de los estudiosos del derecho de los contratos.

Las dos dimensiones están objetivamente entrelazadas. El legislador que dicta normas sobre los remedios experimenta la influencia de las teorías de los remedios construidos en doctrina. Pero las teorías doctrinales de los remedios, si no quieren reducirse a ejercitación abstracta, deben ser edificadas en base a las normas positivas en tema de remedios: para aclararlas, organizarlas, y, si del caso, criticarlas.

Y, sin embargo, las dos dimensiones no son fáciles de armonizar. Por un lado, las teorías de los remedios contractuales a veces reflejan más la *fidelidad a los predilectos modelos conceptuales o ideológicos*, en lugar de la adhesión al dato normativo. Por otro lado, estas soportan la objetiva *dificultad de reconducir a orden y coherencia las elecciones del legislador* que en esta materia tienden a diseñar un cuadro siempre más articulado y fragmentado: en la mejor de las hipótesis, por la necesidad de lograr normativamente siempre nuevas, diferenciadas, mutables situaciones y exigencias; pero no rara vez por la propensión a secundar presiones coyunturales, o por casualidad y escaso conocimiento de los conceptos y de los términos usados en las normas.

Nomina,
categorías
doctrinales,
categorías
normativas

En nuestro contexto, a la idea de remedio contractual se hace referencia al menos los siguientes *nomina*: invalidez; ineficacia; inoponibilidad; nulidad; anulación; rescisión; resolución; separación; revocación; reducción. A cada *nomen* puede corresponder una categoría doctrinal o bien una categoría normativa. A cada categoría corresponde un determinado tratamiento jurídico del contrato defectuoso. Pero el cuadro que surge no puede decirse ni claro, ni lineal, ni del todo coherente.

7. REMEDIOS CONTRACTUALES Y ACTOS NEGATIVOS O CON EFECTOS NEGATIVOS

La situación estándar considerada por las normas sobre los remedios es aquella en la

que el defecto afecta un acto positivo que tiene efectos positivos: una *positiva manifestación de voluntad contractual*, cuyo efecto es la *constitución del vínculo contractual*. Y el remedio consiste generalmente en la cancelación del vínculo defectuosamente constituido.

Actos
positivos con
efectos
positivos

Pero defectos —y en particular los defectos que hacen el contrato anulable (incapacidad, vicios de la voluntad, conflicto de intereses del representante)— pueden afectar también actos de tipo distinto: actos negativos, o si se quiere “*no actos*”, susceptibles de influenciar las situaciones contractuales del sujeto; o bien actos (positivos, pero) que tienen efectos negativos, y precisamente el efecto ya no de determinar sino de *impedir la constitución del vínculo contractual*. Estos “actos” tienen una característica común: *a su eventual defecto parece imposible responder con el típico remedio de la cancelación de los efectos*. Se puede preguntar si sea posible postular algún otro remedio.

Actos
negativos...

... y actos
positivos con
efectos
negativos

Podemos imaginar *actos negativos con efectos positivos*: por ejemplo, la falta de rechazo del destinatario de la oferta *ex art. 1333* determina la celebración del contrato. *¿Quid*, si el destinatario se induce a *no rechazar* porque es incapaz de entender o de querer, o por error o engaño, o urgido por amenaza?

Casuística

Podemos imaginar *actos negativos con efectos negativos*: el oponente no ejercita la opción dentro del plazo, y así el contrato no se celebra. *¿Quid*, si su decisión de dejar transcurrir el plazo sin ejercitar la opción depende de incapacidad, error, engaño o amenaza?

Finalmente, podemos imaginar *actos positivos con efectos negativos*: la revocación de la oferta o de la aceptación, el rechazo de la oferta, impiden la celebración del contrato (que en su ausencia se habría podido celebrar). *¿Quid*, si la revocación o el rechazo son emitidos por un sujeto incapaz o víctima de error, engaño o amenaza?

Las diversas tipologías de supuestos de hecho deberían ser examinadas de manera diferente. En muchos casos, el defecto del acto negativo o con efectos negativos está destinado a caer en la *irrelevancia*. Pero en específicos casos no puede excluirse el planteamiento de algún remedio. *¿Cuáles remedios?* En general, es difícil pensar que el acto con efectos negativos pueda remediarse con la directa constitución de los efectos, pero, al menos, se puede postular que se restaure la posibilidad de tal constitución: si el oponente no ejercita la opción dentro del plazo por un vicio relevante de su voluntad, puede admitirse que —descubierto el error o el engaño, o cesada la amenaza— se le reponga en la posibilidad del ejercicio de la opción (una suerte de resarcimiento en forma específica). Por lo demás, de subsistir los presupuestos, podrá activarse el remedio resarcitorio.

BIBLIOGRAFÍA

Se reenvía a las bibliografías de los capítulos siguientes, correspondientes a los distintos remedios.

CAPÍTULO XXXIII

LA INVALIDEZ DEL CONTRATO: NULIDAD Y ANULABILIDAD

1. La categoría de la invalidez.— 2. Invalidez e ineficacia.— 3. Ineficacia remedial y no remedial.— 4. Ineficacia originaria y sobrevenida.— 5. Ineficacia absoluta y relativa. Inoponibilidad del contrato.— 6. La nulidad y sus causas: el sistema del art. 1418.— 7. Las nulidades textuales.— 8. Las nulidades virtuales.— 9. Las nulidades estructurales: el contrato insensato o incompleto.— 10. *Sigue*: la ausencia de acuerdo.— 11. Las nulidades políticas: el contrato desaprobado.— 12. *Sigue*: el contraste con normas imperativas. Contratos ilegales e irregulares.— 13. Nulidad suspendida y nulidad sobrevenida.— 14. Las nulidades especiales.— 15. El interés subyacente a las causas de nulidad.— 16. Nulidad e inexistencia.— 17. La anulabilidad y sus causas: remisión.— *Bibliografía*.

1. LA CATEGORÍA DE LA INVALIDEZ

La categoría de la invalidez del contrato (o del contrato inválido) ocupa un puesto central en la teoría de los remedios contractuales.

Esta es conocida por el legislador, que variadamente la emplea bajo forma de sustantivo, adjetivo o adverbio, hablando en muchos lugares de “validez” e “invalidez” de los actos, de actos “válidos” o “inválidos”, de actos realizados “válidamente” o “inválidamente” (por ejemplo: arts. 1234²; 1338; 1347; 1352; 1361¹; 1379; 1389; 1398; 1404; 1405; 1410¹; 1411¹; 1440; 1939). Sin embargo, no puede decirse que sea, a pleno título, una categoría legislativa: el legislador *no la define ni la regula, sino que se limita a presuponerla como un dato implícito en el sistema*. La invalidez es, en mucho más, una categoría doctrinal, tradicionalmente empleada para encuadrar, dentro de un marco unitario, los remedios —ellos sí legislativos— de la nulidad y de la anulabilidad del contrato.

Nace en estrecha conexión con la teoría del negocio jurídico, como calificación reservada al supuesto de hecho que se presenta como negocio, pero en el que un requisito constitutivo del negocio —y particularmente, el esencial requisito de la voluntad negocial— resulta faltante o disminuido: si es faltante, la invalidez se presenta en la forma más radical de la nulidad; si es disminuido, en la más ligera forma de anulabilidad. Resiente, luego, del

Empleos
legislativos

Naturaleza
«doctrinal»

Relaciones
con la teoría
del negocio

nuevo desarrollo que la teoría del negocio conoce en época pospandectística: encontramos así reformulaciones más coherentes con la teoría del negocio no como factor autónomo de generación de los propios efectos, sino como simple supuesto de hecho al que la ley vincula sus efectos; y a la teoría "preceptiva" del negocio como (auto)reglamento de los intereses de las partes.

Extensiones

Mientras define la invalidez en relación a la teoría del negocio jurídico, la doctrina elabora posibles aplicaciones fuera del área de los negocios. Por un lado, en dirección de *actos no negociales*: cumplimientos, confesiones, reconocimientos, etc. Por el otro, en dirección de *actos no gobernados por el derecho privado*: formulando teorías sobre la invalidez de los actos normativos, de los actos administrativos, de los actos procesales.

Puntos firmes:

en positivo ...

... y en
negativo

La identificación de los remedios contractuales reconducibles a la categoría de la invalidez conoce algunos puntos firmes. En positivo, nadie duda de que los casos del contrato *nulo* y del contrato *anulable* pertenezcan al área de la invalidez. En negativo, pacíficamente se excluyen de esa área los casos del contrato resoluble, revocable, reducible, inoponible, o *simplemente ineficaz*.

Dudas y
contrastos

Pero entre estos territorios ciertos, se interpone una zona poblada de dudas y de contrastes. Así en la *simulación*, que algunos reconducen a la invalidez (como especie de nulidad), y otros a la ineficacia. Así en la *rescisión*, que la opinión dominante considera ajena a la invalidez, a la que, en cambio, una doctrina, minoritaria pero autorizada, la adscribe (40.1). Así en las *condiciones generales de contrato* en defecto de los requisitos *ex art. 1341¹⁻²*, cuya calificación oscila entre invalidez e ineficacia (41.2-3). Así en las *cláusulas vejatorias* en los contratos de los consumidores (art. 1469-*bis* ss.), cuya explícita calificación legislativa de "ineficacia" no impide a los intérpretes una recalificación correctiva en términos de invalidez (41.10).

2. INVALIDEZ E INEFICACIA

En el sistema normativo, y aún más en la elaboración teórica, la categoría de la invalidez se define también en relación a la categoría de la ineficacia, y viceversa.

Ineficacia

Ya hemos encontrado la noción de ineficacia, y la hemos definido como *la calidad que el contrato presenta, en cuanto no sea productor de los efectos que normalmente debería producir* (22.2). Es una definición muy genérica. Tenemos ahora la oportunidad de precisarla, poniéndola en relación con la noción de invalidez.

Invalidez

La invalidez designa una *calidad del contrato, en cuanto expuesto a remedios contractuales* (como la nulidad y la anulación). Los remedios sirven esencialmente para bloquear los efectos del contrato: en otras palabras, a hacerlo ineficaz. Se toma así la fundamental conexión funcional

entre invalidez e ineficacia: *la invalidez apunta a la ineficacia* del contrato y tiene como consecuencia la ineficacia del contrato, porque es a través de la ineficacia que la invalidez puede desarrollar su *función remedial*.

En esta perspectiva, la ineficacia presenta dos características entre sí conexas: se conecta a la invalidez, de la cual es consecuencia; y tiene por consiguiente función remedial, en cuanto es remedio ofrecido en contra de un contrato defectuoso.

Pero así se aprecia solamente un aspecto limitado de la categoría de la ineficacia, que cubre en realidad un terreno más vasto, el cual se desvincula de la noción de invalidez: más allá de la ineficacia con función remedial, existen formas de ineficacia que no tienen esta función; y también en el ámbito de la ineficacia de remedio, más allá de los casos en los que la ineficacia deriva a la invalidez se dan casos en los que la ineficacia prescinde de la invalidez, y afecta contratos válidos.

Sobre esta base, se distingue entre ineficacia en sentido amplio, que comprende la ineficacia dependiente de la invalidez; e ineficacia en sentido estricto, que es la ineficacia del contrato válido.

Cuando la ley habla de ineficacia, se refiere en general a la ineficacia en sentido estricto. Con una vistosa excepción: la denominada "ineficacia" de las cláusulas vejatorias en los contratos de los consumidores (art. 1469-*quinquies*) es invalidez, y más precisamente nulidad (41.10).

3. INEFICACIA REMEDIAL Y NO REMEDIAL

La ineficacia tiene función remedial cuando *responde a un defecto o perturbación del contrato*, en el interés de la parte perjudicada por el defecto o perturbación, o por un interés más general.

La ineficacia remedial se conecta a la invalidez cuando el defecto o perturbación del contrato son tales como para hacerlo inválido: el contrato con causa faltante o ilícita es ineficaz en cuanto inválido (nulo); así también, el contrato viciado por error o dolo (anulable); de este modo, también (si se accede a la razonable idea de que incluso el contrato rescindible sea inválido) el contrato desequilibrado celebrado en estado de peligro o de necesidad.

Pero, la ineficacia remedial puede también prescindir de la invalidez, y ello sucede cuando responde a un defecto o perturbación del contrato, que no lo hace, sin embargo, inválido: las resoluciones y las separaciones otorgadas como remedio hacen el contrato ineficaz (como es justo, tratándose

Ineficacia en
sentido
amplio

Ineficacia en
sentido
estricto (del
contrato
válido)

Ineficacia
remedial:

del contrato
inválido...

... o del
contrato
válido

de contrato defectuoso o perturbado); pero el contrato, no obstante, es válido. Así también el contrato del falso representante.

Ineficacia no
remedial

Junto a la ineficacia remedial, puede existir ineficacia no remedial: la que no constituye remedio a un defecto del contrato, porque *el contrato no presenta defectos* que deban remediarse.

Es tal la ineficacia vinculada a una *condición*: el contrato condicionado es o se convierte en improductivo de efectos no porque tenga un defecto en razón del cual la ley considera deseable bloquear los efectos, sino porque las mismas partes lo han construido en modo que fuera o se convirtiera en improductivo de efectos. Ídem en la ineficacia del *contrato simulado*. Ídem en la ineficacia consecuente al ejercicio de la *revocatoria*: aquí no existe ningún defecto del contrato, al cual remediar en el interés de las partes o en el interés general; simplemente el contrato daña a terceros (acreedores), y en el específico interés de estos —y dentro de los límites marcados por la exigencia de proteger tal interés ajeno al contrato— se le hace ineficaz.

4. INEFICACIA ORIGINARIA Y SOBREVENIDA

Ineficacia
originaria

Se tiene ineficacia originaria cuando *el factor que la determina ya existe al momento de la celebración del contrato*. De allí que este nace ineficaz desde el inicio.

Son originariamente ineficaces: el contrato inválido (nulo, anulable, rescindible); el contrato sometido a condición suspensiva, el contrato del falso representante.

Ineficacia
sobrevenida

Se tiene ineficacia sobrevenida cuando el factor que la determina, inexistente al momento de la celebración del contrato, *sobreviene luego, haciendo ineficaz un contrato que al inicio era eficaz*.

Es el caso del contrato hecho resoluble por la circunstancia sobrevenida de un incumplimiento, de una imposibilidad o excesiva onerosidad de la prestación; o del contrato disuelto por una separación, o por la verificación de la condición resolutoria, o del contrato devenido ineficaz por el ejercicio victorioso de una acción revocatoria.

Respecto a este último caso, no valdría objetar que la ineficacia se remonta a un factor —la lesión de la garantía patrimonial del tercer acreedor— ya presente en la celebración del contrato revocable: en efecto, es solo con la estimación de la acción revocatoria que el contrato se convierte en ineficaz, mientras antes de ese momento la ineficacia no se manifiesta de ningún modo.

Respecto del contrato resoluble puede plantearse el problema de si este sea aún eficaz o sea ya ineficaz tras el sobrevenir el hecho resolutorio, pero antes del correspondiente juicio. Un modo teórico para reformular la cuestión es preguntarse si el correspondiente pronunciamiento es constitutivo o declarativo. Otra reformulación (más práctica) consiste en preguntarse si la resolubilidad pueda hacerse valer en vía de excepción, para sustraerse al cumplimiento del contrato. Veremos que la respuesta es distinta, según las distintas causas de resolución.

Verificada la ineficacia sobrevenida, otro problema es si esta *opere solo para el futuro* o bien se *retrotraiga*, cancelando los efectos del contrato *ex nunc*: también en este último caso, la ineficacia se mantiene sobrevenida y no se convierte en originaria.

Retroactividad

5. INEFICACIA ABSOLUTA Y RELATIVA. INOPONIBILIDAD DEL CONTRATO

La clasificación se refiere a las posiciones respectivas de las partes y de los terceros respecto a la ineficacia. Pero sería impropio pensar en dos tipos de ineficacia, cada uno definido de manera clara y homogénea en su interior, y netamente contrapuesto al otro. Desde el punto de vista aquí considerado, los supuestos de hecho de contrato ineficaz diseñan más bien una nebulosa, un *continuum* de situaciones variadamente graduadas e indefinidas, frente a las cuales las calificaciones de absolutidad y relatividad pueden predicarse *en términos solo de tendencia*.

Es ineficacia absoluta (en sentido pleno) la que *puede generalmente hacerse valer sea entre las partes, sea por los terceros, sea contra los terceros*. En este sentido, están afectados por ineficacia absoluta solo el contrato nulo y el contrato condicionado.

Ineficacia absoluta

Residualmente, recaen en la ineficacia relativa todos los casos en los que la ineficacia *no puede hacerse valer entre ambas partes; o no por todos los terceros, o no contra todos los terceros*. Son casos muy numerosos, y muy variados: la ineficacia relativa es categoría amplia y heterogénea.

Ineficacia relativa:

Consideremos la invocación de la ineficacia entre las partes. A veces la ineficacia puede hacerse valer por cada una de las partes contra la otra: así en la ineficacia por nulidad, por condicionamiento, por simulación, por imposibilidad sobrevenida. Otras veces la causa de ineficacia puede ser invocada solo por una parte, pero no por la otra: anulabilidad; resolución por incumplimiento o excesiva onerosidad sobrevenida. (Pero es evidente que, una vez devenido el contrato ineficaz con la anulación o la resolución solicitadas por la parte legitimada, la ineficacia puede hacerse valer por cada una de ellas en contra de la otra). Otras veces, aún, la ineficacia no puede ser invocada por ninguna de las partes en contra de la otra, sino solo

entre las partes ...

por algún tercero: el falso representado, en cuanto al contrato del falso representante, el legitimario, en cuanto a la donación sujeta a reducción (art. 555); el acreedor, en cuanto al acto de disposición atacado con revocatoria (art. 2901¹).

... y respecto
a los terceros

En cuanto a la posición de los terceros, existe primeramente el problema de la ineficacia hecha valer en *contra del tercero*. La ineficacia por nulidad o condicionamiento arrastra a la adquisición, hecha por el tercero, de la posición dependiente de contrato nulo o condicionado. En cambio, la ineficacia por resolución o separación, como regla, no perjudica las posiciones precedentemente adquiridas por los terceros sobre la base del contrato luego convertido en ineficaz. (Pero, en estos casos, la ineficacia opera contra los terceros al menos para el futuro: resuelta la venta de A a B, si después X adquiere de B, a él puede bien oponerse que, en virtud de la precedente resolución, él ha adquirido *a non domino*; y en efecto la cuestión se representa, por lo general, en términos de retroactividad o no retroactividad). Luego, existen situaciones intermedias: la ineficacia puede hacerse valer (a veces se dirá: retrotraer) no contra todos los terceros, sino solo contra determinadas clases de terceros: la ineficacia por anulación, por simulación, por revocación de los actos de disposición lesivas del crédito (art. 2901⁴) puede hacerse valer solo contra los terceros cuya adquisición no tenga determinadas características (no sea onerosa y/o de buena fe).

Pero existe también el problema inverso, es decir, si la ineficacia pueda hacerse valer *por el tercero*, al cual le favorezca. También aquí el cuadro es irregular. La ineficacia por nulidad puede hacerse valer por los terceros que tengan interés: si A vende a B con contrato nulo, y después X adquiere de A, X puede invocar la ineficacia del contrato entre A y B, para sostener haber adquirido *a domino*. Así también aquella por simulación, pero no en modo indiferenciado: firme la posibilidad de hacerla valer contra las partes, ciertos terceros no pueden hacerla valer contra ciertos otros terceros. La ineficacia del acto de disposición revocable puede hacerse valer solo por ciertos terceros (los acreedores); pero, como se ha visto hace poco, no contra todos los terceros (por ejemplo, no contra los terceros que hayan adquirido de buena fe a título oneroso); aquí la ineficacia es doblemente relativa.

Inoponibilidad

La *ineficacia del contrato, la cual opera solo en ventaja de determinados terceros*, se llama también inoponibilidad (a tales terceros) del contrato mismo, o de sus efectos: por ejemplo, el acto de disposición en fraude a los acreedores es, una vez revocado, inoponible al acreedor revocante. Una ineficacia relativa, en el sentido de inoponibilidad, deriva también a la disciplina de la inscripción: el acto no inscrito o inscrito después es inoponible al tercero que haya adquirido derechos incompatibles en base a un acto inscrito antes (art. 2644).

Si no operaran estas reglas particulares, el contrato sería oponible a los terceros: o, más precisamente, serían oponibles a los terceros las posiciones (de derecho real) creadas por el contrato (25.5).

6. LA NULIDAD Y SUS CAUSAS: EL SISTEMA DEL ART. 1418

La nulidad es la forma más radical de invalidez del contrato.

La idea de una definición general y unitaria de la nulidad tiende a ser abandonada por la doctrina. Prevalece un planteamiento relativista y pluralista. Se toma nota de que el legislador, en el arbitrio de sus elecciones, por un lado vincula la nulidad a supuestos de hecho muy distintos entre sí; y por el otro regula los diversos supuestos de hecho de nulidad en modos algo distintos entre sí. Consecuentemente, se tiende a renunciar a una teoría general de las causas de nulidad; y —si no se renuncia a una teoría general de las consecuencias de la nulidad— se reconoce que esta encuentra excepciones siempre más numerosas y relevantes.

Encuadramiento relativista y pluralista

El encuadramiento pluralista de las causas de nulidad pertenece por lo demás al mismo código civil, como resulta de la estructura de la norma fundamental en materia (art. 1418) y de los contenidos calificadores que esta expresa, directamente o por remisión.

El art. 1418 se titula “Causas de nulidad del contrato” y consta de tres párrafos.

Art. 1418

El primer párrafo dispone que el contrato es nulo “cuando es contrario a normas imperativas”.

El segundo párrafo dispone que el contrato es nulo, aún, por problemas ligados a sus elementos constitutivos *ex art.* 1325 (acuerdo, objeto, causa y forma): cuando uno de tales elementos falta o presenta determinadas características negativas.

El tercer párrafo dispone que el contrato es nulo, finalmente, “en los otros casos establecidos por la ley”.

Conviene examinar los tres párrafos en progresión inversa.

7. LAS NULIDADES TEXTUALES

El art. 1418³ alude a las nulidades textuales: se presentan cuando *un contrato o una específica regla contractual son declaradas textualmente nulas por una norma*. Ellas alivian grandemente el esfuerzo del intérprete, llamado a valorar si el contrato es nulo o no. Son muy numerosas, tanto en el código como en las leyes especiales.

Art. 1418³

A veces la expresa calificación legislativa puede parecer superflua, a la luz de los criterios de nulidad puestos por los primeros dos párrafos del art. 1418: ello sucede todas las veces que, *aunque ninguna norma lo explicitara, la nulidad del contrato o de la regla contractual resultaría con evidencia* del defecto de un elemento esencial *ex art.* 1418², o de la contrariedad con una norma imperativa *ex art.* 1418¹. Por ejemplo, el art. 1895 dispone la nulidad del seguro por inexistencia del riesgo asegurado: pero también sin el art. 1895, el intérprete no se esforzaría al concluir que el contrato es nulo *ex art.* 1418², por falta de objeto o de causa.

Casos de nulidad textual superflua

Otro más. El art. 2 de la ley *antitrust* (Ley 287/1990) en el segundo párrafo declara "prohibidas las concertaciones que tengan por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear de manera consistente el juego de la competencia al interior del mercado nacional o en una de sus partes importante", y el tercer párrafo precisa que "Las concertaciones prohibidas son nulas": pero también sin el tercer párrafo, la conclusión de la nulidad se desprendería pacíficamente de la naturaleza sin duda imperativa de la norma a la cual se refiere el segundo párrafo, violada por la concertación.

La previsión textual de nulidad adquiere un *real valor operativo* en casos distintos a estos: en los casos en los que la previsión de ley determina una calificación y un tratamiento del supuesto de hecho, que en su ausencia no existiría (o no existirían con igual certeza). Pueden indicarse tres órdenes de casos, a los cuales corresponden otros posibles sentidos de la nulidad textual.

Nulidades
textuales
significativas:

En un primer sentido, la previsión textual sirve para hacer nulos contratos o reglas contractuales que, en su ausencia, probablemente no lo serían: porque vincula la nulidad a contenidos contractuales muy específicos y circunstanciados, que reflejan *elecciones (o microelecciones) "políticas" del legislador tan puntuales como discrecionales*, y, por ello, no subrogables en vía interpretativa. ¿Qué intérprete osaría afirmar, en ausencia del art. 30⁷ TUF, que el contrato de inversión ofrecido fuera de la sede al ahorrista es nulo si no menciona el derecho de separación del cliente? ¿O sostener, sin el soporte del art. 17¹ Ley 47/1985, la nulidad de la venta de edificio que no mencione los extremos de la concesión edilicia?

nulidad de
otra forma
excluida, ...

Considérese, luego, la norma (art. 1229¹) que dice nulas las cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad del deudor dependiente de dolo o culpa grave (44.8). A falta de ella, quizá el intérprete podría conjeturar una nulidad por contraste con el orden público: pero no tendría instrumentos para calibrar el alcance, esto es, para decidir si restringirla al solo incumplimiento doloso, o ampliarla a todo incumplimiento culpable o incluso a las hipótesis de responsabilidad objetiva, o en cambio fijarla en el umbral intermedio de la culpa grave; esta última configuración de la nulidad puede desprenderse solo de una expresa previsión legislativa, como aquella del art. 1229¹. Otra más. El art. 1471 prohíbe a cuatro clases de sujetos comprar determinadas categorías de bienes, y establece que en dos de los casos la violación de la prohibición hace la adquisición nula, y que en los otros dos es anulable. Faltando, por hipótesis, la norma, ninguna sabiduría o audacia interpretativa podría alcanzar el mismo resultado, que solo puede desprenderse de la elección discrecional (aunque no irracional) del legislador, traducida en sus precisas palabras.

... nulidad de
otra forma
dudosa, ...

En un segundo sentido, la previsión textual sirve para *hacer cierta una nulidad, que de otra manera sería dudosa y controvertida*. Si el art. 2744 no declarara expresamente nulo el pacto comisorio, algún intérprete podría sostener la nulidad por contraste con un principio de orden público (ya sea la defensa del deudor contra el aprovechamiento del acreedor, o la tipicidad de las garantías reales); pero otros intérpretes podrían cuestionar. El art. 2744 resuelve la cuestión.

En un tercer caso, la previsión textual sirve no tanto o no solo para determinar o aclarar una nulidad, sino a *introducir un tratamiento del contrato nulo, divergente de la disciplina común*. Es lo que se verifica cuando la norma que contiene la calificación de nulidad precise, por ejemplo, que esta puede hacerse valer solo por una de las partes (38.4).

... nulidad
con
tratamiento
distinto

8. LAS NULIDADES VIRTUALES

A las nulidades textuales se contraponen las nulidades virtuales: supuestos de hecho en los cuales el intérprete obtiene que el contrato es nulo, también *en ausencia de una norma que lo declare expresamente* tal, aplicando alguno de los *criterios a los que se refieren los primeros dos párrafos del art. 1418*. Implican para el juzgador mayor autonomía, mayor responsabilidad, mayor esfuerzo.

Con alguna aproximación, los criterios de la nulidad virtual son reconducibles a una u otra de las dos diversas *rationes* "políticas" del remedio, a las que pueden hacerse corresponder dos grandes familias de nulidades contractuales: la familia de las nulidades estructurales, las que reconducen los contratos nulos porque son insensatos o incompletos (33.9-10); y la familia de las nulidades políticas, a las que se vinculan los contratos nulos porque son desaprobados (33.11-12).

Dos familias:

nulidades
estructurales...

... y nulidades
políticas

9. LAS NULIDADES ESTRUCTURALES: EL CONTRATO INSENSATO O INCOMPLETO

El art. 1418² identifica una serie de nulidades, que llamamos estructurales porque se refieren a defectos relativos a los elementos que componen la estructura del contrato, o bien a los elementos constitutivos del supuesto de hecho contractual. Son defectos que, en general, hacen del contrato un contrato insensato, que refleja *una operación jurídica y económicamente absurda, incomprensible e irrealizable*.

El art. 1418² tiene aquí importancia en la parte en la que dispone que producen nulidad del contrato, entre otras, "la ausencia de uno de los requisitos indicados por el art. 1325, (...) y la ausencia en el objeto de los requisitos establecidos por el art. 1346". Los requisitos del contrato (es decir, los elementos constitutivos del supuesto de hecho contractual) *ex art. 1325* son: el acuerdo de las partes; la causa; el objeto; la forma, si es requerida bajo pena de nulidad. A su vez, los requisitos del objeto *ex art. 1346* indican que el objeto debe ser: posible; lícito; determinado o determinable. Enlazando (con algún ajuste) los dos órdenes de previsiones, resultan las nulidades estructurales.

"Requisitos"
del contrato

Ausencia de
acuerdo

El contrato es nulo cuando falta el acuerdo de las partes: regresaremos en breve (33.10).

Ausencia de
objeto

El contrato es nulo cuando falta el objeto (15.1): un contrato sin objeto es un contrato en el que falta la materia de los movimientos jurídico-económicos, que constituyen el sentido del contrato; por ello es, de nuevo, un contrato insensato.

Objeto
imposible,
Indetermina-
do,
indetermina-
ble

Lo mismo se dice, cuando el contrato tiene un objeto, pero este es imposible (15.4), o bien indeterminado o indeterminable (15.7). (Otro requisito del objeto es la licitud: pero el contrato con objeto ilícito se coloca mejor en la familia de los contratos desaprobados, afectados por nulidad política: 33.11).

Ausencia de
causa

El contrato es nulo cuando falta la causa (17.2): un contrato sin causa es un contrato sin una razón justificadora, capaz de darle sentido; por lo tanto un contrato insensato.

Ausencia de
forma

El último elemento del contrato *ex art. 1325* es la forma, si requerida bajo pena de nulidad: por lo tanto el contrato es nulo, cuando no está celebrado de tal forma. Aquí, más que de contrato insensato conviene hablar de *contrato incompleto* (en sentido distinto del considerado bajo 19.5): la ausencia de forma vinculada no quita sentido al contrato; simplemente lo priva de un elemento que la ley requiere para la completitud del supuesto de hecho contractual.

Nótese como esta nulidad termine por superponerse a la nulidad textual del art. 1418³: la forma es requisito del contrato solo si es "prescrita por la ley bajo pena de nulidad"; por lo tanto, solo si una norma establece —según el modelo, precisamente, de la nulidad textual— que el contrato que no la observa es nulo.

Condición
suspensiva
imposible ...

... y
meramente
potestativa

A la *ratio* de las nulidades estructurales parecen reconducibles otros dos supuestos de hecho: el del contrato con condición suspensiva imposible (27.5); y el del contrato subordinado a condición meramente potestativa (27.6). En ambos casos, se perfila un contrato insensato, porque resulta de una manifestación de voluntad contractual irrealizable o no seria.

10. SIGUE: LA AUSENCIA DE ACUERDO

Entre
anulabilidad
(por voluntad
viciada) ...

... e
Inexistencia
(por ausencia
de celebración)

La nulidad por ausencia de acuerdo ocupa una minúscula región comprendida entre el vastísimo territorio de la anulabilidad por incapacidad para obrar o vicio del consentimiento y el territorio infinito de la inexistencia por no celebración del contrato. Ella no se refiere a los casos en los que falta cualquier manifestación de voluntad, que aparezca dirigida a formar el acuerdo contractual: estos son casos de inexistencia del contrato (33.16).

Ni se refiere a los casos en los que una tal manifestación de voluntad existe, es referible a la parte, y está simplemente viciada por un factor subjetivo que afecta a la misma parte (34-37): estos son casos de anulabilidad.

La ausencia de acuerdo se refiere a casos en los que *una manifestación de voluntad contractual parece existir, pero, justamente, existe solo en apariencia; o bien solo en apariencia se refiere a quien parece el autor*. Son supuestos de hecho marginales, raros que se verifiquen, de escaso relieve práctico.

Allí entran las declaraciones (por ejemplo, firma del contrato) realizadas por constricción física, o en estado de total destrucción psíquica, como puede imaginarse que suceda en casos extremos de hipnosis.

Constricción física,
destrucción psíquica

Luego, las declaraciones realizadas por sujetos que no pueden concebirse como autores de declaraciones contractuales: piénsese en el contrato firmado por un niño de 7 años.

Luego, los ejemplos de escuela de las declaraciones contractuales realizadas evidentemente como broma, o por fingimiento escénico, o con propósito didáctico.

Broma,
fingimiento escénico o didáctico

Luego, el caso de la declaración contractual formada por la parte, pero llegada al destinatario contra la voluntad del autor: el destinatario de la oferta escribe la aceptación, pero la tiene en el cajón porque quiere reservarse un ulterior margen de reflexión; el oferente se la apodera y hace valer el contrato celebrado. Aquí no existe verdadera declaración contractual, porque falta el requisito del direccionamiento voluntario (5.5).

Ausencia de
direccionabilidad voluntaria

Además los casos de falsificación de firma; y de contrato hecho, por representación, en nombre de una persona inexistente. En ambos, la declaración no se puede referir al sujeto al cual parece referida, como autor de esta o bien como parte (sustancial) del contrato.

Firma falsa

Representado inexistente

Finalmente, los casos de disenso oculto: cuando *las declaraciones contractuales de las partes son aparentemente conformes, pero cada parte considera la propia en un sentido diverso de aquel entendido por la otra, sin que sea posible identificar un significado objetivo del contrato*. Por ejemplo; A —propietario de un automóvil BMW y de una moto BMW— oferta a B la adquisición de “su BMW” (y considera la moto) por un determinado precio; B acepta (pero considera el automóvil). El contrato es nulo por falta de acuerdo (aunque se sitúa en un área no muy lejana de la nulidad por indeterminabilidad del objeto). Es, por otro lado, evidente que la celebración será realmente sostenible, en cuanto el precio acordado corresponda más o menos al valor de mercado de ambos objetos; si en cambio

Disenso oculto

resultara que el precio corresponde al valor de la moto, mientras el automóvil vale al menos el triple, a B le sería muy difícil sostener que él consideraba adquirir el automóvil y no la moto (v. también 35.13).

Error

Distinto es, si de las declaraciones se obtenga un *significado objetivo del contrato*: por ejemplo, X —propietario en un cierto edificio de dos departamentos, uno en la planta baja y otro en el primer piso— propone a Y la adquisición “del departamento del primer piso”; e Y acepta, considerando, sin embargo, que es el departamento de la planta baja. Aquí el malentendido es solo de Y, y da lugar a un error suyo sobre el objeto del contrato.

Disenso evidente

Aún diferente, si *la divergencia entre los significados entendidos por las dos partes emerge textualmente* de sus declaraciones (disentimiento evidente): por ejemplo, A oferta a B la adquisición de la “moto BMW”, y B responde aceptando adquirir el “auto BMW”. Aquí hay *inexistencia* del contrato, que no se ha celebrado por no conformidad de la aceptación respecto a la oferta (v. también 35.13).

11. LAS NULIDADES POLÍTICAS: EL CONTRATO DESAPROBADO

Contratos desaprobados

Llamamos nulidades políticas aquellas que afectan a los contratos (en hipótesis sensatos y completos, pero) desaprobados por el ordenamiento, porque *contrastan con normas y principios que incorporan elecciones políticas del ordenamiento mismo*.

Nulidades textuales

Pertencen a esta familia casi todas las nulidades textuales *ex art. 1418³* (a excepción de aquellas dependientes de vicios de forma). En efecto, estas afectan además contratos que desatienden vínculos (sobre todo de contenido) prescritos por específicas finalidades de política legislativa.

Contratos ilícitos

Pertencen, luego, todos los supuestos de hecho de contrato ilícito. Tanto los indicados por el art. 1418²: contrato con *causa ilícita*, o con *motivo común ilícito*, o con *objeto ilícito*, como los no directamente indicados por la norma: por ejemplo el contrato con *condición ilícita*.

Contratos contrarios a normas imperativas

Finalmente, pertenecen los casos en los que el contrato es nulo porque es “contrario a normas imperativas”, *ex art. 1418¹*: se discutirá luego.

12. SIGUE: EL CONTRASTE CON NORMAS IMPERATIVAS. CONTRATOS ILEGALES E IRREGULARES

Art. 1418¹

El catálogo de las causas de nulidad se abre con la previsión de que “El contrato es nulo cuando es contrario a normas imperativas, salvo que la ley disponga lo contrario” (art. 1418¹).

Superposiciones:

El alcance de la norma se aprecia, en conexión con los dos sucesivos párrafos del art. 1418: respecto a los cuales son posibles, y a veces inevitables, amplias superposiciones.

Los supuestos de hecho del primer párrafo pueden superponerse a los del tercer párrafo: todas las veces que un contrato sea contrario a una norma imperativa (primer párrafo), y al mismo tiempo, esta disponga textualmente la nulidad del contrato que la viola (tercer párrafo). Los casos son numerosos, especialmente en la legislación especial. Por ejemplo: las concertaciones restrictivas de la competencia son contrarias a la norma —ciertamente imperativa— que las prohíbe y, por tanto, serían nulas *ex art. 1418¹*; pero aún antes son nulas *ex art. 1418³*, ya que el art. 2³ Ley 287/1990 las declara textualmente como tales. Es claro que el sentido autónomo y propio del primer párrafo se aprecia al neto de los casos de concurrente nulidad textual: así pues, con respecto solo a los supuestos de hecho en los que el contrato es contrario a una norma imperativa, la cual, sin embargo, no dispone expresamente la nulidad.

con el art.
1418¹ ...

Además, los supuestos de hecho del primer párrafo pueden superponerse a los del segundo párrafo, referidos a los casos de ilicitud de la causa o del objeto. Existiendo normas que prohíben el comercio de órganos humanos (1.5), y tratándose de normas ciertamente imperativas, la compraventa de un órgano es nula *ex art. 1418¹*; pero al mismo tiempo, y más específicamente, el objeto o la causa del contrato son los contrarios a normas imperativas y por consiguiente ilícitos, con la consecuente nulidad del contrato *ex art. 1418²*. También aquí, la autónoma relevancia del primer párrafo se recorta por exclusión de los casos en los que la nulidad deriva también del segundo párrafo: por lo tanto se refiere solo a los supuestos de hecho en los que el contrato es contrario a normas imperativas, sin tener, sin embargo, causa u objeto ilícitos.

...y con el art.
1418²

Contra poniendo el art. 1418¹ al art. 1418² (allí donde indica ilicitud de la causa o del objeto), se afianza la distinción entre contrato ilícito y contrato ilegal. El contrato es ilícito, cuando el contraste con la norma imperativa (o el orden público o las buenas costumbres) se refiere a la *causa* o al *objeto* o al *motivo común* o a la *condición*. Es simplemente ilegal, cuando viola la norma imperativa bajo *perfiles diversos* de los apenas indicados. La distinción sirve, en el plano teórico, a dar un sentido autónomo al art. 1418¹; en el plano práctico, es algo sutil y evanescente.

Contrato
ilícito ...

... e ilegal

La identificación de los contratos ilegales, nulos por contraste con normas imperativas, pasa a través de dos niveles de juicio.

Identificación

El primer nivel se refiere a la naturaleza de la norma violada por el contrato: se trata de valorar si sea *imperativa* (inderogable) o *dispositiva* (derogable). En este último caso no existe nulidad: la cláusula que excluye la garantía por los vicios en la venta es contraria al art. 1490¹; pero dado que esta norma no es imperativa, en cuanto atribuye al comprador un derecho disponible, la cláusula no es nula. Un problema de nulidad se plantea solo cuando la norma es imperativa, es decir, define posiciones o tutela intereses no disponibles por los particulares. Pero también en este caso, la nulidad no es automática e inevitable: en algunos casos el contrato contrario a norma imperativa es nulo; pero en otros casos no lo es.

Naturaleza de
la norma

Contraste con
norma
Imperativa

Exclusión de
la nulidad en
base a ...

Este segundo nivel de juicio se confía a dos criterios, susceptibles de excluir la nulidad.

... criterio textual ...

La nulidad puede excluirse en base a un criterio textual: lo alude el mismo art. 1418¹ que, enunciada la regla de la nulidad del contrato contrario a la norma imperativa, deja a salvo la hipótesis en "que la ley disponga lo contrario". Por ejemplo, el art. 1471 establece "prohibiciones de comprar" a cargo de determinados sujetos, con norma ciertamente imperativa (primer párrafo, letra *c*) y *d*): pero declara anulable, y no nulo, el contrato que los viola (segundo párrafo). Es imperativa la norma (penal) que prohíbe los actos fraudulentos realizados por el deudor para sustraerse al cumplimiento (art. 388¹ c.p.): pero por expresa disposición del art. 2901 estos actos son afectados por ineficacia relativa, y no por nulidad.

... o criterios extratextuales

La nulidad puede excluirse también en base a criterios extratextuales, ligados a la *ratio* de la norma imperativa violada, y más precisamente al *modo en que el contrato incide sobre los intereses protegidos por la norma*. En razón de ello, en el ámbito de los contratos ilegales se distingue entre contratos inválidos (nulos) y contratos solo irregulares: distinción prácticamente más importante de aquella entre contratos ilícitos e ilegales.

Contratos ilegales:

nulos ...

El contrato ilegal es nulo cuando *sus efectos van a lesionar directamente los intereses protegidos por la norma*, la que tiene precisamente el propósito de impedir esos efectos: de manera que para actuar el propósito de la norma es necesario cancelar los efectos contractuales, lo que se obtiene precisamente con la nulidad. Piénsese en la norma que reserva la adquisición de las habitaciones de edificación pública a sujetos con determinados requisitos: es nulo el contrato con el que la habitación es vendida a un sujeto carente de tales requisitos.

... o solo irregulares

En cambio, el contrato es simplemente irregular, y no nulo, cuando *viola ciertamente la norma, y sin embargo, no son propiamente sus efectos los que lesionan el interés protegido por esta*: de allí que la destrucción de los efectos contractuales sería *remedio excedente* respecto a la exigencia de restablecer el interés lesionado, a lo que proveen mejor otros remedios. Puede ser el caso del contrato que viola o elude normas tributarias: este es civilísticamente válido, aunque tributariamente irregular; es afectado no con la cancelación de los efectos, sino con sanciones tributarias o pérdida de beneficios tributarios.

Otros ejemplos

Otro más. Imagínese que el ordenamiento de una *función pública* la declare *incompatible con el ejercicio de una determinada actividad*, y que el titular de la función celebre un contrato que implica un ejercicio de la actividad incompatible. Aquí el remedio apropiado es una sanción administrativa (por ejemplo, el cese de la función), y no la nulidad del contrato: *el interés lesionado está en la esfera de la función, no en la esfera del contrato*; para

restablecerlo es necesario incidir en la esfera de la función, no en la esfera del contrato. (Diferente sería el caso de la norma que prohíbe el contrato a quien desarrolla una cierta función, pero para salvaguardar intereses afectados por el contrato y ya no intereses implicados por la función; aquí la nulidad es el remedio apropiado).

Por otro lado, la distinción resulta a menudo muy sutil y equívoca, como lo demuestran los contrastes entre los intérpretes (y las incoherencias jurisprudenciales) sobre la calificación de algunos supuestos de hecho. Dada la norma que reserva ciertas actividades económicas a sujetos inscritos en un registro, ¿es nulo o no el contrato, que tiene como objeto el ejercicio de la actividad reservada, celebrado por *persona no inscrita en el registro*? Dadas las normas penales que prohíben la *estafa* y el *aprovechamiento de incapaz*, y sin perjuicio de la pena para el contratante estafador o aprovechador, ¿el contrato que las realiza es nulo por violación de la norma, o simplemente anulable por dolo o incapacidad para obrar?

Casos
dudosos

13. NULIDAD SUSPENDIDA Y NULIDAD SOBREVENIDA

Por los factores que la determinan, la nulidad (y en general la invalidez) se vincula a la *situación fáctica y normativa existente a la celebración del contrato*. De allí la alternativa: o a la luz de esa situación el contrato es nulo, y entonces es nulo desde el origen; o bien es válido, y entonces permanecerá siempre válido.

El esquema, por otro lado, parecería resquebrajado por figuras como las de la nulidad suspendida y de la nulidad sobrevenida.

Una antigua doctrina hablaba de nulidad suspendida (o pendiente) para indicar la previsión por la que *un contrato resultará nulo, si se verificará un evento (por lo general en la forma negativa de ausencia de un evento) posterior a la celebración del contrato*: por lo que en el periodo intermedio, la nulidad está como suspendida, en la espera de desencadenarse en el momento en el que se verificará el evento. Al fenómeno parecería reconducible a algún supuesto de hecho previsto en el código: por ejemplo, aquel en el que es nulo el contrato con *determinación del objeto confiado al mero arbitrio del tercero*, si luego el tercero no provee y las partes no lo sustituyen (art. 1349²); y así también la *venta no aleatoria de cosa futura*, si luego la cosa no llega a tener existencia (art. 1472²). Por otro lado, en coherencia con la concepción clásica de la nulidad, los intérpretes prefieren desatender la calificación legislativa y colocar estos supuestos de hecho en un terreno distinto: el terreno de la eficacia, o bien el terreno de una formación progresiva del supuesto de hecho.

Nulidad
suspendida

El debate más amplio se refiere a la nulidad sobrevenida: el fenómeno por el cual *el contrato, válido a la luz de la situación fáctica y normativa existente al momento de la celebración, devenga sucesivamente nulo por hechos o normas sobrevenidas tras la celebración*. Prevalece la tendencia a devaluar la categoría, bajo un doble perfil.

Nulidad
sobrevenida

Devaluación
de la
categoría

Por un lado, en muchos casos la denominada nulidad sobrevenida deriva de la retroactividad (excepcional, pero siempre posible en materia no penal) de la norma prohibitiva sobrevenida: la cual, en derogación al

Retroactividad
de la norma
prohibitiva

principio del art. 11¹ Prel., bien puede disponer la propia aplicación también a los contratos celebrados precedentemente, haciéndolos *ex post* ilícitos o ilegales y, por lo tanto, nulos. De manera que el fenómeno pertenece no tanto a la problemática de la *invalidéz del contrato*, sino más bien a la de *la eficacia de la ley en el tiempo*.

Incidencia no sobre el acto, sino sobre la relación

Por otro lado, la nulidad sobrevenida incide no tanto sobre el contrato como acto, cuanto más bien sobre el contrato como relación: o bien sobre sus efectos (especialmente cuando estos —antes que producirse de una vez por todas con la celebración del contrato, según el esquema del contrato de actuación inmediata— se prolongan en el tiempo, como sucede con los contratos de duración). Pero si la denominada nulidad sobrevenida opera sobre los efectos y no sobre el acto, esta no tiene naturaleza de verdadera nulidad, y debe más bien asimilarse a una *resolución* (42).

Este último relieve debe ser precisado. La evocación del remedio resolutorio es legítima, si se quiere decir que —celebrado en el 2000 un contrato de duración— la sobrevenida en el 2002 de una norma prohibitiva impide la prosecución para el futuro, pero no cancela los efectos (no afecta las prestaciones realizadas o debidas) entre el 2000 y el 2002. Pero ello no quita que —contrariamente al régimen de la resolución, y conforme al régimen de la nulidad— la destrucción de los efectos contractuales a partir del 2002 puede invocarse sin límite de prescripción, hacerse valer por cualquiera que tenga interés, apreciarse por el juez *ex officio*.

Debate sobre las leyes especiales

El debate sobre la nulidad sobrevenida ha recibido nuevo impulso por la legislación especial poscodicística en tema de *fianza omnibus*, de contratos usurarios, de *antitrust*, de cláusulas vejatorias en los contratos de los consumidores.

Fianza omnibus

El nuevo art. 1938 (introducido por la Ley 154/1992) prohíbe las fianzas por deudas futuras, las que no indiquen el máximo de la garantía asumida por el fiador: en la interpretación de la Corte Constitucional (204/1997), la norma, por un lado, es no retroactiva, de allí la persistente validez de las fianzas sin máximo estipuladas antes de esta (aunque todavía en curso al momento de su emanación); pero, por otro lado, impide a tales fianzas cubrir las deudas surgidas después de su entrada en vigencia.

Intereses usurarios

La Ley 108/1996 ha prohibido (incluso penalmente) la estipulación y la percepción de intereses usurarios, debiéndose considerar tales los que exceden la tasa-límite fijada en el promedio de las tasas practicadas en el trimestre precedente; y ha innovado el art. 1815², estableciendo que "Si se han convenido intereses usurarios, la cláusula es nula y no son debidos los intereses" (40.8). Surge un problema vinculado al sobrevenir, durante la relación, no ya de una norma, sino de un hecho susceptible de producir nulidad: *¿quid*, si el interés pactado no era usurario al momento del contrato, sino que lo es sucesivamente por efecto de progresivas variaciones de las tasas promedio?

El art. 2 de la Ley 287/1990 prohíbe y declara nulas las concertaciones restrictivas de la competencia. La jurisprudencia considera que la norma se aplique también a las concertaciones estipuladas anteriormente, pero cuyos efectos anticompetitivos se propaguen en momentos sucesivos a su entrada en vigor.

Antitrust

Se discute si las normas sobre la ineficacia (es decir, nulidad) de las cláusulas vejatorias en los contratos de los consumidores (art. 1469-*bis* ss.) se apliquen también a las relaciones contractuales ya en curso al momento de su entrada en vigor, o solo a las constituidas después. La Casación está en esta última posición; entre los jueces de mérito es popular la otra tesis.

Cláusulas vejatorias

14. LAS NULIDADES ESPECIALES

La evolución legislativa iniciada en la última década del siglo XX introduce muchos nuevos casos de nulidad del contrato, que la doctrina llama nulidades "especiales". Su "especialidad", respecto al ordinario paradigma de la nulidad que se recoge del código, se aprecia en tres planos.

Los tres planos de la "especialidad"

Son nulidades "especiales" primeramente en razón de las fuentes normativas de las que derivan, y del contexto político-económico de referencia. En efecto: están previstas por normas extracodificísticas, contenidas en *leyes especiales*; tienen origen supranacional, porque las leyes que las acogen constituyen además trasposiciones en el ordenamiento italiano de *directivas europeas*; se encuentran al interior de disciplinas cuyo objetivo es el *buen funcionamiento del mercado en términos de eficiencia y equidad*, y el establecimiento de relaciones eficientes y justas entre los diversos operadores del mercado mismo (41).

Fuentes normativas

Recordamos las normas en tema de: *antitrust* (Ley 287/1990); contratos negociados fuera de los locales comerciales (De. Leg. 50/1992) y contratos a distancia (D. Leg. 185/1999); contratos bancarios (Ley 154/1992; arts. 115 y ss. TUB); venta de paquetes turísticos (D. Leg. 111/1995); usura (Ley 108/1996); cláusulas vejatorias en los contratos de los consumidores (nuevos arts. 1469-*bis* y ss; introducidos por Ley 52/1996); contratos de intermediación financiera (arts. 23-24 TUF); subprovisión (Ley 192/1998); venta de multipropiedad (D. Leg. 427/1998); alquileres habitacionales (Ley 431/1998). Todas estas normativas conminan *nulidades* que tienden a configurarse como "*textuales*" y "*políticas*", en el sentido de las clasificaciones ya vistas.

Desde un segundo punto de vista, estas nulidades son "especiales" por los factores de los que depende la calificación del contrato como nulo. Tradicionalmente la nulidad depende de elementos intrínsecos del contrato, es decir, de su estructura y de su contenido. En cambio, a menudo las nulidades especiales se ligan a *elementos extrínsecos al contrato*.

Criterios de la nulidad

Más bien, estos se refieren al *contexto de circunstancias que hace de marco a la celebración del contrato*: la calidad de "consumidor" y "profesional" de las partes (art. 1469-*bis*¹), la ausencia de tratativa sobre la cláusula vejatoria (art. 1469-*ter*⁴), la negociación

realizada fuera de los locales comerciales (art. 1^a D. Leg. 50/1992); la relación de la locación con los contratos-tipo definidos por las asociaciones de categoría en sede local (art. 2¹⁻³, 13⁴ Ley 431/1998). O bien se refieren *al impacto que el contrato podrá tener sobre una cierta realidad externa* (a verificarse según parámetros elásticos de discrecionalidad técnica): por ejemplo, el efecto restrictivo de la competencia, en un determinado mercado relevante, sin sustancial beneficio para los consumidores (arts. 1-2 Ley 287/1990); o la realización de un “abuso de dependencia económica” (art. 9³ Ley 192/1998); o la previsión de “algún deber del conductor así como cualquier (...) ventaja económica o normativa dirigida a atribuir al locador una renta superior a la contractualmente establecida” (art. 13⁴ Ley 431/1998). Vincular la nulidad a criterios como estos significa hacer *el juicio de nulidad más discrecional, más oscilante, menos seguro*.

Un terreno particularmente fértil para el florecimiento de las nulidades especiales se encuentra en la legislación *antitrust*.

Nulidad y
antitrust

Se ha apenas visto cómo la nulidad de las concertaciones restrictivas de la competencia pueda depender de elementos extrínsecos, sujetos a valoraciones de discrecionalidad técnica. Más precisamente, puede depender de una disposición administrativa, fundada en tales valoraciones. Las concertaciones anticompetitivas son nulas: no obstante, si en concreto están asistidas por determinadas justificaciones capaces de ponderar el dato negativo de la anticompetitividad a la luz del interés general, pueden ser autorizadas por la Autoridad *antitrust* (art. 4 Ley 287/1990). De aquí la singular naturaleza de las *concertaciones competitivas en espera de la requerida autorización*, y la pluralidad de calificaciones posibles. ¿Nulidad suspendida, y luego hecha operativa por la negación de autorización, o viceversa definitivamente neutralizada por la autorización concedida? O bien ¿nulidad ya operante, pero susceptible de ser “subsana” por la sucesiva autorización (una suerte de “*validez sobrevinida*”)? O bien ¿simple ineficacia, destinada a convertirse en nulidad o en validez según que la autorización sea negada o concedida?

Autorización
de las
concertaciones
prohibidas

En el mismo terreno, se propone la categoría de la nulidad derivada: esto es, la *nulidad de un contrato, determinada por la nulidad de un precedente contrato, del cual el contrato depende en el plano práctico-económico*. Nula la concertación anticompetitiva, por ejemplo, entre los bancos que en “cartel” fijan las condiciones que todos aplicarán a sus clientes, ¿son nulos, en cascada, también los contratos entre singulares bancos y clientes, en la parte en la que aplican las condiciones del cartel? Si la respuesta fuera sí (pero la cuestión es discutida), se trataría precisamente de nulidad derivada.

Nulidad
derivada

Finalmente, las nulidades en discurso son “especiales” por el peculiar tratamiento reservado al contrato nulo. Ello depende de su predominante propósito político, que es la *protección de una clase de contratantes* contra otra, en relación a las respectivas calificaciones socioeconómicas.

Tratamiento
del contrato

Se explican con este *favor* las divergencias del ordinario régimen de la nulidad: la legitimación para hacer valer la nulidad corresponde solo a la parte protegida, en derogación al principio común de la legitimación ampliada a cualquiera que tenga interés (nulidad relativa: 38.4); la nulidad de la cláusula vejatoria no se extiende a todo el contrato (art. 1469-*quinquies*¹), en derogación al art. 1419¹ (41.10); para la locación habitacional con cláusulas nulas se establece un particular mecanismo de integración legal-judicial (art. 12⁵ Ley 431/1998).

Ya de por sí el código establece un cuadro de la invalidez contractual todo lo contrario que lineal y compacto. Las nulidades especiales dan una notable contribución a hacerlo aún más complejo, articulado y no homogéneo.

15. EL INTERÉS SUBYACENTE A LAS CAUSAS DE NULIDAD

Un esquema tradicional vincula la nulidad a la *lesión de un interés general*, en contraposición a la anulabilidad, inspirada en la protección del interés particular de un contratante. Este peca quizá de excesiva simplificación, pero no es equivocado; simplemente, requiere ser mejor articulado.

En cuanto a las nulidades políticas, el esquema se sostiene fácilmente en todos los casos en los cuales el interés lesionado por el contrato nulo (y protegido por el remedio) tiene un indiscutible carácter de generalidad: el contrato inmoral ofende valores éticos compartidos, precisamente, por la generalidad de los asociados; y es igualmente general el valor de la competencia y del correcto funcionamiento del mercado, en nombre del cual son nulas las concertaciones restrictivas.

El esquema puede parecer en crisis, frente a la multiplicación de las nulidades conminadas —especialmente por la legislación especial— a cargo de contratos que lesionan el interés no de la generalidad de los asociados, sino de bien definidas clases de contratantes (conductores, asegurados, clientes de bancos, ahorristas-inversionistas, adquirentes de paquetes turísticos o de cuotas de multipropiedad, etc.). En realidad, a través de la protección de esas categorías sociales, se persiguen valores e intereses generales: el correcto funcionamiento del mercado (art. 41.1); y, aún antes, ese valor fundamental de todo el ordenamiento jurídico, que es la igualdad sustancial (art. 3² C.) entre contratantes “fuertes” y “débiles”.

Aún más el esquema vacila frente a los casos de nulidad estructural: la insensatez del contrato al que le falta el acuerdo, la causa o el objeto determinable perjudica por regla a una sola de las dos partes (aquella a la que le es, en realidad, referida la aparente declaración de voluntad, aquella que debe una prestación en ausencia de causa que la justifique, aquella que atiende una prestación inexistente, imposible o indefinible); y la nulidad parece operar en tutela de esta, no muy distintamente del modo en el que la anulabilidad protege al incapaz o la víctima de un vicio del querer.

Tanto la anulabilidad como las nulidades estructurales protegen a una parte, y en este sentido puede decirse que ambas protegen un *interés particular*. Pero protegiendo directamente a la parte, ellas indirectamente protegen el interés por un ejercicio de la autonomía privada correcto y razonable: y dado que este es un interés del sistema, podría decirse, al contrario, que ambas expresan un *interés general*.

Sin embargo, existe una diferencia. La anulabilidad se desencadena en casos en los cuales el normal desarrollo de la autonomía privada es perturbado por *factores internos a la esfera de conciencia y voluntad de la parte protegida*: el remedio salvaguarda las condiciones subjetivas para el correcto y razonable ejercicio de la autonomía privada. En cambio, las nulidades estructurales salvaguardan las condiciones objetivas de un determinado ejercicio, o bien reaccionan contra *factores de perturbación, externos a esa esfera*: existe en la base de

Nulidades políticas:

Intereses generales...

... y de determinadas categorías sociales

Nulidades estructurales

... y anulabilidad

Correcto y razonable ejercicio de la autonomía privada:

salvaguarda de las condiciones subjetivas ...

... y objetivas

estas un *excedente de interés general*, o una *superior evidencia del interés general*, a que los efectos del contrato no tengan curso.

16. NULIDAD E INEXISTENCIA

Inexistencia:
categoría
extralegal

Si la invalidez es categoría predominantemente doctrinal, la inexistencia del contrato es categoría *totalmente* doctrinal (y jurisprudencial), sin siquiera un mínimo de enganche en las palabras de la ley, que la invalidez puede jactar.

El problema

Ella recibe sentido en relación a la categoría de la nulidad: *el problema del contrato inexistente es el problema de su distinción del contrato nulo*. Y este problema se sitúa en dos diferentes niveles: un nivel teórico, y un nivel operativo.

Funciones
prácticas de la
inexistencia:

En el plano operativo, la categoría del contrato inexistente desarrolla dos diversas funciones.

Impedir los
efectos del
contrato.
nulo...

La primera función —que se sitúa en los rieles de una tranquila *routine* interpretativa— es delimitar los límites dentro de los cuales pueden producirse esos limitados efectos que a veces la ley vincula al contrato nulo (38.12-13); y así impedir que tales efectos puedan invocarse, en presencia de supuestos de hecho que no presentan siquiera los requisitos mínimos para que pueda hablarse de la existencia de un contrato, aunque nulo.

Por ejemplo, el *contrato de trabajo nulo* (con tal que no sea ilícito) es eficaz por el periodo en que la relación ha tenido ejecución, y atribuye al trabajador el derecho a la remuneración (art. 2126): pero estos efectos no pueden hacerse valer, cuando ningún contrato de trabajo existe, ni siquiera bajo especie de contrato nulo. La *donación nula* puede ser confirmada por los herederos del donante, que en tal caso no pueden más hacer valer la nulidad contra el donatario (art. 799): pero pese a la "confirmación", los herederos del donante pueden siempre excepcionar que la (aparente) donación era inexistente, y no solo nula. El contrato nulo en general puede, *ex art. 1424*, producir los efectos de un contrato distinto, compatibles con la razón de nulidad (*conversión*): pero un contrato inexistente no puede producir siquiera estos diversos y menores efectos. En todos estos casos, la categoría de la inexistencia sirve, por lo tanto, para impedir que se produzcan los efectos del acto nulo (38.12-14).

... o del acto
válido

Pero la función más notable de la categoría es otra, y nace de un más audaz ejercicio de creatividad interpretativa. Es la función de impedir que se produzcan incluso los efectos de un acto válido: a tal fin se usa el concepto de inexistencia ya no para delimitar fisiológicamente los límites del acto nulo, sino para forzar sin dudas los límites del acto válido o simplemente anulable.

La exigencia surge esencialmente para los *actos cuyas nulidades están configuradas en términos, por un lado, muy restringidos y, por el otro,*

taxativamente tipificados (con consecuente imposibilidad de extenderlas en vía analógica). Son por lo general actos distintos de los contratos: matrimonio, testamento, acuerdos de asamblea. Y ello explica por qué la categoría de la inexistencia, en la función aquí considerada, tenga *escasa relevancia en el campo contractual*.

La categoría nace, históricamente, para impedir los efectos del matrimonio entre personas del mismo sexo: en la dificultad de decir que el matrimonio era nulo (ya que ninguna norma contemplaba la identidad del sexo entre la invalidez matrimonial), se pensó en decir que no existía ningún matrimonio.

Hoy esta encuentra las aplicaciones más relevantes en la jurisprudencia en tema de acuerdos de asamblea, que la ley declara afectadas por nulidad (invocables sin límites de tiempo) en los únicos casos de objeto imposible o ilícito (art. 2379), mientras en la generalidad de los casos en los que “no adoptados de conformidad con la ley”, estos resultan simplemente impugnables (anulables) en el reducido término de tres meses (art 2377).

Acuerdos de
asamblea

Considérense los acuerdos *no insertados en acta*, o adoptados *sin regular convocatoria* de algún socio: estos no pueden en rigor decirse nulos, puesto que su objeto no es ni imposible ni ilícito; podrían fácilmente decirse *anulables*, en cuanto “no (...) adoptados de conformidad con la ley”, pero en tal caso devendrían *inatacables si no son impugnados dentro de los tres meses*. Calificarlos como *inexistentes* —como lo hace la jurisprudencia— significa impedir la demasiado fácil consolidación, y permitir a los contrainterésados *cuestionarlas sin sufrir la rígida preclusión temporal*: exactamente como si fueran nulos.

Mientras en su primera función, pues, la categoría de la inexistencia sirve para excluir un cierto régimen del acto nulo, en esta segunda función esta determina, al contrario, precisamente la aplicación de la disciplina del acto nulo.

En el plano conceptual, la reflexión en torno a las relaciones entre inexistencia y nulidad se mide continuamente con el riesgo de destruir uno u otro de los dos términos.

El pensamiento rígido del contrato como supuesto de hecho lleva a disolver a la nulidad (y sobre todo la nulidad estructural) en la inexistencia: si el contrato es el conjunto de los elementos que la ley indica como constitutivos de este, provistos de las cualidades requeridas por la ley, el “contrato” en el que un tal elemento falte o sea privado de las cualidades requeridas es un fenómeno no definible como contrato; por lo tanto, el “contrato” nulo es en verdad un no-contrato, un contrato inexistente. Debe objetarse que en el pensamiento del legislador la nulidad es predicado del contrato; y un predicado puede aplicarse a un sujeto, solo en cuanto el sujeto exista: por lo tanto, por el hecho mismo de mencionarlo y regularlo, *la ley implica que el contrato nulo sea un contrato existente*.

La teoría
disuelve la
nulidad en la
inexistencia

Crítica

Adquirida la existencia del contrato nulo, surge el riesgo de que sea la categoría del contrato inexistente en caer en la irrelevancia: ¿qué sentido tendría hablar, en términos jurídicos, de algo que jurídicamente no existe?

El sentido de la inexistencia

Puede responderse que el sentido de la categoría es, en definitiva, el sentido de un instrumento conceptual de alguna utilidad para resolver los problemas prácticos de tratamiento de los actos defectuosos, que se han señalado antes. En coherencia con esto, debe desarrollarse la construcción teórica de la categoría. La identificación de sus contenidos requiere delimitar los límites en dos direcciones, a las que corresponden los dos territorios que circundan el área propia del contrato inexistente.

Nulidades estructurales...

La inexistencia limita con el territorio de las nulidades estructurales (por ejemplo, por falta de acuerdo), y por consiguiente se distingue de estas. En las nulidades estructurales *existe una apariencia de declaración contractual referida a la parte* (aunque una indagación que vaya más allá de la apariencia muestra que en realidad no existe una declaración referida a la parte): piénsese en el contrato con firma falsa. En cambio, puede hablarse de contrato inexistente cuando existe ciertamente una apariencia de contrato, un hecho material bajo algún perfil reconducible a un supuesto de hecho de contrato (y por alguien invocado como tal), pero que bajo otro perfil *ya prima facie resulta que no subsumible en el supuesto de hecho del contrato*: piénsese en el demandante que como fundamento de su demanda exhibe en el juicio un contrato en el que *falta la firma del demandado*; o exhibe copia de su oferta, y una *aceptación del demandado evidentemente no conforme a la oferta*. En ambos casos, el demandado podrá excepcionar la inexistencia del contrato.

... e inexistencia

Inexistencia significativa...

Esta configuración identifica el contrato inexistente ciertamente, pero siempre en el sentido de una inexistencia significativa. De tal manera ella permite también delimitar la figura incluso en la otra dirección, que nos introduce en el otro territorio idealmente colindante: el territorio ilimitado de la inexistencia irrelevante, o no significativa. Imaginemos que A y B no hayan intercambiado nunca ninguna declaración, e incluso ni siquiera se conozcan, y, con todo, que nadie dirija una pretensión contra el otro: en esta situación puede decirse que no existe entre ellos ningún contrato con el que A venda a B su automóvil; pero no tendría sentido hablar de la venta a B del automóvil de A como de un contrato inexistente; simplemente, no existe ninguna razón para hablar de un contrato entre A y B.

... e insignificante

O bien imaginemos que X dirija contra Y una pretensión que dice fundada en un contrato con el demandado, pero se limita a enunciar tal contrato sin ofrecer algún elemento material idóneo para configurar el supuesto de hecho (ningún documento escrito, ninguna circunstancia de tiempo, de lugar, de modo en base al cual el contrato habría sido celebrado oralmente o por comportamientos concluyentes): aquí el demandado no tiene necesidad de incomodar la categoría de la inexistencia, para excepcionar que el contrato es inexistente; le basta excepcionar que no existe ninguna prueba de un contrato.

Condiciones de la inexistencia significativa

Para que valga la pena hablar de contrato inexistente —o bien para que se dé la inexistencia significativa—, es necesario, por lo tanto, *que el "contrato" sea invocado por alguien contra cualquier otro, y que la invocación esté sostenida por un mínimo de evidencia*

material de la existencia del contrato mismo (aun cuando se trate de evidencia que se pueda desmentir ya *prima facie*).

17. LA ANULABILIDAD Y SUS CAUSAS: REMISIÓN

Una doctrina del pasado amaba distinguir las causas de la anulabilidad de las de la nulidad, observando que la nulidad depende de la ausencia de un elemento esencial del contrato, mientras que se tendría anulabilidad cuando un elemento esencial (particularmente la voluntad) existe, pero está viciado.

Diferencias
entre nulidad
y anulabilidad

La esquematización es ingenua y no satisfactoria. Son otros los criterios para diferenciar de manera real el sistema de las causas de anulabilidad respecto al sistema de las causas de nulidad. Y son esencialmente dos.

Existe un criterio de *ratio* política de los remedios, relacionado a la diversa naturaleza de los intereses que estos protegen: la nulidad protege *intereses preferentemente generales* (el interés de la colectividad, el interés de importantes categorías sociales; el interés a la salvaguarda de las condiciones objetivas de la autonomía privada); la anulabilidad protege *intereses más particulares* (esencialmente el interés a la salvaguarda de las condiciones subjetivas de la autonomía privada, puestas en crisis por la condición subjetiva de uno de los contratantes).

Naturaleza de
los Intereses
protegidos

Y existe, no menos relevante, un criterio que considera el estatuto sistemático de las causas de nulidad y de anulabilidad. El sistema de las causas de nulidad es más flexible, es un *sistema no tipificado y no taxativo*: consecuencia de una figura como la de la *nulidad virtual*, que remite a una serie abierta de "normas imperativas", y de parámetros de nulidad como orden público y buenas costumbres, que a su vez remiten a criterios elásticos, mutables, no rígidamente predefinidos (*cláusulas generales*). En cambio, el sistema de las causas de anulabilidad es más rígido, es un *sistema preferentemente típico y taxativo*: no existe una razón general (o virtual) de anulabilidad, capaz de abrir espacios para la identificación de contratos anulables, mas allá de los supuestos de hecho puntualmente previstos por la ley.

Sistemática
de las causas:

Flexibilidad
de las causas
de nulidad...

... y rigidez de
las causas de
anulabilidad

El sistema de las causas de anulabilidad comprende primeramente las diversas hipótesis de incapacidad para obrar (34).

Incapacidad
para obrar
Vicios de la
voluntad

Después comprende los vicios de la voluntad: error (35), dolo (36) y violencia (37).

Finalmente, comprende una serie de supuestos de hecho particulares, puntualmente previstos por la ley: el *conflicto de intereses del representante*

Otros
supuestos

(12.4) y la contratación del representante *consigo mismo* (12.5); el acto de administración extraordinaria sobre *el bien de la comunidad* (inmueble o mueble registrado), realizado por un cónyuge sin el consentimiento del otro (art. 184¹); las *adquisiciones* de determinadas *clases de bienes* por parte de determinadas *clases de sujetos* (art. 1471¹, incs. 3 y 4).

Con referencia a los *contratos de la Administración Pública*, la jurisprudencia identifica otras razones de anulabilidad, más allá de una expresa previsión legal: los vicios del procedimiento administrativo que precede la estipulación del contrato (por ejemplo, estipulación por obra del Alcalde, en ausencia de acuerdo para contratar aprobado por la Junta; falta o ilegitimidad de la opinión previa requerida en vista del contrato).

Otras veces la jurisprudencia habla, en lugar que de anulabilidad, de ineficacia relativa: lo que importa es la regla según la cual el defecto puede hacerse valer solo por la Administración Pública y no por el contratante privado. En cambio, la ausencia de un acto administrativo procedimental necesario, pero sucesivo a la celebración del contrato (control, aprobación, visto) determina la temporal ineficacia: el acto es *condicio iuris* de eficacia del contrato.

Distinta es la configuración de las causas de anulabilidad y especialmente de las relaciones entre estas y las causas de nulidad, con referencia a otros tipos de actos, distintos del contrato: *matrimonio; testamento; acuerdos de asamblea*. En particular para estos últimos la relación "sistemática" se presenta invertida: *la anulabilidad es virtual; la nulidad está tipificada*. Precisamente este dato explica la especial relevancia que la categoría del acto inexistente asume en el campo de los acuerdos.

Actos
distintos del
contrato

BIBLIOGRAFÍA

- 1-17. F. DI NARZIO, *L'invalidità in generale*, en *Contratti Cendon*, X, Torino, 2000, p.1; A. GENTILI, *Le invalidità*, en *Trattato contratti Rescigno*, II, Torino, 1999, p. 1257; F. GIANNELLI M.G. MAGLIO, *Il negozio invalido ed il negozio compromesso, con riguardo alla inesistenza, alla nullità, all'annullabilità ed alla rescissione*, en *Archivio civile.*, 1999, II, p. 3, p. 129; A.V. GUCCIONE, *Intese vietate e contratti individuali "a valle": alcune considerazioni sulla c.d. invalidità derivata*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1999, II, p. 453; P.M. PUTTI, *L'invalidità nei contratti con i consumatori*, en AA.VV. (al cuidado de N. Lipari), *Diritto privato europeo*, I, Padova, 1997, p. 690; L. DI VIA, *L'invalidità nei contratti tra imprenditori*, en AA.VV. (al cuidado de N. Lipari), *Diritto privato europeo*, I, Padova, 1997, p. 740; G.B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1996, p. 367; C. MAZZONI, *Invalidità (diritto privato)*, en *Enciclopedia giuridica*, XVII, Roma, 1989, *ad vocem*; E. ROPPO, *Il controllo*

sugli atti di autonomia privata, en *Rivista critica del diritto privato*, 1985, p. 485; G. FILANTINI, *Inesistenza e invalidità del negozio giuridico*, Napoli, 1983; R. TOMMASINI, *Invalidità (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1972, *ad vocem*; M. BRUTTI, *Invalidità (storia)*, en *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1972, *ad vocem*; R. SACCO, *Nullità ed annullabilità (diritto civile)*, en *Novissimo digesto italiano*, XI, Torino, 1965, *ad vocem*; S. TONDO, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, en *Novissimo digesto italiano*, VIII, Torino, 1962, *ad vocem*; G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1955; P. TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, en *Temi*, 1955, p. 198; R. SCOGNAMIGLIO, *Sulla invalidità dei negozi giuridici*, en *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 1951, p. 57; A. FEDELE, *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943.

- 2-5. L. VALLE, *La categoria dell'inefficacia del contratto*, en *Contratto e impresa*, 1999, p. 1203; S. PAGLIANTINI, *Indeterminabilità dell'oggetto, giudizio di nullità e contratto di agenzia: verso l'inefficacia delle clausole di modificazione unilaterale del contratto?*, en *Giustizia civile*, 1998, I, p. 2895; F. GALGANO, *La clausola di gradimento, i patti parasociali e la categoria dell'inefficacia del contratto*, en *Contratto e impresa*, 1997, p. 895; L. ABETE, *L'inefficacia degli atti a titolo gratuito*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1997, p. 356; G. ROSCIONI, *Inefficacia della clausola compromissoria per arbitrato estero e attribuzione della giurisdizione ai sensi della convenzione di New York*, en *Il Foro italiano*, 1995, I, p. 942; M. COSTANZA, *Fideiussione omnibus: clausole in deroga all'art. 1956 c.c. invalidità o inefficacia*, en *Giustizia civile*, 1992, I, p. 221; M. COSTANZA, *Vendita simulata e donazione dissimulata fra inefficacia e nullità*, en *Corriere tributario*, 1992, p. 2035; B. INZITARI - M. FERRARI, *L'inefficacia della determinazione degli interessi bancari mediante rellatio per mancanza di univocità e precisione dei criteri di riferimento*, en *Diritto della banca e dei mercati finanziari*, 1992, I, p. 234; L. BARBIERA, *Inefficacia parziale nella fideiussione omnibus*, en *Rivista di diritto civile*, 1991, I, p. 223; R. SCOGNAMIGLIO, *Inefficacia*, en *Enciclopedia giuridica*, XVI, Roma, 1989, *ad vocem*; V. SCALISI, *Inefficacia (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971, *ad vocem*; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, en *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965, *ad vocem*; V. SCIALOJA, *Nullità e inefficacia*, en *Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, p. 23.
- 6-16. F. DINARZIO, *La nullità*, en *Contratti Cendon*, X (Secciones I-IV), Torino, 2000, p. 63; V. MARICONDA, *Le cause di nullità*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, III, Torino, 1999, p. 2205; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999; F. BELLINI, *Nullità del contratto e dei suoi requisiti. Spunti per un'ipotesi ricostruttiva*, en *Archivio civile*, 1999, p. 673; G. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, en *Corriere giuridico*, 1999, p. 602; P.M. PUTTI, *Nuovi profili della disciplina della nullità*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, III, Torino, 1999, p. 2103; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 1999; A. GENTILI, *Le invalidità*, en *Trattato contratti Rescigno*, Torino, 1999, p. 1257; G. MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, en *Contratto e impresa*, 1999, p. 410; AA.VV. (al cuidado de L. Ferroni), *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, 1998; F. GALGANO, *Artt. 1414-1420*, en *Commentario Scialoja-Branca*, al cuidado de F. Galgano, libro IV: Delle obbligazioni, Bologna-Roma, 1998; P.M. PUTTI,

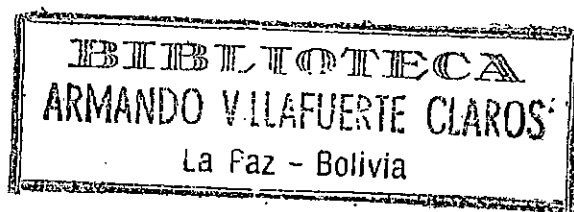
Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria), en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XIV, Torino, 1997, *ad vocem*; S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995; G.B. FERRO, *Il problema dell'etero-integrazione della disciplina positiva riguardante le cause di nullità del contratto*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, I, p. 215; M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995; V. MARICONDA, *Quale invalidità contrattuale nel caso di circonvenzione di incapace?*, en *Corriere giuridico*, 1995, p. 217; R. SACCO, *Nullità e annullabilità*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XII, Torino, 1993, *ad vocem*; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1992; V. MARICONDA, *La nullità del contratto*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, 1, Torino, 1991, p. 355; V. MARICONDA, *Le cause di nullità*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, 1, Torino, 1991, p. 367; G. FILANTI, *Nullità I) Diritto civile*, en *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, 1990, *ad vocem*; I. BUGANI, *La nullità del contratto*, Padova, 1990; N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, en *Contratto e impresa*, 1987, p. 541; A. CATAUDELLA, *Nullità formali e nullità sostanziali nella normativa sul condono edilizio*, en *Quadrimestre*, 1986, p. 487; R. TOMMASINI, *Nullità (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1978, *ad vocem*; N. IRTI, *Risoluzione di contratto nullo*, en *Il Foro padano*, 1971, I, p. 741; B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964; G.B. FERRI, *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1963, II, p. 271; E. FINZI, *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, Bologna, 1920.

- 11-12. C. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, Roma, 1999; L. PRATI, *La sanzione della nullità nel contratto di subfornitura*, en *Contratti*, 1999, p. 293; G. MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, en *Contratto e impresa*, 1999, p. 410; G. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze di mercato e nuova cultura del contratto conformato*, en *Giurisprudenza italiana*, 1999, p. 602; N. SAPONE, *Note sull'invalidità negoziale in caso di reati commessi da un contraente ai danni dell'altro*, en *Archivio civile*, 1996, p. 577; A. CASTAGNOLA, *La nullità del contratto concluso tra corrotto e corruttore*, en *Contratti*, 1994, p. 719; AA.VV., *Abusivismo edilizio ed invalidità negoziale*, Milano, 1994; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; M. NUZZO, *Negozio giuridico IV) Negozio illecito*, en *Enciclopedia giuridica*, XX, Roma, 1990, *ad vocem*; M. MANTOVANI, *Divieti legislativi e nullità del contratto*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1987, p. 68; V. MARICONDA, *Nullità urbanistiche e disciplina generale del contratto nullo*, en *Corriere giuridico*, 1987, p. 752; S. MONTICELLI, *Divieti valutari ed autonomia privata*, Padova, 1987; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1985, p. 435; F. VASSALLI, *In tema di norme penali e nullità del negozio giuridico*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1985, p. 467; A. CIARDIELLO, *Violazione di norme valutarie e validità del negozio*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1985, II, p. 25; R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, en *Legislazione economica*, Milano, 1981, p. 300; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970; F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914.

13. A. RICCIO, *Nullità sopravvenuta del contratto*, en *Contratto e impresa*, 2000, p. 628; B. LIBONATI, *Intese orrizzontali e aperture in tema di concorrenza e di mercato nella giurisprudenza della Cassazione*, en *Giurisprudenza italiana*, 1999, p. 1223; M. LIBERTINI, *Legge antitrust nazionale e sua applicabilità ai contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge*, en *Rivista del diritto privato*, 1997, p. 353; F. PARRELLA, *Disciplina "antitrust" nazionale e comunitaria, nullità sopravvenuta, nullità derivata e nullità virtuale delle clausole dei contratti bancari a valle*, en *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1996, I, p. 507; C. DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1967, p. 755.
14. G. AFFERNI, *Le intese restrittive anteriori alla legge antitrust: legge retroattiva o nullità speciale?*, en *Giurisprudenza italiana*, 2000, I, p. 939; V. CUFFARO, *Patti contrari alla legge (contratto di locazione e nullità speciali)*, en *Rivista di diritto civile*, 1999, I, p. 465; C. CICERO, *Relativamente a un'ipotesi di nullità speciale*, en *Rivista giuridica sarda*, 1998, p. 720; AA.VV. (al cuidado de L. Ferroni), *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, 1998; A. BERTELOTTI, *Illegittimità di norma bancarie uniformi (NBU) per contrasto con regole antitrust ed effetti sui "contratti a valle": un'ipotesi di soluzione di un problema dibattuto*, en *Giurisprudenza italiana*, 1997, IV, p. 345; M. GIUFFRIDA, *I contratti agrari tra inderogabilità delle intese restrittive della concorrenza nella normativa antitrust nazionale*, en *Rivista di diritto industriale*, 1996, I, p. 69; G. ROSSI, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle norme bancarie uniformi*, en *Giurisprudenza italiana*, 1996, I, 2, p. 212; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; F. BOCCHINI, *Il problema della tassatività delle cause di nullità nella s.p.a.*, en *Rivista delle società*, 1975, p. 126.
16. F. AULETTA, *Nullità e "inesistenza" degli atti processuali civili*, Milano, 1999; F. GIANNELLI - M.G. MAGLIO, *Il negozio invalido ed il negozio compromesso, con riguardo alla inesistenza, alla nullità all'annullabilità ed alla rescissione*, en *Archivio civile*, 1999, p. 3 y p. 129; G. CASU, *Inesistenza, nullità e annullabilità delle delibere assembleari*, en *Rivista del notariato*, 1999, p. 1553; F. BELLINI, *Invalitità di deliberazione per giuridica inesistenza*, en *Società*, 1996, p. 1437; S. AMBROSINI, *Inesistenza della garanzia pignoratizia per omessa individuazione dei titoli e insussistenza del pegno di credito*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1995, II, p. 872; S. GALLI, *Inesistenza della garanzia pignoratizia per omessa individuazione dei titoli e insussistenza del pegno di credito*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1995, II, p. 748; E. TREROTOLA, *Riflessioni in tema di inesistenza del negozio giuridico*, en *Giurisprudenza di merito*, 1994, IV, p. 186; E. DAMIANI, *Note critiche in tema di inesistenza delle delibere assembleari e opponibilità delle stesse ai terzi in buona fede*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1994, II, p. 535; F.D. DI MUNDO, *Inesistenza delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, II, p. 449; R. AMBROSINI, *Ipotesi di inesistenza della delibera assembleare: criteri di individuazione*, en *Società*, 1993, p. 484; G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla inesistenza giuridica del negozio di fusione*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1992, I, p. 1027; A. PELLICANÒ, *Inesistenza e personalità giuridica nella giurisprudenza della cassazione: il caso della società per azioni*, en *Contratto e impresa*, 1989, p. 829; L. FARENGA, *La deliberazione di società come atto a struttura procedimentale e*

la teoria giuridica dell'inesistenza, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1988, I p. 179; B. FARGNOLI, *Inefficacia, nullità e inesistenza del licenziamento*, en *Società*, 1984, p. 1049; G. FILANTI, *Inesistenza e invalidità del negozio giuridico*, Napoli, 1983; L. BUTTARO, *Considerazioni sull'inesistenza delle deliberazioni assembleari*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1962, I, p. 212; S. FERRARI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, p. 514; S. SATTA, *Sull'inesistenza degli atti processuali*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1956, p. 337; T. ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, en *Rivista di diritto processuale*, 1956, I, p. 61; F. CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico*, en *Rivista di diritto processuale*, 1955, I, p. 208; L. CARIOTA FERRARA, *Inesistenza ed invalidità dei negozi giuridici*, en *Il Foro italiano*, 1948, IV, p. 33.

17. F. CARRESI, *L'annullabilità del contratto*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, p. 1436; F. LUCARELLI, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964.



CAPÍTULO XXXIV

LAS INCAPACIDADES PARA OBRAR

1. Incapacidad para obrar, incapacidad jurídica y defecto de legitimación.— 2. Las incapacidades para obrar: legal y natural.— 3. Las incapacidades absolutas: menores, interdictos judiciales y legales.— 4. Las incapacidades relativas: menores emancipados e inhabilitados.— 5. La incapacidad natural: incapacidad de entender o de querer.— 6. *Sigue*: el grave perjuicio del incapaz y la mala fe de la contraparte.— 7. Los límites de la anulabilidad por incapacidad para obrar: ajustes.— *Bibliografía*.

1. INCAPACIDAD PARA OBRAR, INCAPACIDAD JURÍDICA Y DEFECTO DE LEGITIMACIÓN

El art. 1425¹: dispone que “El contrato es anulable si una de las partes era legalmente incapaz para contratar”.

Art. 1425¹:
Incapacidad
para contratar

La misma expresión aparece en otras normas: por ejemplo, en la norma penal que establece la pena accesoria de la “incapacidad para contratar con la administración pública” (arts. 19, 32-ter, 32-quater CP). Pero a la identidad de fórmula corresponden significados profundamente distintas. El sistema de las incapacidades, y de los remedios previstos para los contratos de los incapaces, se presenta, en efecto, complejo, fragmentario, a veces poco lineal y coherente: fruto de ese arbitrio del legislador que tan ampliamente se ejercita en materia de defectos contractuales y correspondientes remedios, y que constriñe al intérprete a no fáciles intentos de racionalización.

La incapacidad “para contratar”, indicada por el art. 1425¹ como causa de anulabilidad, identifica a la que habitualmente se designa como incapacidad para obrar: es decir, la incapacidad de realizar actos de autonomía privada, establecida por la ley esencialmente en presencia de un *estado fisiosíquico del sujeto, que hace venir a menos las condiciones subjetivas de un correcto y razonable ejercicio de la autonomía*. Esta se presenta en las figuras de la incapacidad legal (menor de edad, interdicción, inhabilitación); y en los casos de incapacidad natural (art. 1425²). Presenta dos características, entre sí vinculadas.

Incapacidad
para obrar

La primera se refiere al *fin*, y se expresa en la idea de protección: la ley no quiere precluir al sujeto la adquisición de *posiciones y relaciones*, sino

Incapacidad
de protección

solo el cumplimiento de los *actos* funcionales a su adquisición; y ello en el interés mismo del sujeto declarado incapaz, que se quiere proteger contra el riesgo de que se dañe con sus propias manos (incapacidad de protección).

Sustitución...

... vigilada

La segunda característica se refiere al *medio*, y se expresa en la idea de sustitución: el incapaz puede ser sustituido por otros (con el mecanismo de la *representación*) en el cumplimiento de los *actos* a él precluidos, para permitirle adquirir *las posiciones y las relaciones* que no le están precluidas. Con más precisión, sustitución vigilada: la acción del representante está sometida a *controles previos y sucesivos*, para garantizar su conformidad con el interés del incapaz.

Interdicción legal

Junto a estas incapacidades se sitúa la que deriva de la interdicción legal que afecta al condenado penal (34.3). También esta comparte la función de *precluir actos y no relaciones*; y, por consiguiente, contempla la posibilidad de la *sustitución representativa*. Se le diferencia porque aquí la preclusión de los actos no quiere proteger al incapaz, sino afligirlo con la *pena accesoria* que consiste en impedirle participar directamente en el tráfico jurídico patrimonial.

Tenemos, luego, un grupo de casos, para los cuales habitualmente no se evoca la categoría de la incapacidad, pero que bajo diversos perfiles se acercan a las incapacidades de protección: el contrato celebrado por el representante consigo mismo o en conflicto de intereses; el acto de administración extraordinaria realizado por el cónyuge singular sobre un bien común; las adquisiciones de bienes en violación de las prohibiciones *ex art. 1471¹, incs. 3 y 4*. También aquí se quiere prohibir el acto (en cuanto caracterizado por circunstancias que lo hacen sospechoso de lesionar el interés de otro sujeto), mucho más que el resultado del acto; y también aquí el acto está afectado por anulabilidad. Pero el acto está prohibido para proteger no a una de sus partes, sino al sujeto, ajeno al acto, que potencialmente este perjudica. Por lo tanto, aquí el problema no puede resolverse *ex ante*, con la sustitución en el cumplimiento del acto; sino solo *ex post*, con la remoción de los factores que hacen el acto "sospechoso".

Quebrado

Una opinión aislada vincula a la incapacidad para obrar también la condición del quebrado, privado *ex art. 42¹ Ley quiebra*, "de la administración y de la disponibilidad de sus bienes" (denominado *desposeimiento*): la *ratio* sería la protección no del sujeto, sino de los terceros (acreedores). Prevalece una opinión distinta, sostenida por la consideración de que los eventuales actos del quebrado no están afectados por anulabilidad, sino por ineficacia relativa (art. 44¹ de la ley de quiebra).

Incapacidades jurídicas...

Pertencen a un campo distinto una serie de supuestos de hecho en los que *se quiere precluir no la simple realización de actos, sino sus resultados, es decir, la adquisición de las situaciones y de las relaciones* a las que los actos están preordenados; y ello no en el interés particular de un sujeto, sino en un *interés más general*. Respecto de estos se vuelve a hablar de incapacidad, pero en un sentido distinto. En efecto, aquí, precisamente

porque objeto de la preclusión es una situación o una relación, y no un "acto", estamos fuera de las incapacidades "para obrar".

Estamos, en cambio, en el campo de las incapacidades jurídicas, y más precisamente en el de las incapacidades jurídicas llamadas "especiales" porque impiden a los sujetos (o a algunas particulares clases de sujetos) no la generalidad de las situaciones y de las relaciones, sino solo *algunas específicas relaciones y situaciones*. Hay que subrayar la diferencia del remedio contra los actos realizados en violación de la incapacidad jurídica: no la anulabilidad, sino la nulidad (que afecta los contratos contrarios a las normas imperativas *ex art. 1418¹*), en coherencia con la naturaleza del interés protegido.

... especiales

Nulidad

Son incapacidades jurídicas especiales, entre otras: las que precluyen el cargo de administrador de la sociedad a sujetos incurso en una causa de "no elegibilidad" *ex art. 2382*, o que la precluyen, en relación a la sociedad cuyo objeto alcanza más sensiblemente el interés público (actividad bancaria, intermediación financiera, etc.), a sujetos privados de especiales requisitos de honorabilidad y profesionalidad (art. 26 TUB; art. 13 TUF); o las que se refieren a las adquisiciones prohibidas *ex art. 1471¹*, incs. 1 y 2; o también la incapacidad "para contratar con la administración pública" *ex art. 32-ter CP*.

Ejemplos

Emerge (más allá del dato común señalado arriba) la diversidad de las *rationes* subyacentes a las diversas incapacidades especiales: una *ratio* esencialmente punitiva en el último ejemplo, esencialmente preventiva en los otros. Y emerge aquel tanto de "arbitrio" del legislador, que hace el cuadro tan fragmentario: la pena accesoria impuesta al condenado puede configurar incapacidad para obrar remediable con la anulabilidad (art. 32 CP), o bien incapacidad jurídica remediable con la nulidad (art. 32-ter CP); la violación de una prohibición de adquirir puede comportar nulidad o bien anulabilidad (art. 1471¹, incs. 1 y 2, y respectivamente incs. 3 y 4).

Con respecto a las incapacidades jurídicas especiales, a veces se evoca la categoría del defecto de legitimación (del autor del acto). Pero es preferible vincularla al principio según el cual el *acto de disposición de las situaciones jurídicas ajenas* no produce efecto hacia el titular de estas (en cuanto, precisamente, el autor del acto no está legitimado para disponer de la esfera jurídica de otros); y subrayar que el defecto de legitimación no crea invalidez sino ineficacia.

Defecto de legitimación

En este sentido, al defecto de legitimación del autor del acto se reconducen: la ineficacia del contrato del falso representante; la regla según la cual la promesa del hecho del tercero no produce efecto obligatorio a cargo del tercero; la regla según la cual la enajenación del bien ajeno normalmente no produce el efecto traslativo (12.13; 22.7; 25.3).

Ineficacia no invalidez

2. LAS INCAPACIDADES PARA OBRAR: LEGAL Y NATURAL

Según el léxico usual —de fuente doctrinal y no legislativa— las incapacidades para obrar se distinguen en legales y natural.

Incapacidades
legales

Las incapacidades legales (a las cuales alude el art. 1425¹) derivan de: minoría de edad, interdicción (judicial y legal), inhabilitación. Tienen en común una doble característica.

Condición
predefinida o
predetermina-
da...

Por un lado, se vinculan a estados del sujeto definidos o determinados en base a criterios sustanciales y/o procedimentales, bajo el presupuesto general de que el sujeto sea incapaz de entender y de querer; pero con la cláusula por la cual la definición o la determinación absorben —haciéndola irrelevante a los fines de la calificación de anulabilidad del acto— la eventual falsedad, en concreto, del presupuesto, y por tanto absorben y hacen *irrelevante cualquier investigación sobre las concretas condiciones fisiopsíquicas* del incapaz que lo haya realizado: el acto es anulable incluso si el incapaz legal fuera, en concreto, plenamente capaz de entender y de querer en el momento en el que lo ha realizado.

... y
fácilmente
conocible en
vía
documental

Por el otro, son fácil y seguramente conocibles por los terceros interesados, por el hecho de resultar de *registros públicos* (del estado civil): de aquí la *tendencial irrelevancia de la confianza de los terceros* que las ignoran, puesto que su ignorancia se configura casi por definición como ignorancia culpable.

Las incapacidades legales se distinguen en *absolutas* (34.3) y *relativas* (34.4). En relación a ellas, la anulabilidad afecta no solo los actos realizados por el incapaz legal que no podría realizarlos, o realizarlos por sí solo; sino también los realizados según los previstos mecanismos de representación o asistencia, pero en *violación de los requisitos procedimentales* puestos como ulterior garantía de los intereses del incapaz (por ejemplo, autorizaciones judiciales).

Incapacidad
natural

La incapacidad natural es aquella a la que la ley alude con la más expresiva fórmula de la *incapacidad "de entender o de querer"* (art. 1425², que remite al art. 428). Tiene características simétricamente opuestas a las de la incapacidad legal. Postula una *investigación caso por caso* sobre las efectivas y concretas condiciones del sujeto. No emerge documentalmente de resultados oficiales, de modo que se hace *menos fácil y seguro el conocimiento* de esta por parte de los terceros: de aquí la más amplia tutela de su *confianza* (34.5-6).

Reglas sobre
los
«incapaces»:

Muchas normas disponen tratamientos de favor para sujetos calificados como "incapaces", o disciplinas derogatorias del régimen común de los actos y de las relaciones, para los casos de "incapacidad": debe entonces valorarse si la norma se aplica solo a los casos de

incapacidad legal o también a los de incapacidad natural. El problema se plantea, por ejemplo, en tema de: ineficacia del pago al acreedor incapaz (art. 1190); limitación del deber de restitución del pago indebido recibido por el incapaz (arts. 1443, 2039); supervivencia de la fianza prestada por deuda asumida por el incapaz (art. 1939); inoponibilidad, por parte del fiador, de la excepción de incapacidad correspondiente al deudor principal (art. 1945); oponibilidad de la excepción de incapacidad al tenedor del título de crédito (art. 1993¹); repetición de lo que fue prestado por el incapaz en cumplimiento de una obligación natural (art. 2034¹). La solución debe ser buscada caso por caso: considerando la *ratio* de la singular norma de la que se busca el ámbito de aplicación, y teniendo siempre en cuenta que —en el plano de las elecciones de sistema— al *incapaz natural* se reserva, en línea de principio, una *tutela atenuada* respecto no solo a la del incapaz legal, sino también a la de la que goza la víctima de un vicio de la voluntad.

¿legales o naturales?

Tradicionalmente, la materia de las incapacidades para obrar es tratada mejor en sede de derecho de las personas que en sede de derecho de los contratos.

3. LAS INCAPACIDADES ABSOLUTAS: MENORES, INTERDICTOS JUDICIALES Y LEGALES

Se definen incapacidades absolutas las incapacidades para obrar referidas a los *sujetos que se suponen más radicalmente no idóneos para cuidar sus intereses*, es decir, para comprender el sentido y valorar la conveniencia de sus propios actos. Consecuentemente, estas *precluyen al sujeto el cumplimiento de la generalidad de los actos*.

Incapacidades absolutas

Son incapaces absolutos los menores (no emancipados), esto es, los que aún no han cumplido los *18 años*. En efecto, solo con esta edad (mayoría de edad) se alcanza, en general, lo que la sumilla del art. 2 llama “Capacidad para obrar”, es decir, “la capacidad de realizar todos los actos respecto de los cuales no se haya establecido una edad distinta” (art. 2¹).

Menores

Con respecto a este último párrafo, *edad distinta* para la adquisición de la capacidad están previstas, por ejemplo, en tema de trabajo subordinado (lo alude el mismo art. 2²), y en cuanto a los actos de disposición del derecho de autor, permitidos a quien tenga al menos 16 años (art. 108 Ley de derechos de autor).

La representación legal de los menores para los contratos que les atañen (ejercitada por regla por los *padres*, excepcionalmente por un *tutor* nombrado judicialmente) está regulada por los arts. 320 y ss.

Representación legal

La regla de la anulabilidad de cualquier contrato celebrado por un incapaz absoluto sufre, respecto al menor, la derogación del art. 1426: el contrato del menor no es anulable “si el menor *ha ocultado con ardid* su *minoría de edad*”. El ardid realizado por el menor para parecer mayor a los ojos de la contraparte tiene la virtud de derogar la regla por tres concurrentes razones: identifica en el menor un sujeto, concretamente, menos necesitado de tutela, demostrándolo más astuto y avisado que un menor promedio;

Anulabilidad de los contratos, ...

... salvo: ardid del menor

identifica en él un sujeto no merecedor de tutela, en cuanto autor de un comportamiento fraudulento; finalmente, puede suscitar en la contraparte una confianza particularmente sólida sobre la capacidad del contratante y por lo tanto sobre la regularidad del contrato.

Insuficiencia de la simple declaración falsa

Se comprende así la precisión, introducida por la norma misma, que “la simple declaración (...) de ser mayor de edad no es obstáculo para la impugnación del contrato”: una mera declaración del menor, no acompañada por una más compleja maniobra fraudulenta, no basta para calificar el no merecimiento de tutela del menor, y el merecimiento de la confianza de la contraparte, en términos suficientes para justificar que el interés de esta última (de mantener el contrato) prevalezca sobre el interés del incapaz (de anularlo).

Interdictos judiciales

Además son incapaces absolutos los interdictos por enfermedad mental (interdictos judiciales): aquellos que, encontrándose “en condición de *enfermedad mental habitual que los hace incapaces de atender a sus propios intereses*” (art. 414), hayan sido sometidos a expreso procedimiento (arts. 417-419), concluido con una *sentencia de interdicción* debidamente publicada (art. 421).

Los actos realizados por el interdicto son siempre *anulables*. A la realización de los actos que le atañen provee, como representante legal, el *tutor* judicialmente nombrado (art. 424).

Interdictos legales...

Una incapacidad legal para obrar afecta, finalmente, a los interdictos legales: son automáticamente tales, por efecto de pena accesoria, los condenados a *cadena perpetua* o a *reclusión no inferior a 5 años* (art. 32 CP).

... y judiciales: diferencias

El régimen de los actos del interdicto legal está definido por remisión al de los actos del interdicto judicial (art. 32⁴ CP), pero en realidad la incapacidad por interdicción legal es diferente y más limitada: se refiere *solo a los actos patrimoniales* (por consiguiente, esencialmente los contratos), y *no a los actos personales y familiares*, respecto a los que el interdicto legal conserva la capacidad. Es también diferente la legitimación para impugnar los actos precluidos, que son afectados por *anulabilidad absoluta*, que se puede invocar por cualquiera que tenga interés (38.2): en sintonía con la *ratio* de la incapacidad, que aquí no es la protección sino la aflicción del sujeto.

4. LAS INCAPACIDADES RELATIVAS: MENORES EMANCIPADOS E INHABILITADOS

Incapacidad relativa

Se definen incapacidades relativas a las incapacidades para obrar de

sujetos que se presuponen no plenamente idóneos, pero tampoco radicalmente no idóneos, para cuidar de por sí sus propios intereses.

Es relativamente incapaz el menor emancipado: *el menor mayor de dieciséis que, habiendo sido judicialmente autorizado ex art. 84², haya contraído matrimonio* (art. 390). Al menor emancipado se le nombra un *curador* (art. 392).

Menores emancipados

El régimen de los contratos del menor emancipado se basa en la distinción entre actos de ordinaria y de extraordinaria administración. Él es capaz para obrar *personalmente, y por sí solo*, en los actos de ordinaria administración. En cuanto a los de extraordinaria administración, puede realizarlos solo *con la asistencia del curador y con la autorización del juez* (art. 394). También respecto a estos actos, el curador no sustituye al menor emancipado (con un mecanismo de representación); se limita a unir la propia voluntad contractual a la del menor emancipado, que es, con todo, necesaria.

Administración ordinaria...

... y extraordinaria

En posición aún más cercana a la plena capacidad para obrar se encuentra, luego, el menor emancipado que haya sido autorizado para el ejercicio de una empresa comercial: él adquiere la capacidad de *realizar por sí solo incluso los actos de extraordinaria administración*; y no solo los inherentes a la empresa, sino también los ajenos a la empresa (art. 397³).

Autorización a la empresa

La otra figura de incapaz relativo es el inhabilitado: *la persona afectada por handicap sicofísicos o patologías de comportamientos que, perjudicándole la idoneidad de proveer a los propios intereses, no la excluyen completamente* (art. 415); más precisamente la persona que, en razón de tales patologías, haya sido sometida a procedimiento judicial (sustancialmente análogo al de interdicción) concluido con *sentencia de inhabilitación* (arts. 417-421).

Inhabilitados

El régimen de los actos del inhabilitado está calcado sobre el régimen de los actos del menor emancipado (art. 424¹): plena capacidad para los actos de ordinaria administración; asistencia del curador (y autorización judicial) para los de administración extraordinaria. Sin embargo, existen dos diferencias, conexas entre sí, que señalan la *menor confianza del legislador* en las capacidades de autodeterminación del inhabilitado: la autorización para operar como empresario puede serle dada para la continuación de una empresa ya existente, no para el inicio de una empresa nueva; y no lo habilita para los actos de extraordinaria administración ajenos a la empresa (art. 425).

Analogías con los menores emancipados

, ...

... y diferencias

5. LA INCAPACIDAD NATURAL: INCAPACIDAD DE ENTENDER O DE QUERER

Art. 428

Es incapaz natural el autor de actos jurídicos que resulte “por cualquier causa, aun transitoria, incapaz de entender o de querer en el momento en que los actos son (...) realizados”. La consecuencia de la incapacidad natural es la anulabilidad de los actos, con las condiciones que se mencionarán (art. 428¹).

La disciplina de la incapacidad natural se aplica esencialmente a los *sujetos que no sean incapaces legales*: para estos últimos operan ya —con más marcado automatismo, y en modo absorbente— los específicos mecanismos de protección.

Aplicación a los incapaces legales

Un espacio de aplicación puede abstractamente individualizarse para los *incapaces relativos*: el acto del menor emancipado o del inhabilitado, que sería válido en base al ordinario régimen de la incapacidad legal relativa, puede ser anulable *ex art. 428*, si el autor lo realiza en estado de incapacidad de entender o de querer (que sea, obviamente, distinto y más grave del verificado en sede de inhabilitación). Sin embargo, puede imaginarse que, en el gran número de los casos, la anulabilidad deba ser, en concreto, excluida por defecto de los otros requisitos: por defecto de grave perjuicio si el acto es de ordinaria administración; por defecto de la mala fe de la contraparte, si el acto —de administración extraordinaria— haya sido realizado con la asistencia del curador.

Patologías coincidentes con las de la interdicción o inhabilitación,
...

La patología que determina la incapacidad natural puede ser del mismo género e intensidad de aquella que justificaría la colocación del sujeto en estado de incapacidad legal: son anulables *ex art. 428* los actos de los sujetos afectados por “habitual enfermedad mental”, pero no interdictos (cfr. art. 427³); o de los sujetos afectados por uno de los *handicap* psíquicos o físicos del art. 415, pero no inhabilitados: siempre que —se entiende— el autor del acto carezca concretamente de la capacidad de entender y de querer en el específico momento en que lo realiza. Pero la incapacidad natural puede depender también de factores que no justificarían una disposición de interdicción o inhabilitación.

... o distintas

factores perturbadores

La jurisprudencia progresivamente ha ampliado el concepto: considera relevante *ex art. 428* todo “estado psíquico anormal”, toda “perturbación psíquica” que altere gravemente, sin destruir, las capacidades intelectuales y volitivas del sujeto. El factor perturbador puede referirse, alternativamente, a la esfera de inteligencia o la de la voluntad. Puede ser ajeno al concepto de enfermedad; presentándose como accidental, transitorio y de breve duración: embriaguez, ocasional consumo de estupefacientes, trascendente ímpetu de ira, temporal desequilibrio psíquico inducido por eventos traumáticos (una ruina económica, el abandono de la persona amada). O bien puede entrar en una específica categoría de la nosografía, aun cuando no de tal calidad como para justificar la interdicción o la inhabilitación: por

ejemplo, enfermedad no psíquica vinculada a edad muy avanzada. La casuística es muy amplia, y naturalmente exhibe también supuestos de hecho en los que la incapacidad relevante *ex art.* 428 ha sido negada: por ejemplo, en relación a sujetos deprimidos, o arterioscleróticos o que manifiestan simples “extravagancias” de juicio o de comportamiento.

La determinación debe ser conducida *caso por caso*, y debe tener en cuenta también el *tipo de contrato* que ha sido celebrado: la misma condición fisiopsíquica puede hacer al sujeto naturalmente incapaz para un determinado contrato, dejándole adecuada capacidad de entender y de querer en relación a otro contrato (el criterio está explicitado en el art. 1389¹, en relación a la capacidad natural del representante).

6. SIGUE: EL GRAVE PERJUICIO DEL INCAPAZ Y LA MALA FE DE LA CONTRAPARTE

Mientras el acto del incapaz legal, que se reconduzca a los que le están precluidos, es anulable *ex se*, el acto del incapaz natural es anulable solo si concurren dos condiciones ulteriores: grave perjuicio ocasionado por el acto al incapaz; y, para los contratos, mala fe del otro contratante.

El requisito del grave perjuicio está establecido por el art. 428¹: los actos del incapaz natural “pueden ser anulados (...) si resulta de ello un grave perjuicio para el autor”. Este define el ámbito del remedio en términos más restringidos de aquellos en los que el remedio opera para incapaces legales y víctimas de vicios del querer: los actos de estos son anulables, prescindiendo de la entidad y de la misma existencia de un perjuicio a cargo del autor.

Una ulterior limitación del ámbito de la tutela resulta del requisito de la mala fe de la contraparte: “La anulación de los contratos no se puede pronunciar sino cuando (...) resulta la mala fe del otro contratante” (art. 428²). La *ratio* del requisito es, pacíficamente, la *tutela de la confianza*: en defensa de la seguridad (y así del dinamismo) del tráfico jurídico-económico.

Se discute sobre las condiciones de relevancia del perjuicio (prescindiendo de su “gravedad”). Parece preferible la tesis más amplia: el perjuicio puede ser *patrimonial*, pero también *no patrimonial*; además —como resulta de la letra de la norma— puede ser *no actual*, sino también solo *potencial*.

Según una tesis más restrictiva, debe en cambio tratarse de un *perjuicio patrimonial*, y precisamente de un desequilibrio entre los valores económicos deducidos en el acto, con consecuente irrelevancia de los perjuicios no patrimoniales. La tesis no convence. En primer lugar, esta hace el requisito de difícil aplicación a todos los actos que no implican intercambio de valores económicos, o cuya causa no se agota en el intercambio económico (renuncias, separaciones, etc.). Además, pueden existir perjuicios no patrimoniales, y sin embargo,

Presupuestos de la anulabilidad:

grave perjuicio del incapaz...

... y mala fe de la contraparte

Naturaleza del perjuicio

Tesis restrictiva: crítica

durísimos para quien los sufre (el incapaz vende a precio de mercado un bien muy querido, que, en condiciones de lucidez, no habría nunca pensado renunciar): no se ve por qué negar tutela en casos así.

Ámbito de aplicación

Tesis según la cual el perjuicio se requiere para los actos unilaterales, pero no para los contratos

Luego, se discute sobre el ámbito de aplicación del requisito. La jurisprudencia dominante y parte de la doctrina consideran que este valga solo para los actos unilaterales, y no para los contratos. Según esta tesis, el primer párrafo del art. 428, que establece el requisito del perjuicio, regularía los actos unilaterales del incapaz natural, mientras el segundo párrafo se refiere a los contratos. Ahora, el segundo párrafo evoca ciertamente el perjuicio sufrido por el contratante incapaz, pero solo como elemento del que se puede extraer la mala fe de la contraparte (mala fe que, por otro lado, puede resultar también “de otro modo”); de allí la conclusión de que, para los contratos, el perjuicio del incapaz puede existir (y entonces eventualmente tiene importancia como indicador de la mala fe de la contraparte), pero puede también no existir, sin que su ausencia excluya la anulabilidad.

Crítica

La tesis se expone a críticas (compartidas por notables sectores de la doctrina). Que el art. 428¹ discipline solo los actos unilaterales es un perjuicio rebatido ya por la letra de la norma: esta habla no de actos unilaterales, sino de actos *tout court*, es decir, de una categoría que comprende también a los contratos: ya en base a la letra, por consiguiente, *también para los contratos vale el requisito del grave perjuicio*. Por otro lado, ningún motivo para excluir la aplicabilidad a los contratos se extrae de su *ratio*.

Actos unilaterales y buena/mala fe del destinatario

Por tanto, los contratos del incapaz natural están regulados tanto por el segundo párrafo, que para su anulabilidad establece el requisito de la mala fe de la contraparte; como (en cuanto “actos”) por el primer párrafo, que establece el requisito del grave perjuicio. Los actos unilaterales (en cuanto también “actos”) están ciertamente regulados por el primer párrafo: por lo tanto, vale para estos el requisito del grave perjuicio. No están directamente contemplados por el segundo párrafo, dedicado a los contratos; pero ello no excluye que el requisito de la mala fe de la contraparte (o mejor del contrainterés), en él previsto, pueda encontrar aplicación indirecta también en los actos unilaterales en virtud de la invocación general del art. 1324.

Ello, siempre que se entienda, en base a un examen caso por caso de la “compatibilidad” del requisito con el específico acto unilateral en concreto: por ejemplo, parece razonable que una separación unilateral no sea anulable en presencia de la buena fe del destinatario, que justamente ignorante del vicio ha comenzado a organizarse bajo el presupuesto de la acontecida disolución de la relación, y sería injustamente lesionado en su confianza si se viera decir que, en cambio, la relación continúa porque la separación debe ser anulada.

Mala fe de la contraparte

La mala fe del otro contratante es, en línea de principio, el conocimiento de contratar con un incapaz natural. Pero con una relevante precisión. La mala fe puede resultar “por el *perjuicio*” que del contrato derive o pueda derivar al incapaz, “o por la *calidad del contrato o de otro modo*” (art. 428²): por lo tanto, puede resultar —y así debe ser considerado por el

juzgador— de *elementos, frente a los cuales es razonable esperarse que la contraparte evidencie el vicio.*

Ello significa que el juicio sobre la mala fe se desplaza del terreno subjetivo de una investigación de la esfera mental al terreno objetivo de la *violación de un deber de comportamiento diligente*: en este sentido, es realista la tesis que encuentra mala fe *ex art. 428²* en quien conoce el vicio del contrato, pero también en quien *lo ignora culpablemente* porque debería conocerlo según la ordinaria diligencia.

A esta disciplina escapa el contrato de donación del incapaz natural: *siempre anulable*, prescindiendo del grave perjuicio, y de la mala fe del donatario (art. 775). La razón es clara: en los actos gratuitos y liberales se exalta la exigencia de tutelar al autor; y se reduce la exigencia de tutelar la confianza del beneficiario.

7. LOS LÍMITES DE LA ANULABILIDAD POR INCAPACIDAD PARA OBRAR: AJUSTES

El territorio de la anulabilidad por incapacidad para obrar no tiene límites tan claros y firmes, como podría parecer. Sus límites son puestos en discusión, por tendencias que concurren a reducir el área de aplicación del remedio.

Las tendencias se desarrollan en dos direcciones divergentes: por un lado a favor del remedio más radical, porque el área de anulabilidad *ex art. 1425* se contrae para dejar espacio a una anulabilidad con más amplio radio de incidencia, o incluso para dejar espacio a la nulidad; por el lado opuesto a favor de la validez del contrato.

Así, cuando la “perturbación psíquica”, con la que normalmente se identifica la incapacidad natural, deriva de un factor peculiar como la *amenaza* (ejercitada por otros contra el sujeto), el contrato es anulable no en los reducidos límites a los que se refiere el art. 428, sino con la superior amplitud que resulta de la disciplina de la violencia psíquica (37).

Además se dan casos en los que una condición del sujeto, abstractamente reconducible a una figura de incapacidad para obrar, no da lugar a la anulabilidad, sino a la *nulidad*: es nulo *por falta de acuerdo* el contrato del menor que es tan pequeño que no es razonablemente concebible que sea portador de una voluntad contractual; o el contrato del sujeto, cuya capacidad de entender o querer esté tan mermada que tras de la declaración no hay una voluntad contractual viciada, sino una radical ausencia de voluntad contractual (33.10).

En otra perspectiva —atenta a los sujetos “débiles”, y sensible a la exigencia de promover mejores condiciones de vida— se ha criticado el vigente sistema de las incapacidades para obrar y de la consecuente invalidez contractual. Se observa que este, con su rigidez, *arriesga quitar del tráfico jurídico (como decir de la vida de relación) clases enteras de sujetos, que también la ley quiere proteger*. Se teme que, precisamente en cuanto fundada sobre la general invalidez de sus actos, la protección de los sujetos “débiles” se traduzca en marginación y compresión de *chances* existenciales.

Objetivación

Donación

Ratío

Líneas de erosión de la anulabilidad por incapacidad para obrar:

a favor de remedios más fuertes y destructivos
...

... o en la opuesta dirección de una recuperación de validez de los actos

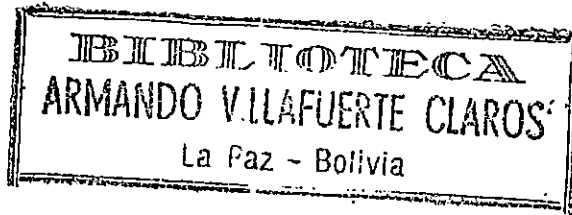
Actos de la
vida cotidiana

De aquí la idea de salvar de la invalidez —incluso en cuanto a los incapaces legales absolutos— los denominados actos de la vida cotidiana: los actos realizados para satisfacer normales exigencias de vida del sujeto, y no exorbitantes respecto a sus condiciones socio-económicas. La idea ha sido sostenida —ya *en vía interpretativa*— en cuanto a los menores (especialmente para los adolescentes próximos a cumplir la mayoría de edad). Desarrollada en términos más generales, ha nutrido hipótesis de *reforma legislativa* del vigente sistema de las incapacidades para obrar.

BIBLIOGRAFÍA

- 1-7. M. DOGLIOTTI-A. FIGONE, *Soggetti di diritto. Nozioni generali y La disciplina positiva e i problemi attuali*, en *Il diritto privato nella giurisprudenza, Le persone*, I, al cuidado de P. Cendon, Torino, 2000, p. 1; A. VENCHIARUTTI, *L'incapacità contrattuale*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, IV, 2, Torino, 1999, p. 2233; R. SACCO, *Il consenso*, en *Trattato contratti Rescigno*, I, Torino, 1999, p. 413; A. VENCHIARUTTI, *La protezione civilistica dell'incapace*, Milano, 1995; A. VENCHIARUTTI, *Incapaci*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, IX, Torino, 1993, *ad vocem*; A. VENCHIARUTTI, *L'incapacità contrattuale*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, 2, Torino, 1991, p. 549; P. FORCHIELLI, *Dell'infermità di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazione*, en *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1998; U. MATTEI, *Consenso viziato, lesione e abuso della controparte*, en *Rivista di diritto civile*, 1988, II, p. 653; F.D. BUSNELLI, *Capacità e incapacità di agire del minore*, en *Diritto di famiglia e delle persone*, 1982, p. 54; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino, 1975; F.M. CERVELLI, *Annulabilità del contratto: incapacità (rassegna di dottrina e giurisprudenza)*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1972, p. 273; G. STOLFI, *Sulla responsabilità precontrattuale del minore*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1968, I, p. 271; E. LUCARELLI, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964.
- 3-4. V. MARICONDA, *Quale invalidità contrattuale nel caso di circonvenzione di incapace?*, en *Corriere giuridico*, 1995, p. 217; U. LA PORTA, *Infermità di mente, capacità di agire e regime probatorio*, en *Rassegna di diritto civile*, 1993, I, p. 192; A. VENCHIARUTTI, *Infermità di mente*, en *Rivista di diritto civile*, 1991, II, p. 145; E. RUSSO (al cuidado de), *La protezione giuridica dell'insufficiente mentale*, Napoli, 1990; L. BRUSCUGLIA, *Interdizione*, en *Enciclopedia giuridica*, XVII, Roma, 1988, I, p. 401; AA.VV. (al cuidado de P. Cendon), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Napoli, 1988 (con numerosas contribuciones sobre el argumento); F. GALLETTA, *Sull'annullamento del contratto stipulato dall'incapace di intendere e di volere*, en *Giurisprudenza italiana*, 1981, I, 1, p. 615; E. RAGANELLI, *Circonvenzione di incapace e nullità o annullabilità del contratto*, en *Giustizia civile*, 1980, I, p. 947; L. MOSCHELLI, *Rilevanza civile della circonvenzione di incapaci*, en *Il Foro italiano*, 1980, I, p. 2861.

- 5-6. M. BERSI, *Incapacità naturale e senilità*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, II, p. 49; A. FIGONE, *Sull'annullamento del verbale di separazione consensuale per incapacità naturale*, en *Famiglia e diritto*, 1997, p. 441; A. MANGANIELLO, *La disciplina dell'incapacità naturale nell'art. 428 c.c. con riguardo all'annullamento del contratto*, en *Giustizia civile*, 1994, II, p. 369; P.E. CORRIAS, *In tema di annullabilità del contratto per incapacità naturale*, en *Rivista giuridica sarda*, 1994, p. 45; V. CARBONE, *Annullamento del contratto concluso dall'incapace naturale: basta la malafede*, en *Corriere giuridico*, 1992, p. 511; V. PIETROBON, *Incapacità naturale*, en *Enciclopedia giuridica*, XVI, Roma, 1989, *ad vocem*; V. PIETROBON, *Gli atti dell'incapace naturale*, en *Contratto e impresa*, 1987, p. 759; M. COSTANZA, *Annullamento del contratto concluso dall'incapace naturale: imprescrittibilità dell'eccezione e decorrenza del termine di prescrizione dell'azione*, en *Giustizia civile*, 1986, I, p. 2255; F. GALLETTA, *Sull'annullamento del contratto stipulato dall'incapace di intendere e di volere*, en *Giurisprudenza italiana*, 1981, I, 1, p. 615; Salvatore ROMANO, *Procura e incapacità naturale del rappresentato*, en *Scritti minori*, Milano, 1980, III, p. 1543; L. DI LALLA, *In tema di incapacità naturale e annullamento del vitalizio oneroso*, en *Il Foro italiano*, 1979, I, p. 2727; E. DINACCI, *L'incapacità naturale*, en *Rivista di diritto civile*, 1973, II, p. 250; L. DE LISE, *Sulla rilevanza del pregiudizio nei contratti conclusi dall'incapace di intendere e di volere*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1966, p. 259; V.M. TRIMARCHI, *L'incapacità naturale e il negozio cambiario*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1955, I, p. 298; P. RESCIGNO, *Pregiudizio e malafede nei contratti dell'incapace non dichiarato*, en *Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione - sezioni civili*, 1951, 2, p. 153; P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1950, p. 36.
7. P. CENDON, *Infermi di mente e altri "disabili" in una proposta di riforma del codice civile*, en *Politica del diritto*, 1987, p. 621.



CAPÍTULO XXXV

EL ERROR

1. Los vicios de la voluntad.— 2. El error: intereses en juego y líneas de la disciplina.— 3. Error esencial, error determinante del consentimiento y error en los motivos.— 4. El error esencial: sobre la naturaleza del contrato.— 5. Los errores relativos al objeto: sobre el objeto del contrato y sobre la identidad del objeto de la prestación.— 6. *Sigue*: el error sobre la cualidad del objeto de la prestación.— 7. El error sobre la persona de la contraparte. Los contratos “personales”.— 8. El error de derecho.— 9. Error, incumplimiento y garantía.— 10. Error de cálculo y error de cantidad.— 11. El error reconocible.— 12. *Sigue*: error reconocido y error común.— 13. El error obstativo.— *Bibliografía*.

1. LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD

Los vicios de la voluntad son tres: *error*, *dolo* y *violencia*. El código los considera de manera unitaria: agrupa la disciplina bajo la sección II del capítulo XII del libro cuatro, titulado de los “vicios del consentimiento” (el consentimiento es la voluntad contractual de la parte, dirigida al acuerdo con la otra parte); los indica conjuntamente, en una misma norma, como causas de anulabilidad del contrato (art. 1427).

Al mismo tiempo los aúna a la otra causa general de anulabilidad: la incapacidad para obrar, contemplada en la sección I del capítulo XII. Existe una *ratio* para tal unión: tanto la incapacidad para obrar como los vicios de la voluntad *perjudican las condiciones subjetivas de un correcto y razonable ejercicio de la autonomía privada*, impidiendo al sujeto comportarse de manera coherente con sus intereses: la incapacidad para obrar por su condición sicofísica; los vicios de la voluntad por factores que, en relación a un determinado contrato, alteran el correcto procedimiento de valoración y decisión.

En el plano doctrinal, la teoría de los vicios de la voluntad ha dado lugar a complejas elaboraciones, notables sobre todo en los ambientes francés y alemán. Su desarrollo está fuertemente influenciado por los diversos modos en los que, en la evolución del pensamiento jurídico, ha sido concebida la esencia del contrato: con particular referencia a los puntos clave del papel de la voluntad, de las relaciones entre voluntad y declaración, de la tutela de las confianzas creadas por la declaración.

Vicios de la voluntad

... e incapacidad para obrar:

fundamento común

Elaboración doctrinal:

de la antigua
fragmentación...

Así ha sucedido que —en las diversas épocas y en los diversos contextos culturales— la teoría de los vicios de la voluntad haya asumido tratamientos significativamente distintos. En particular, en lugar de la configuración unitaria hoy dominante, esta se presentaba en el pasado bajo el signo de una marcada fragmentación: en efecto (a partir de Pothier) los intérpretes distinguían entre vicios de la voluntad totalmente destructivos del consentimiento contractual, como tales implicantes de nulidad radical o incluso de inexistencia del contrato; y vicios que sin excluir el consentimiento se limitan a viciarlo, exponiendo al contrato a la simple impugnación del contratante afectado por el vicio.

... a la actual
recomposición
unitaria

Razones

La actual recomposición a unidad de la teoría y de la disciplina de los vicios del querer —bajo el signo de su operar como causa de simple anulabilidad, subordinada a la presencia de particulares requisitos— refleja el progresivo *desgaste del dogma de la voluntad* y el creciente espacio conquistado por las exigencias de *protección de la confianza*. Emblema de esta tendencia es la vicisitud del error obstativo, que da lugar a una declaración contractual no conforme a la voluntad del contratante: bajo la vigencia del viejo código se lo consideraba radicalmente preclusivo del consentimiento y, por lo tanto, causa de nulidad; en cambio el código vigente lo asimila al error vicio, fuente de simple anulabilidad (35.13).

El código disciplina primero el error, luego la violencia y, finalmente, el dolo. Aquí se procede con la distinta secuencia error-dolo-violencia, que parece más idónea para reflejar la progresión de la "gravedad" de los vicios y de la intensidad de la tutela ofrecida al contratante que los padece.

2. EL ERROR: INTERESES EN JUEGO Y LÍNEAS DE LA DISCIPLINA

El error es *ignorancia o falso conocimiento de un dato correspondiente al contrato*.

Interés del
que yerra

Quien celebra un contrato por un propio error hace un contrato que desde su punto de vista está, precisamente, "equivocado": un contrato que casi ciertamente no le conviene, y no corresponde a sus programas. De aquí su interés en anularlo, y así liberarse del vínculo contractual no deseado. La ley considera este interés merecedor de tutela, por una razón que atiende al sentido del vínculo, y finalmente a la autonomía privada: el contrato vincula a la parte, en cuanto asumido por esta conciente y voluntariamente; pero no puede decirse conectora y de veras voluntaria la asunción del vínculo, cuando el proceso valorativo y de decisión que le precede esté contaminado por un error; este hace venir a menos las condiciones para que el ejercicio de la autonomía privada se desarrolle sobre las bases de corrección y razonabilidad, que el sistema postula.

Intereses
contrapuestos:

Pero la ley no puede limitarse a establecer la anulabilidad del contrato, cada vez que este esté viciado por el error de un contratante. Así haciéndolo,

correría el riesgo de perjudicar un interés igualmente merecedor de tutela: el interés del otro contratante, que habiendo confiado en la declaración de quien comete el error —por consiguiente en la estable producción de los correspondientes efectos contractuales— sería defraudado si esos efectos fueran cancelados. Su interés, por tanto, es contrario a la anulación. Y el particular interés de quien ha contratado con quien ha cometido el error refleja el interés general a la seguridad (por consiguiente al dinamismo) del tráfico jurídico, en coherencia con el significado que el vínculo contractual recibe en el sistema. Si un contratante pudiera anular el contrato alegando cualquier error cometido en relación a este, sería muy fácil rechazar los efectos de los contratos: la fuerza y el sentido del vínculo contractual pali-decerían hasta disolverse. Con la consecuencia de que nadie podría contar con la estabilidad de los compromisos ajenos: formidable desincentivo a la circulación jurídico-económica.

confianza de
la
contraparte...

... e Interés
general de la
circulación
jurídica

La ley concilia los dos contrapuestos intereses mediante la regla del art. 1428: el error determina sí la anulabilidad del contrato, pero solo “cuando es esencial y reconocible por el otro contratante”. Es decir: no todos los errores son relevantes en el sentido de determinar la anulabilidad del contrato, sino solo los que presentan conjuntamente los dos requisitos de la esencialidad y de la reconocibilidad. Estos forman el doble filtro que selecciona los errores relevantes de los irrelevantes. Si un error no es esencial, o no es reconocible, queda a cargo de quien lo ha cometido: el que cometió el error permanece vinculado al contrato, contra el cual no tiene remedio porque el contrato no es anulable sino válido.

El doble filtro
de la
relevancia:
esencialidad y
reconocibilidad

El juicio de anulabilidad por error presenta así una estructura similar a la del juicio de anulabilidad por incapacidad natural. En ambos casos es necesario el concurso de *dos requisitos*. Un requisito atinente a la *incidencia objetiva del hecho perturbador*, a marcar el primer límite dentro del cual el contrato parece merecedor del remedio: esencialidad del error; grave perjuicio que el contrato expone al incapaz. Y luego, a delimitar ulteriormente la tutela, un segundo requisito concerniente a la *posición del otro contratante*, y dirigido a proteger la confianza: reconocibilidad del error; mala fe de quien ha contratado con el incapaz.

Analogía con
la
Incapacidad
natural

Más allá de la esencialidad y reconocibilidad del error, no existen otros requisitos a los que se subordine la tutela de quien comete el error. En particular, *no existe el requisito de la “excusabilidad” del error*: quien comete el error puede pedir la anulación, aunque su error sea “inexcusable”, es decir, que se hubiera podido evitar con la normal diligencia. La excusabilidad del error puede tener importancia para otros fines: por ejemplo, a los fines de la repetición del pago indebido subjetivo *ex art. 2036¹* (en donde el error es de quien hace un pago y no un contrato).

Excusabilidad
del error

Remedios:
anulación...

...Y
rectificación

Error e
Interpretación

El remedio típico para el contrato viciado por error esencial y reconocible es la anulación. Pero existe también un remedio alternativo, que tutela a quien comete el error sin destruir el contrato: el mantenimiento del contrato rectificado (art. 1432), del que hablaremos en otro lugar (38.11).

El error es falso conocimiento de un elemento contractual: falso respecto a un paradigma de verdad, que coincide con el significado objetivo del mismo. Pero el significado objetivo de los elementos contractuales no está dado *a priori*, sino surge de la interpretación. Para verificar si subsiste o no un error, es necesario, por lo tanto, preliminarmente, interpretar el contrato para aclarar el significado, para medir la falsedad o verdad de la representación de parte. Y cuando deba recurrirse a la interpretación objetiva, el principio de conservación impondrá elegir, en la duda, el significado que excluye el error, en cuanto idóneo para evitar la invalidez.

3. ERROR ESENCIAL, ERROR DETERMINANTE DEL CONSENTIMIENTO Y ERROR EN LOS MOTIVOS

El criterio de
la
esencialidad

La ley construye el requisito de la esencialidad no mediante una definición sintética que indique las características generales del predicado, sino más bien con una *enumeración analítica de elementos sobre los que recae el error* (art. 1429).

Art. 1429

Por esto, es inapropiado decir que el error es esencial cuando resulta determinante del consentimiento, vale decir cuando la parte no habría celebrado el contrato, si no hubiera caído en ese error. En cambio, es correcto definir como esencial el error que recaiga en uno de los elementos de la enumeración del art. 1429 bajo los incs. 1 al 4, y que presente las eventuales características ulteriores que alguna de las correspondientes fórmulas legislativas indique.

Los
elementos
sobre los que
recae el error
esencial

Los elementos sobre los que el error debe recaer, para poderse llamar esencial son: la naturaleza del contrato; el objeto del contrato (en su identidad y en sus cualidades); la identidad y las cualidades de la contraparte; alguna norma jurídica que incida en la materia del contrato. Sin embargo, estos elementos deben distinguirse en *dos clases*, en relación a las cuales varían las condiciones de relevancia del error.

Errores
esenciales
ex se

El error que recae sobre algunos elementos es esencial *ex se*, sin necesidad de ulteriores determinaciones: es tal el error sobre la naturaleza del contrato y sobre la identidad del objeto.

Errores
esenciales
solo en
cuanto
determinantes
del
consentimiento

En cambio, el error que recae sobre los otros —cualidad del objeto, persona de la contraparte, norma jurídica que interesa a la materia del contrato— no es automáticamente esencial. Lo será solo si resulta, en concreto, haber sido determinante del consentimiento de quien lo ha cometido.

Por lo tanto, los ámbitos respectivos del error esencial y del error determinante del consentimiento no coinciden. Y ello en un doble sentido. Pueden darse *errores determinantes del consentimiento, que no son errores esenciales*: todos aquellos, sin los cuales quien comete el error no habría celebrado el contrato, pero que no recaen en alguno de los elementos de la enumeración de los incs. 1 al 4 del art. 1429: por este lado, la categoría del error determinante del consentimiento es más amplia de la categoría del error esencial. Pero, por el otro lado, esta última es más amplia que la primera, ya que pueden darse *errores esenciales que no son determinantes del consentimiento*: por ejemplo, el error sobre la naturaleza o sobre el objeto del contrato, en el que esté incurso un contratante que, por lo demás, habría igualmente contratado aunque hubiera tenido el correcto conocimiento de la realidad contractual (35.4-5).

Error esencial
y error
determinante

Una máxima de jurisprudencia afirma que la enumeración del art. 1429 no es taxativa sino solo ejemplificativa. En concreto, sin embargo, es difícil imaginar errores esenciales que no sean reconducibles a ninguna de las voces enumeradas. Podría pensarse en el falso conocimiento de un elemento externo al contrato, pero asumido por las partes como presupuesto esencial de este: sin embargo, el supuesto de hecho debe encuadrarse, más que en la figura y en la disciplina del error, en la de la presuposición (47.2-3).

Los diversos tipos de error esencial están unidos por un dato: recaen sobre *elementos objetivos del contrato*, y por consiguiente se sitúan en una *esfera en la que el otro contratante, en cuanto parte del contrato, no puede decirse ajeno*; precisamente este compartir la esfera en la que se sitúa el error justifica que el otro contratante comparta también el riesgo de anulación, inducido por el error.

Error esencial

El dato vale para diferenciar —mejor, para contraponer— errores esenciales y errores en los motivos. El error en los motivos es aquel que *recae no sobre elementos objetivos del contrato, sino en elementos externos al contrato, y que al contrato se vinculan solo por un nexo subjetivo*, esto es, en cuanto materia o presupuesto de necesidades, deseos, expectativas de la parte: es decir, de simples motivos del contrato (16.11).

... y error en
los motivos

Por ejemplo: la parte compra la nueva refrigeradora necesitada por la familia, ignorando que el día anterior su hijo había ya hecho la adquisición; o bien compra una refrigeradora amarilla, creyendo, sin motivo, que le agrada a su esposa, que en cambio detesta el color y la rechaza. En ambos casos, el error está en los motivos, porque recae en elementos —la precedente iniciativa negocial del hijo, el gusto cromático de la esposa— que son ajenos a la esfera objetiva del contrato, y pertenecen a la esfera subjetiva del contratante. Es clara la diferencia respecto al caso en el que el adquirente compra la refrigeradora, creyendo que es una lavadora; o pensando que está dotada de *freezer*, que en cambio no tiene: aquí el error es

esencial porque recae sobre el objeto del contrato o en una cualidad del objeto, por lo tanto, en un elemento de la esfera objetiva del contrato.

Irrelevancia del error en los motivos: *ratio*

La razón por la cual el error en los motivos, en cuanto error no esencial, no es relevante para la anulabilidad del contrato, es *la misma que funda, en general, el principio de la irrelevancia de los motivos*: no es racional, ni justo, que un contratante descargue sobre el otro el riesgo de las propias decepciones, en relación a elementos que pertenecen a la esfera subjetiva del contratante defraudado (a lo que el otro contratante es ajeno), y no también a la esfera objetiva del contrato (común al otro contratante). La razón no viene a menos ni siquiera si el error en el motivo sea *determinante del consentimiento* (y en los dos ejemplos ciertamente lo es); y ni siquiera si es *conocido por la contraparte*.

En este último caso —firme que el contrato no es anulable— puede postularse una responsabilidad *ex art. 1337* a cargo de la contraparte, cuando se pueda pensar que esta, según la buena fe precontractual, habría debido avisar a quien cometió el error.

Relevancia del motivo erróneo en la donación

La irrelevancia del motivo erróneo experimenta una excepción para el contrato de donación: anulable por error en el motivo, con la doble condición de que el motivo erróneo *resulte del acto*, y sea *la única determinante* de la decisión de donar (art. 787). La regla se entiende: por un lado, la donación es contrato en el que los motivos rozan a la causa, y a menudo se acercan a asumir valor causal (16.9; 18.10); por el otro, un motivo que resulta del acto es un motivo que se colorea de objetividad, y no puede decirse del todo ajeno a la esfera objetiva del contrato.

Error en los motivos y error determinante

Queda claro, en este punto, también la relación entre el concepto de error en los motivos y el de error determinante del consentimiento. Un error en los motivos puede ser determinante del consentimiento pero puede también no serlo (todas las veces que, aún sin el error, quien lo cometió habría igualmente contratado). El *error en los motivos determinante del consentimiento* es por regla irrelevante a los fines de la anulabilidad: pero puede ser relevante a los distintos fines del art. 1337; y, también a los fines de la anulabilidad, es relevante en caso de donación. El *error en los motivos no determinante del consentimiento es irrelevante siempre*.

Error de previsión

Se indica como típico error en los motivos el error de previsión, que *recae en circunstancias futuras*; para resultar esencial, el error debe recaer en elementos pasados o presentes al momento del contrato. La enseñanza puede compartirse, con dos precisiones. Primera: puede ser *difícil distinguir* entre error en desarrollos futuros y error en datos presentes, relevantes en orden al desarrollo futuro. Segunda: al menos algunos de los supuestos de hecho abstractamente vinculables a errores de previsión pueden obtener relevancia —en un terreno distinto del de la disciplina del error— mediante la figura de la *presuposición*.

4. EL ERROR ESENCIAL: SOBRE LA NATURALEZA DEL CONTRATO

Es esencial el error "sobre la naturaleza (...) del contrato" (art. 1429, inc. 1, primera parte).

Allí se debe reconducir ciertamente el error sobre el tipo o subtipo contractual: se hace un *leasing*, o una venta a cuotas con reserva de propiedad, en la errónea convicción de celebrar una compraventa con efectos reales inmediatos; se quiere otorgar mandato para cobrar un crédito, pero el contrato que se firma es en realidad una cesión de crédito.

Error sobre el tipo

Otra cosa es la *errónea denominación del contrato* por obra de una parte o ambas: "error" que el juez puede corregir, desatendiendo el *nomen* de las partes y recalificando el contrato según su verdadera naturaleza (18.5).

El supuesto de hecho es raro en la casuística jurisprudencial.

Un pronunciamiento de la Casación lo ha aplicado al error de quien da fianza como fiador único, en la falsa convicción de darla como cofiador. Se debe compartir el comentario de que aquí el error recae más bien sobre el objeto o sobre las cualidades del objeto, entendido como prestación (de garantía) deducida en contrato: un cosa es garantizar junto con otros, con los cuales —coobligados solidariamente— podrá compartirse el riesgo y la carga de la obligación garantizada; otra es garantizar por sí solo.

En verdad el error sobre la naturaleza del contrato limita con otras figuras de error, y los límites pueden ser inciertos. Limita por un lado con el error sobre el objeto: el tipo contractual se identifica, generalmente, por las prestaciones (por ejemplo, atribuir en goce, con eventual efecto traslativo diferido, es prestación que identifica el *leasing*, mientras atribuir en propiedad con efecto traslativo inmediato identifica la venta); pero a su vez las prestaciones son, propiamente, el objeto del contrato. Por otro lado, limita con el error de derecho: porque el tipo contractual se define también por una cierta conformación del reglamento contractual, o de los efectos contractuales, que en buena medida emana de las normas (tan es verdad que la calificación del contrato es comúnmente considerada *quaestio iuris*).

Incertos límites con el error sobre el objeto...

... y con el error de derecho

La alternativa entre error sobre la naturaleza y sobre el objeto del contrato puede ser prácticamente inocua: ambos son esenciales, prescindiendo de que sean o no, en concreto, determinantes del consentimiento. Menos inocua es la alternativa entre error sobre la naturaleza del contrato y error de derecho: a diferencia del primero, este último es esencial solo si es determinante del consentimiento.

5. LOS ERRORES RELATIVOS AL OBJETO: SOBRE EL OBJETO DEL CONTRATO Y SOBRE LA IDENTIDAD DEL OBJETO DE LA PRESTACIÓN

Entre los diversos tipos de error que se refieren al objeto del contrato,

Errores
afines al
objeto,
esenciales *ex se*

es importante distinguir: algunos son esenciales *ex se*; otros son esenciales solo si son, en concreto, determinantes del consentimiento.

Error sobre el
objeto del
contrato

Es esencial *tout court* (sin necesidad de indagar si sea determinante del consentimiento) el error “sobre el objeto del contrato” (art. 1429, inc. I, segunda parte). Aquí la referencia es al objeto del contrato entendido como prestación (15.1): por consiguiente, se trata del *error sobre el conjunto de las prestaciones deducidas en el contrato, o en las más calificantes entre ellas, o en el modo en el que se interrelacionan entre sí*: piénsese en la transacción que —para componer la litis— atribuye a A el derecho de superficie *ad tempus* sobre el terreno de B, mientras A se representa el recibirlo en propiedad. En el ejemplo, el error indudablemente es en el objeto y no en el tipo contractual (correctamente representado como transacción): pero a menudo la distinción puede ser problemática.

Error sobre la
identidad del
objeto de la
prestación

El art. 1429, inc. 2 habla de error “sobre la *identidad* del objeto de la prestación”, y luego de error “sobre una *cualidad* del mismo”. Ambas fórmulas aluden al objeto entendido como *bien en el que inciden los efectos* (obligatorios o reales que sean) producidos por el contrato: en el ejemplo de arriba, el terreno de B en cuanto tal (y no el ser atribuido en superficie en lugar que en propiedad). Pero no obstante esta común referencia, y no obstante sean citados conjuntamente bajo el mismo número, los dos tipos de error son considerados distintos por las distintas condiciones de operatividad que los caracterizan.

El error sobre la identidad del objeto de la prestación es esencial *ex se*. El contrato atribuye a B un cierto fundo de A, pero B está convencido de adquirir otro fundo de A, situado en una posición distinta; o bien X cede a Y su crédito hacia Z, dependiente de un cierto título, mientras Y piensa adquirir otro crédito del cedente (hacia otro deudor, o naciente de un título distinto): este es un error sobre la identidad del objeto, y ello basta para hacerlo esencial.

Bien
infungible

Este tipo de error es configurable, en línea de principio, solo cuando el objeto erróneamente identificado sea no fungible, no cuando sea un bien fungible. No puede invocarlo quien piense adquirir ese cierto automóvil nuevo de fábrica, que ha visto expuesto en los locales del concesionario, mientras el contrato que firma, en realidad, no se refiere a ese automóvil (ya vendido a otro cliente), sino a un automóvil idéntico que está por llegar de la casa productora. En cambio, podría invocarse el error, si el auto contemplado en el contrato fuera de color distinto del imaginado por el adquirente: pero como error sobre la cualidad del objeto, no sobre su identidad.

Errónea
Indicación de
los datos
identificadores

Otra cosa es la errónea indicación en el contrato de los datos que convencionalmente identifican al objeto, objeto que, en su identidad material, las partes se representan de manera correcta: por ejemplo, estas tienen en claro cuál es el fundo objeto de la compraventa, o el crédito cedido; pero equivocan los datos catastrales, o respectivamente los extremos

de la correspondiente factura. Aquí es solo un problema de interpretación del contrato, para hacer emerger la real voluntad de las partes.

El tema limita con el del disenso oculto (33.10).

6. SIGUE: EL ERROR SOBRE LA CUALIDAD DEL OBJETO DE LA PRESTACIÓN

A diferencia del error en la identidad del objeto, el error sobre una cualidad del objeto no es esencial *ex se*, sino solo cuando se refiera a una cualidad “que, según la común apreciación o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante del consentimiento” (art. 1429, inc. 2, segunda parte). Los criterios puestos por la norma para establecer si la cualidad erróneamente representada sea determinante son dos, alternativos entre sí.

Esencial solo si determinante del consentimiento

El primer criterio identifica las cualidades objetivamente determinantes: las que resultan tales “*según la común apreciación*”, es decir, en base a estándar objetivos (aunque calibrados en las diversas tipologías de negocios o de sujetos contratantes, que en cada caso entran en juego). Cuando la cualidad es objetivamente determinante, el error que la afecta es indudablemente esencial, prescindiendo de que haya o no, concretamente, determinado el consentimiento de quien lo ha cometido. En este sentido, el régimen del error sobre la cualidad objetivamente determinante termina por coincidir con el régimen del error sobre la identidad del objeto.

Esencialidad objetiva...

Cuando la cualidad afectada por el error no pueda decirse objetivamente determinante, ella puede, sin embargo, dar lugar a error esencial cuando resulte subjetivamente determinante, en base al segundo criterio: el que impone valorar “*en relación a las circunstancias*”. Así, una cualidad que, en general, no tiene peso decisivo para determinar la voluntad de contratar, puede ocasionalmente tenerlo en el específico contexto de ese particular contrato.

... y subjetiva

Estos criterios de juicio pueden encontrar coherente aplicación en muchos de los supuestos de hecho contemplados por la jurisprudencia como figuras de error esencial sobre las cualidades (aunque las motivaciones no siempre distinguen lúcidamente entre esencialidad objetiva y subjetiva).

Casuística

Es el caso del error sobre la naturaleza del *terreno* objeto de compraventa, que la parte cree *edificable* pero que, en realidad, tiene *destino agrícola*, o viceversa: aquí el error recae sobre una cualidad objetivamente determinante. Menos unívoca la calificación del error sobre el *nivel de piso del departamento* adquirido: es objetivamente determinante el error de quien adquiere la planta baja creyendo adquirir un piso alto, o adquiere un piso

intermedio cuando imaginaba y quería el piso del ático; no parece tal, en cambio, el error de quien adquiere una unidad inmobiliaria en el piso 18 de un edificio de 32 pisos, pero que pensaba adquirir una idéntica unidad en el piso 19.

Obra de arte

Otro caso clásico de error sobre la cualidad es el error sobre la atribución o sobre la época de la obra de arte compravendida.

Los intérpretes más sutiles advierten que un tal error no envuelve de manera directa los datos efectivos antes citados (autor, época), sino que se configura más propiamente como *error sobre los resultados prevalecientes de la crítica de arte* respecto a esos datos.

Ahora, está claro que puede invocar el propio error esencial quien, creyendo comprar un verdadero Magnasco, compra un cuadro salido a lo sumo de su taller o círculo, pero ciertamente ni siquiera en parte de la mano del maestro; o bien quien, creyendo comprar un anónimo de la escuela genovesa del seiscientos, compra en realidad una copia hecha en el ochocientos como imitación del seiscientos genovés. Quizá no es objetivamente determinante el error de quien compra un anónimo del seiscientos de la escuela lombarda, creyéndolo de la escuela genovesa: pero podría resultar subjetivamente determinante, si el comprador —en lugar de ser una persona genéricamente interesada en colgar en su sala un “bello cuadro antiguo”— fuera un coleccionista interesado de manera exclusiva en la pintura genovesa.

Error en el valor (no esencial)

El error en el objeto o en sus cualidades *puede resolverse en error en el valor (económico)* de este: quien erróneamente cree adquirir un auténtico Magnasco, pero que, en realidad, adquiere un cuadro de su taller o círculo, cree también, otro tanto erróneamente, adquirir una pintura que vale al menos 100.000 euros, pero que, en realidad, vale no más de 20.000. Aquí, el error sobre el valor es una consecuencia pura del error sobre la cualidad, y solo este último es relevante; en cambio, el *error en el valor no es relevante de por sí*, no siendo de por sí esencial.

La posible escisión entre error sobre el valor y error esencial es biunívoca. Un error puede ser esencial, sin ser error en el valor: la equivocación del coleccionista, que adquiere un seiscientos lombardo creyéndolo genovés, es esencial aunque la diversa proveniencia de la escuela no implica diferencia de valor.

Irrelevancia del error en el valor:

Al contrario, la errada valoración económica del objeto del contrato no es de por sí un error esencial: si uno concientemente compra un Magnasco, creyendo que su valor en el mercado sea al menos de 700.000 euros, cuando en realidad es 5 o 6 veces inferior, no puede lamentarse después —descubierto el error— haberlo pagado exageradamente; su error no es esencial. En otras palabras, *el valor económico del objeto de la prestación no es una de sus “cualidades”*, en el sentido del art. 1429, inc. 2: la norma

se refiere a las cualidades físicas, técnicas, funcionales, históricas, etc., pero no a las cualidades puramente económicas.

Con mayor razón se está fuera del error esencial, y se recae en el área del error en los motivos, cuando la errada valoración económica reviste no el objeto de la prestación en sí y por sí, sino *datos externos*: por ejemplo, la posibilidad de revender el bien adquirido con un cierto margen de sobreprecio, o dentro de un cierto tiempo, sin que la operación termine en pérdida.

La irrelevancia del error en el valor económico del objeto puede parecer una regla dura. Pero, la regla opuesta pondría en crisis el *principio de la tendencial incontrolabilidad de la adecuación de la retribución* (17.3). Y, luego, su dureza encuentra una doble atemperación. En la disciplina del *dolo*: cuando el error sobre el valor es reconducible al engaño de la contraparte, quien así cae puede anular el contrato o al menos obtener un resarcimiento (36). Y, también fuera del engaño, en la disciplina de la *responsabilidad precontractual*: si la contraparte ha reconocido el error y ha olvidado advertir a quien cometió el error, esta conducta suya puede (al menos en casos extremos) configurar violación del deber de buena fe *ex art. 1337*.

ratio...

... y atemperación

Error en el precio (esencial)

El error sobre el valor debe ser distinguido del error sobre el precio, que resulta esencial en la misma medida en la que el precio es *objeto del contrato*: sin duda sería relevante *ex art. 1429* el error de quien contrata sobre la base de un cierto precio en dólares canadienses, creyendo falsamente que estos tengan el mismo valor que los dólares USA.

7. EL ERROR SOBRE LA PERSONA DE LA CONTRAPARTE. LOS CONTRATOS "PERSONALES"

Es esencial el error que "recae sobre la identidad o sobre las cualidades de la persona del otro contratante, siempre que una u otras hayan sido determinantes del consentimiento" (art. 1429, numeral 3).

A veces se oye decir que este tipo de error tiene relevancia solo para los contratos "personales", o basados en el *intuitus personae*. La afirmación corre el riesgo de desorientar, porque confunde problemas distintos.

La ley y los intérpretes identifican una serie de contratos, reunidos bajo la denominación de contratos "personales" o *intuitu personae*, que por ciertas características suyas establecen exigencias de tutela de determinados intereses, a los que las normas proveen *excluyendo la transmisibilidad de la relación contractual*. Pero características y exigencias pueden ser distintas; y distintas las correspondientes disciplinas.

Contratos «personales»: exclusión de la transmisibilidad ...

... en tutela de los terceros potenciales sucesores en la relación ...

Bajo un cierto perfil, el contrato puede ser "personal" en el sentido que expresa *valoraciones y decisiones muy subjetivas y opinables de la parte, y no estándar de acciones contractuales neutras y generalmente compartibles*. Aquí la exigencia es que elecciones tan idiosincrásicas no sean imputadas a sujetos distintos de quien las ha concebido: y entonces —en situaciones en las que las reglas comunes producirían la transmisión de la relación contractual a favor de un tercero— se bloquea tal transmisión, en tutela del tercero. Responde a esta *ratio* la norma que vincula la extinción del mandato a la *muerte del mandante*, cuando el mandato se refiera a actos ajenos al ejercicio de una empresa (art. 1722, inc. 4): no se quiere vincular al heredero del mandante a la elección subjetiva de este.

Contratos "personales", en el sentido ahora visto, son concebibles también en relación a una empresa: la adhesión a una determinada asociación empresarial; la adquisición de servicios culturales o recreativos destinados a los dependientes; el encargo a un estudio tributario para la elaboración de complejas estrategias de evasión fiscal; en general los encargos a profesionales intelectuales, cuya elección se basa en el conocimiento y en la estima personal. En relación a ello, se circunscribe la transmisión *ex lege* de los contratos de empresa en conexión con la cesión de la hacienda: tales contratos se transfieren al cesionario solamente dentro de los límites en los que "no tengan carácter personal" (art. 2558¹).

... o en tutela de la contraparte, contra el ingreso en la relación de un nuevo partner

Bajo otro perfil, el carácter "personal" del contrato puede derivar de la *relevancia que la persona de un contratante típicamente reviste, a la luz de la típica prestación deducida en el contrato*: aquí la exigencia es tutelar ya no a un tercero subentrante, sino a la contraparte contratante, frente a vicisitudes que podrían introducir en la relación un *partner* diferente del originario, y menos deseado. Lo remedia, entonces, una disciplina que, para el caso de *muerte de la parte comprometida a la típica prestación*, excluye o limita la transmisión de la relación a favor de su heredero, estableciendo la extinción de la relación misma o atribuyendo a la contraparte la facultad de separarse: es lo que está previsto, por ejemplo, para la muerte del mandatario (art. 1722, inc. 4), del contratista (art. 1674), del trabajador subordinado (art. 2118³).

Error en la persona

La disciplina del error en la persona tiene *presupuestos y objetivos distintos*. No es disciplina especial de determinados contratos típicos o de una determinada clase de contratos, sino es *disciplina generalmente dedicada a todos los contratos*. No quiere tutelar a terceros contra el riesgo de entrar en una relación no querida, ni la parte de la relación contra el riesgo de verse subentrar un nuevo *partner* no elegido; sino que quiere *tutelar a la parte, en cuanto, originariamente víctima de un error sobre la persona de la contraparte*. No opera sobre una base abstracta, sino concreta: es decir, no a través del mero reconocimiento de un supuesto de hecho tipificado, sino a través de una *determinación de las específicas circunstancias del singular caso*.

La casuística jurisprudencial relativa al art. 1429, inc. 3 es extremadamente escasa, y la ejemplificación imaginada por los intérpretes no particularmente significativa.

El problema fundamental es valorar si, a los fines de la esencialidad, el error deba referirse a aspectos de la persona de la contraparte vinculados a *datos objetivos del contrato* (particularmente, a la naturaleza de la prestación); o si, en cambio, pueda tener relevancia también un error vinculado a *específicas idiosincrasias de quien cometió el error*.

En los contratos en los que una parte tiene expectativas crediticias frente a la otra (mutuo, locación, contrata, venta con pago diferido, etc.) puede ciertamente tener relevancia, en base al criterio objetivo, el error de la parte acreedora sobre la solvencia de la parte deudora.

Criterios solo objetivos...

En cambio, se suele decir que un tal error no tendría relevancia en la venta con pago inmediato: pero es también verdad que las dificultades económicas del comprador pagador, desconocidas al vendedor *accipiens*, podría exponer a este último, en caso de posterior quiebra del primero, al no calculado riesgo de revocación del pago recibido.

También es cierto que existen errores irrelevantes, porque son objetivamente ajenos a la materia del contrato, y en ningún modo concebibles como determinantes del consentimiento: el mutuante no puede anular el contrato porque creía que el mutuuario era hijo único, cuando en realidad tiene un hermano.

Los problemas son más difíciles —y más inestables se hacen los límites entre errores esenciales y en los motivos— en el área de los errores sobre la cualidad de la contraparte no vinculadas a datos objetivos del contrato, sin embargo, potencialmente determinantes del consentimiento: el locador cree que el conductor profesa su misma fe política, y por eso le alquila con gusto el inmueble; pero luego descubre que milita en un partido adverso; ¿puede hacer valer el error? Es más: ¿tiene sentido distinguir entre idiosincrasias respetables (como las basadas en las diferencias políticas) y no respetables (como las de matriz racista)?

... o ¿también subjetivos?

Una máxima jurisprudencial advierte que es relevante solo el error sobre la cualidad de la contraparte, no aquel sobre la cualidad propia de quien cometió el error: máxima por un lado obvia; por el otro de aplicación no simple, cuando esté en juego un problema de *compatibilidad entre cualidades propias y cualidades de la contraparte*.

Hasta aquí se ha razonado respecto a los errores sobre las cualidades personales de la contraparte. Menos real es la hipótesis, también contemplada por la norma, de error sobre la misma identidad de la contraparte. X escucha hablar de un famoso y excelente proyectista, el arquitecto (Lapo) Rossi, y quisiera confiarle un difícil encargo; pero por error contacta con

Error en la identidad de la contraparte

un oscuro y menos calificado arquitecto (Oscar) Rossi, y hace el contrato con él. Es un caso de falsa identificación del destinatario de la propia declaración contractual (9.10).

8. EL ERROR DE DERECHO

Finalmente, el error es esencial “cuando, tratándose de error de derecho, ha sido la única o principal razón del contrato” (art. 1429, inc. 4). El error de derecho es *ignorancia o falso conocimiento de una norma jurídica, relevante en relación al contrato*.

La relevancia del error de derecho no desmiente el principio “*ignorantia legis non excusat*”, porque las dos reglas están *en planos distintos*. El principio citado significa que el sujeto no puede evitar la aplicación de normas jurídicas, y las relativas consecuencias, alegando que él no las conocía cuando tomó la iniciativa que lo hace destinatario de las normas: quien compra un cuadro para exportarlo, ignorando que una norma prohíbe la exportación, no puede pretender enviarlo igualmente al exterior, argumentando que al momento de la adquisición él ignoraba la prohibición; la exportación está siempre impedida.

El art. 1429, inc 4 no solo no contrasta con el principio indicado, sino al contrario lo presupone y extrae sus consecuencias: precisamente porque el comprador no puede exportar la pintura, como pensaba hacer, la ley le ofrece el remedio de la anulación contra el contrato que —por la combinación de su error y de la operatividad de la norma pese al error— no resulta adherente a sus expectativas y sus intereses.

Sin embargo, la norma levanta algunos problemas. Para afrontarlos, es útil distinguir entre errores que son *solo* de derecho y errores que son *también* de derecho.

Un error de derecho (inc. 4) puede encuadrarse, al mismo tiempo, en una de las tipologías precedentes (incs. 1 al 3). Por ejemplo: el defectuoso conocimiento de las normas sobre los tipos contractuales lleva al contratante a pensar haber celebrado una venta inmediatamente traslativa en lugar de una venta con reserva de propiedad (error sobre la *naturaleza del contrato*); una equivocación sobre la disciplina urbanística hace considerar edificable el terreno adquirido, que en cambio no lo es (error sobre la *cualidad del objeto*); la ignorancia de las normas que reservan a los ingenieros los proyectos en cemento armado lleva a asumir a un simple geómetra pensando confiarle tareas para las que le falta el requisito que lo habilita (error sobre la *cualidad de la contraparte*). En casos así, *el error concurrente*

*Ignorantia
legis non
excusat...*

... como
presupuesto
de la regla
sobre el error
de derecho

Errores de
derecho,
implicantes
otro tipo de
error

absorbe el error de derecho: en lugar de *ex inc. 4*, el error es relevante *ex incs. 1, 2 o 3* del art. 1429.

Predominancia del error concurrente:

Ello tiene importancia práctica cuando el error concurrente sea sobre la naturaleza o el objeto del contrato o sobre la identidad del objeto de la prestación: no es necesario entonces que sea, en concreto, determinante del consentimiento, como ocurriría si se aplicara el paradigma del inc. 4. Tiene menor importancia, cuando el error de derecho sea contemporáneamente error sobre cualidad del objeto de la prestación: al uno u al otro título, es necesario que el error sea también determinante del consentimiento.

posible relevancia práctica

Consideremos ahora los casos en los cuales el error de derecho no se resuelve en otro tipo de error esencial (errores de puro derecho).

Errores de puro derecho

El área de estos errores parece bastante restringida, y tanto más restringida cuanto más amplia es la concepción de los otros tipos de error. Por ejemplo, la exportación de la pintura (falsamente considerada por el adquirente por ignorancia de las leyes sobre los bienes culturales) puede considerarse una "cualidad" del objeto. E inclusive, suele indicarse como error de derecho el de quien celebra el contrato creyendo estar obligado, pero que, en realidad, la obligación de contratar no subsiste: pero no parece impropio considerar un tal error ya relevante *ex inc. 1* del art. 1429, asumiendo que al ser el contrato facultativo antes que obligatorio identifique indudablemente la "naturaleza". No obstante un error de puro derecho puede, por cuanto raro, presentarse y entonces se plantea un problema.

La letra de la norma sugiere que el error de puro derecho es siempre relevante, *siempre que constituya "razón única o principal del contrato"*: pero ello significaría admitir la relevancia de *los errores sobre los motivos* (que tienen la particular característica de ser motivos erróneos por ignorancia o falso conocimiento de las normas). Si se quiere evitar este resultado, es necesario decir que el error de puro derecho, más allá de ser determinante del consentimiento, debe presentar algún otro requisito objetivante.

Necesidad de ulterior requisito objetivante:

Este no puede ser tal como para vincular el error a uno de los tipos de los incs. 1 al 3 del art. 1429, porque ello significaría privar de autónomo sentido normativo al inc. 4. Piénsese en X, que adquiere una empresa bajo el presupuesto de administrarla personalmente, ignorando que la gestión está normativamente impedida a quien esté privado de específicos requisitos, que X no posee: este es un error no yuxtapuesto a los de los incs. 1 al 3; no obstante, el uso del objeto adquirido, según su destinación típica, por parte del adquirente, es un dato objetivo del contrato y no un simple motivo subjetivo de la parte; aquí el error de puro derecho puede decirse esencial.

ejemplos de errores relevantes...

Para un ejemplo de error irrelevante, se considera en cambio a A, que hace una adquisición solo porque lo cree fiscalmente deducible: creencia errónea, determinada por la ignorancia de una muy reciente norma, que ha eliminado la anterior deducción. El error es de derecho, y ciertamente determinante del consentimiento: pero calificarlo de esencial parece inoportuno. No se ve por qué debería serlo, cuando ciertamente no es esencial el error de quien adquiere ignorando que un idéntico objeto ya ha sido adquirido por otro miembro de

... y no relevantes

la familia: el hecho de que sea este último error de hecho, mientras el primero sea de derecho, no es una buena razón para tratarlos de manera opuesta.

Error
"interno":
Irrelevancia

Los intérpretes señalan la irrelevancia del error "interno", es decir, recaído *sobre la disciplina de la relación contractual*. Precisemos que tal error es irrelevante, en cuanto su relevancia impediría la operatividad de la norma ignorada, contra el principio "*ignorantia legis non excusat*": el vendedor de cosa viciada no puede pedir la anulación de la venta, alegando que ignoraba exponerse a las acciones en garantía del comprador *ex arts. 1490 y ss.*; quien vende por un precio superior al del precio oficial no puede lamentar que ignoraba la norma del precio oficial y/o la disciplina de la sustitución automática del precio *ex art. 1339*.

Naturaleza de
la norma

La relevancia del error de derecho no depende de la naturaleza de la norma ignorada o mal conocida: puede tener relevancia tanto del error sobre norma *dispositiva*, como del error sobre norma *imperativa*.

Inconstitucionalidad

Se considera relevante como error de derecho no saber que una norma de ley ordinaria es inconstitucional: no solo —y esto es obvio— cuando el contrato surja después de la ya intervenida declaración de inconstitucionalidad; sino también cuando esta intervenga después del contrato, con el argumento de que el pronunciamiento de estimación es retroactivo. El argumento es débil: en este último caso parece más apropiado aplicar el régimen de las circunstancias sobrevenidas (46.1).

Interpretación

Se repite que el error de derecho puede recaer no solo sobre la existencia o contenido de la norma, sino también sobre su interpretación. Verdad: pero solo dentro de los límites en los que la parte se base erróneamente en una interpretación no conforme a la generalmente compartida. Si la parte piensa que la obra de arte adquirida se pueda exportar porque la interpretación dominante de la normativa aplicable es en ese sentido, y luego se ve bloqueada la exportación en base a una interpretación excéntrica o minoritaria, esta no puede impugnar el contrato por la ignorancia de esta posible interpretación, concretamente aplicada por un funcionamiento extravagante, sino que debe impugnar la decisión administrativa que bloquea la exportación.

Error sobre la
pertenencia
del bien

No es de derecho, sino *de hecho*, el error sobre la pertenencia del bien que forma objeto del contrato: este puede tener relevancia en los casos (se supone raros) en los que la pertenencia se presenta como cualidad determinante del consentimiento de una parte (que no habría contratado, si hubiera sabido que el bien es de X y no de Y, como pensaba). No estamos obviamente hablando de ese particular error sobre la pertenencia, que consiste en la *ignorancia de adquirir del no propietario*: el supuesto de hecho está expresamente sustraído a la disciplina del error, para ser tratada con el remedio de la resolución (art. 1479¹).

Actos
excluidos

Finalmente, la relevancia del error de derecho está expresamente excluida para dos tipos de acto: la *transacción* (art. 1969); y la *revocación de la confesión* (art. 2732).

Se puede preguntar si la irrelevancia se refiera a todos los errores de derecho (comprendidos los que son al mismo tiempo errores *ex incs. 1 al 3 del art. 1429*), o bien solo los errores de puro derecho. La respuesta no es fácil, y quizá no puede ser unívoca.

9. ERROR, INCUMPLIMIENTO Y GARANTÍA

El error limita y puede interferir con el incumplimiento (y en particular con los supuestos de hecho que activan las garantías debidas al adquirente de bienes).

Si A compra un “cuadro de Magnasco”, y después descubre que la atribución es falsa, puede decir haber comprado por error sobre la cualidad del objeto; pero puede también decir que el vendedor le ha atribuido una cosa distinta de la debida; o por lo menos que le falta una debida cualidad esencial. Con la primera formulación, él tendría el remedio de la anulación (más el resarcimiento del daño negativo); con la segunda o la tercera, se activarían los remedios generales contra el incumplimiento (al que se equipara la dación de *aliud pro alio*), o respectivamente las garantías *ex arts. 1490 y ss.* Surgen entonces dos problemas.

El primero es separar los *casos en los que los supuestos de hecho efectivamente se superponen* (porque existe al mismo tiempo el error de una parte y el incumplimiento de la contraparte), de los *casos en los que no existe en realidad ninguna superposición* (porque existe solo error pero no incumplimiento). Para seleccionar los unos de los otros es necesario aclarar cuál es el compromiso que el reglamento contractual establece a cargo de la parte. A este fin socorren: la *interpretación*, que sirve para aclarar la entidad de los compromisos acordados; y la *integración*, que puede imponer compromisos también no contemplados por la voluntad de las partes.

Identificación del compromiso contractual

Ejemplos. Si el vendedor vende el cuadro sin presentarlo como obra de Magnasco, y es el comprador quien imagina esta atribución que después resulta falsa, claramente no existe ningún incumplimiento y ninguna falta de cualidad del objeto, porque el comprador no estaba contractualmente obligado a atribuir un Magnasco; existe solo un error del comprador, y se aplica la disciplina del error del comprador. En cambio, si el contrato —debidamente interpretado e integrado— comprometiera al vendedor a atribuir un Magnasco, sería al mismo tiempo error del comprador e incumplimiento del vendedor: de allí el segundo problema.

Cuando el supuesto de hecho exhibe al mismo tiempo el *error* de una parte y el *incumplimiento* de la otra, se pregunta: ¿los correspondientes regímenes se acumulan entre sí, de modo que la víctima puede elegir si invocar los remedios contra el error o aquellos contra el incumplimiento? ¿O bien un régimen (y el relativo orden de remedios) absorbe y excluye el otro? Si es así ¿prevalece el régimen del error o el del incumplimiento? La doctrina está dividida, la jurisprudencia no tiene una orientación clara y coherente. Parece en definitiva preferible la tesis de la acumulación.

En caso de superposición, ¿los remedios se acumulan?

La alivia el dato de sistema, evidenciado por otros casos en los que la acumulación es pacíficamente admitida: acción de responsabilidad contractual y extra contractual, acción de reivindicación y de restitución. Es verdad que aquí las acciones difieren solo por *causa petendi* pero tienen idéntico *petitum*, mientras los remedios por el error y por el incumplimiento tienen también *petita* distintos: pero son remedios funcionalmente compatibles. Además, la desdramatiza el dato empírico por el que el área de efectiva superposición de los dos regímenes es algo reducida (debiéndose depurar de los muchos casos en los que existe solo error o solo incumplimiento).

10. ERROR DE CÁLCULO Y ERROR DE CANTIDAD

El art. 1430 dispone que "El error de cálculo no da lugar a anulación del contrato, sino solo a rectificación, salvo que, consistiendo en un error sobre la cantidad, haya sido determinante del consentimiento".

La jurisprudencia ve en la norma dos supuestos de hecho diferentes y recíprocamente excluyentes.

Jurisprudencia

La primera parte se referiría al error de cálculo, concebido como error puramente material: este presupondría que todos los términos por computar estén representados de manera correcta por las partes, que habrían cometido una equivocación en su elaboración aritmética; apreciable *prima facie*; y sería remediable con la solo rectificación (que es cosa distinta de la rectificación que permite la conservación del contrato viciado por cualquier error relevante, *ex art. 1432: 38.11*).

A ello se contrapondría el error sobre la cantidad, recaído no en el cálculo sino en los términos del cálculo: este haría el contrato anulable si es determinante del consentimiento; mientras si no fuera determinante no daría algún remedio, como es propio de cualquier error no esencial.

Doctrina

Esta reconstrucción es cuestionada por la doctrina, que observa cómo error de cálculo y error de cantidad no se excluyan mutuamente: la primera figura comprende a la segunda; o bien la segunda es una especie calificada de la primera.

En el plano conceptual puede convenirse, y admitirse que es error de cálculo todo error que determina una divergencia entre los términos reales de la operación aritmética, necesaria para cuantificar el objeto de la prestación, y el resultado de la operación misma. De manera que el error de cantidad deriva siempre de un error de cálculo; mientras el error de cálculo no siempre se resuelve en error de cantidad.

Pero en el plano del tratamiento de los supuestos de hecho, los resultados de la jurisprudencia no parecen tan perversos.

El error de cálculo puede no ser error de cantidad: los términos de la operación aritmética están representados correctamente (n piezas a x euros la unidad), pero por una equivocación en la multiplicación se indica un precio completamente distinto del correcto. Consécuencia de este error de puro cálculo es la rectificación, que —sustituyendo el resultado correcto al equivocado— evidencia la verdadera voluntad de las partes (con un resultado al que en definitiva se habría podido llegar ya por vía de interpretación).

Error de puro cálculo:

rectificación

El error de cálculo puede resolverse en error de cantidad: el contrato indica el precio total de 120.000 euros por la mercadería contenida en el almacén del vendedor, precio sobre el que el comprador consiente presuponiendo que existan 1000 piezas y que cada pieza cueste 120 euros, mientras en el almacén existen solo 900 piezas, cuyo costo unitario resulta por ello mayor a 130 euros. Se abre entonces una alternativa.

Error de cálculo, implicante un error de cantidad:

O el error es determinante del consentimiento: porque la parte no habría comprado el almacén si hubiese sabido que contenía solo 900 piezas, siendo para ella decisivo tener 1000; o porque no habría comprado al precio unitario mayor a 130 euros (error sobre el precio, no sobre el valor). En ambos casos el error es esencial, y, si es también reconocible, lleva a la *anulación*.

determinante
...

O bien el error de cantidad no es determinante: el comprador habría igualmente contratado también sabiendo que las piezas adquiridas son 900 y no 1000, y que el precio unitario es 130 y no 120 euros. En tal caso él *no puede pedir la anulación*. Nos preguntamos si puede pedir la rectificación.

... o no determinante

Algunos sostienen que si, bajo el presupuesto de que el error sea reconocible: por lo tanto, el comprador tendría derecho a las 100 piezas de diferencia, o a la diferencia del precio. Pero ello acabaría, paradójicamente, por dar a la víctima de errores no determinantes un remedio más fuerte y más satisfactorio del dado a la víctima de errores determinantes. En efecto esta última podría pedir solo la anulación (para él era determinante tener 1000 piezas, y teniendo por el contrato solo 900 ¡termina por no tener ninguna!); en cambio la primera podría pedir, con la rectificación, la plena actuación de su expectativa (para él no era determinante tener 1000 piezas, pero al final ¡obtiene precisamente 1000!). En definitiva, se daría a la víctima de error no determinante el poder de conservar el contrato rectificado, que es por el contrario negado a la víctima de error determinante (correspondiendo solo a la contraparte *ex art.* 1432).

Cuando el objeto es un inmueble, el régimen del error de cantidad debe armonizarse con las normas que regulan los específicos casos de la venta sobre medida y de la venta *ad corpus* (arts. 1537-1538).

11. EL ERROR RECONOCIBLE

El requisito de la reconocibilidad está colocado, junto con el de la esencialidad, por el art. 1428. Lo define el art. 1431: el error es reconocible “cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del contrato o a la cualidad de los contratantes, una persona de normal diligencia habría podido apreciarlo”.

Art. 1431

Bajo el código abrogado, la reconocibilidad no constituía requisito de

relevancia del error, pero si lo constituía la excusabilidad, hoy no influyente.

Reconocibilidad y excusabilidad

La sustitución de un requisito por el otro *desplaza el acento de la esfera del declarante en error a la esfera del destinatario de la declaración*: antes el error tenía relevancia por el merecimiento del declarante; hoy tiene relevancia por el no merecimiento del destinatario, cuya confianza sobre la declaración es considerada injustificada por la reconocibilidad del vicio de esta. Irrelevante de por sí, la excusabilidad del error puede, sin embargo, influir sobre su reconocibilidad: cuanto más un error es inexcusable, tanto más puede parecer "increíble", y tanto menos —por consiguiente— reconocible como error.

Confianza

Ratio del requisito es, por tanto, la tutela de la confianza (justificada) del destinatario de la declaración viciada por error; y en consecuencia la seguridad y el dinamismo del tráfico jurídico-económico.

Al mismo tiempo, en una perspectiva de *análisis económico del derecho*, es la máxima prevención de los errores (vistos como factores de ineficiencia transaccional). Para tal fin, la mejor técnica consiste en cargar el riesgo del error al sujeto más idóneo para prevenirlo: si el error no es reconocible, este sujeto es quien comete el error; si el error es reconocible, lo es la contraparte.

Límite de la reconocibilidad

El límite de la reconocibilidad puede ser más bajo o más alto: a límite más bajo corresponde una mayor protección del declarante en error, a límite más alto una mayor protección del destinatario de la declaración.

El límite no puede ser tan alto como el de la "fácil reconocibilidad" de los vicios *ex arts. 1491 y 1578*¹. Con mayor razón debe ser colocado más bajo respecto al nivel de la evidencia: también un error no evidente puede ser reconocible.

El error es reconocible si subsisten índices de reconocibilidad.

Índices de reconocibilidad

Los índices deben ser valorados de modo concreto, y no abstracto: es decir, con referencia al contexto específico del singular contrato. Ello resulta con claridad de los elementos a los que el art. 1431 impone vincular el juicio de reconocibilidad.

Un elemento es el *contenido del contrato*: un error sobre el tipo de material adquirido, de por sí no reconocible, puede devenirlo si el contrato contiene, en alguna cláusula o en las premisas, referencias al empleo que el adquirente hará de él.

Otro elemento es la *cualidad de los contratantes*: sexo, edad, conformación física, posición socioeconómica del declarante en error pueden revelar que él está contratando una prestación "equivocada", y así también su nacionalidad, relevante en particular por errores lingüísticos. Pero pueden tener relevancia también las cualidades de la contraparte, destinataria de la

declaración: por ejemplo su mayor o menor conocimiento profesional de la materia del contrato.

Ulterior elemento son las “*circunstancias del contrato*”: elemento *omnibus*, que permite dar importancia a los infinitos factores que en concreto pueden caracterizar ese particular contrato: por decir solo uno, el tipo de relación entre las partes, en la que el contrato se inserta (las partes se conocen bien o no, hayan ya realizado negocios entre ellas o no, hayan negociado ampliamente antes de celebrar el contrato o hayan llegado sin tratativa, etc.).

La reconocibilidad, inducida por los índices antes mencionados, debe parametrarse con un observador “de normal diligencia”. Al destinatario de la declaración no se le requiere una diligencia extraordinaria: frente al más inestable indicio o sospecha de un posible error del declarante, él no está obligado a detenerse e indagar si el error existe. Por otro lado, no se debería contentar con un nivel de diligencia muy bajo (tan bajo como para configurar culpa grave en quien lo desatiende): si no, se terminaría por degradar el requisito de la reconocibilidad en el diverso requisito de la “fácil reconocibilidad” o incluso de la evidencia.

El parámetro de la normal diligencia:

La invocación del parámetro de la diligencia pone en juego el criterio que impone calibrarlo en el específico contexto profesional en el que se inscribe la relación (art. 1176²): también bajo este perfil, el juicio de reconocibilidad es concreto y no abstracto.

en sentido concreto...

Pero “concreto” no significa “subjetivo”. El juicio de reconocibilidad no debe tomar en consideración factores que pertenecen a la esfera puramente subjetiva de la parte: si su normal capacidad de atención y de percepción está mitigada, por ejemplo, por enfermedad o por graves problemas personales, ello no le permite decir que estas condiciones suyas hacen el error no reconocible por él.

... pero no subjetivo

Quien invoca remedios contra el error tiene la carga de probar la reconocibilidad. El relativo juicio —en cuanto de hecho y no de derecho— no es censurable en Casación.

12. SIGUE: ERROR RECONOCIDO Y ERROR COMÚN

El requisito de la reconocibilidad es puesto en discusión frente al error reconocido y al error común.

El error reconocible es relevante también si de hecho es no reconocido. ¿Pero es verdad también el recíproco? Y esto es: ¿el error efectivamente reconocido es relevante aunque, en base a los conocidos criterios, sea no reconocible?

Error no reconocible, pero reconocido:

Solo una doctrina minoritaria da una respuesta negativa, afirmando que un requisito objetivo, como la reconocibilidad, no puede ser subrogado y puesto fuera de juego por un requisito subjetivo, como el efectivo conocimiento; o bien observando que la relevancia del

error reconocido penalizaría injustamente a la parte que —con el empleo de una diligencia superior a la promedio, o cargándose una costosa búsqueda de informaciones— consiga descubrir lo que un contratante promedio no habría descubierto.

relevancia

Ratio

Los argumentos favorables a la irrelevancia del error no reconocible pero reconocido deben ceder frente a la consideración de que esta premiaría comportamientos contrarios al principio de buena fe. Jurisprudencia y doctrina predominante sostienen por ello, con razón, que el error subjetivamente reconocido es relevante aunque objetivamente no reconocible. *Ratio* de la reconocibilidad es la tutela de la confianza de quien recibe la declaración basada en el error: no se ve por qué acordar semejante tutela a quien, siendo consciente del vicio, por definición *no puede exhibir la propia confianza*; y, omitiendo advertir a la contraparte, *ha violado el principio de buena fe precontractual* (art. 1337). Por lo demás, un semejante comportamiento de la parte se sitúa en los límites con el dolo, en la variante del dolo omisivo o reticencia (36.3).

Error común

Se plantea otra pregunta: ¿es relevante, no obstante la objetiva no reconocibilidad, el error en el que hayan caído ambos contratantes (denominado error común)?

En jurisprudencia está acreditada la máxima por la que el error común hace el contrato anulable, aunque no tenga el requisito de la reconocibilidad. La razón aducida es que quien comparte el error no puede exhibir una confianza a tutelar: de allí la irrelevancia del requisito establecido en tutela de la confianza. La razón es débil, y la máxima un tanto imprecisa, porque no distingue entre los tantos, diversos supuestos de hecho en los que concurre el error de la una y de la otra parte.

Supuestos de hecho ajenos al error común

Primeramente, deben aislarse los casos en los que las partes tienen, sobre el punto en el que ambos se han equivocado, una *real voluntad común*: por ejemplo, las partes se equivocan al indicar el código de identificación o ciertas "especificaciones" del producto objeto de compraventa, sobre el cual por lo demás concuerdan. Se trata, entonces, de hacerla emerger con la *interpretación*, y de hacerla prevalecer sobre la expresión errónea, *ex arts. 1362 y ss.* Aquí no existe espacio para anular el contrato, se trata solo de ejecutarlo en su correcta interpretación.

Ulteriormente, deben aislarse los casos en los que ambas partes caen en error, pero no en el mismo error (que, por lo tanto, no es un error "común", sino más bien es un *doble error "asimétrico"*): por ejemplo, A confiere un encargo a B porque lo cree dotado de importantes cualidades personales que B no posee; a su vez B se equivoca en la retribución debido en moneda extranjera, por un mal conocimiento del tipo de cambio. Los dos errores deben ser tratados separadamente: cada parte puede invocar el propio, si es esencial y reconocible por la contraparte.

Verdadero error común

Hay que concentrarse en los casos en los que las partes caen en el *mismo error, que no se limita a velar una común voluntad de las partes,*

reconstruible en vía interpretativa más allá de las expresiones erróneamente usadas. Para tratarlos, se recomiendan soluciones articuladas.

Primer ejemplo: los hermanos A y B creen que el padre ha muerto intestado y, asumiendo que le suceden por cuotas iguales, sobre esta base dividen convencionalmente el patrimonio hereditario; ambos ignoran la existencia de un testamento que atribuye a A 2/3 y a B 1/3 de la herencia. Descubierta el testamento, parece justo que A pueda anular la división aunque su error no era reconocible por B: no, como dice la jurisprudencia, porque no exista confianza de B; sino porque la confianza de B se basa en el mismo dato (la ignorancia del testamento) que funda el remedio a favor de A. Al contrario, si solo A y no B estuviera en error, no existiría espacio para la anulación, en cuanto el error de A (su ignorancia del testamento) no fuera reconocible por B: y este diverso tratamiento del supuesto de hecho, según que el error sea común o unilateral, parece obvio y correcto.

No así en otro ejemplo. X compra de Y un producto, asumiendo falsamente que tenga ciertas cualidades para él muy importantes; el error es solo suyo, porque Y sabe bien que el producto está privado de ellas (ni el contrato las garantiza); por otro lado, el error no es reconocible, porque con la ordinaria diligencia Y no habría podido apreciar que X tenía en mente esas cualidades. Indudablemente aquí el contrato no es anulable. Ahora, no se ve por qué debería valer la opuesta solución de la anulabilidad, solo porque también Y falsamente creía que el producto tuviera las cualidades percibidas por X: también en este caso, si Y no estaba en grado de reconocer que Y suponía las cualidades inexistentes, parece justo negar la anulación; y por lo tanto en este caso tenemos un error común cuya relevancia exige siempre la reconocibilidad.

La clave está en recordar que la reconocibilidad tiene dos elementos: reconocibilidad del *hecho de que la realidad es distinta de cómo la contraparte se la representa*; y reconocibilidad del *hecho de que la contraparte se la representa falsamente*. Existen errores comunes que por definición excluyen ambos perfiles de la reconocibilidad: en tal caso no tiene sentido exigir el requisito. Y existen errores comunes que excluyen el primero pero no el segundo perfil: respecto a estos el requisito debe ser mantenido.

13. EL ERROR OBSTATIVO

El error considerado hasta aquí es el error-vicio: la ignorancia o falso conocimiento de un dato relativo al contrato, que determina la defectuosa formación de la voluntad contractual. Al error-vicio se contraponen el error obstativo: la *errónea manifestación de la voluntad contractual, que se forma correctamente pero es declarada o transmitida al destinatario de manera no conforme a la intención de la parte*.

Soluciones diferenciadas:

La reconocibilidad puede ser superflua...

... o necesaria

Los dos elementos de la reconocibilidad

Error-vicio...

... error obstativo

Art. 1433 El error obstativo está contemplado por el art. 1433, que define los supuestos de hecho y dicta la disciplina.

Error en la declaración... Los supuestos de hecho de error obstativo son dos, identificados en la sumilla de la norma. El primero es el error en la declaración: el contratante, cuya voluntad contractual es ordenar 1.100 ejemplares de un producto, al escribir la orden agrega por equivocación un cero, y declara ordenar 11.000. El segundo es el error en la transmisión: el contratante encarga a la secretaria enviar al proveedor la orden por 1.100 piezas, y la secretaria descuidadamente envía una orden por 11.000.

... y en la transmisión

La disciplina es *la misma del error-vicio*, que el art. 1433 expresamente dice aplicable al error obstativo: anulabilidad del contrato, cuando el error sea esencial y reconocible.

Código abrogado

Bajo el código abrogado el tratamiento del error obstativo era más drástico: *nulidad* del contrato. La regla tenía un fundamento lógico: el contrato formado en base a un error obstativo no corresponde a la voluntad del contratante, por lo tanto, es un contrato en el que puede decirse que falta el acuerdo de las partes. La *ratio* política de la nueva regla es clara: una más extendida protección del destinatario de la declaración errónea, como presupuesto de una *más fuerte tutela de la seguridad y del dinamismo de los tráficos*. Y en efecto: con el criterio de la nulidad por falta de acuerdo, la víctima del error obstativo podía destruir el contrato solo probando el error, y la contraparte debía sufrir el remedio destructivo aun cuando nutriese una confianza fundada y razonable sobre la regularidad del contrato; con el art. 1433, la víctima obtiene la anulación solo si prueba que el error era reconocible por la contraparte.

Ratio

La regla puede sacrificar duramente la autonomía privada de la víctima del error: que, cuando el error no sea reconocible, queda vinculada a un contrato no correspondiente a su voluntad. Sin embargo, una consecuencia tan grave tiene una doble justificación: no solo la tutela de la *confianza de la contraparte*, sino también la *autoresponsabilidad de la víctima del error*. Esta ha decidido introducir en el tráfico una declaración, que resulta errónea por hechos imputables a su esfera (su propio error, el error de la persona por él encargada de la transmisión); por consiguiente no es injusto que soporte el riesgo y las consecuencias.

En doctrina alguien sostiene que para la anulación del contrato viciado por error obstativo es necesario solo el requisito de la *reconocibilidad*, y no también el de la *esencialidad*. La tesis es infundada: no se ve por qué la adquisición de una cosa que tiene cualidades distintas de las deseadas por el adquirente, pero no determinantes de su consentimiento, debería ser válido si el error (reconocible, pero no esencial) depende de un defecto de información del adquirente, y anulable si depende de una distracción de la secretaria.

Transmisión involuntaria: atribuible...

El art. 1433 no cubre el caso en el que la declaración contractual de la parte es transmitida contra la voluntad del declarante, por hechos ajenos a su esfera: aquí no existe un contrato anulable, faltando el requisito de la

direccionabilidad voluntaria, el contrato es nulo por defecto de acuerdo. Y por lo demás el art. 1433 requiere que la parte haya dado *un encargo de transmisión*. En cambio, si la transmisión no querida es reconducible a la esfera de la parte (un error de la secretaria, a la que se le había ordenado esperar antes de remitir la orden), no parece impropio invocar el art. 1433.

... o no atribuible a la esfera del declarante

El art. 1433 cubre tanto las alteraciones culposamente introducidas por el encargado de la transmisión, como también las alteraciones dolosas. Se ha anticipado una aplicación en tema de llenado infiel del *documento en blanco* (10.10): si el encargado lo transmite a la contraparte después de haberlo llenado con contenidos contractuales distintos de los queridos e indicados por el suscriptor, la relativa declaración es imputable a este y el contrato existe: pero es anulable *ex art. 1433*.

alteraciones dolosas del encargado

Finalmente, el art. 1433 debe medirse con el fenómeno del "disenso".

Error obstativo y disenso

Cuando el error en la declaración o transmisión determina la *objetiva incongruencia de las declaraciones contractuales*, concurre disenso evidente: X ofrece en venta a Y su moto BMW; X piensa aceptar, pero antes de responder que acepta adquirir la moto BMW responde que acepta adquirir el automóvil BMW de X (que en efecto tiene también un automóvil de esa marca). Entonces, los casos son dos: o el equívoco se resuelve en vía interpretativa, y entonces existe un contrato válido de adquisición de la moto; o no, y entonces no existe un contrato anulable *ex art. 1433*, sino que *no existe ningún contrato*, puesto que la celebración de este está impedida por la no conformidad de la aceptación respecto a la oferta.

Disenso evidente...

Sin embargo, el art. 1433 puede retornar en juego: si X toma la respuesta de Y (con la errónea mención de la moto) como nueva oferta y se apresura en aceptarla, se forma un contrato de compraventa de la moto; pero Y puede anularlo *ex art. 1433* si demuestra la reconocibilidad de su propio error a los ojos de X.

Otra cosa es el disenso oculto (malentendido), que se presenta cuando el destinatario de la declaración contractual la entiende en un sentido distinto del sentido atribuido por el declarante, y bajo el presupuesto de este distinto sentido emite la propia declaración contractual, de manera que los signos intercambiados entre las partes son congruentes, pero divergen los significados que cada parte le atribuye: X ofrece a Y su BMW (considerando la moto), e Y acepta (considerando el automóvil). Ni siquiera aquí existe error obstativo: el error de X no es error en la emisión de la propia declaración, sino error en la percepción de la declaración ajena.

... y disenso oculto

En tal caso, es imposible hacer emerger con la interpretación una común voluntad que no existe, y no parece existir alternativa a la *nulidad por falta de acuerdo* (33.10). La conclusión es inevitable si la declaración mal entendida por el destinatario no contiene ningún elemento objetivamente idóneo para vincularle el sentido considerado por el declarante. Pero si en cambio un tal elemento está presente (por ejemplo, en la oferta X indica el número de placa que identifica la moto), entonces parece justo elevar el nivel de protección de quien ha recibido la declaración basada en el malentendido: el contrato no es nulo sino solo anulable, y solo si la errónea percepción de Y (su entender el automóvil, en lugar de la moto) es reconocible por X.

BIBLIOGRAFÍA

- 1-13. A. GENTILI, *Le invalidità*, en *Trattato contratti Rescigno*, II, Torino, 1999, p. 1257; C. ROSSELLO, *L'errore*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, III, Torino, 1999, p. 2259; P. GALLO, *I vizi del consenso*, en *Trattato contratti Rescigno*, I, Torino, 1999, p. 423; R. FRANCO, *Rilevanza dell'errore: rassegna di dottrina e giurisprudenza*, en *Rivista del notariato*, 1998, p. 287; C. ROSSELLO, *L'errore*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, Torino, 1991, p. 585; C. ROSSELLO, *Errore nel diritto civile*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, VII, Torino, 1991, *ad vocem*; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990 (reimp.); V. PIETROBON, *Errore I) Diritto civile*, en *Enciclopedia giuridica*, XIII, Roma, 1989, *ad vocem*; P. BARCELLONA, *Errore*, en *Enciclopedia del diritto*, XV, Milano, 1966, *ad vocem*; P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962; A. TRABUCCHI, *Errore*, en *Novissimo digesto italiano*, VI, Torino, 1960, *ad vocem*; L. FORMICA, *Vizi della volontà. Errore*, en *Rivista di diritto civile*, 1955, p. 1045; A. VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941.
- 3-6. S. FIDOTTI, *Jacopo della Quercia e l'errore essenziale*, en *Giustizia civile*, 1999, I, p. 2491; G. COPPI, *Presupposizione ed errore sui motivi negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, en *Giustizia civile*, 1998, II, p. 3; F. VOLPE, *In tema di errore sull'autenticità dell'opera d'arte*, en *Contratti*, 1998, p. 437; P. LAGHEZZA, *Sulla compravendita di terreno ritenuto erroneamente edificabile: ovvero sulla ricerca della volontà dei contraenti e dell'errore realmente commesso*, en *Il Foro italiano*, 1997, I, p. 3217; G. COMANDÈ, *Erronea ammissione di ricevuta a saldo da parte del debitore: imputet sibi*, en *Corriere giuridico*, 1997, p. 91; M. ANNUNZIATA, *Vendita di suolo considerato edificatorio in uno strumento urbanistico adottato ma non approvato, ed errore sulla qualità dell'oggetto*, en *Giustizia civile*, 1997, I, p. 2430; A. CIMINO, *Destinazione turistico-alberghiera dell'immobile ed annullamento del contratto per errore*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1997, I, p. 886; G. VIDIRI, *Vendita di titoli azionari, errore su qualità essenziale e presupposizione*, en *Giustizia civile*, 1996, I, p. 1053; C. LEO, *Lingua straniera ed errore determinante e incidente*, en *Contratti*, 1995, p. 479; G. POLIZZI, *Rilevanza dell'errore e dell'eccesso di potere nel negoziato*, en *Nuovo diritto*, 1995, p. 1085; G. CHINÈ, *L'incidenza invalidante dell'errore nel "contratto" di fideiussione*, en *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, 1, p. 1535; E. ROPPO, *In margine ad un caso di errore non essenziale*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, p. 365; R. SACCO, *L'errore sulla paternità del quadro*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1949, II, p. 192.
7. E. MASCHIO, *Intuitus personae e nuovi modelli contrattuali*, en *Archivio civile*, 1998, p. 513; A. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974; A. GALASSO, *Errore sulla persona, personalità della prestazione e intuitus personae*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, p. 1331; F. GALGANO, *Contratto di associazione, contratto personale, contratto "intuitu personae"*, en *Studi in memoria di A. Gualandì*, Urbino, 1969; A. GALASSO, *Contratti di credito e contratti di fiducia (Premesse per una classificazione dei negozi "intuitu personae")*, en *Economia e credito*, 1969, p. 591.

8. M. SPATARO, *Errore di diritto e norme imperative sostitutive di clausole nulle ex art. 1419, secondo comma, c.c.*, en *Contratti*, 1999, p. 1095; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Contratto preliminare ed errore sulla destinazione urbanistica del terreno*, en *Corriere giuridico*, 1998, p. 99; M. BONZI, *In tema di errore sulla natura edificatoria del terreno*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1998, I, p. 1646; A. SEGRETO, *Errore sulla qualità edificatoria o rustica del terreno venduto e rilevanza dello strumento urbanistico in itinere*, en *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, 1997, p. 687; M. ANNUNZIATA, *Vendita di suolo considerato edificatorio in uno strumento urbanistico adottato ma non approvato, ed errore sulla qualità dell'oggetto*, en *Giustizia civile*, 1997, I, p. 2430; S. MARICONDA, *Mancata conoscenza nel venditore del mutamento di destinazione urbanistica del fondo agricolo: è vizio della volontà*, en *Notariato*, 1997, p. 507; E DEL PRATO, *In tema di negozio unilaterale, presupposizione, errore di diritto*, en *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, 1, p. 183; G. CRISCUOLI, *Profili civilistici della costituzionalizzazione del principio penale di colpevolezza in tema di error iuris*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, p. 719; G. CRISCUOLI, *Errore di diritto e riconoscibilità*, en *Rivista di diritto civile*, 1986, I, p. 383; E. CAPPAGLI, *Nullità della clausola di residenza dei bandi di concorso Enel ed annullamento per errore di diritto dei contratti conclusi con i candidati residenti*, en *Giustizia civile*, 1984, I, p. 3361; R. PESCARA, *Il problema dell'error iuris nei contratti*, en *Rivista di diritto civile*, 1983, I, p. 756.
9. E. GRASSI, *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore. Il problema dell'inesatto adempimento*, Napoli, 1996; E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987; A. CACCIA, *L'errore e l'inadempimento nella compravendita dei dipinti antichi*, en *Vita notarile*, 1985, p. 993; L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983; G. AMORTH, *Errore e inadempimento del contratto*, Milano, 1967; F. CARNELUTTI, *Errore o inadempimento?*, en *Rivista di diritto civile*, 1961, I, p. 259; F. MARTORANO, *La tutela del comproprietario per i vizi della cosa*, Napoli, 1959.
10. G. SCHIAVONE, *Incongruità dello scambio ed errore sul prezzo*, en *Rivista del diritto privato*, 1999, p. 617; A. ACCORNERO, *Errore sul prezzo ed errore sul valore: due concetti distinti ma non ancora riconosciuti dalla giurisprudenza*, en *Giurisprudenza italiana*, 1997, I, 1, p. 475; A. FONDRIESCHI, *In tema di errore sul valore economico delle quote*, en *Contratti*, 1997, p. 231; P. GALLO, *Errore sul valore, giustizia contrattuale e trasferimenti ingiustificati di ricchezza alla luce dell'analisi economica del diritto*, en *Quadrimestre*, 1992, p. 656; E. MINERVINI, *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, en *Rassegna di diritto civile*, 1987, p. 924; E. ROPPO, *Errore di valutazione economica*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1980, I, p. 303; M. BESSONE, *Errore di valutazione economica, causa del contratto e giudizio di buona fede*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1978, I, p. 303; F. AMATO, *Errore di calcolo e dichiarazione cambiaria*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1976, p. 612; P. LIZZA, *Osservazioni in tema di errore sul prezzo*, en *Temi*, 1976, p. 239; E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973; G. PIAZZA, *L'errore di calcolo e l'art. 1430 del codice civile*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1964, p. 575; L. VISALLI, *Errore sulla cosa venduta e annullamento del contratto*, en *Il Foro italiano*, 1958, I, p. 584.

- 11-12. V. CAREDDA, *Sul negozio viziato dal c.d. errore comune*, en *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, 1, p. 621 A. LUCCA, *La riconoscibilità dell'errore e il principio dell'affidamento*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1990, II, p. 353; G. VILLA, *Errore riconosciuto annullamento del contratto ed incentivi alla ricerca di informazioni*, en *Quadrimestre*, 1988, p. 286; G. CRISCUOLI, *Errore di diritto e riconoscibilità*, en *Rivista di diritto civile*, 1986, I, p. 383; G. CRISCUOLI, *Errore bilaterale, comune e reciproco*, en *Rivista di diritto civile*, 1985, I, p. 609; A. DE CUPIS, *La scusabilità dell'errore nel diritto civile*, en *Giurisprudenza italiana*, 1984, IV, p. 70; M. BESSONE, *Errore comune ed affidamento nella disciplina del contratto*, en *Il Foro italiano*, 1966, I, p. 1572; P. BARCELLONA, *In tema di errore riconosciuto e errore bilaterale*, en *Rivista di diritto civile*, 1961, I, p. 57; A. DE MARTINI, *In tema di riconoscibilità dell'errore bilaterale*, en *Il Foro italiano*, 1952, I, p. 431; R. SACCO, *Riconoscibilità e scusabilità dell'errore*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1948, II, p. 181.
13. L. FERRI, *Errore ostativo e interpretazione del contratto*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, p. 1505; G. FORMICA, *Errore ostativo fittizio, ed errore ostativo effettivo. Interpretazione e annullabilità del contratto*, en *Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione - sezioni civili*, 1955, III, p. 14; L. VENEZIAN, *L'errore ostativo*, en *Studi sulle obbligazioni*, Roma, 1919, p. 465; F. MESSINEO, *Contributo alla teoria dell'errore ostativo*, Roma, 1915.

CAPÍTULO XXXVI

EL DOLO

1. El dolo-engaño como vicio de la voluntad.— 2. La conducta engañosa: maquinación y mentira.— 3. *Sigue*: la reticencia (dolo por omisión) y los deberes de información.— 4. *Sigue*: engaño intencional y engaño involuntario.— 5. El *dolus bonus*: aptitud de la conducta para engañar y aptitud de la víctima para ser engañada.— 6. El dolo del tercero.— 7. El dolo incidente y el resarcimiento del daño.— *Bibliografía.*

1. EL DOLO-ENGAÑO COMO VICIO DE LA VOLUNTAD

El “dolo” tiene dos significados. En el primer significado, es *calificación subjetiva del ilícito contractual o extracontractual*: es la conciencia y voluntad de dañar a la víctima, que anima al autor del ilícito (cfr. arts. 1225; 1229¹; 2043). En el segundo significado —el que interesa en esta sede— es el engaño que induce a una parte a celebrar el contrato: precisamente, según la fórmula legislativa, son los “ardides” ejercitados sobre una parte, en ausencia de los cuales la víctima “no habría contratado” (art. 1439¹).

El dolo-engaño da lugar a un vicio de la voluntad: como tal expone el contrato al remedio de la anulación (art. 1439¹). Al mismo tiempo es un ilícito (precontractual): como tal, da a la víctima el remedio del resarcimiento del daño. Los dos remedios pueden operar *en vía acumulativa* o bien *en vía alternativa*, a elección de la víctima: esta puede pedir la anulación del contrato, con (o sin) el resarcimiento; o bien renunciar a la anulación del contrato anulable, y limitarse a pedir el resarcimiento.

El resarcimiento se calcula de manera diversa en uno y otro caso (en el segundo, deberá también valorarse si el autor del engaño pueda rechazar, *ex art.* 1227², el resarcimiento de los daños que la víctima habría evitado anulando el contrato). Y es obvio que la víctima puede pedir la anulación sin el resarcimiento: por lo demás, el contrato es anulable, prescindiendo del perjuicio que derive a la víctima (y aunque no exista ningún perjuicio).

Sobre las relaciones entre los dos remedios provoca confusión quien observa que la anulación puede considerarse resarcimiento en forma específica del daño causado por el dolo. Los remedios deben considerarse distintos, porque operan bajo diferentes presupuestos.

Dos
significados
de «dolo»

Dolo-engaño
(vicio de la
voluntad): art.
1439

Remedios:
anulación y/o
resarcimiento

Resarcimiento

La anulación deriva del dolo como vicio del consentimiento, si subsisten los requisitos de relevancia, su ulterior naturaleza de ilícito civil activa el resarcimiento, y solo esto. Si no subsisten los requisitos de relevancia del dolo-vicio, no existe espacio para la anulación, pero puede existir espacio para el resarcimiento (dolo incidente: 36.7).

Dolo y error

El dolo se superpone parcialmente al error: aquel tiene relevancia en cuanto *induce a error a la víctima del engaño*; es más, el vicio de la voluntad es propiamente el error en el que la parte engañada cae por efecto del engaño. Y, sin embargo, entre error (espontáneo) y (error inducido por) dolo existe una clara diferencia de tratamiento, que se resuelve en el *atribuir a la víctima del dolo una tutela (en concreto, una posibilidad de obtener la anulación) más amplia de la acordada a la víctima del error*. La explicación es que, a diferencia del error, el dolo integra un *ilícito*: y entonces la víctima merece mayor protección justamente en cuanto víctima de un ilícito; mientras que merece menor protección la contraparte, justamente en cuanto autor (o aprovechador) de un ilícito.

El error por dolo tiene relevancia aunque no esencial...

... siempre que determinante del consentimiento

El error causa la anulación solo en cuanto sea esencial. El dolo causa anulación incluso cuando el error inducido por este no tenga el requisito de la esencialidad: también un error de previsión, un error sobre el valor, un error sobre las propias necesidades o expectativas —en suma, también un error sobre los motivos— justifica la anulación, en cuanto deriva de un engaño practicado sobre la víctima. Lo que se requiere al error producto del engaño, es solo que resulte determinante del consentimiento: en efecto, el dolo tiene relevancia, a los fines de la anulación, cuando “los ardides hayan sido tales que, sin estos”, *la parte engañada “no habría contratado”*.

Precisiones

La *prueba del carácter determinante* del engaño incumbe a la víctima. Sin embargo, no parece que tal prueba deba exigirse, cuando el engaño determina uno de esos errores que, conforme al art. 1429, tienen relevancia *ex se*: cuando el engaño lleve a la víctima a errar sobre la naturaleza o sobre el objeto del contrato, o sobre la identidad del objeto de la prestación, el contrato es anulable aunque no se demuestre que el engaño haya sido, en concreto, determinante del consentimiento. Una distinta solución llevaría al absurdo que, dado un mismo error, la víctima estaría más tutelada cuando yerro de por sí, y menos tutelada cuando yerro por el engaño ajeno.

En el área en la que el dolo induce a un error esencial (más restringida del área total de relevancia del dolo), la víctima puede escoger entre pedir la anulación por dolo o por error: será inducida a elegir una u otra vía, según sea para ella más fácil demostrar el engaño ajeno o la reconocibilidad del propio error.

Dolo e incumplimiento

El dolo puede entrecruzar el incumplimiento: especialmente cuando el engaño se refiere a la calidad de la prestación debida por quien engaña. Valen consideraciones análogas a las desarrolladas sobre las relaciones entre incumplimiento y error (35.9).

2. LA CONDUCTA ENGAÑOSA: MAQUINACIÓN Y MENTIRA

Hay que precisar las características de la conducta engañosa, que la ley llama "ardides".

La conducta engañosa al más alto grado de intensidad es la maquinación, es decir, la *artificiosa predisposición de signos exteriores que ofrecen una falsa representación de la realidad*: para referirnos a un caso decidido en jurisprudencia, la maquinación del aspirante a una obra pública, que orquesta la presentación (por parte de otras empresas suyas cómplices, en realidad no interesadas) de ofertas cotizadas con precios muy elevados, con la finalidad de que la suya aparezca como la más conveniente, cotizada con un precio solo ligeramente inferior a las otras, pero siempre elevado.

Maquinación

Nadie duda de que la maquinación integre un ardid, relevante *ex art. 1439*¹: es en definitiva el mismo supuesto de hecho que, en el terreno penal, da cuerpo a la *estafa* (en relación a la cual la jurisprudencia correctamente establece, para el contrato que constituye el resultado, el remedio de la anulación).

Sin embargo, conviene precisar que la maquinación es relevante, en cuanto induzca en la víctima un error determinante del consentimiento, y que exista un razonable *nexo causal* entre maquinación y decisión de contratar: no puede invocarse el remedio solo porque una parte, aunque con elaborados artificios, ha engañado a la otra sobre datos (por ejemplo, las propias condiciones y relaciones sociales) no influyentes respecto al contrato.

Firme la idoneidad de la maquinación para constituir ardid, nos preguntamos si análoga idoneidad tenga la simple mentira: es decir, *la afirmación de la falsedad o la negación de lo verdadero, no calificados por ulteriores artificios dirigidos a engañar*. La distinción y el distinto tratamiento entre ardid (relevante) y mentira (irrelevante) están positivamente codificados por el art. 1426 en tema de *contrato del menor* (34.3): pero no está dicho que la distinción deba transponerse mecánicamente al terreno del dolo.

Simple
mentira

La jurisprudencia no ofrece referencias seguras, al menos en el plano de los enunciados generales, en donde elementos de apertura se encuentran asociados a cláusulas restrictivas: a menudo las máximas admiten la posibilidad de que la simple mentira tenga relevancia como dolo, salvo precisar inmediatamente después que se exige para ello la rigurosa verificación de requisitos apremiantes, y así hacer entender que la eventualidad está contemplada como rara excepción más que como regla.

Para seleccionar las mentiras contractuales relevantes de las irrelevantes, es útil el *criterio de la esfera a la que pertenece el objeto de la mentira*.

Son generalmente irrelevantes las mentiras sobre datos que afectan a la propia esfera (o de otros sujetos), y no tienen ningún significativo reflejo

Irrelevancia de las mentiras sobre la esfera propia o de terceros

más allá de esta: la parte puede mentir sobre el uso que pretende hacer del bien comprado o sobre los beneficios que pretende obtener con él (por ejemplo, diciendo que no tiene aún ideas al respecto, cuando, por el contrario, ya ha individualizado a un tercero al cual lo revenderá con un alto margen de ganancia).

Relevancia de las mentiras sobre la esfera de la contraparte...

En cambio, son generalmente relevantes las mentiras sobre datos que directa o indirectamente afectan a la esfera de la contraparte: si es una mentira, el vendedor no puede decir al comprador que conoce al menos dos personas dispuestas a adquirir luego el bien a un precio mucho mayor del ahora pagado por el comprador (porque el comprador sería engañado sobre las *propias* posibilidades de reventa); ni puede mentir sobre el costo o sobre el valor del bien que vende (porque el comprador sería engañado sobre la congruencia del precio *por él* pagado). En razón de ello, deben considerarse generalmente relevantes las mentiras sobre las condiciones del mercado de los bienes y servicios deducidos en el contrato.

... y en particular sobre las condiciones de mercado

Publicidad engañosa

La publicidad engañosa puede inducir a adquisiciones que de otro modo no serían hechas. En el pasado, a falta de normas *ad hoc*, alguien indicaba en la disciplina del dolo un posible remedio en tutela de los consumidores engañados. Con el D. Leg. 74/1992, la protección de los consumidores contra la publicidad engañosa se ha (más eficazmente) colocado *en el terreno administrativo*, a través de los controles y las intervenciones confiadas a la *autoridad antitrust*. Ello no excluye que, en casos extremos, se postule también el remedio civil de la anulación del contrato celebrado por el singular consumidor: deberán presentarse los extremos de relevancia del dolo del tercero (36.6), puesto que la contraparte del consumidor es por regla un sujeto distinto respecto de aquel del cual proviene la publicidad engañosa.

3. SIGUE: LA RETICENCIA (DOLO POR OMISIÓN) Y LOS DEBERES DE INFORMACIÓN

Reticencia

En la escala de gravedad de los engaños contractuales, en donde la maquinación ocupa el grado más alto y la mentira el intermedio, en el grado más bajo se coloca la reticencia: la *conducta de la parte que omite informar a la contraparte sobre datos, cuyo conocimiento habría inducido a esta última a no contratar*. La reticencia se llama también dolo por omisión (en contraposición a "por comisión"), o negativo.

Supuestos de hecho ajenos

Tracemos primeramente los límites de la figura. Están fuera de la reticencia los casos en los que la parte, después de haber creado indicios de apariencia idóneos para engañar a la contraparte, oculta a esta los elementos que le permitirían disipar la falsa representación; como también los casos en los que la parte, frente a tales indicios no creados por ella, opera para impedir a la contraparte descubrir la falsedad. Aquí la conducta de la parte tiene relevancia no en su dimensión negativa (no informar a la contraparte), sino en su dimensión positiva (crear indicios de falsa apariencia, impedir el descubrimiento de la verdad): por lo tanto estamos en el campo del *dolo por comisión*.

Podemos eliminar del discurso también los casos en los que la reticencia es el silencio de la parte que *calla frente al error esencial de la contraparte reconocido por ella*: el experto coleccionista distingue un Magnasco en la tela que el desinformado propietario, creyéndolo solo un "viejo cuadro", le ofrece por poco dinero; y no advierte al vendedor. Aquí no es necesario invocar el dolo: basta la disciplina del error.

El problema si la reticencia pueda constituir engaño relevante para la anulación del contrato *ex art. 1439* se plantea *en los casos en los que no sea decisiva por sí sola la disciplina del error*: es decir, cuando la falsa representación de una parte, frente a la cual la contraparte calla, no presenta los requisitos del art. 1428.

Área
relevante

Los índices normativos de los que el intérprete puede partir no son unívocos. El art. 1892 hace anulable el contrato de *seguro* por las reticencias del asegurado: pero presentarlo como expresión de un principio general no es más fácil que evidenciar la naturaleza de regla dictada exclusiva y excepcionalmente para un particular tipo contractual. Alcance general tiene en cambio el art. 1338, que hace responsable a la *parte que oculta a la otra, causas de invalidez del contrato*: pero este establece una regla sobre la responsabilidad del contratante, no sobre la invalidez del contrato.

Índices
normativos
no
inequívocos

No son unívocas ni siquiera las *máximas jurisprudenciales*: por lo general, oscilantes entre el admitir en vía de principio la posible relevancia del dolo por omisión, y el advertir que ella requiere, en concreto, un severo escrutinio de las condiciones de admisibilidad (que las máximas, por lo demás, están muy lejos de indicar con precisión y completitud). A veces, además, se encuentran calificados por la jurisprudencia como dolo por omisión supuestos de hecho más propiamente reconducibles a la mentira o incluso a la maquinación.

La fórmula corriente según la cual *la reticencia es dolo cuando constituye violación de un deber de informar* no cierra el problema, sino que lo remite: porque constriñe a preguntarse cuándo subsista el deber de informar. La respuesta implica la búsqueda del correcto equilibrio entre *exigencias contrapuestas*.

Individuali-
zación del
deber de
informar

Por un lado, es correcto tutelar a la parte lesionada por un contrato que se habría evitado si la contraparte, en lugar de callar, la hubiera informado: observación que induce a ampliar e intensificar los deberes de información.

Tendencias a
la
ampliación...

En general, parece precisamente esta la *línea de desarrollo del ordenamiento*, por el operar conjunto de dos factores: interpretativo y legislativo. El factor interpretativo es la creciente valoración, en doctrina y jurisprudencia, del *principio de buena fe*, contractual y precontractual (art. 1337): visto siempre más como creador de deberes, en situaciones que en el pasado se concebían como terreno de libertad e inmunidad, como fuente, en el caso específico, de obligaciones de hablar allí donde antes se reconocía la facultad de callar. El factor legislativo es la multiplicación de *normas inspiradas en la "transparencia"*, que imponen a un contratante deberes de información veraz y clara hacia el otro contratante (8.2): provisiones que en su conjunto tienen el valor sistemático de indicar, más allá de los específicos sectores a los que se refieren, una más general tendencia del ordenamiento.

... con
oportunas
cautelos

Por otro lado, es necesaria también *sensibilidad para la eficiente y racional asignación de los recursos*. En esta perspectiva, debe evitarse premiar la ignorancia o la pereza de quien pasivamente espera de la contraparte informaciones que habría podido y debido procurarse ella misma. Y es necesario inclusive defender al poseedor de la información de pretensiones informativas exageradas e injustas de la contraparte: especialmente cuando haya debido sostener, para adquirirla, costos económicos o un compromiso personal (estudio, búsqueda): ¿por qué, quien ha pagado mucho o trabajado duramente para tener una información debería después regalarla a la contraparte? A lo más, nos podemos también preguntar hasta qué punto es correcto obligar a alguien a compartir con otros una información conseguida por pura suerte.

Se manifiestan así dos exigencias contrapuestas: una se inclina por la ampliación de los deberes de información y, por tanto, por una más extendida asimilación de la reticencia al dolo; la otra se inclina en dirección opuesta. Es tarea del intérprete encontrar, caso por caso, el correcto equilibrio entre ellas.

Datos
relevantes

Para tal fin deben valorarse las *concretas características y circunstancias del singular contrato*: los deberes de información serán más o menos intensos (y más o menos ampliamente la reticencia podrá invocarse como razón de anulación) según que el contrato sea estandarizado o individualizado, impersonal o *intuitus personae*, negociado durante mucho tiempo o no, entre partes extrañas o ya ligadas por alguna relación; entre partes con iguales conocimientos y competencias en la materia del contrato o entre partes con distintos grados de conocimiento y competencia (las denominadas asimetrías informativas), etc.

4. *SIGUE*: ENGAÑO INTENCIONAL Y ENGAÑO INVOLUNTARIO

Relevancia
del engaño
intencional...

Para la *opinión tradicional* el ardid determina anulabilidad del contrato solo si es intencional, es decir, sostenido por conciencia y voluntad de engañar a la contraparte para inducirla al contrato; no sería en cambio dolo relevante el engaño involuntario, o puramente culposo. La opinión está implícita en la tesis (a veces presentada en jurisprudencia) que ve en el engaño civil los mismos elementos constitutivos del supuesto de hecho penal de la estafa. Pero gana consenso la opinión contraria.

Para refutar la opinión tradicional no bastaría el argumento de que el ardid, además de vicio de la voluntad, es ilícito civil, como tal relevante tanto si tiene naturaleza dolosa como si tiene naturaleza simplemente culposa (art. 2043). Podría, en efecto, replicarse que la culpa de quien engaña, juzgada suficiente para suscitar contra ella el remedio del resarcimiento, podría no considerarse suficiente para desencadenar el más duro remedio de la

anulación, para cuya justificación se requeriría un comportamiento más reprobable, como el caracterizado precisamente por la intencionalidad.

Un argumento más sólido se obtiene del art 1892: este llama relevantes, para la anulación del contrato de seguro, inexactitudes y reticencias del asegurado dependiente no solamente de dolo sino también de culpa (aunque grave). La norma indica que vincular la anulación a un engaño solo culposo no repugna al sistema.

En efecto, reaccionar con la anulación frente al engaño culposo puede, al menos en algunos casos, justificarse: piénsese en el operador profesional que diserta con el cliente sobre el empleo que este podrá hacer del bien adquirido, y —sin voluntad de engañar, sino solo por presunción y fanfarronería— se deja llevar por afirmaciones desorientadoras. Se precisa, sin embargo, prudencia para circunscribir el remedio a los casos que realmente lo merecen: es más fácil que ello ocurra cuando el engaño culposo proviene de quien se presenta como *profesional* en la materia contractual, y no como laico; o deriva de *comportamientos por comisión* (una falsedad dicha) antes que por omisión (una verdad callada).

... o también solo culposo

(pero con cautela)

5. EL *DOLUS BONUS*: APTITUD DE LA CONDUCTA PARA ENGAÑAR Y APTITUD DE LA VÍCTIMA PARA SER ENGAÑADA

Una antigua opinión excluye que cause anulación el *dolus bonus*, que consista en las *genéricas jactancias* o en la *hiperbólica exaltación de la propia prestación*, en la que un contratante se abandone al dirigirse a la contraparte. La razón estaría en un principio, a menudo repetido en las máximas jurisprudenciales: tiene relevancia como dolo solamente la *conducta objetivamente idónea para engañar a una persona de normal destreza*; en cambio, no es relevante la conducta privada de tal idoneidad, que engaña a la contraparte solo porque esta última es particularmente crédula y desprevenida.

Dolus bonus

Tradicional tests de la irrelevancia

El principio no puede compartirse. Este contrasta frontalmente con la *ratio* de la regla que, al fijar los requisitos de relevancia del error, no contempla entre estos la excusabilidad (35.2; 35.11). No se ve por qué debería recibir tutela quien cae espontáneamente en error por propia deficiencia, y que no la reciba quien por propia deficiencia cae en el engaño ajeno (ni importa, bajo este perfil, que el error espontáneo tenga relevancia solo si es esencial, mientras el error por engaño puede tener relevancia aunque no sea esencial).

Crítica

Además, el sistema manifiesta una *tendencia general a ampliar la tutela contra el abuso y el engaño*, especialmente en los sectores en los que los contratantes expertos enfrentan a los contratantes inexpertos: siempre con mayor frecuencia esta tutela se propone como *tutela de masa*; y para ser tal, debe relegar al fondo el principio de autoresponsabilidad.

Relevancia
del concreto
efecto del
engaño

En coherencia con todo ello, *no cuenta la objetiva idoneidad del engaño, parametrada sobre un destinatario de perspicacia promedio*; cuenta solo que el destinatario, cualquiera sea el grado de su perspicacia, resulte concretamente engañado. Queda claro que afirmar tal principio significa, en línea de tendencia, quebrar la tradicional área de inmunidad del *dolus bonus*: y por lo demás, también quien continúa reconociéndola admite la progresiva erosión.

Precisiones

Con esto no quiere decirse que el grado de objetiva potencialidad del engaño, propia de la conducta de la parte, sea del todo irrelevante. Es probable que conductas objetivamente no idóneas para engañar a un destinatario de destreza promedio deban tratarse, en concreto, de forma distinta de las conductas susceptibles de engañar también al interlocutor más avisado. Frente a las primeras, sucederá más a menudo que se concluya que la conducta no tiene relevancia porque no ha inducido a error, concretamente, a la contraparte (aunque no se excluye, en teoría, la verificación de lo contrario). Además, parece razonable que la objetiva ligereza del engaño encuentre compensación en una superior pesadez del requisito subjetivo: se excluye la relevancia del *dolus bonus* puramente culposo, no intencional.

6. EL DOLO DEL TERCERO

Art. 1439²

El art. 1439² regula el caso en el que el ardid que engaña a la parte no proviene de la contraparte, sino de un tercero: "Cuando los ardid es han sido empleados por un tercero, el contrato es anulable si eran conocidos por el contratante que se ha aventajado".

Representantes
y
colaboradores

Conviene rápidamente delimitar el supuesto de hecho. Ciertamente no es tercero el representante, que es parte (aun cuando "formal") del contrato: si este engaña al otro contratante, el contrato es anulable aunque el representante (parte "sustancial") ignora el engaño. La jurisprudencia excluye que ello valga cuando el engaño proviene de un colaborador sin representación de la parte (dependiente, mandatario, agente): posición injustamente rígida, porque al menos en algunos casos no parece impropio imputar a la parte el dolo de sujetos que ella emplea para la propia actividad contractual. Estamos fuera del supuesto de hecho incluso cuando el engaño materialmente ejercitado por el tercero es instigado por la parte: este es tratado como dolo de parte; por lo tanto, el contrato es anulable aunque la parte que instiga no conoce si, cómo y cuándo el engaño haya sido en concreto perpetrado.

Conocimiento
de la parte
aventajada

El dolo del tercero hace el contrato anulable solo si es conocido por la parte que se aventaja. La regla parece dar a la víctima del dolo del tercero una tutela disminuida respecto a la que asiste a la víctima del error: quien comete el error es tutelado aunque la contraparte de hecho ignora su error; para cuya relevancia basta la reconocibilidad; el engañado encuentra tutela solo si la contraparte *de hecho conoce* el engaño del tercero, no siendo suficiente que le sea reconocible. Invertiendo la perspectiva: la confianza de quien contrata con la víctima del dolo de un tercero es tutelada con más fuerza que la confianza de quien contrata con la víctima de un error.

Tutela
reducida
respecto al
error

Puede parecer extraño, pero existe una razón: y es la *distinta intensidad del vicio que afecta la declaración*. El error relevante es solo el esencial: por lo tanto, un vicio objetivamente pesado, frente al cual se justifica una mayor tutela de la víctima y, correlativamente, una menor tutela de la contraparte. En cambio, el dolo puede tener relevancia aunque induzca a *error no esencial*, más bien, el dolo del tercero tiene relevancia como autónoma causa de anulación justamente cuando induzca a error no esencial (si indujera a error esencial, el contrato sería ya anulable por error, relevante en cuanto conocible o conocido): por lo tanto, un vicio objetivamente más ligero, que justifica una menor tutela de la víctima y el correlativo reforzamiento de la tutela de la contraparte.

Ratto

La norma habla de conocimiento del dolo del tercero por parte del "contratante que se ha aventajado". Pero la frase no introduce un ulterior, autónomo requisito de relevancia: casi como si el contrato fuera anulable solo si la contraparte de la víctima, más allá de saber del engaño sobre ella, haya obtenido del contrato una específica ventaja (incluso no patrimonial). La fórmula tiene un significado neutro, no de contenido: la "ventaja" es pura y simplemente, la celebración del contrato, prescindiendo del contenido y efectos de este.

La "ventaja" de la contraparte

Una tesis excluye que el dolo del tercero pueda manifestarse como reticencia. Puede convenirse sobre la difícil y rara configurabilidad de una reticencia de terceros, relevante *ex art. 1439²*: pero no parece justo excluirla en absoluto. A, en tratativas con B, lo remite a X como buena fuente de las informaciones que B le pide; X contactado por B, le oculta un dato importante para sus decisiones contractuales; A sabe que X ha ocultado a B ese dato: no parece impropio postular aquí, a favor de B, el remedio de la anulación *ex art. 1439²*.

Reticencia del tercero

7. EL DOLO INCIDENTE Y EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO

El dolo que hace el contrato anulable es el dolo determinante, que se presenta cuando sin el engaño la víctima no habría contratado. Distinto es el dolo incidente, es decir, *el engaño sin el cual la víctima habría sí aceptado contratar, pero "bajo condiciones distintas"*: en tal caso "el contrato es válido, (...) pero el contratante de mala fe responde por los daños" (art. 1440).

Dolo determinante...

... e incidente

Distinguir entre dolo determinante y dolo incidente es una operación delicada y difícil, a conducir con sensible atención a las circunstancias del caso singular. La importancia práctica de la distinción es por lo demás muy grande, dada la profunda diversidad entre las consecuencias que derivan de una y otra calificación.

La primera diferencia se refiere a la suerte del contrato: el dolo determinante hace el contrato anulable; el dolo incidente lo deja válido.

Validez del contrato

Resarcimiento
del daño

La segunda diferencia se refiere a la medida del resarcimiento debido a la víctima del engaño. En el caso de dolo determinante, esta tiene derecho (además de la anulación, o, si prefiere, en alternativa a la anulación) al resarcimiento del daño, conmensurado al interés negativo: o el daño que la víctima ha "sufrido por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato" (art. 1338).

La víctima del dolo incidente tiene como único remedio el resarcimiento: pero este no se determina sobre el parámetro del interés negativo, sino que debe comprender *todas las utilidades perdidas por la víctima por haber contratado bajo las condiciones sugeridas por el engaño*. De este modo, si el engaño se refiere al valor de la cosa, que la víctima ha pagado a un precio demasiado alto, el resarcimiento coincidirá, en la práctica, con la diferencia de precio; pero si el engaño se refiere a algún elemento, cuya deformidad impide a la víctima beneficios de otra forma posibles o la expone a pérdidas de otra forma evitables, también estos valores entran en el cálculo del resarcimiento.

Dolo
incidente y
error esencial

El dolo incidente no produce, de por sí, anulabilidad. Podría indirectamente producirla, si indujera a la víctima a un error esencial. Es verdad que estamos hablando de un error no determinante del consentimiento; pero sabemos que algunos tipos de error son esenciales, aunque no resulten en concreto determinantes (35.3): si A es engañado por B sobre el objeto del contrato, cuya deformidad no resulta por lo demás determinante de su consentimiento, el contrato no es anulable *ex arts. 1339-1440*; pero puede serlo *ex arts. 1428-1429, inc. 1*.

Promovida la acción de anulación por dolo determinante, la posterior demanda de resarcimiento por dolo incidente es demanda nueva tanto por *petitum* como por *causa petendi*.

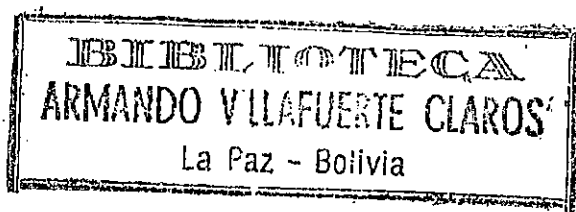
BIBLIOGRAFÍA

- 1-7. A. GENTILI, *Le invalidità*, en *Trattato contratti Rescigno*, II, Torino, 1999, p. 1257; L. GAUDINO, *Il dolo*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, III, Torino, 1999, p. 2281; U. MINNECI, *Struttura del dolo: contegno del decipiens e consenso del deceptus*, en *Rivista di diritto civile*, 1999, I, p. 373; P. GALLO, *I vizi del consenso*, en *Trattato contratti Rescigno*, I, Torino, 1999, p. 459; L. POLIMENO, *I raggiri ex art. 1439, 1° comma, c.c.: sviluppi e contrasti giurisprudenziali alla luce delle decisioni dell'autorità garante*, en *Giustizia civile*, 1998, I, p. 880; M. FRANZONI, *Un vizio del consenso: il dolo*, en *Studi in onore di P. Rescigno*, III, 2, Milano, 1998, p. 315; R. SACCO, *Raggiro*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVI, Torino, 1997, *ad vocem*; F. MACARIO, *Cessione di quote sociali e dolus bonus del venditore*, en *Corriere giuridico*, 1997, p. 81; A. BREGOLI, *Annullamento per dolo e contratto di consumo*, en *Contratti*, 1997, p. 248; G. DONATIVI, *Il dolo*

tra vizi del consenso ed elemento soggettivo della responsabilità per inadempimento, en *Giurisprudenza italiana*, 1997, I, 1, p. 501; F. GALGANÒ, *Squilibrio contrattuale e mala-fede del contraente forte*, en *Contratto e impresa*, 1997, p. 417; A. VALENTE, *Note critiche e nuovi profili del dolo negoziale*, en *Rassegna di diritto civile*, 1996, p. 117; M. MANTOVANI, "Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995; G. CHINÈ, *Artifici e raggiri nel contratto di abbonamento per la stagione calcistica*, en *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, p. 1839; G. BELLANTUONO, *Polizza fideiussoria, reticenza e obblighi di informazione*, en *Il Foro italiano*, 1995, I, p. 1905; F. REALMONTE, *La rilevanza del dolus bonus: un'altra occasione perduta*, en *Contratti*, 1994, p. 129; C. COLOMBO, *Vendita di azioni e raggiri del venditore*, en *Corriere giuridico*, 1994, p. 351; F. CEPPI, *Consenso viziato, lesione e abuso della controparte (sintesi di informazione)*, en *Rivista di diritto civile*, 1994, II, p. 453; G. CRISCUOLI, *Comportamento ingannevole e misura della responsabilità delle parti nella stipula del contratto di assicurazione*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, p. 1179; C. COLOMBO, *Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza della condotta del deceptus*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1993, I, p. 347; V. CARBONE, *Raggiri e artifici nella compravendita di azioni non quotate in borsa*, en *Società*, 1992, p. 765; P. CENDON – L. GAUDINO, *Il dolo nei contratti*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, 2, Torino, 1991, p. 685; C. IACOVINO, *Dolo incidentale e prescrizione del diritto al risarcimento del danno*, en *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, 2, p. 455; L. GAUDINO, *Il dolo negoziale*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1990, II, p. 366; A. GENTILI, *Dolo (diritto civile)*, en *Enciclopedia giuridica*, XII, Roma, 1989, *ad vocem*; L. CORSARO, *Raggiro, dolo colposo e annullabilità del contratto*, en *Giurisprudenza italiana*, 1989, I, 2, p. 31; M. BRONZINI, *Dolo e menzogna nella formazione del contratto*, en *Archivio civile*, 1987, p. 288; M. MANTOVANI, *Dolo Truffa Annullabilità del contratto*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1987, I, p. 271; E. ROPPO, *Offerta al pubblico di valori mobiliari e tecniche civilistiche di protezione dei risparmiatori – investitori*, en *Giurisprudenza italiana*, 1983, IV, p. 201; U. MATTEI, *Consenso viziato, lesione e abuso della controparte*, en *Rivista di diritto civile*, 1984, II, p. 407; G. PUCCINI, *Il dolo civile. Configurazione e limiti*, Milano, 1970; G. VISINTINI, *Sui rapporti tra l'azione di annullamento per dolo e l'azione di risoluzione per mancanza di qualità*, en *Giurisprudenza italiana*, 1969, I, 1, p. 829; G. B. FUNAIOLI, *Dolo (diritto civile)*, en *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, *ad vocem*; F. LUCARELLI, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964; A. TRABUCCHI, *Dolo*, en *Novissimo digesto italiano*, VI, Torino, 1960, *ad vocem*; A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937 (reimpr., Camerino, 1978); M. ALLARA, *Dolo ed errore inescusabile*, en *Foro lombardo*, 1931, p. 875.

2. C. ROSSELLO, *Pubblicità ingannevole*, en *Contratto e impresa*, 1995, p. 137; F. CAFAGGI, *Pubblicità commerciale*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale*, XI, Torino, 1994, *ad vocem*; M. FUSTI – P. TESTA – P. COTTAFI, *La pubblicità ingannevole*, Milano, 1993; F. CAFAGGI – V. CUFFARO L. DI VIA (al cuidado de), *Commentario a attuazione della direttiva n. 450/84/Cee in materia di pubblicità ingannevole (d.l.vo 25 gennaio 1992, n. 74)*, en *Nuove leggi civili commentate*, 1993, p. 671.

3. M. BIN, *Informazione e contratto di assicurazione*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, p. 727; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972.
5. A. SCARSO, *Criteri distintivi tra dolus bonus e dolus malus*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1997, I, p. 381; A. NEGRI, *Sul dolo incidente nella transazione*, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1984, p. 119.



CAPÍTULO XXXVII

LA VIOLENCIA

1. La violencia-amenaza: violencia "moral" y "física".— 2. La credibilidad de la amenaza.— 3. Los caracteres del mal amenazado: mal externo al contrato; mal notable.— 4. La injusticia del mal y la amenaza de ejercitar un derecho.— 5. Nexo de causalidad entre amenaza y contrato. Violencia "incidente".— 6. La amenaza del tercero y el problema de la intencionalidad.— 7. En los márgenes de la violencia: temor, peligro, necesidad y dependencia económica.— *Bibliografía.*

1. LA VIOLENCIA-AMENAZA: VIOLENCIA "MORAL" Y "FÍSICA"

La norma por la cual "La violencia es causa de anulación del contrato" (art. 1434) concibe la violencia en el sentido de amenaza.

Art. 1434

La amenaza es causa de anulación en cuanto vicia la voluntad contractual sin excluirla del todo. El planteamiento tradicional la definía violencia "moral" (o "psíquica"); y la contraponía a la violencia "física", que sería en cambio causa de *nulidad en cuanto excluye radicalmente el consentimiento.*

Violencia "moral"...

... y «física»

Se objeta que también una simple violencia moral puede, de hecho, destruir la voluntad de la parte: se amenaza al cónyuge con el abandono y el pedido de separación, perspectiva que la víctima de la amenaza percibe como existencialmente intolerable. Al contrario, también una violencia física puede dejar a quien la sufre márgenes de autodeterminación: la parte, aun cuando abofeteada por haber rechazado firmar el contrato, persiste en el rechazo. Por otro lado, la distinción entre voluntad destruida y voluntad solo viciada, y en consecuencia la calificación del contrato como nulo en lugar de anulable, dependería de un criterio todo psicológico, fuente de dificultad de los juicios y de incertidumbre de las relaciones.

Precisiones

Funciona mejor una diversa distinción. Pueden existir (raros) casos en los que la violencia da lugar a una declaración contractual solo aparentemente atribuible a la parte (la suscripción de quien "firma" porque otros fuerzan y conducen la mano no es en realidad su declaración): aquí el contrato es nulo por falta de acuerdo (33.10). Existen, más frecuentemente, casos en los cuales la violencia, que aunque perturbe la voluntad de la parte, no impide que se forme una declaración contractual a ella atribuible.

Distinción alternativa:

atribuibilidad o no atribuibilidad a la parte de la declaración obtenida con la amenaza

Aquí se presenta el supuesto de hecho de la amenaza, que hace el contrato anulable: por ejemplo quien, incluso bajo la presión de una tremenda amenaza, va al notario para firmar el contrato que le es compelido, puede pedir la anulación y no invocar la nulidad.

Algunos casos se colocan en una *zona gris* entre los dos supuestos de hecho, como la firma bajo amenaza de un arma: si uno firma porque la contraparte, conocido maleante, acaricia con ostentación la chaqueta abultada quizás por una pistola, el contrato es anulable por amenaza; si firma porque tiene una pistola en la sien, el contrato es probablemente nulo por falta de acuerdo; pero ¿qué se puede decir, si firma porque la contraparte pone una pistola sobre la mesa de la tratativa?

En la escala de la *reprobación social y jurídica*, la amenaza está en un nivel por encima del engaño: ello explica por qué la disciplina de la violencia ofrece, respecto a la del dolo, una más amplia tutela a la víctima del vicio y una más reducida consideración de las razones de los contrainteresados. La regla más indicativa, en tal sentido, es aquella sobre la *violencia del tercero*, que hace el contrato anulable aunque sea desconocida a la parte que se favorece (art. 1434: 37.6). Además, a diferencia de lo que sucede con el dolo, no es posible aislar al interior de los supuestos de hecho de violencia una figura de *violencia "incidente"*, capaz de salvar el contrato de la anulación (37.5).

Las relaciones entre remedio de la *anulación* y remedio del *resarcimiento* se ponen de manera análoga a lo ya visto en relación al dolo (36.1).

La amenaza es causa de anulación: pero no cualquier amenaza, sino solo la que tenga los requisitos descritos por los arts. 1435 y ss. La amenaza es anuncio de un mal: sus requisitos se refieren tanto al mal anunciado, como al anuncio de este. Más precisamente: el *anuncio del mal* debe ser creíble (37.2); el *mal anunciado* debe ser exterior al contrato, conocido (37.3) e injusto (37.4).

2. LA CREDIBILIDAD DE LA AMENAZA

El primer requisito es la credibilidad de la amenaza: "La violencia debe ser de tal naturaleza que logre *impresionar a una persona sensata*" (art. 1435).

El sentido es este: la amenaza de un mal puede ser terrible, pero si su efectiva actuación resulta increíble o altamente improbable, o si el amenazado puede fácilmente neutralizarlo, la amenaza no es relevante. Si A, para obligar a B a firmar el contrato, lo amenaza con intervenir ante el Presidente de la República a fin de que tome en su contra una medida de exilio, B no debería dejarse impresionar.

Amenaza y
engaño

Más amplia
tutela del
amenazado

Remedios

Requisitos de
la amenaza

Criterio

El parámetro de la impresionabilidad (y por lo tanto de la credibilidad de la amenaza) es el de la “*persona sensata*”: un estándar objetivo, que podría reformularse en los términos de una *objetiva idoneidad de la amenaza para impresionar al destinatario*.

Parámetro objetivo...

Bajo este perfil, aquello parecería reducir el área de tutela de la víctima de amenaza respecto a la que asiste a la víctima de engaños: en efecto, se ha visto que por la relevancia del dolo no es necesaria la abstracta idoneidad para engañar, sino es suficiente que la víctima haya concretamente caído en el engaño (36.5).

Pero la norma corrige el inicial enfoque objetivo, introduciendo rápidamente criterios subjetivantes: la credibilidad de la amenaza debe ser valorada sí con el metro de la persona sensata, pero teniendo en cuenta “la edad, el sexo y la condición de las personas” (art. 1435).

... y criterios subjetivantes

El legislador supone que lo no impresiona a una persona de cuarenta años puede impresionar a una de veinte o a una de ochenta; que lo que no impresiona a un hombre pueda impresionar a una mujer (viejo prejuicio de género, hoy poco planteable); que lo que no impresiona a un graduado, un afamado profesional o empresario, una persona sana, un racionalista agnóstico pueda, en cambio, impresionar a un analfabeto, un pastor, un enfermo, un sujeto embebido de misticismo y supersticiones. En esta misma perspectiva, pueden valorarse las peculiaridades del contexto político-social: en un régimen autoritario y represivo, la amenaza dirigida a un disidente político resultará particularmente creíble; así también la amenaza proferida en un contexto mafioso o de criminalidad organizada.

Edad

Sexo

Condiciones de las personas

Un criterio amplio como la “condición de las personas” abre horizontes inmensos para la subjetivación del juicio. Sin embargo, este no puede ser completamente subjetivado, sino *debe conservar un eje objetivo, bajo pena de disolver el parámetro de la “persona sensata”*.

Precisiones

Y entonces, debe precisarse que la credibilidad de la amenaza alcanzada al muy joven o al viejo, al analfabeto o al pastor, a la mujer o al místico-supersticioso o al disidente político debe ser medida siempre con el parámetro de un viejo sensato y no insensato, de un disidente político sensato y no insensato, y así sucesivamente: es decir, sin crear subrepticamente, en relación a esta o aquella condición personal, una presunción absoluta de credibilidad de la amenaza.

Se precisa, además, cautela, frente a la “condición” personal que incide sobre la capacidad de entender o de querer: el remedio del art. 1434 no debe superponerse indebidamente al del art. 428.

La ley vincula, luego, el juicio sobre la credibilidad de la amenaza a otro criterio: el blanco del mal amenazado. Ella distingue dos niveles de credibilidad, vinculados a dos órdenes de sujetos expuestos al mal. El nivel es más alto si la amenaza de un mal afectará al propio *contratante* o sus

El blanco del mal amenazado

familiares (considerados) más cercanos, es decir, cónyuge, descendientes y ascendientes (art. 1436¹). Es más bajo si el mal afecta a *cualquier otra persona*: en tal caso “la anulación del contrato se remite a la prudente apreciación de las circunstancias por parte del juez” (art. 1436²), y por consiguiente debería apreciarse con mayor severidad y cautela.

Crítica de la norma

La norma parece opinable bajo dos perfiles. En su misma *lógica interna de graduación de los afectos familiares*: no se ve por qué la amenaza contra el abuelo debería impresionar más que la amenaza contra el hermano. Y aún antes en su lógica de base: culturalmente tributaria de los *modelos de “familismo amoroso”* (cierre egoísta dentro de la comunidad doméstica, indiferencia al mundo externo), en desprecio al principio de solidaridad social (art. 2 C.). Pero la formulación de la norma permite al intérprete neutralizar este enfoque un poco distorsionado del legislador histórico: le bastará construir su “prudente apreciación” sobre valores mejor orientados, motivando adecuadamente. En esta perspectiva, podrá incluso estimarse relevante la conducta de quien amenaza con un mal a sí mismo: ¿por qué negar a A la anulación del contrato que B arranca amenazando, en caso contrario, con el suicidio?

Interpretación correctiva

Amenaza de suicidio

La amenaza puede ser *expresada con palabras*, pero puede también resultar *por implícito*: de gestos silenciosos, alusiones indirectas, señales oblicuas. Lo importante es que sea percibida como amenaza creíble, y tenga, pues, efecto intimidatorio.

Forma de la amenaza

Violencia putativa

Finalmente, hay que preguntarnos si tiene relevancia la violencia putativa: es decir, si tiene relevancia la condición de la parte, que *erróneamente percibe una amenaza inexistente*. El problema se reduce a una alternativa. O el hecho percibido como amenaza no constituye amenaza creíble a los ojos de una persona sensata: y entonces la amenaza no tiene relevancia por defecto de un requisito objetivo; ni parece que pueda tener relevancia el error del amenazado, que será casi ciertamente error sobre los motivos. O bien la conducta intimidante presenta los trazos exteriores de la amenaza objetivamente creíble, y no constituye una real amenaza solo porque quien se presenta como su autor no pretendía para nada amenazar, y tanto menos ocasionar ningún mal: en tal caso, el problema es si la relevancia de la amenaza exige la intencionalidad de su autor, o prescinda de él (veremos que la respuesta está en este último sentido: 37.6).

3. LOS CARACTERES DEL MAL AMENAZADO: MAL EXTERNO AL CONTRATO; MAL NOTABLE

No basta que el anuncio del mal sea creíble: es necesario también que el mal anunciado tenga ciertos caracteres. Debe ser: externo al contrato, notable e injusto.

Mal externo al contrato

Aunque la norma no lo dice, es obvio que el mal debe ser externo al contrato: con mayor precisión, *no puede identificarse en la privación de la prestación esperada en base al contrato*. Si A desea muchísimo adquirir el bien de B, y B lo amenaza con no vendérselo si A no acepta pagar un alto precio, y A acepta de *mala gana* comprar a ese precio, no puede ciertamente

impugnar el contrato por violencia. Si no, prácticamente todo contrato sería impugnado, como resultado de dos "amenazas" cruzadas: la amenaza del vendedor de no vender si no se hace el contrato por el precio por él querido, la amenaza del comprador de no obligarse por el precio si no se estipulara la transferencia de la cosa a su favor.

El segundo, necesario carácter del mal anunciado es el de ser un "mal (...) notable" (art. 1435). La amenaza de infligir un mal, que de manera casi cierta será efectivamente infligido, no es amenaza relevante si el mal en cuestión es intrascendente.

Mal notable

El mal amenazado puede tener como blanco personas humanas, o bienes (art. 1435): los valores personales son puestos, abstractamente, en el mismo plano de los valores económicos. Sin embargo, corresponde al intérprete apreciar, en concreto, la eficiencia intimidatoria de la amenaza, *entrecruzando el criterio de la calidad del valor amenazado con el criterio de la gravedad del mal que lo amenaza*. A estos criterios deberán ulteriormente superponerse los otros, ya considerados a propósito del juicio de credibilidad de la amenaza, y aplicables igualmente en el juicio sobre la "notable" entidad del mal amenazado: edad, sexo, condición de las personas (el mismo mal puede ser notable para un sujeto, e intrascendente para otro sujeto).

Incidencia sobre personas o sobre bienes

4. LA INJUSTICIA DEL MAL Y LA AMENAZA DE EJERCITAR UN DERECHO

Aún antes que "notable", el mal amenazado debe ser "injusto" (art. 1435). Otra norma considera, luego, esa particular amenaza que consiste en el amenazar el ejercicio de un propio derecho: y dice que esta causa anulación "solo cuando está dirigida a obtener ventajas injustas" (art. 1438). No es fácil distinguir las áreas de operatividad de las dos reglas: que resultan a menudo, en las definiciones y en los ejemplos de los intérpretes, superpuestas y confusas.

La regla del art. 1435 tiene alcance más amplio, porque fija un *requisito general para la relevancia de todo tipo de amenaza*: la injusticia del mal amenazado.

Mal Injusto

Es natural la remisión a la injusticia del daño, al que se refiere el art. 2043. En una primera aproximación, puede decirse que es injusto el mal amenazado, cuando ese mal, si actuado, haría surgir la *responsabilidad civil* de quien lo inflige y la pretensión resarcitoria de quien lo sufre, *ex art. 2043* (o 1218).

Si A amenaza a B con difamarlo, herirlo o destruir su propiedad, estas son ciertamente amenazas de un mal injusto. Pero si A amenaza a B con iniciar una empresa que le haga la competencia, o de postular al mismo concurso público para un puesto en el que B está dramáticamente interesado, o de convencer a la novia de B, a través de un oportuno cortejo, dejar a B por él, bien pueden ser amenazas con gran fuerza intimidatoria sobre B; pero no causan anulación, en la misma medida en el que las correspondientes acciones, si se actuaran, no generarían responsabilidad civil de A por defecto de injusticia del daño.

Cuando el mal amenazado no es *ex se* injusto, el contrato permanece válido, sin que haya espacio para censurar el contenido para verificar el tipo de ventajas que éste ocasiona al autor de la amenaza.

En cambio, una tal censura se hace necesaria, *ex art* 1438, cuando el mal amenazado, por un lado, es calificable como injusto y, por el otro, tiene la particularidad de emerger del ejercicio de un derecho del amenazante.

Se torna útil el *paralelo con la responsabilidad*: la destrucción de la propiedad ajena es un daño abstractamente injusto, pero si quien la promueve es A, titular de la marca, que solicita y obtiene, *ex art*. 66 Ley marcas, la destrucción de los productos abusivamente introducidos en el mercado por B con marca imitada, A está exenta de responsabilidad en cuanto ha causado el daño en el ejercicio de su derecho. Ahora imaginemos que A, antes de accionar sin más contra B la orden de destrucción, amenaza con hacerlo si B se rehúsa cederle su propia hacienda. Si B, para salvar los productos, se la cede, se activa la regla del art. 1438: la cesión de hacienda es anulable si se estima que lleva a A "ventajas injustas"; permanece válida en el caso opuesto.

Para identificar si las ventajas, que la parte obtiene del contrato logrado con la amenaza de hacer valer el propio derecho, sean "injustas" o no, se recurre a dos criterios —cualitativo y cuantitativo— a combinar en secuencia eventual.

El criterio cualitativo es la *instrumentalidad o inherencia del contrato al contenido y a la función típica del derecho hecho valer*. Si el contrato no tiene ninguna conexión con el derecho hecho valer, porque satisface intereses de la parte del todo extraños al interés al que su derecho está típicamente dedicado, entonces la injusticia de la ventaja contractual lograda con la amenaza está *in re ipsa*, y el contrato es anulable: por ejemplo, X amenaza a Y, deudor incumplidor, de someterlo a ejecución forzada si Y no acepta la permuta de un cuadro suyo contra un rústico en Maremma. En tal caso, el criterio cualitativo basta por sí solo para dar la solución, en el sentido de la anulabilidad.

En cambio, puede darse que el nexo de instrumentalidad/inherencia subsista, porque el contrato realiza un interés idéntico o análogo al subyacente

Mal injusto,
derivado del
ejercicio de
un derecho

Ulterior
requisito:
"ventajas
injustas"

Criterio
cualitativo

al derecho que se amenaza ejercitar: por ejemplo, X amenaza a Y con una ejecución forzada, si Y no acepta dar al crédito vencido una garantía real. Aquí el criterio cualitativo impide concluir de inmediato por la injusticia de la ventaja, pero no basta para excluirla sin más. Es necesaria una verificación ulterior, basada en el criterio cuantitativo: se debe ver si, por sus concretos y específicos contenidos, el contrato da a la parte *ventajas normales* o *ventajas desmesuradas*. En el primer caso, la ventaja no es injusta, y el contrato permanece válido: de este modo si, en garantía de su crédito de 200.000 euros, X obtiene una hipoteca sobre un inmueble de Y por el valor de 250.000 euros. Pero si por ese mismo crédito X obtuviera en prenda todo el paquete accionario de una sociedad de Y, estimable en 15 millones de euros, su ventaja sería injusta y el contrato anulable.

Criterio
cuantitativo

Pueden existir casos dudosos, en los que la pareja de criterios resulta de aplicación difícil e incierta. Por ejemplo, la cesión de la hacienda imitadora, celebrada para evitar la destrucción de los productos con marca imitada está en una zona de límite entre los contratos extraños y los contratos inherentes al derecho amenazado. Incluirla entre los primeros significa predicar la anulabilidad; colocarla entre los segundos requiere estimar —estimación a su vez nada fácil— si la hacienda ha sido cedida a un precio razonable o exorbitante.

Casos
dudosos

Pero difícil e incierta puede ser también la distinción que le precede, a la que también se vinculan relevantes consecuencias prácticas: aquella entre supuestos de hecho regidos por el art. 1438 (amenaza de un mal abstractamente injusto, realizado mediante ejercicio de un derecho) y supuestos de hecho gobernados por el art. 1435 (amenaza de un mal no injusto *ex se*). Al respecto puede decirse esto. En línea de tendencia caen bajo el art. 1435 los casos en los que la amenaza se refiere a un *ejercicio de una libertad o de un derecho absoluto del amenazante, fuera de una específica relación con el amenazado*. En cambio, caen bajo el art. 1438 las amenazas de *hacer valer derechos relativos, pretensiones específicas que el amenazante tiene respecto al amenazado* en virtud de una relación que preexiste entre ellos: pedir la quiebra del *propio* deudor insolvente, despedir por justa causa al *propio* trabajador, expropiar al propietario de un terreno sobre el cual se ha decidido construir la obra pública, etc. Empíricamente, los casos de este último tipo parecen más frecuentes (o más frecuentemente deducidos) respecto a los casos del primer tipo.

Límites entre
mal no
injusto...... y mal
injusto, pero
producido en
el ejercicio de
un derecho

Finalmente, ¿quid de la amenaza de ejercitar un derecho inexistente? Si la inexistencia del derecho es evidente, la amenaza será irrelevante por falta de credibilidad: A amenaza pedir la quiebra de B, que no es empresario. Sin embargo, si la amenaza es materialmente actuable incluso en la evidente inexistencia del derecho invocado por el amenazante, puede dar lugar a violencia: si X amenaza con matar el muy querido gato de Y, sosteniendo tener derecho de hacerlo como represalia porque el felino arañó a su tía, la posible muerte del gato, aunque no basada en el derecho de quien amenaza, es siempre una creíble amenaza. Si la inexistencia del derecho es dudosa (B, amenazado de quiebra, es empresario, pero es discutible si sea técnicamente insolvente), se trata de apreciar en concreto el grado de credibilidad de la amenaza.

Derecho
inexistente

5. NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE AMENAZA Y CONTRATO. VIOLENCIA "INCIDENTE"

Se discute si, para la relevancia de la amenaza, deba subsistir nexo de causalidad entre esta y el contrato celebrado por el amenazado.

Nexo de causalidad

El nexo debe subsistir, en este sentido: *es necesario que la parte haga el contrato, porque es blanco de una amenaza específicamente dirigida a obtener la celebración de ese contrato*. Por lo tanto, si A es amenazado en el caso de que no suscriba un aumento de capital, y para procurarse el dinero necesario para la suscripción que le evitará el mal vende sus bienes, el nexo existe entre amenaza y suscripción; no existe entre amenaza y venta, la cual, por tanto, no es anulable (eventualmente puede ser rescindible: 40.1). Pero si A es amenazado por un mal, y se le dice que para evitarlo podrá a su elección ceder la hacienda o bien renunciar a un determinado cargo, existe nexo de causalidad entre la amenaza y la cesión de hacienda que A haya optado: no vale para excluirlo el argumento de que A habría podido evitar el mal incluso sin hacer ese contrato (sino más bien renunciando).

Violencia "incidente": irrelevancia

No es configurable una violencia "incidente", sobre el modelo de cuanto se ha previsto para el dolo. Si la amenaza induce a la víctima a no hacer el contrato (que pretendía hacer), sino simplemente a hacerlo bajo condiciones diversas de las que habría aceptado si no hubiera sido amenazada, el contrato permanece anulable.

La regla es que los vicios del consentimiento tienen relevancia a los fines de la anulación en cuanto distorsionan la volición relativa al *contrato que en concreto ha sido hecho, con sus específicos contenidos*; respecto a ella el art. 1440 introduce una excepción, no susceptible de extensión analógica.

6. LA AMENAZA DEL TERCERO Y EL PROBLEMA DE LA INTENCIONALIDAD

Relevancia de la amenaza proveniente de terceros...

La proveniencia de la amenaza es indiferente: mientras el dolo del tercero no determina la anulación si no resulta conocida por la parte aventajada, la violencia hace el contrato siempre anulable "aunque ejercitada por un tercero" (art. 1434), y ello prescindiendo del ser tal violencia conocida o desconocida por el contratante que de ella se favorece. La protección de la víctima de amenazas prima sobre la protección de la confianza de la contraparte, aunque inculpable.

... y de la amenaza no intencional

Esta regla sugiere cómo resolver una cuestión a veces levantada en el debate sobre la violencia: si la amenaza tenga relevancia solo en cuanto deliberadamente puesta en existencia como tal; o si en cambio tenga relevancia

también la amenaza meramente culposa, no intencional. Debe preferirse esta última solución. Y, en efecto, si la parte debe sufrir la anulación del contrato por una amenaza no suya, y por ella incluso ignorada, se obtiene la perfecta indiferencia de su comportamiento subjetivo: a mayor razón, por lo tanto, puede causar anulación la conducta objetivamente amenazadora de la parte, aunque esta no la pensaba cargada —y no consideraba cargarla— de fuerza intimidante.

Sin embargo, en casos así el escrutinio de la objetiva credibilidad de la amenaza debe ser particularmente riguroso, y quizá debe, en línea de tendencia, excluirse la relevancia de una amenaza que sea al mismo tiempo no querida y solo implícita.

7. EN LOS MÁRGENES DE LA VIOLENCIA: TEMOR, PELIGRO, NECESIDAD Y DEPENDENCIA ECONÓMICA

El art. 1437 delimita, en negativo, los límites del vicio de violencia: invoca el temor reverencial, que por sí solo “no es causa de anulación del contrato”.

El temor reverencial es la *sujeción psicológica* de un sujeto respecto a otro, determinada por las respectivas *posiciones en el contexto familiar, profesional o más genéricamente social*. Quien siente temor reverencial puede ser inducido a contratar: pero el contrato no merece anulación porque la disciplina de la violencia afecta *una conducta* (dolosa o incluso solo culposa), y no *un simple modo de ser social*. La norma precisa que “El solo temor reverencial no es causa de anulación”: si quien infunde temor reverencial injerta ulteriores, más específicos comportamientos intimidatorios, estos, bien pueden constituir amenaza; y para valorar la credibilidad a los ojos de la víctima puede tenerse en cuenta su temor reverencial, *en cuanto “condición de las personas”* relevante *ex art. 1435*.

Temor reverencial:

general irrelevancia....

... y posible relevancia

Por lo general, es también irrelevante el temor de circunstancias externas amenazadoras, que también pueden haber ejercitado sobre la parte una fuerte presión psicológica respecto a la decisión de contratar. Razón (y condición) de la irrelevancia a los fines de la disciplina de la violencia es, también aquí, la *ajenidad de la amenaza a cualquier iniciativa dirigida a presionar para la celebración del contrato*: si la amenaza proviene de circunstancias objetivas, falta el requisito de la conducta humana; si proviene de la conducta de terceros, falta el nexo de causalidad con la celebración del contrato (si, en cambio, la conducta amenazadora de terceros estuviera dirigida a la celebración del contrato, caería bajo el art. 1434).

Temor de circunstancias externas

Sin embargo, cuando las circunstancias externas amenazadoras, bajo cuyo temor la parte contrata, asumen los connotados extremos del “*peligro actual de un daño grave a la persona*” (art. 1447¹), entonces el contrato

Caso de extremo peligro

—en el concurso de ulteriores presupuestos— deviene impugnabile con el medio de la *rescisión* (40.2).

La escala de las presiones (distintas de la violencia) que pueden tener relevancia en vista de remedios ofrecidos a quien contrata bajo su impulso conoce *otras gradaciones, más tenues del peligro*. Destaca el estado de necesidad de la parte, susceptible de abrir el camino a la *rescisión por lesión* cuando subsistan los presupuestos del art. 1448 (40.3). Tiene relevancia la dependencia económica de la parte, de la cual la otra abuse, que puede determinar la nulidad del contrato *ex art. 9 Ley 192/1998* (41.17).

Dependencia
económica

De la condición del sujeto que contrata bajo la relevante presión de un temor, de una necesidad, de una dependencia económica, o de una posición aminorada respecto a la contraparte, se ha hablado a veces como de un “cuarto vicio de la voluntad”. La expresión —genérica y no técnica— manifiesta a lo más la aspiración de que la tutela tradicionalmente reservada a los clásicos vicios de la voluntad se extienda, en alguna medida, a estas distintas condiciones de la persona.

BIBLIOGRAFÍA

- 1-7. C. CICERO, *La violencia nel negozio giuridico*, Padova, 2000; E. SPAVENTA, *La violenza come causa di annullamento del contratto*, en AA.VV., *I precedenti*, al cuidado de G. Alpa, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fundada por W. Bigiavi, II, Torino, 2000, p. 745; P. GALLO, *I vizi del consenso*, en *Trattato contratti Rescigno*, I, Torino, 1999, p. 476; A. GENTILI, *Le invalidità*, en *Trattato contratti Rescigno*, II, Torino, 1999, p. 1257; P. GALLO, *Violenza*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XIX, Torino, 1999, *ad vocem*; R. MULLER, *Minaccia di licenziamento o di denuncia penale, dimissioni del lavoratore e vizio del consenso*, en *Rivista critica del diritto del lavoro*, 1999, p. 11; M. DI BARTOLOMEO, *La violenza morale nei contratti*, Napoli, 1996; G. D'AMICO, *Violenza in generale (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, 1993, *ad vocem*; M. DOGLIOTTI, *La violenza*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, 2, Torino, 1991, p. 661; C. FARINA, *Sulla configurabilità della minaccia di suicidio come violenza morale*, en *Giustizia civile*, 1988, III, p. 51; F. SANTORO-PASSARELLI, *Violenza ed annullamento del contratto*, en *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1981, p. 267; G. CRISCUOLI, *Violenza fisica e violenza morale*, en *Rivista di diritto civile*, 1970, I, p. 127; F. CARRESI, *La violenza nei contratti*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1962, p. 411; A. TRABUCCHI, *Violenza (vizio della volontà)*, en *Novissimo digesto italiano*, XI, Torino, 1957, *ad vocem*; R. SCOGNAMIGLIO, *Note in tema di violenza morale*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1953, II, p. 386; V. TORRENTE, *Rassegna di giurisprudenza sulla violenza quale vizio del negozio giuridico*,

- en *Giustizia civile*, 1953, III, p. 597; C.A. FUNAIOLI, *La teoria della violenza nei negozi giuridici*, Roma, 1927.
4. G. BRUNO, *La minaccia di far valere un diritto ed il recesso del lavoratore*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1997, I, p. 217; S. MAINARDI, *Minaccia di far valere un diritto e limiti all'annullabilità delle dimissioni*, en *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, 2, p. 457; E. DEL PRATO, *La minaccia di far valere un diritto*, Padova, 1990; M.E. POGGI, *Ancora sulla minaccia di esercitare un diritto e vantaggio ingiusto*, en *Rivista di diritto civile*, 1976, II, p. 576; L. CORSARO, *La minaccia di far valere un diritto (Riflessioni sull'art. 1438 e sul suo valore innovativo)*, en *Rivista di diritto civile*, 1971, I, 1, p. 459.
 5. L. MENGONI, *Metus causam dans e metus incidens*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1952, I, p. 20.
 7. A.M. BENEDETTI, *La moglie garante del marito: vero consenso o abuso dell'intimità familiare?*, en *Trusts*, 2000, p. 208; G. CRISCUOLI, *Timore reverenziale e approfittamento*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, p. 374; V. TEDESCHI, *Timore reverenziale e influenza indebita*, en *Rivista di diritto civile*, 1983, II, p. 131; C.A. JEMOLO, *Metus ab intrinseco*, en *Giurisprudenza italiana*, 1963, I, 1, p. 859.

CAPÍTULO XXXVIII

LOS RÉGIMENES DEL CONTRATO INVÁLIDO: LEGITIMACIÓN, PRESCRIPCIÓN Y RECUPERACIÓN

1. Las diferencias de tratamiento entre contrato nulo y anulable.— 2. La legitimación para invocar la anulabilidad. La anulabilidad absoluta.— 3. La legitimación para invocar la nulidad.— 4. Las nulidades relativas.— 5. La apreciación de oficio de la nulidad.— 6. Anulabilidad y prescripción.— 7. Nulidad y prescripción.— 8. La recuperación de los contratos inválidos.— 9. La convalidación del contrato anulable: convalidación expresa.— 10. La convalidación tácita.— 11. La rectificación del contrato anulable (por error).— 12. La insubsanabilidad del contrato nulo: regla y excepciones.— 13. Ejecución y publicidad como factores de recuperación.— 14. La conversión del contrato nulo.— *Bibliografía.*

1. LAS DIFERENCIAS DE TRATAMIENTO ENTRE CONTRATO NULO Y ANULABLE

El código parece diferenciar de manera neta el tratamiento del contrato nulo, basado en ciertas reglas (arts. 1421 y ss.), y el tratamiento del contrato anulable, basado en reglas distintas y opuestas (arts. 1441 y ss.).

No siempre, históricamente, ha sido así. El código de 1865 y la doctrina que razonaba en torno a él bajo la influencia del pensamiento jurídico francés no poseían la distinción, o al menos no en términos tan marcados. En ese contexto se prefería hablar solo de nulidad; y al interior de esta distinguir entre *nulidad absoluta*, evidenciable por cualquier interesado y operante de manera automática, y *nulidad relativa*, operante solo tras iniciativa de la parte legitimada en vía exclusiva a hacerla valer. Trazos de este más antiguo planteamiento afrancesante se obtienen, en el código vigente, en sede de disciplina de las “nulidades” matrimoniales (arts. 117 y ss.). Sucesivamente el influjo de la sistemática alemana, que contrapone con rigor *Nichtigkeit* y *Anfechtbarkeit*, hace popular también en Italia la separación entre los dos remedios, denominados de manera distinta y tratados de manera opuesta. Y el cuarto libro del nuevo código, como se ha visto, recoge este encuadramiento.

Perspectiva
histórica

Sin embargo, sería equivocado pensar que la dicotomía esté desarrollada con coherencia y rigor totales. La distinción entre contrato nulo y anulable, basada en las diferencias de régimen, ciertamente existe y tiene valor; pero su valor no es absoluto, sino una mera tendencia. Firme en un núcleo central, ella conoce en sus márgenes fracturas, laceraciones, zonas

Dicotomía no
absoluta

borrosas en las que las dos figuras, en lugar de exhibir limpiamente sus típicos trazos diferenciales, tienden a la indistinción.

Tratamiento
de la
Invalidez: los
aspectos
significativos

El grado de disociación, o viceversa de superposición, entre los regímenes del contrato nulo y del contrato anulable se mide sobre los puntos más significativos del tratamiento de la invalidez.

Un primer punto se refiere a la *legitimación* para hacer valer la invalidez (38.2-4), y su *apreciación de oficio* por parte del juez (38.5).

Un segundo punto se refiere a la *prescripción* del derecho de hacer valer la invalidez (38. 6-7).

Un tercer punto se refiere a la *posibilidad de recuperar* el contrato inválido, es decir, de salvar los efectos (38.8-14).

Un cuarto punto se refiere al modo *retroactivo o irretroactivo* con el que operan las dos figuras de invalidez; y, en conexión con tal perfil, su *oponibilidad a los terceros* (39.3-4).

En el fondo de las cuestiones apenas indicadas se coloca finalmente un quinto punto (de valor quizá más teórico que práctico): si, y cómo, los contratos inválidos —los nulos y respectivamente los anulables— *produzcan efectos contractuales* (39.5).

2. LA LEGITIMACIÓN PARA INVOCAR LA ANULABILIDAD. LA ANULABILIDAD ABSOLUTA

Legitimación
restringida

La nulidad genera una legitimación ampliada: puede hacerla valer cualquiera que tenga interés. En cambio, la anulabilidad genera una legitimación restringida, porque “La anulación del contrato puede ser demandada *solo por la parte en cuyo interés está establecida por la ley*” (art. 1441¹): en el caso de vicio del consentimiento, por ejemplo, solo por la parte caída en error o engañada o amenazada, y no también por la contraparte o por terceros que también estén interesados en cancelar los efectos contractuales.

La regla explícita solo el caso de la anulabilidad hecha valer *en vía de acción* (con el ejercicio, precisamente, de la acción de anulación); pero se aplica igualmente al caso del remedio invocado *como excepción*: solo la víctima del vicio, demandada por el incumplimiento, puede defenderse excepcionando la anulabilidad; no puede excepcionarla la contraparte, contra la cual la víctima del vicio pretenda la ejecución del contrato.

Ratio

La *ratio* de la legitimación restringida es clara. El remedio *protege el interés solo de la parte afectada por el vicio* (quien incurre en error, el engañado, el amenazado, el incapaz, el representado traicionado, el cónyuge excluido del acto de extraordinaria administración sobre el bien común,

etc.); solo esta es, por tanto, *árbiter de la suerte del contrato*, que anulará si lo encuentra inconveniente para sí, o en cambio mantendrá firme si, pese al vicio, lo encuentra conveniente. La decisión sobre la suerte del contrato no puede corresponder a nadie más; en particular, no a la contraparte.

Problemas interpretativos se plantean: para los contratos viciados por incapacidad para obrar; para la impugnación por obra de los herederos de la parte legitimada; para los contratos con parte compleja o con pluralidad de partes.

Problemas Interpretativos

Para los contratos de los incapaces *relativos*, la legitimación corresponde al mismo incapaz (arts. 396¹; 427²). En cuanto a los incapaces *absolutos*, si la anulabilidad depende de interdicción, la legitimación corresponde tanto al incapaz como al representante legal (tutor: art. 427¹). La misma solución no está explicitada para el contrato del menor: pero se impone, para evitar una injustificada disparidad de tratamiento (y cfr. por lo demás el art. 322).

Incapaces

Si la parte legitimada fallece antes, la legitimación pasa a los herederos. Si los herederos son varios, la legitimación le corresponde individualmente a cada uno: pero el heredero particular que obtiene la anulación puede actuar para la restitución y solo dentro de los límites de su cuota.

Herederos

Si la parte es compleja (dos personas adquieren en copropiedad un bien; tres copropietarios venden el bien común), la legitimación corresponde individualmente a cada uno de los sujetos que la componen: él impugna la propia participación en el contrato, pero el resultado podrá ser la destrucción de todo el contrato. En los contratos plurilaterales, cada parte puede impugnar su propia declaración contractual, y así salir del contrato; la suerte del contrato integralmente considerado —esto es de las posiciones contractuales de las otras partes— depende de la esencialidad de la participación venida a menos (art. 1446: 39.3).

Parte compleja

Pluralidad de partes

La legitimación para hacer valer la anulabilidad conoce una ampliación, además de la parte afectada por el vicio (y su sucesor universal): para los contratos de los *incapaces para obrar*, la anulabilidad puede hacerse valer también por los *causahabientes (a título particular) del incapaz* (arts. 322; 377; 396¹; 427¹⁻²). Sin embargo, existe la incertidumbre sobre la precisa identificación de los legitimados a este título.

Ensanchamiento

Una más significativa ampliación de la legitimación atañe a los contratos del interdicto legal por condena penal (34.3), que pueden ser *impugnados "por cualquiera que tenga interés"* (art. 1441²): la correspondiente anulabilidad se define anulabilidad absoluta. La *ratio* está en la función de esta específica incapacidad: no incapacidad de protección dispuesta en el interés del sujeto, sino *pena accesoria* a su cargo (34.1).

Interdicto legal: anulabilidad absoluta

Casos de legitimación ampliada a "cualquiera que tenga interés", se dan, luego, en materia de testamento anulable por incapacidad para obrar, natural y legal (art. 591), por vicio de forma (art. 606²), por vicio de la voluntad (art. 624¹). Pero la lógica a la que obedece la invalidez testamentaria (como también la invalidez matrimonial) no coincide del todo con la que rige la dicotomía nulidad/anulabilidad en el campo contractual.

Testamento

3. LA LEGITIMACIÓN PARA INVOCAR LA NULIDAD

Legitimación
ampliada

Ratio

A diferencia de la anulabilidad, gobernada por una regla de legitimación restringida, la nulidad obedece a una regla de legitimación ampliada: *puede hacerla valer "cualquiera que tenga interés"* (art. 1421). La *ratio*: siendo el contrato nulo generalmente lesivo de *intereses generales*, es interés general que sus efectos sean destruidos; por lo tanto, es oportuno multiplicar las *chances* de alcanzar tal destrucción, y ello se logra ampliando el ámbito de los que pueden tomar la iniciativa.

Interés para
obrar: del
tercero...

El "cualquiera" del art. 1421 puede así ser también un tercero, extraño al contrato; y no necesariamente un tercero causahabiente de una de las partes. Lo importante es que él tenga, respecto a la declaración de nulidad, un "interés" que debe ser apreciado conforme al art. 100 CPC. En esta línea, la jurisprudencia ha negado el interés (y así la legitimación) del socio de la sociedad de capitales, en la nulidad de un contrato del cual sea parte la sociedad: decisión opinable, que concibiendo en modo exageradamente restrictivo el requisito del interés para obrar reduce desmedidamente una legitimación que la ley quiere amplia.

... y de las
partes

La jurisprudencia parece dar por descontado que el filtro del interés opera solo para los terceros, mientras que para las partes la legitimación debe considerarse *in re ipsa*. Pero en doctrina se sugiere que, en nombre del requisito, la legitimación pueda a veces negarse incluso a una parte del contrato, considerada en concreto carente de interés a la nulidad.

Acción del
tercero y
litisconsorcio

Se plantea el problema de la *legitimación pasiva*, especialmente en los casos de acción promovida por un tercero: ¿deben demandarse ambas partes, como protagonistas de un litisconsorcio necesario, o bien el juicio puede desarrollarse frente a una sola de estas? A una respuesta unívoca se hace preferir una *solución articulada*: si la nulidad sirve solo para defender un derecho puesto en duda o en riesgo del acto nulo, entonces puede invocarse frente a la sola parte de la cual viene la amenaza al derecho del actor (y la relativa decisión no hace estado hacia la otra); en cambio si es necesario, o si quiere, una decisión que haga estado para ambas partes del acto nulo, entonces ambas son llamadas en un juicio como litisconsortes necesarios.

Tendencia
hacia la
erosión

La regla de la legitimación ampliada para hacer valer la nulidad sufre por lo demás una erosión creciente con el fenómeno, siempre más difundido, sobre todo en la legislación especial, de las *nulidades relativas* (38.4).

4. LAS NULIDADES RELATIVAS

Legitimación
restringida

Son nulidades relativas las que, en contra de la regla del art. 1421, pueden hacerse valer no por cualquiera que tenga interés, sino solo por una de las partes: por la *sola parte protegida por la previsión de nulidad*.

Nulidad de
protección

Se identifican generalmente con las denominadas nulidades de protección, dispuestas en el interés de una parte en cuanto *exponente de una*

categoría social merecedora de particular tutela frente a la otra: bancos *versus* clientes, intermediarios financieros *versus* ahorristas-inversoristas, etc. La nulidad relativa sirve, en efecto, a la parte protegida, mejor que una nulidad que se puede invocar por cualquier interesado: hace a tal parte árbitro de la suerte del contrato (estando en su poder decidir si mantenerlo o destruirlo); sustrae tal posibilidad de elección a cualquier otro y particularmente a la contraparte, vinculada por el contrato salvo que la parte protegida elija la nulidad.

Las nulidades relativas plantean algunos problemas.

Un problema es: ¿por qué distinguir la nulidad relativa de la anulabilidad, de la cual toma la más fuerte connotación de régimen? La respuesta es tanto conceptual como práctica.

Distinción de la anulabilidad:

Conceptual: mientras la anulabilidad persigue el interés particular de la parte protegida en relación a la condición subjetiva en la que la misma se encuentra, la nulidad relativa persigue un interés de la parte protegida que no es sin embargo su interés particular, sino más bien es un *interés de serie o de masa*, del cual la parte es portadora en virtud de una propia *condición objetiva*; por lo tanto, en definitiva es el *reflejo de un interés general*. Proteger a las víctimas de errores no es, sino indirecta y mediatamente, un objetivo político; proteger a los clientes de los bancos contra los bancos es en cambio, en vía inmediata y directa, un *objetivo de política económico-social* cuyo instrumento no puede sino ser la nulidad (en su variante, precisamente, de nulidad "política": 33.11).

Relevancia conceptual...

Pero la respuesta es también práctica: conservando la calificación de nulidad, *se excluyen elementos del régimen de la anulabilidad que serían indeseables* a la luz del mismo interés que se quiere proteger. Ello vale sobre todo para la *convalidación*, especialmente tácita (38.10): la protección sería débil, si la parte protegida perdiera la impugnación del contrato solo por haber realizado algún acto de ejecución.

... y práctica

Existe, luego, el problema de identificar los supuestos de hecho de nulidad relativa. A falta de una expresa reserva de legitimación a la parte protegida, como la dictada por ejemplo para los contratos bancarios (art. 127² TUB) y financieros (arts. 23³; 24² TUF), ¿puede la relatividad recabar-se por implícito del hecho de que la nulidad conminada es una nulidad de protección? O bien: ¿a la parte no protegida puede negarse la impugnación cuando no existe ninguna norma que explícitamente la prive de la legitimación prevista en general por el art. 1421?

Identificación de los supuestos de hecho...

... y en ausencia de previsión expresa

El problema no se plantea, de hecho, cuando la nulidad de protección afecta *singulares cláusulas* que disponen contra el interés de la parte protegida y en el interés exclusivo de la

parte no protegida, la cual no tiene, por ello, ningún interés práctico en impugnarlas. En cambio, se plantea cuando la violación de una norma de protección determina una nulidad que afecta *a todo el contrato*, ya que en tal caso cada una de las partes puede tener interés en evidenciarla para liberarse de todo vínculo contractual.

Coherencia
con el Interés
protegido

El problema debe resolverse en el sentido de *considerar la nulidad como relativa, también a falta de expresa calificación en tal sentido*. Por ejemplo, para proteger al comprador, es nula la venta de multipropiedad que no indique los extremos de la fianza bancaria o de seguro que el vendedor debe procurarle (art. 7¹ D. Leg. 427/1998); y es nula la venta negociada fuera de los locales comerciales que no mencione el derecho de separación del comprador (arts. 5 y 10² D. Leg. 50/1992): aunque las normas callen sobre este punto, sería absurdo si de estas nulidades pudiera beneficiarse el vendedor, interesado en cancelar el contrato, contra el comprador interesado en conservarlo.

La jurisprudencia ha aplicado el criterio a las transferencias de inmuebles urbanísticamente irregulares (art. 15⁷ Ley 10/1977, ahora sustituido por los arts. 17-18 Ley 27/1985); inexplicablemente la ha desatendido para los pactos en contraste con la duración mínima legal de la locación (art. 79 Ley 392/1978).

Nulidad
parcial

Otra nulidad relativa no explicitada es la prevista por el art. 1419¹ en tema de nulidad parcial (39.1)

De la apreciación de oficio de la nulidad relativa se habla más adelante (38.5).

5. LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD

Ratio

A diferencia de la anulabilidad, que puede hacerse valer solo a instancia de parte, la nulidad "puede ser apreciada de oficio por el juez" (art. 1421). La *ratio* es la misma de la legitimación ampliada: multiplicar las *chances* que la nulidad emerja, y el contrato no sea llevado a actuación.

Límites
procesales

Pero los intérpretes (y sobre todo la jurisprudencia) advierten que la apreciación de oficio está circundada por una serie de límites, que se vinculan a algunos fundamentales principios del proceso.

Principio
dispositivo

El principio dispositivo, según el cual el juez no puede sustituirse a las partes en la búsqueda de las pruebas, sugiere que la nulidad puede apreciarse de oficio en tanto *resulte de elementos ya adquiridos en el juicio*.

La regla tendrá un alcance significativo para los casos en los que el juicio de nulidad tenga un contenido no exclusiva o predominantemente normativo (como por ejemplo en los casos de contraste con normas imperativas), sino que dependa de datos de hecho: ausencia de acuerdo, motivo ilícito común a las partes, potencialidad anticompetitiva de la concertación entre empresas, etc.

Los principios de la demanda y de la correspondencia entre lo demandado y lo pronunciado sugieren un ulterior límite. Para que la nulidad pueda apreciarse de oficio no basta que el contrato esté deducido en juicio; es necesaria una *demanda que presuponga la validez (o más precisamente la no nulidad) del contrato mismo*. El caso típico es la demanda de *ejecución del contrato*: investida de esta, el juez puede desestimarla apreciando de oficio que el contrato es nulo, y por lo tanto no debe ser ejecutado.

Principio de la demanda:

Demanda de ejecución del contrato...

Piénsese, en cambio, en una demanda de resarcimiento por daños causados a un tercero en la ejecución de una contrata: aunque el contrato de contrata esté deducido en juicio, el juez que constate su nulidad no puede pronunciarla porque el tema sería del todo ajeno a la demanda propuesta.

Por lo demás, el límite no puede ser entendido en sentido demasiado restrictivo, como si la única demanda que habilitara al juez para apreciar de oficio la nulidad fuera la dirigida a la ejecución del contrato. También demandas dirigidas al opuesto resultado de cancelar el contrato, como las de *resolución o rescisión o anulación*, pueden suscitar —a los fines de su desestimación— un pronunciamiento de nulidad hecho *ex officio*. La jurisprudencia, que en el pasado lo negaba, se ha luego rendido a las buenas razones de la doctrina que desde hace tiempo lo sostenía (cfr. 42.11).

... o de su destrucción por razones distintas de la nulidad

Otro caso es la *demanda de nulidad* expresamente formulada por la parte: si el juez no comparte la razón a la que la parte refiere la nulidad, sino individualiza otra, ¿puede el juez pronunciar la nulidad por la distinta razón considerada por él, y no expuesta por la parte? La respuesta negativa, ofrecida en jurisprudencia, puede compartirse solo para los casos en los cuales la nulidad sea planteada en vía de acción, mientras que no convence cuando la nulidad sea planteada en vía de excepción. A demanda a B para la ejecución del contrato, y B excepciona haber ya ejecutado o que A es ha incumplido o que el contrato es anulable: el juez puede desatender todas estas excepciones y no obstante absolver al demandado apreciando de oficio que el contrato es nulo; ¿por qué no debería hacer lo mismo, apreciando que el contrato es nulo por ilicitud, solo porque el demandado erróneamente excepciona la nulidad por indeterminación del objeto?

Nulidad por razón distinta de la planteada en la demanda

Otro límite resulta del principio de la cosa juzgada. A demanda a B para la declaración de nulidad de su contrato, y la demanda es desestimada con sentencia que A no impugna; si luego B acciona frente a A para la ejecución, el juez de este segundo juicio no puede apreciar de oficio la nulidad que a su criterio presente: lo impide la cosa juzgada.

Cosa juzgada

Es necesario, por otro lado, cuidarse de la creación de cosas juzgadas "implícitas", que en materia no merecen espacio: si en primer grado la demanda de ejecución ha sido estimada, ello no significa que el juez, el cual habría podido desestimarla si hubiera apreciado de oficio la nulidad, no haciéndolo haya implícitamente pronunciado que el contrato no es nulo. Distinto sería, si el demandado hubiera excepcionado la nulidad: la sentencia que estima la demanda contra él se pronuncia sobre la nulidad (con el fin de excluirla), y si no es expresamente impugnada sobre el punto crea cosa juzgada precluyendo la sucesiva apreciación

Cautela con la "cosa juzgada" implícita

de oficio. Es a la luz de todo lo arriba indicado que puede valorarse la máxima jurisprudencial según la cual la nulidad es apreciable de oficio *en todo estado y grado del proceso*, y también en casación (siempre que el correspondiente juicio no implique reconsideraciones sobre elementos de hecho).

Nulidad
relativa

¿Es apreciable de oficio la nulidad relativa? La respuesta radicalmente negativa, argumentada en base a la incompatibilidad lógica de los dos mecanismos, no persuade: como indica ya el signo normativo del art. 1469-*quinquies*³, que tranquilamente los asocia (41.10).

Límites de la
apreciación
de oficio

Es necesario un razonamiento más articulado. Es inadmisibles la apreciación de oficio de la nulidad relativa, cuando exista una *demanda de la parte protegida, sustancialmente incompatible con el resultado que deriva de la apreciada nulidad*: si del contrato bancario no escrito el cliente solicita la ejecución contra el banco, es obvio que la nulidad, como no puede ser opuesta por el banco, del mismo modo no puede apreciarse de oficio por el juez. Pero supongamos que sea el banco el que pide la ejecución contra el cliente, y este la rechace excepcionando que el contrato es usurario o viciado por error: ¿por qué no debería el juez, que aunque no encuentre ni usura ni error, dar, sin embargo, razón al cliente bajo el perfil de la nulidad, apreciada de oficio?

Criterio

Es decir: la nulidad relativa es apreciable de oficio, cuando conduzca a estimar el *petitum* de la parte protegida (aunque por una *causa petendi* distinta de la expuesta).

6. ANULABILIDAD Y PRESCRIPCIÓN

Prescriptibilidad
de la
anulación

Luego de la legitimación, la prescripción es el segundo punto de antitesis entre los regímenes del contrato nulo y del contrato anulable: mientras la acción de nulidad es imprescriptible (art. 1422), "La acción de anulación prescribe a los *cinco años*" (art. 1442¹).

Inicio del
curso

El inicio del decurso es distinto, en razón de la causa de anulabilidad. Si esta depende de incapacidad legal o vicio de la voluntad, la prescripción empieza a correr solo *desde el momento en el que el factor de invalidez es superado*: cumplimiento de la mayoría de edad, revocación de la interdicción o inhabilitación; descubrimiento del error o del dolo, cesación de la violencia (art. 1442²). En todo otro caso (contrato del incapaz natural, del representante en conflicto de intereses, del cónyuge singular sobre el bien inmueble de la comunión, etc.), la disciplina es un poco menos favorable para la parte protegida; la prescripción comienza a correr *desde la celebración del contrato* (art 1442³).

La disciplina de la *suspensión* es la ordinaria. En cuanto a la *interrupción*, puede convenirse que una simple *constitución en mora* no tendría efecto de interrupción; pero quizá es exagerada la tesis, también dominante, de que la interrupción puede producirse solo con el *ejercicio de la acción* (tesis que sustancialmente convertiría a la prescripción en caducidad): no se ve, por ejemplo, por qué no debería reconocerse el efecto de interrupción, *ex art. 2944*, a la declaración con la que el autor del engaño, arrepentido, reconoce que el contrato por él obtenido con el engaño no es válido, y la víctima tiene derecho a las restituciones. La única explicación es empírica: se quiere redimensionar la posición de excesiva ventaja de la parte protegida, dado por el *tiempo demasiado largo* que ésta tiene para decidir la suerte del contrato según sus propias mutables conveniencias, atando a la contraparte en la incertidumbre y en la expectativa.

Suspensión e interrupción

Si la acción prescribe, imprescriptible es en cambio la excepción: "La anulabilidad puede ser opuesta por la parte demandada para la ejecución del contrato, aunque hubiera prescrito la acción para hacerla valer" (art. 1442⁴).

Imprescriptibilidad de la excepción...

De la locución "parte demandada para la ejecución del contrato" la jurisprudencia obtiene la máxima según la cual la posibilidad de invocar la excepción una vez prescrita la acción presupone que el contrato no haya sido aún ejecutado. Puesto en términos tan amplios, la limitación parece excesiva: transferido el derecho y entregada la cosa en base al contrato anulable, es cierto que la ejecución se ha producido; pero si, pasado el quinquenio, el comprador demanda al vendedor por *aliud pro alio*, este puede bien oponer la excepción. Es más apropiado decir que la ultractividad de la excepción presupone que contra la parte protegida se dirija una *demandada que implica la actuación del contrato*.

... y ejecución del contrato...

... a entender en sentido amplio

El resultado práctico de la excepción no es distinto del de la acción, esto es la cancelación de los efectos contractuales: la parte protegida no debe la prestación por la cual ha sido demandada; pero, obviamente, no tiene ya derecho a la contraprestación, y si la ha ya recibido debe restituirla.

efectos de la excepción

7. NULIDAD Y PRESCRIPCIÓN

Como se ha anticipado, "La acción para hacer declarar la nulidad no está sujeta a prescripción" (art. 1422). La derogación al principio general de la prescriptibilidad de los derechos y de las acciones se explica con la propia *ratio* de la legitimación ampliada y de la apreciación de oficio.

Imprescriptibilidad de la nulidad

Sin embargo, la misma norma se preocupa por indicar dos factores capaces de limitar el alcance de la imprescriptibilidad: esta deja a "salvo los efectos de la usucapión y de la prescripción de las acciones de repetición".

Factores limitativos:

El enajenante puede hacer declarar nulo el contrato traslativo incluso tras un tiempo muy largo: pero si en el entretanto el adquirente o sucesivos

usucapión...

causahabientes han usucapido el bien transferido, la declarada nulidad no hace recuperar al originario enajenante la propiedad del bien (ídem, si el bien ha sido en el intervalo adquirido por un tercero de buena fe gracias a la regla "*posesión vale título*" ex art. 1153).

... Y
prescripción
de la acción
de repetición

Del mismo modo, quien hace 17 años ha prestado en base a un contrato nulo puede encontrarse aún habilitado para hacer declarar la nulidad, pero no más habilitado para la recuperación de la prestación hecha en base a este: porque la correspondiente acción (repetición del pago indebido) prescribe a los 10 años.

Este último aspecto, sin embargo, está sujeto a alguna discusión. La conclusión indicada es inevitable, si la acción para repetir la prestación ejecutada en base al contrato nulo se concibe como marcadamente autónoma de la acción de nulidad, y se identifica con la acción de repetición de lo indebido objetivo ex art. 2033. Pero precisamente para ampliar las posibilidades de recuperación del *solvens*, se formula una *más estrecha conexión entre acciones de nulidad y de repetición*: por ejemplo, concibiendo a la acción de repetición como la acción de nulidad misma (del pago, por ausencia de *causa solvendi*); o sustancialmente convirtiéndola en imprescriptible acción de reivindicación del bien transferido con el contrato nulo, bajo el perfil de que este, radicalmente improductivo de efectos, ha dejado la propiedad en el *solvens*.

Otras
preclusiones:

resarcimiento...

A las explícitas reservas del art. 1422 se agrega otra. La nulidad del contrato puede dar a la parte derecho a resarcimiento ex art. 1338 (39.8): pero la supervivencia de la acción de nulidad no salva la acción de resarcimiento de la prescripción, a la que está sujeta.

... e
inscripción
subsanante

Y existe un caso ulterior en el cual la imprescriptibilidad de la acción no impide que el transcurso del tiempo frustré un resultado práctico normalmente vinculado a la nulidad: el caso de la denominada inscripción subsanante (art. 2652, inc. 6). Si la demanda de nulidad de un contrato sujeto a inscripción es inscrita después de 5 años de la inscripción del contrato nulo, la sentencia que la estima no perjudica los derechos adquiridos por terceros de buena fe en base a un título inscrito antes de la inscripción de la demanda de nulidad: *la parte obtiene la declaración de nulidad, pero no recupera el bien*.

La publicidad subsanante se aplica (con alguna diversa articulación) también a la *inscripción de las demandas de anulación*: 39.4. Su *ratio* es la tutela no de una simple confianza, sino de una *confianza reforzada*: firme la necesaria anterioridad de la inscripción de la adquisición del tercero, no basta el estado de buena fe; se precisa que este encuentre objetivo sostén en la ausencia, por un periodo relativamente largo, de impugnaciones publicitadas contra el título del causante.

Otros puntos
de vista

Además de ser un límite al operar de la imprescriptibilidad, en la inscripción subsanante puede verse un límite al operar de otras tradicionales

características de la nulidad: la *insubsanabilidad*, la *retroactividad* y *plena oponibilidad hacia los terceros*, la radical *improductividad de efectos*.

8. LA RECUPERACIÓN DE LOS CONTRATOS INVÁLIDOS

En ciertos casos y bajo ciertas condiciones, el contrato inválido puede ser recuperado. El dato de partida es que el contrato inválido no produce efectos, o produce efectos no estables (39.5): recuperarlo significa *salvar o estabilizar sus efectos*.

La recuperación puede producirse en medidas y formas muy variadas: puede hacer el contrato (establemente) productivo de todos sus efectos, o solo de algunos efectos. Existe, en otras palabras, una gradación en la amplitud e intensidad de los diversos medios de recuperación; y ello depende de la *naturaleza de la invalidez*: en general, la recuperación de los contratos anulables opera con amplitud e intensidad superiores a las que caracterizan la recuperación de los contratos nulos.

En los mecanismos de recuperación de los contratos inválidos se ven otras tantas aplicaciones del principio de conservación del contrato, que se expresa también en la regla interpretativa del art. 1367 (20.9).

Comenzaremos por la recuperación de los contratos anulables. En este ámbito examinaremos primeramente el medio principal de recuperación, es decir, la *convalidación* (38.9-10); y luego ese particular medio de recuperación, aplicable solamente a los contratos anulables por error, que es la *rectificación* (38.11).

Pasaremos después a los contratos nulos. Para ellos, está generalmente afirmado el principio de la *imposibilidad de convalidación*, que marca una de las diferencias entre el régimen entre nulidad y anulabilidad. Pero una general imposibilidad de convalidación *no significa absoluta imposibilidad de recuperación* de los contratos nulos: también ellos, en virtud de actos o hechos de distinta naturaleza, pueden resultar, en alguna medida, productivos de los efectos a los que apuntaban (38.12-13); a parte de ello, pueden resultar productivos de efectos distintos de los originariamente perseguidos (pero siempre funcionales al programa contractual de las partes), con el mecanismo de la *conversión* (38.14).

Se ha mencionado que a la categoría de la invalidez puede en definitiva reconducirse, además del contrato nulo y del anulable, también el contrato sujeto a rescisión. En esta perspectiva, identificamos un ulterior medio de recuperación del contrato inválido: la *reducción a equidad* del contrato rescindible (40.6).

Graduaciones de la recuperación

Principio de conservación

Recuperación de los contratos anulables, ...

... nulos...

... y rescindibles

En cambio es extraño al fenómeno de la recuperación de los contratos inválidos la disciplina de la nulidad parcial del contrato *ex art. 1419¹*, que responde a otra lógica (39.1).

9. LA CONVALIDACIÓN DEL CONTRATO ANULABLE: CONVALIDACIÓN EXPRESA

“El contrato anulable puede ser convalidado” (art. 1444¹), con un acto que se llama justamente convalidación.

La convalidación es, a primera vista, *el medio de recuperación más potente*: con ella el contrato inválido se hace válido, inatacable, plena y establemente productivo de todos sus efectos. Sin embargo, debe notarse que este resultado tan fuerte se alcanza *partiendo de una invalidez “ligera”* cual es la anulabilidad: una invalidez que no impide los efectos del contrato, sino simplemente los hace precarios poniéndolos en las manos de una de las partes (39.6). A la luz de ello, el sentido propio de la convalidación no es hacer el contrato productivo de efectos, sino más bien *estabilizar los efectos del contrato*.

El fundamental resultado práctico de la convalidación es que, al intervenir esta, *el contrato no puede ser ya anulado* (ni la anulabilidad puede ya hacerse valer en vía de excepción).

Sería, por lo demás, impropio dar a la convalidación el sentido solo *negativo* de una renuncia a la acción de anulación. Ella tiene un valor *positivo*, que mira primariamente al contrato celebrado y no a la acción para su anulación: expresa el juicio de la parte respecto a la adecuación del contrato a sus propios intereses, y la voluntad de mantenerlo vivo.

La convalidación no integra ni completa el contrato, ni propiamente lo “subsana”: esta *no remueve el vicio del contrato*, sino *fija el valor del contrato mismo, aunque viciado*. Por lo tanto, la convalidación asume el contrato así como es, y de por sí no es idónea para modificarlo, conforme al principio según el cual el contrato no puede modificarse con acto unilateral de una parte: y la convalidación es, precisamente, *acto unilateral* de la parte legitimada.

Legitimado para convalidar el contrato es *el solo “contratante al cual corresponde la acción de anulación”* (art. 1444¹): aquel en cuyas manos es colocada la suerte del contrato.

Se plantea también aquí el problema de la parte plural o compleja, o de la pluralidad de sujetos legitimados. Cuando cada legitimado tiene respecto al contrato *posición o interés autónomo* (el incapaz y sus causahabientes; los tres copropietarios que venden), la convalidación de uno le precluye la anulación solo a él, mientras que los otros conservan la acción. No así cuando *el interés en juego es único*, y cada legitimación es instrumental a este: si el

Función de la convalidación

Acto unilateral

Parte legitimada

Pluralidad de legitimados

interdicto convalida, el tutor no puede ya anular. El problema se hace más complejo y controvertido en los casos de anulabilidad absoluta.

Se distingue una convalidación expresa y una convalidación tácita.

La convalidación expresa es *el acto con el cual la parte declara convalidar el contrato anulable*. Es un acto negocial, unilateral y (según la opinión dominante) no recepticio.

Convalidación expresa: negocio unilateral no recepticio

Su normal unilateralidad no excluye que la convalidación pueda *insertarse en un contrato*, como parte de su contenido: A y B, partes de un precedente contrato anulable, convienen que A lo convalide y al mismo tiempo que algunas de sus cláusulas sean modificadas, o que B haga una prestación a A. En tal caso la convalidación, que de por sí no tiene causa diversa del interés a convalidar, da causa y recibe causa en el ámbito del más amplio contrato en el que se inserta.

En la tesis más acreditada, la convalidación expresa tiene *forma libre*. Es minoritaria la opinión que la quisiera vinculada a la forma del contrato a convalidar.

Forma

Ella exige más bien dos requisitos de forma/contenido: debe contener "*la mención del contrato y del motivo de la anulabilidad*" (art. 1444¹). Los requisitos aseguran la más puntual determinación del objeto de la convalidación, para garantizar que la correspondiente voluntad se funde en un pleno conocimiento del sentido y del alcance del acto, en el interés del convalidante. Si el contrato es anulable por dos distintos motivos, la convalidación que mencione uno no impide la anulación en base al otro.

Forma/ contenido

Sin embargo, debe impedirse al convalidante jugar deslealmente sobre el equívoco y sobre la incertidumbre respecto a la suerte del contrato: puede entonces plantearse que la falta de los requisitos determine la ineficacia de la convalidación, con la cláusula, de que el convalidante no puede invocarla cuando su invocación sea contraria a la buena fe.

Una *ratio* no lejana de la apenas vista sostiene un ulterior requisito para el operar de la convalidación: que *el convalidante esté "en condición de celebrar válidamente el contrato"* (art. 1444³). Ello significa que no debe más subsistir el vicio determinante de la anulabilidad: es necesario que la parte haya salido de la incapacidad para obrar, haya descubierto el error o el engaño, no tema ya por la amenaza. Si no es así "La convalidación no tiene efecto" (art. 1444³).

Remoción del vicio...

La fórmula ha sido variadamente interpretada: en el sentido de la nulidad, de la anulabilidad, de la ineficacia en sentido estricto. Al respecto se puede decir que el tratamiento de la convalidación hecha en constancia del vicio debe *proteger al convalidante, pero sin descuidar la posición de la contraparte* (que puede dar confianza en la convalidación, y tener un legítimo interés a que no permanezca la incertidumbre sobre la suerte del contrato). Ni la nulidad ni la anulabilidad parecen atendibles; mejor quizá, en adherencia a la letra de la

... bajo pena de ineficacia

norma, hablar también aquí de ineficacia, excluyendo, por lo demás, la invocabilidad cuando su invocación resultaría contraria a la buena fe.

10. LA CONVALIDACIÓN TÁCITA

Ejecución
voluntaria

A la convalidación tácita se dedica el art. 1444²: “El contrato está también convalidado, si el contratante al que corresponde la acción de anulación ha dado voluntariamente ejecución al mismo conociendo el motivo de la anulabilidad” (y si los motivos son varios —debe precisarse— conociéndolos todos).

Los
problemas

La figura plantea dos problemas: *¿qué significa “dar ejecución” al contrato?*; y *¿cuál será la naturaleza (negocial o no negocial) del acto?* Jurisprudencia y doctrina dan respuestas distintas.

Jurisprudencia:
negocio por
hecho
concluyente

Para la jurisprudencia, la convalidación tácita es un negocio realizado mediante un comportamiento concluyente: el “dar ejecución” al contrato tendría relevancia en cuanto índice de la voluntad de convalidarlo. Son idóneas para manifestar tal voluntad no solo la ejecución en sentido estricto, es decir, el *cumplimiento de la prestación* (y en este ámbito tanto la ejecución total cuanto la parcial); pero también *actos que no son cumplimiento, sino ejercicio de derechos dependientes del contrato* (recepción de la prestación de la contraparte, reventa del bien adquirido, activación de garantías).

Consecuencias

Este encuadramiento tiene dos consecuencias divergentes: una extiende el operar del mecanismo, la otra lo restringe. La consecuencia *extensiva* es la amplitud, apenas vista, con la cual se considera el “dar ejecución”: lo que cuenta es solo la aptitud del acto para significar la voluntad de convalidación, o su incompatibilidad con una voluntad distinta. Precisamente en esto se inserta la consecuencia *restrictiva*. Si la convalidación tácita es un negocio, no puede operar donde no esté soportada por *voluntad consciente e íntegra de producir el efecto convalidante* (faltando lo cual, está por lo menos sujeta a impugnaciones); también una plena ejecución del contrato puede así ser despojada de valor convalidante cuando no exprese con claridad semejante voluntad, y a mayor razón cuando esté acompañada de una reserva que indica que, en la intención de la parte, la ejecución no vale convalidación.

Doctrina:

acto no
negocial

En doctrina prevalece un encuadramiento distinto. La ejecución del art. 1444² es *solo el cumplimiento*: esta convalida el contrato *ope legis* y no como efecto de voluntad negocial; en esta perspectiva, la convalidación tácita no es un negocio sino más bien un *acto jurídico en sentido estricto con efecto legal*. Con relevantes consecuencias prácticas: *no está sujeta a las impugnaciones* que protegen el conocimiento y la integridad del querer negocial; no puede fácilmente ser neutralizada por una *protestatio* contraria (irrelevancia, en línea de tendencia, de la reserva con que se acompañe la ejecución).

Los actos distintos de la ejecución en sentido estricto pueden dar lugar a convalidación (bajo el presupuesto de que no tenga vínculos de forma) solo si tienen valor de comportamientos concluyentes. En tal caso deben hacer cuentas con los requisitos del art. 1444¹: su ausencia dará lugar a una convalidación ineficaz; pero la invocación de la ineficacia estará precluida cuando resulte contraria a la buena fe.

También para la convalidación tácita vale el requisito del art. 1444³: el convalidante debe estar “en condición de celebrar válidamente el contrato”, es decir libre del vicio que había causado la anulabilidad.

11. LA RECTIFICACIÓN DEL CONTRATO ANULABLE (POR ERROR)

La rectificación es un particular medio de recuperación del contrato anulable por error. Consiste en el ofrecimiento, hecho por la parte contraria a la que erró, de *ejecutar el contrato “de modo conforme al contenido y a las modalidades” que la que cometió el error pretendía celebrar*. Ante el ofrecimiento de la contraparte, la parte en error “no puede demandar la anulación del contrato”: efecto del ofrecimiento es, por lo tanto, como recita la sumilla del art. 1432, el “mantenimiento del contrato rectificado”.

Mantenimiento del contrato rectificado

El ofrecimiento de rectificación es un *negocio unilateral recepticio*. Cumplirlo es un *derecho potestativo* de la parte no en error, que quiere evitar las consecuencias de la anulabilidad. O mejor, está en el poder discrecional de esta parte decidir si ofrecer o no la rectificación (que no puede ser pretendida por la parte en error, ni dispuesta de oficio por el juez). Su poder está vinculado en los contenidos: para impedir la anulación él tiene la carga de remodelar el reglamento contractual en términos conformes al programa de la parte en error (o, con todo, satisfactorios para esta).

Ofrecimiento de rectificación

El derecho al mantenimiento del contrato rectificado encuentra otro límite, coincidente con el “perjuicio” que “pueda derivar” a la parte en error: parámetro que atiende esencialmente al *tiempo en el cual es ofrecida la rectificación*.

Preclusión: el “perjuicio” de la parte en error

En línea de principio, el poder de rectificación puede ejercitarse sin límites de tiempo, como poder igual o contrario al de hacer valer la anulabilidad. Dentro del plazo de prescripción de la acción de anulación, puede impedirla o contrastarla. Pero puede hacerse valer también más allá de tal plazo: frente a la excepción de anulabilidad, opuesta sin límites de tiempo por la parte en error demandada para la ejecución del contrato, el actor puede neutralizarla ofreciendo la rectificación. Con esta premisa, en línea teórica, el ofrecimiento de rectificación podrá resultar *concretamente impracticable en cuanto tardío*: es decir, planteada cuando mantener el contrato aunque rectificado crearía “perjuicio” a la parte en error, que no tiene más interés en él (por ejemplo porque ya se ha procurado la prestación estipulando otro contrato).

Tiempo de la rectificación

Defensas de la parte en error contra la rectificación

Estas reglas identifican las posibles defensas de la parte en error que quiera liberarse del contrato, frente al ofrecimiento de rectificación promovido por la contraparte: ella debe oponer que *el contenido del ofrecimiento no es idóneo* para regresar el contrato a los términos por ella programados; o bien que, por la tardanza del ofrecimiento, el mantenimiento del contrato aunque rectificado le ocasionaría perjuicio. Juzgar sobre el fundamento de estas defensas es tarea nada fácil para el juez, que deberá guiarse por el principio de la buena fe contractual.

12. LA INSUBSANABILIDAD DEL CONTRATO NULO: REGLA Y EXCEPCIONES

Mientras el contrato anulable puede ser plenamente recuperado a través de la convalidación, para el contrato nulo el más fuerte medio de recuperación no puede generalmente operar: "El contrato nulo no puede ser convalidado, a menos que la ley disponga lo contrario" (art. 1423).

Razones para la insubsanabilidad

La no convalidación del contrato nulo viene sugerida por la *legitimación ampliada* para hacer valer el vicio, que implicaría una legitimación a la convalidación igualmente ampliada y dispersa, con todos los inconvenientes y las incertidumbres consecuentes (el problema se plantea también para el contrato anulable, en los casos de legitimados plurales: pero allí es una excepción, mientras que aquí sería la regla). Pero la *ratio* está sobre todo en el *interés general* que gobierna el régimen de las nulidades, y que sugiere *sustraer el remedio de la libre disponibilidad* de las partes interesadas.

Aunque alguna máxima jurisprudencial parece decir lo contrario, el art 1423 hace impracticable también la *renuncia a la acción de nulidad*: que, si es admitida, eludiría y haría vana la prohibición de convalidar el contrato nulo.

Márgenes de recuperabilidad

Bajo esta premisa, decir que el contrato nulo no puede generalmente ser convalidado no significa que no pueda nunca ni de ninguna manera ser recuperado.

Excepciones a la insubsanabilidad

En primer lugar, la no convalidación está fijada sí como regla, pero en términos que prefiguran posibles excepciones ("[...] a menos que la ley disponga lo contrario").

Subsanación de la donación nula: confirmación o voluntaria ejecución

Una notable excepción se refiere a la denominada subsanación de la donación nula: "La nulidad de la donación... no puede ser hecha valer por los herederos o causahabientes del donante que, conociendo la causa de la nulidad, han, *tras su muerte*, confirmado la donación o le han dado voluntaria ejecución" (art. 799). Quien subsana —confirmando o ejecutando la

donación nula— pierde la posibilidad de invocar la nulidad; la donación se convierte, respecto de él, en productora de efectos.

La subsanación no es plenamente asimilable a la convalidación, sobre todo por un dato: protagonista de la convalidación es la parte (protegida) del contrato anulable, en cambio la subsanación de la donación nula *puede ser cumplida solo por sujetos extraños al contrato, esto es herederos o causahabientes del donante*, mientras que está precluida al donante y mucho más al donatario. No obstante, muchos significativos elementos la acercan a la convalidación. Por lo pronto, la doble versión en la cual puede presentarse: “expresa”, cuando se produce *por confirmación*; y “tácita”, cuando se produce *por ejecución* (variante, esta última, destinada a aplicarse solo marginalmente, presuponiendo el caso raro de una donación aún por ejecutar a la muerte del donante). Y luego, sobre todo, la *conciencia* y la *intencionalidad* del acto, implícitos en los requisitos del conocimiento de la nulidad y en la voluntariedad de la ejecución.

Subsanación y convalidación: diferencias...

... y semejanzas

Se discute si la subsanación tenga el sentido —positivo— de *hacer el acto eficaz ante sí*, o bien aquel —solo negativo— de una *mera renuncia a la acción de nulidad*. Pueden derivar consecuencias distintas para el caso de pluralidad de herederos, de los cuales uno solamente confirme: la tesis de la simple renuncia a la acción permitiría a los otros obrar para la nulidad de toda la donación y así destruirla integralmente; la otra tesis (que parece preferible) sugiere, en cambio, que la confirmación hace la donación inatacable en la cuota del confirmante, de manera que la nulidad invocada por los otros deja la donación eficaz en cuanto a tal cuota.

Sentido de la subsanación

La subsanación por “confirmación” resuena a propósito de los contratos con efectos reales sobre inmuebles, nulos por *falta de mención de los extremos de regularidad urbanística*: ellos pueden ser “confirmados”, por las partes o también por una sola de ellas, con sucesivo acto que contenga la mención omitida y tenga la misma forma del acto nulo (arts. 17^º y 40^º Ley 47/1985).

Especial subsanación por confirmación

En segundo lugar, la convalidación es solo un medio (el más fuerte) de recuperación del contrato inválido, pero no el único medio: excluir a los contratos nulos de la posibilidad de convalidación deja abierta la posibilidad de aplicarles otros medios de recuperación, distintos de la convalidación. Se trata de mecanismos que prescinden de cualquier voluntad comercial; y consisten en *actos o hechos a los que la ley vincula de manera objetiva la consolidación de los efectos programados con el contrato nulo*, o al menos de algunos entre estos.

Otros medios de recuperación no negociales:

Un factor de recuperación puede resultar de dispositivos procesales. El contrato que resulta de *escritura con firma falsa* es nulo: pero si el aparente suscriptor, contra el cual la escritura es presentada, no desconoce oportunamente la firma *ex arts. 214-215 CPC*, el contrato opera, no pudiendo más ser atacado bajo ese perfil de nulidad.

procesales...

... y
sustanciales

En el plano sustancial operan dos importante factores de recuperación: la ejecución y la publicidad (38.13).

13. EJECUCIÓN Y PUBLICIDAD COMO FACTORES DE RECUPERACIÓN

Ejecución del
contrato de
trabajo nulo

La ejecución opera por sí sola como factor de recuperación en el caso del contrato de trabajo nulo, *ex art. 2126*: "La nulidad... del contrato de trabajo no produce efecto por el periodo en el cual la relación ha tenido ejecución". (Análoga previsión en tema de aparcería: art. 3² Ley 756/1964). La prestación de hecho del trabajo en base a contrato nulo es la principal figura invocada bajo la categoría doctrinal de las "relaciones contractuales de hecho" (2.8): el fenómeno puede explicarse diciendo, figuradamente, que *la ejecución "subsana" el contrato*; o, más propiamente, que *este produce o fija efectos conformes a los programados con el contrato nulo*.

Límite: Ilícitud

Sin embargo, el mecanismo encuentra un límite en el motivo de nulidad: el contrato no se recupera ni siquiera con la ejecución, si "la nulidad deriva de la *ilícitud del objeto o de la causa*". Cuando el contrato es nulo sin ser ilícito, el hecho de la ejecución pone en la sombra el interés para cancelar los efectos, predominando el interés a regular las relaciones entre las partes: y el mejor parámetro de la regulación está individualizado en las mismas previsiones contractuales. Pero cuando el contrato es ilícito, su *disvalor social* es tan fuerte que lo hace *implanteable como parámetro para modelar la disciplina de la relación*: domina el interés por truncar de cualquier manera todos los efectos contractuales.

Ratio

Subprovisión

Otro caso en el cual la ejecución recupera efectos del contrato nulo resulta de la legislación especial: nulo por vicio de forma el contrato de subprovisión (41.16), "el subproveedor tiene derecho al pago de las prestaciones ya efectuadas" (art. 2¹ Ley 192/1998).

Algunos ven la ejecución como autónomo factor de recuperación también respecto a los *contratos reales gratuitos*: un comodato o un depósito gratuito serían nulos por falta de causa si son puramente consensuales; pero se convierten en productores de efectos desde el momento en el cual son ejecutados, con la *traditio* (16.9).

Ejecución y
tiempo

A veces la ejecución es factor de recuperación solo en combinación con el factor tiempo. Si el contrato nulo programa la transferencia de un derecho u otra prestación a cargo de una parte, la cual entrega la cosa o ejecuta la prestación, y después se abstiene de hacer valer la nulidad y el consecuente derecho a las restituciones, *usucapión* y *prescripción* pueden, con el tiempo, consolidar definitivamente los efectos programados con el contrato nulo.

La publicidad
como factor
de
recuperación:

También la publicidad opera en varios casos como factor de recuperación del contrato nulo. El ejemplo más relevante está dado por el régimen

de la sociedad nula, también invocado en los discursos sobre las relaciones contractuales de hecho. En virtud del art. 2332, la *inscripción de la sociedad nula en el registro de las empresas* precluye la declaración de nulidad por motivos distintos de los del primer párrafo, y deja a salvo los actos sociales cumplidos en época sucesiva, que teóricamente debería ser arrastrados por la nulidad (segundo párrafo). Además, la *sucesiva inscripción de una modificación que elimine la causa de nulidad* presente en el acto constitutivo, impide que este sea declarado nulo (tercer párrafo): algo así como una "subsanción" realizada con el concurso de la voluntad social y el mecanismo publicitario.

sociedad nula

A veces el contrato nulo se recupera asociando publicidad y transcurso del tiempo, cuyo juego combinado consolida los efectos: así con la inscripción, no por nada "subsancante", *ex art. 2652, inc. 6 (38.7)*.

Publicidad y tiempo:
Inscripción
subsancante

Un modo realista de explicar todos estos fenómenos de recuperación es la categoría del supuesto de hecho complejo, de formación progresiva: los efectos que finalmente se producen derivan de un supuesto de hecho compuesto por el contrato nulo y, en adición, por un ulterior elemento (a veces la confirmación, la ejecución, la publicidad, el transcurso del tiempo).

Supuestos de hecho complejos de formación sucesiva

Un notable ejemplo de recuperación del contrato nulo parece salir de la disciplina de los locaciones habitacionales. Se supone una locación doblemente nula: porque no reviste forma escrita (y la norma lo llama *locación "de hecho"*), y porque establece, en desventaja del conductor, *condiciones perjudiciales* respecto a las queridas por la ley: bien, el conductor puede hacer valer en juicio la eficacia de ese contrato, con los diversos contenidos de ley (art. 12^o Ley 431/1998). Pero el resultado se obtiene ya de dos mecanismos conocidos: la *nulidad relativa*, por el cual solo el conductor puede hacer valer el defecto de forma; y la *integración imperativa*, mediante sustitución automática de los contenidos contractuales ilícitos (21.11).

Locación habitacional

14. LA CONVERSIÓN DEL CONTRATO NULO

La conversión es un *medio de recuperación del contrato nulo, que salva sus efectos transformándolos en efectos distintos*. La establece el art. 1424: "El contrato nulo puede producir los efectos de un contrato distinto", cuando resulte que *las partes "lo habrían querido de haber conocido la nulidad"*.

Art. 1424

Algunos ejemplos. El pacto de no enajenar es nulo porque su duración excede "convenientes límites de tiempo" (art. 1379): pero puede convertirse

en pacto que vincula al obligado por un tiempo reducido dentro de los límites “convenientes”. El contrato oral con el cual se constituye un usufructo sobre inmueble es nulo por defecto de forma: sin embargo, puede convertirse en contrato de locación.

Requisitos:
de forma...
... y de
sustancia

Para que el mecanismo opere, es necesario que el contrato de partida (nulo) tenga “los requisitos de sustancia y de forma” previstos para el contrato de llegada (fruto de la conversión): es la misma fórmula usada para el contrato disimulado (31.6). Así, la conversión de usufructo en locación no sería posible si el contrato estableciera, por ejemplo, una duración de 12 años, porque carecería de la forma escrita requerida también para la locación mayor a nueve años. Los requisitos “de sustancia” son los necesarios para la identificación y la validez del contrato. Se quiere expresar, en definitiva, la obviedad según la cual un contrato nulo no puede convertirse en un contrato que sería a su vez nulo.

Principio de
conservación
Principio de
buena fe
como base de
la conversión

Una fórmula traslativa ve *ratio* y fundamento de la conversión en el principio de conservación del contrato. Pero este principio es neutro respecto al equitativo y racional ajuste de los intereses en juego. Si la regla sirve para ajustar los intereses de las partes según justicia y eficiencia, mejor anclarla al principio de buena fe. Nula *ex art.* 1379 la prohibición de enajenación estipulada a cargo de A y a favor de B por 30 años, B quedaría satisfecho con una prohibición que dure un año (ciertamente compatible con el art. 1379): es la buena fe que sugiere que la conservación se produzca, en la misma medida en la que sería contrario a la buena fe la conducta de A que, después de haber suscrito un vínculo treintañal, no solo rechace —como es justo— un vínculo tan pesado, sino rechace también el razonable vínculo de un año.

Este planteamiento ayuda a orientarse en el contraste entre teorías “subjetivas” y “objetivas” de la conversión, y también en la solución de algunos problemas prácticos.

Teorías
subjetivas
Teorías
objetivas

Los subjetivistas vinculan la conversión a la voluntad de las partes, y aunque sea a su *voluntad “hipotética”*. Puede objetarse que indagar una voluntad, por definición inexistente, sería ejercicio vacuo en cuanto dirigido a un objeto ficticio; el criterio de la voluntad hipotética haría los juicios equívocos e ingobernables. Los objetivistas audaces vinculan la figura a un *automatismo de fuente legal*. Puede objetarse que la conversión sirve no ya para satisfacer una superior y abstracta voluntad de ley, sino a ajustar concretamente los intereses de las partes, “teniendo en cuenta el fin perseguido” por estas (art. 1424).

Fundar la conversión en el principio de buena fe permite escapar de estas posiciones extremas. La conversión opera cuando los diversos efectos que resultan son *coherentes con el programa contractual* elaborado por las mismas partes, de manera que rechazarlos sería contrario a la buena fe. Por lo demás, el juicio de coherencia debe fundarse no en indagaciones psicológicas, sino en *criterios objetivos* deducidos del contenido y del contexto del contrato.

Rechazo de los extremos

El juicio sobre la conversión puede ser problemático: porque el resultado de la conversión no está predeterminado, de manera que *se puede encontrar eligiendo entre varias posibles conversiones*. El pacto de no enajenar, nulo por duración excesiva, podría convertirse tanto en un pacto de no enajenar por duración más breve, cuanto —firme la duración pacticia— en un pacto de prelación: en los carriles marcados por las demandas y por las excepciones de las partes, el juez deberá elegir, entre las dos conversiones posibles, la más adherente al programa contractual originario.

Problemática del juicio

La tesis de la conversión como automatismo legal, operante *ipso iure*, puede sugerir que ésta sea apreciable de oficio. Sin embargo, la idea debe ser rechazada. El art. 1424 dice que el contrato nulo “puede producir” los diversos efectos de la conversión, no que los produce sin más: el ámbito de esta “posibilidad” está marcado por la iniciativa de la parte interesada en ellos. Ellò es coherente con la *ratio* del mecanismo: si éste sirve para ajustar equilibradamente los intereses de las partes, es obvio que este ajuste —es decir, el “si” y el “como” de los diversos efectos contractuales— dependa de la iniciativa de los interesados, del juego de las demandas y de las excepciones de la parte.

No apreciable de oficio

La tesis de la conversión como fruto de voluntad hipotética puede sugerir que esta presuponga la *ignorancia de las partes respecto a la nulidad*. También esta idea debe ser rechazada. La conciencia de la partes de haber celebrado un contrato nulo no excluye que, según la buena fe, puedan y deban quedar firmes entre ellas efectos contractuales distintos de los programados, compatibles con el originario programa común.

Discutible es también la inadmisibilidad, afirmada en jurisprudencia, de la conversión que lleve al contrato nulo a producir los efectos de un acto unilateral.

Se afirma que la conversión es imposible cuando el contrato es (nulo porque) ilícito. Ello puede ser verdad en la mayor parte de los casos, pero no siempre. La conversión está excluida cuando es *ilícito el “fin perseguido por las partes”*, como decir la causa o el motivo común del contrato: el contrato fruto de la conversión debe ser coherente a tal “fin”; pero si lo es, ¡resulta a su vez ilícito! Sin embargo, si el contrato es nulo porque una norma imperativa prohíbe deducir la prestación acordada, ¿por qué excluir la conversión en un contrato con una *prestación remodelada*, que sea al mismo tiempo consentida por la ley e idónea para realizar el programa contractual originario?

Contrato ilícito

Distinción

Se excluye indudablemente la conversión de contrato inexistente.

Conversión
formal

Fenómeno distinto de aquel del art. 1424 es la denominada conversión formal. Se produce cuando *el contrato, celebrado en una forma en la que falte algún requisito, vale como contrato celebrado en una forma distinta, cuyos requisitos estén todos presentes*: si las partes contratan por escritura pública, y esta no puede valer como tal porque falta la suscripción del notario, el contrato (que esté al menos suscrito por las partes) se considera hecho por escritura privada (art. 2701). Esta no es verdadera conversión: el contrato produce exactamente los efectos programados, y no efectos distintos; distinta es solo la calificación de su forma.

Conversión
legal:

Escapa a la lógica del art. 1424 también la denominada conversión legal, que concurre cuando —frente a un negocio nulo, o incapaz de producir los efectos programados— *es la misma ley la que dispone la producción de otros efectos, correspondientes a un distinto negocio*, prescindiendo de la valoración en concreto sobre la coherencia de los nuevos efectos con el “fin perseguido por las partes”.

supletoria...

Puede hacerlo con un espíritu de sustento de la autonomía privada, según la lógica de la integración supletoria: por ejemplo, el endoso cambiario posterior al protesto vale como cesión ordinaria de crédito (art. 24¹ Ley camb.); la concesión de servidumbre por parte del singular copropietario del fundo vale como promesa obligatoria de permitir la actividad correspondiente a la servidumbre (art. 1059¹). O bien en un espíritu de corrección imperativa de la autonomía privada, también en abierto contraste con el “fin perseguido por las partes”. Ha ocurrido así con los *contratos agrarios de tipo asociativo*: la animadversión alimentada hacia ello ha inducido al legislador a disponer su conversión en el más apreciable tipo del alquiler (arts. 25 y ss. Ley 203/1982).

... 0
imperativa

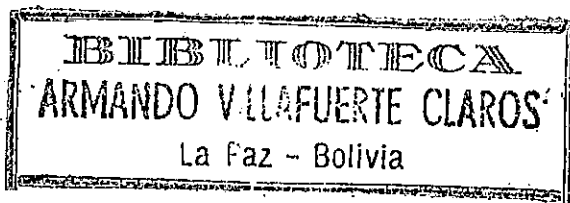
BIBLIOGRAFÍA

- 1-13. S. MONTICELLI, *L'azione di nullità del contratto*, en *Contratti Cendon*, X, Torino, 2000, p. 182; A. GENTILI, *Le invalidità*, en *Trattato contratti Rescigno*, II, Torino, 1999, p.1257; I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale – Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998; R. SACCO, *Nullità e annullabilità*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XII, Torino, 1995, *ad vocem*; A. GUARNIERI, *L'azione di nullità (Riflessioni sistematiche e comparatiche)*, en *Rivista di diritto civile*, 1993, I, p. 41; G. IUDICA, *L'azione di annullamento*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, 2, Torino, 1991, p. 836; A. BONFILIO – V. MARICONDA, *L'azione di nullità*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone, I contratti in generale*, vol. IV, 1, Torino, 1991, p. 463.

- 2-5. P.M. PUTTI, *La rilevabilità d'ufficio e la legittimazione ad agire nell'azione di nullità*, en AA.VV., *I precedenti*, al cuidado de G. Alpa, en *Giurisprudenza sistematica de diritto civile e commerciale*, fundada por W. Bigiavi, II, Torino, 2000, p. 837; G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, en *Contratto e impresa*, 1999, p. 1332; G. DE FAZIO, *Cause di impugnativa contrattuale e rilievo di ufficio della nullità*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1998, I, p. 127; M. FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto*, en *Il Codice Civile. Commentario*, dirigido por P. Schlesinger, Milano, 1997; G. VIDIRI, *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, en *Giustizia civile*, 1997, I, p. 2464; N. ABRIANI, *Il rilievo d'ufficio della nullità delle delibere assembleari: verso un superamento dei tradizionali limiti giurisprudenziali?*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, p. 979; R. CATALANO, *Inadempimenti reciproci e rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1995, p. 177; S. MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, en *Rivista di diritto civile*, 1990, I, p. 669; G. MASSETANI, *Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, en *Il Foro italiano*, 1989, I, p. 1937; M. NUZZO, *Sulla rilevabilità d'ufficio del difetto di forma convenzionale*, en *Giustizia civile*, 1980, I, p. 2239; G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificatamente approvate per iscritto*, en *Rivista di diritto civile*, 1976, I, p. 480; L. CARIOTA FERRARA, *Annulabilità assoluta e nullità relativa*, en *Studi in memoria di Scorza*, Roma, 1940, p. 73.
- 6-7. C. CONSOLO, *"Imprescrittibilità" della c.d. eccezione di annullabilità e parte convenuta per l'esecuzione: spunti sistematici*, en *Corriere giuridico*, 2000, p. 95; M. MAIENZA, *In tema di decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di annullamento*, en *Corriere giuridico*, 1993, p. 816; M. COSTANZA, *Annullamento del contratto concluso dall'incapace naturale: imprescrittibilità dell'eccezione e decorrenza del termine di prescrizione dell'azione*, en *Giustizia civile*, 1986, I, p. 2252; U.G. NANNINI, *La prescrizione dell'azione di annullamento nei contratti dell'incapace*, en *Rivista di diritto civile*, 1979, II, p. 20; F. MESSINEO, *Imprescrittibilità dell'azione di nullità ed effetti compatibili con essa*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1966, p. 1.
- 8-10. G.B. FERRI, *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, IV, Torino, 1989, *ad vocem*; G. PIAZZA, *Convalida del negozio giuridico*, en *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1988, *ad vocem*; G. PIAZZA, *La convalida tacita nel diritto privato*, Milano, 1980; G. PIAZZA, *La convalida nel diritto privato*, Milano, 1973; G. PROSPERETTI, *Sulla convalida del negozio giuridico*, en *Studi in onore di Santoro Passarelli*, III, Napoli, 1972, *ad vocem*; E. GIACOBBE, *Convalida*, en *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, *ad vocem*; E. BETTI, *Convalida o conferma del negozio giuridico*, en *Novissimo digesto italiano*, IV, Torino, 1958, *ad vocem*; L. BARASSI, *Teoria della ratifica del contratto annullabile*, Milano, 1898.
11. E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973.
- 12-14. F. DI MARZIO, *Efficacia del contratto nullo*, en *Contratti Cendon*, X, Torino, 2000, p. 153; S. SANTORO, *Il recupero del contratto nullo*, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fundada por W. Bigiavi, *I precedenti*, al cuidado de G. Alpa, II, Torino,

2000, p. 863; G.B. FERRI, *Il c.d. recupero del negozio invalido*, in *Le anamorfofi del diritto civile attuale*, Padova, 1994, p. 413; A. BONFILIO - V. MARICONDA, *Il recupero del contratto nullo*, in *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, 1, Torino, 1991, p. 519; R. TOMMASINI, *Sanatoria*, in *Enciclopedia giuridica*, XLI, Roma, 1989, *ad vocem*; C. MACRÌ, *Contratto e persona giuridica nella società di capitali nulla*, in *Rivista di diritto civile*, 1984, I, p. 21; A. NEGRI, *Il recupero dell'atto nullo mediante esecuzione*, Napoli, 1981; A. BORGIOI, *La nullità della società per azioni*, Milano, 1977; C. ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975; F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974; F. GAZZONI, *Il negozio di conferma della donazione nulla e la sua forma*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1968, II, p. 313; G.B. FERRI, *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1963, II, p. 271; A. AURICCHIO, *La conferma del negozio nullo e la sua forma*, in *Il Foro italiano*, 1956, I, p. 122; G. FERRI, *La conversione del negozio giuridico*, in *Nuovo digesto italiano*, IV, Torino, 1938, *ad vocem*.

14. A. LUMINOSO, *Alienazione di "scatola d'aria" e conversione in costituzione di diritto di superficie*, in *Rivista giuridica sarda*, 1999, p. 121; I. CIMATTI, *Sull'ammissibilità della conversione in affitto di un contratto associativo mediante accordo orale*, in *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, 1999, p. 86; F. LUNARDON, *Sulla conversione del contratto di formazione e lavoro in contratto di lavoro a tempo indeterminato*, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, p. 482; A. MAGRÌ, *Conferimento immobiliare in società di fatto, principio di conservazione e conversione del contratto nullo*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1999, I, p. 589; I. CANFORA, *Le sezioni unite sulla qualificazione giuridica della conversione dei contratti associativi*, in *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, 1995, p. 153; F. ASTONE, *In tema di fideiussione del socio in favore di una società in nome collettivo e di conversione del negozio nullo*, in *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, 2, p. 1093; G. GANDOLFI, *Il principio di conversione dell'atto invalido: fra continenza "sostanziale" e volontà "ipotetica"*, in *Rivista di diritto civile*, 1990, I, p. 197; P. GIANNITI, *Conversioni contrattuali proprie ed improprie*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 1124; G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido. Il problema in proiezione europea*, Milano, 1990; V. FRANCESCHELLI, *Conversione del negozio nullo*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, IV, Torino, 1989, *ad vocem*; A. DE CUPIS, *Lineamenti essenziali della conversione del contratto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989, p. 429; G. DE NOVA, *Conversione (conversione del negozio nullo)*, in *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1988, *ad vocem*; M. NUZZO, *Note sulla conversione dei negozi giuridici*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1982, p. 1896; A. AURICCHIO, *In tema di conversione del negozio illecito*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1954, II, p. 253; L. DE SIMONE, *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Napoli, 1946.



CAPÍTULO XXXIX

EL TRATAMIENTO DE LOS CONTRATOS INVÁLIDOS: OTROS PERFILES

1. La nulidad parcial del contrato.— 2. Cuando el art. 1419¹ está fuera de juego: en particular, la integración legal del contrato parcialmente nulo.— 3. Nulidad y anulabilidad en el contrato plurilateral.— 4. Nulidad, retroactividad y terceros.— 5. Anulación, retroactividad y terceros.— 6. Los efectos del contrato nulo y del contrato anulable.— 7. Nuevamente sobre invalidez, nulidad y anulabilidad.— 8. La responsabilidad por celebración de contrato inválido.— *Bibliografía.*

1. LA NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO

La nulidad puede afectar *el contrato como un todo*: por ejemplo, la venta de un bien que está fuera del comercio; la venta inmobiliaria hecha verbalmente; el contrato traslativo sin causa de transferencia.

Pero puede también afectar a *singulares partes o cláusulas* del contrato: por ejemplo, A vende a B a cambio de un precio, al cual se agrega el compromiso de B de contratar sin concurso al hijo de A en la municipalidad de la cual el mismo B es el alcalde (compromiso nulo por ilicitud del objeto); X arrienda a Y, y una cláusula establece que al término de la locación Y tenga la opción de la adquisición del bien locado (cláusula nula por indeterminación del precio de adquisición). En estos casos se plantea un problema que en los casos precedentes no surge: ¿la nulidad *se limita a la parte directamente afectada* sin tocar el resto del contrato (de manera que queda en pie la venta sin el compromiso de B a contratar al hijo de A, o la locación sin opción final a favor de Y)? O, ¿la nulidad de la parte singular o cláusula *se extiende a todo el contrato*, arrastrando a toda la venta o a toda la locación?

El problema

Responde el art. 1419, este contiene en el primer párrafo una regla, de la cual se habla ahora. La regla es puesta fuera de juego en algunos casos, el más notable es el contemplado en el segundo párrafo: se hablará de él luego (39.2).

Art. 1419¹

La regla del art. 1419¹ es que la nulidad de una parte del contrato determina la nulidad de todo el contrato “si resulta que *los contratantes no lo habrían celebrado sin aquella parte de su contenido que es afectada por la nulidad*”. Para su comprensión y correcta aplicación es necesario aclarar: *ratio* y fundamento de ella; los criterios para decidir, operativamente, sobre la alternativa entre nulidad solo parcial y nulidad total; algunos perfiles procesales.

Fundamento:

principio de la causa

... y buena fe

El art. 1419¹ se basa en el principio de la causa, y en la buena fe contractual. La nulidad que cancela una parte del contrato *altera su equilibrio*, haciendo sobrevivir un *contrato “distinto”* de aquel que las partes habían celebrado: un contrato que ha perdido su original razón justificadora (su causa), porque en él los sacrificios y las ventajas no están ya distribuidos en el modo en el que las partes lo habían programado. Este distinto contrato podría favorecer a una parte, y penalizar a la otra, en modo injusto y contrario a la buena fe: la nulidad total, aniquilando también el contrato residuo, es el remedio capaz de evitar un resultado tan indeseable.

Ejemplo

Reconsideremos el ejemplo de la locación acompañada de opción nula, imaginando que el interés fundamental del conductor-opcionario esté dirigido no tanto a la locación cuanto a la adquisición final, y que el precio de la opción esté incorporado en las rentas, fijadas por encima del nivel del mercado precisamente para remunerar la ventaja agregada dada al conductor con la opción. Caída la opción, la permanencia de la locación tendría estas desagradables consecuencias: el contrato perdería la causa por la cual las partes habían contratado, viniendo a menos un elemento de la razón original de intercambio; el conductor-opcionario quedaría vinculado a una locación que, sin la opción, no le interesa; además pagaría mucho más caro que el valor de locación del mercado. Si frente a todo ello el locador-concedente pretendiera mantener firme la locación, su pretensión sería contraria a la buena fe; la buena fe impone que también la locación sea cancelada, y el remedio *ad hoc* es precisamente la nulidad total del contrato.

Voluntad “hipotética”: metáfora subjetiva...

... de un juicio sobre bases objetivas

Los criterios de decisión deben ser objetivos, y no psicológicos. El art. 1419¹ evoca la voluntad de las partes, en términos que sugieren la fórmula de la “voluntad hipotética” (“[...] no lo habría celebrado [...]”), como lo hace el art. 1424 a propósito de la conversión (38.14). Vale por ello el mismo razonamiento: “voluntad hipotética” es la metáfora en clave subjetiva para indicar *la confrontación entre el orden de intereses sometido al programa contractual originario y el distinto orden de intereses que nacería del contrato residuo*.

Si este último es razonablemente compatible con el primero, sería contraria a la buena fe la pretensión de la parte de sustraerse a un vínculo

contractual que, en sustancia, equivale al asumido: la nulidad es solo parcial. En cambio, si la confrontación dice que la lógica originaria de todo el contrato sale trastornada por el contrato residuo, entonces sería contraria a la buena fe la pretensión de la parte de amarrar a la otra a este contrato trastornado: la nulidad es total. La confrontación entre los dos órdenes contractuales, y el consecuente juicio de compatibilidad, deben ser conducidos sobre elementos objetivos: en el ejemplo citado será decisivo el precio de la renta, para entender si este incorpora una contraprestación de la opción; mas en general, será decisivo cualquier elemento del cual deducir la intensidad del interés del conductor-opcionario respecto a la opción.

La *ratio* de la nulidad total, como remedio ofrecido a la parte contra el desequilibrio contractual que la afecta, sugiere la solución de los problemas procesales.

Problemas
procesales

La nulidad total no puede ser apreciada de oficio por el juez: si el conductor-opcionario acciona la locación residual, quiere decir que esta le satisface aun sin opción, según una *valoración del propio interés* a la cual el juez no puede superponer una valoración contraria; si el contrato es accionado por el locador-concedente, corresponde al conductor-opcionario oponer, con una típica excepción de parte, que sin opción el contrato estaría injustamente desequilibrado en su daño (de allí la nulidad total).

Nulidad total:
no apreciable
de oficio...

La nulidad total *puede hacerse valer solo por la parte afectada por el desequilibrio inducido por la nulidad parcial*, y no por la otra: si el conductor-opcionario quiere mantener el contrato también desequilibrado en su daño, sería caprichosa la invocación de la nulidad total por obra de la otra parte, cuya nulidad parcial dona generosamente un más ventajoso equilibrio contractual.

... y relativa

Probar los presupuestos de la nulidad total es carga de la parte legitimada para hacerla valer.

Carga de la
prueba

A la luz de todo ello, la nulidad *ex art. 1419¹* parece una nulidad *sui generis*, fuertemente inclinada hacia el área de los *remedios en protección de los intereses de la parte*.

El remedio de la nulidad total no es subrogable con una adecuación judicial del contrato residuo. Si subsisten los presupuestos porque la locación con opción nula sea enteramente nula, no puede el juez salvarla de oficio con maniobras de reequilibrio como por ejemplo la reducción de la renta pactada. Nos podemos preguntar, en cambio, si no sería posible pensar en un *ofrecimiento de reequilibrio por obra de la parte* contra la cual se hace valer la nulidad total, en analogía con la rectificación del contrato anulable por error (38.11) y con la reducción a equidad del contrato rescindible (40.6) y resoluble (46.9).

Inadmisibilidad
de la
adecuación
judicial

Relaciones
con la
conversión:
convergencias...

... y
divergencias

Las consideraciones desarrolladas arriba definen las relaciones con el mecanismo de la conversión. Existen convergencias: es análoga la *ratio* (ajustar las relaciones entre las partes, incididas por la nulidad de su contrato, en coherencia con el principio de la buena fe); y así también el *criterio de juicio* (verificar, sobre la base de los indicios objetivos, la compatibilidad entre un "nuevo" orden contractual y el orden originario). Pero existen también divergencias. Mientras la norma sobre la conversión refleja un principio de conservación del contrato, el art. 1419¹ tiene una inspiración opuesta: *su fin no es salvar, sino más bien poner en discusión y eventualmente destruir contratos*. Deriva que para el art. 1424 es carga de quien quiere el efecto conservativo demostrar los presupuestos de la conversión, y en defecto prevalece el efecto destructivo de la nulidad; en cambio, para el art. 1419¹ la carga de la prueba grava sobre quien quiere el efecto destructivo y a falta el contrato (residuo) se conserva. Es decir: la conversión es excepcional respecto a la regla de la destrucción de los efectos contractuales, la nulidad parcial es la regla, respecto a la excepcional operación de la nulidad total.

El remedio del art. 1419¹ opera más allá de los límites señalados por la formulación literal de la norma. Puede destruir todo un contrato, en el cual una cláusula sea anulable (y sea anulada). Puede destruir un contrato en sí válido, vinculado a otro contrato nulo o anulado: resultado ya adquirido en base al principio de la causa (17.6), que no por casualidad es invocado también para explicar el art. 1419¹.

2. CUANDO EL ART. 1419¹ ESTÁ FUERA DE JUEGO: EN PARTICULAR, LA INTEGRACIÓN LEGAL DEL CONTRATO PARCIALMENTE NULO

El art. 1419¹ es puesto fuera de juego en una serie de casos en los cuales, por razones distintas, *se estima que la nulidad de una parte del contrato no deba implicar la nulidad total*; de manera que la parte del reglamento no afectada de nulidad se salva sin más, prescindiendo de cualquier juicio respecto a la "voluntad hipotética" de las partes.

Art. 1419²

El caso principal está indicado por el art. 1419²: "La nulidad de cláusulas específicas no importa la nulidad del contrato, cuando *las cláusulas nulas son sustituidas de pleno derecho por normas imperativas*".

Ratio

La norma se justifica fácilmente en el plano de la *ratio* política. La sustitución de la norma imperativa a la cláusula no conforme subyace a un *interés general*, y es este mismo interés que *exige el mantenimiento del contrato*: si el contrato pudiera sufrir la destrucción total *ex art. 1419¹*, por demanda o excepción de la parte penalizada por la sustitución, el efecto sustitutivo vendría frustrado; por esto el contrato es mantenido, aunque la sustitución determina un orden contractual lejano del originario.

Integración
legal

En el plano lógico la norma puede parecer incluso *superflua*, a la luz de la idea de integración legal del contrato *ex art. 1339*. Por efecto de la sustitución automática, *en el reglamento contractual no existe una cláusula nula (la pactada), sino que existe una cláusula de fuente legal* que concurre con la voluntad de las partes a la construcción del

reglamento (21.11). Y si en el reglamento no existe una cláusula nula, ni siquiera debería plantearse el problema de la propagación de la nulidad al resto del contrato.

El art. 1419² excluye la nulidad total en una serie abierta de supuestos de hecho: todas las veces que una cualquier norma imperativa sustituye cláusulas no conformes. Cuando ello sucede, el mantenimiento del contrato integrado no puede ser convencionalmente excluido: la cláusula que por tal eventualidad disponga la nulidad total sería nula; el art. 1419² es norma imperativa.

Inderogabilidad

Pero la exclusión puede estar dispuesta también en relación a cláusulas precisamente determinadas. Así, la misma norma que declara nula una cláusula puede precisar que solo esta es cancelada, y el contrato residuo vive sin esta. Ello puede reflejar un *juicio legal típico*, por el cual la conservación del contrato es considerada sin más coherente con el programa contractual originario: en esta lógica, por ejemplo, la condición resolutoria imposible "se tiene por no puesta" (art. 1354²). O bien refleja una *elección política del legislador*: la regla por la cual, calificadas como vejatorias específicas cláusulas del contrato con el consumidor, solo estas caen, "mientras el contrato mantiene eficacia por el resto" (art. 1469-*quiquies*¹), favorece a la clase de los consumidores. En todo caso, *la exclusión de la nulidad total debe ser expresa*: declarar nula una cláusula (como hacen por ejemplo los art. 1681² y 2744) no significa decir que es nula *solo* la cláusula, y que el resto del contrato vive; esto se decide en base al art. 1419¹.

Previsiones específicas

La salvación de contenidos contractuales no directamente afectados por la nulidad puede surgir también en la vía interpretativa: así respecto de la regla (codificada en 1994 en sede de reforma del art. 808³ CPC, pero antes sostenida por los intérpretes) según la cual, nulo el contrato con cláusula compromisoria, esta sobrevive, de manera que pertenece a la competencia del juicio arbitral, suscitado por la cláusula, declarar la nulidad del contrato que la contiene. Aquí la *ratio* es la autonomía de la cláusula compromisoria, en cuanto instrumental e extrínseca respecto a la sustancia del reglamento contractual.

Cláusula compromisoria en contrato nulo

3. NULIDAD Y ANULABILIDAD EN EL CONTRATO PLURILATERAL

En los contratos plurilaterales (6.6; 18.12) la invalidez puede afectar todo el contrato: por ejemplo, contrato de sociedad nulo por ilicitud del objeto. Pero puede también *afectar la participación de una parte singular*: si la transacción entre varias partes atribuye a una de ellas un bien que le está prohibido adquirir, por ejemplo *ex* art. 1471, inc. 1, solo la participación de ésta es nula; si en una división entre varios copropietarios uno de ellos incurre en error relevante, solo su participación es anulable.

En tal caso el problema es: ¿declarada nula o anulada la participación inválida, cae solo esta y el contrato se mantiene firme entre las otras partes? O, ¿el venir a menos de la participación viciada hace venir a menos también las otras, arrastrando todo el contrato?

El problema

El criterio:
esencialidad
de la
participación
viciada

La respuesta está dada por los arts. 1420 (para la nulidad) y 1446 (para la anulación), según un mismo criterio: en línea de principio las otras participaciones se salvan; pero pueden caer también ellas, cuando la participación viciada “deba, según las circunstancias, considerarse esencial”. Este criterio de “esencialidad” es pariente estrechísimo del criterio que gobierna al juicio de nulidad parcial *ex art.* 1419¹: se trata de valorar si el venir a menos de la participación afectada cree a cargo de las otras partes una *perturbación de la economía integral del contrato*, un desequilibrio en el plan de intereses subyacente a la originaria decisión de entrar en él, tan grave como para hacer injusto e irrazonable (contrario a la buena fe) la permanencia del vínculo contractual entre ellos.

Analogía con
el juicio de
nulidad
parcial

Ambito

La regla está referida a los *contratos plurilaterales con comunidad de fin*, en los cuales las prestaciones de cada parte “están dirigidas al logro de un fin común”. La categoría no debe ser entendida restrictivamente, como limitada solo a los contratos asociativos (caracterizados por la presencia de una estructura común); sino como comprensiva de *todos los contratos (incluso no asociativos) en los cuales cada parte obtenga una significativa conveniencia de la participación de las otras* (18.12).

4. NULIDAD, RETROACTIVIDAD Y TERCEROS

Además que en los terrenos de la legitimación, de la prescripción y de la recuperación (38), las diferencias de tratamiento entre contratos nulos y anulables se manifiestan también en otro terreno: modos de operar y consecuencias de la invalidez.

Automatismo
de la nulidad

Sentencia
declarativa

El modo de operar de la nulidad es automático: por lo tanto, la sentencia que la pronuncia es declarativa, porque se limita a reconocer y declarar una situación jurídica preexistente. La tesis, no discutida por los intérpretes, encuentra sostén normativo en la fórmula del art. 1422, que habla de “acción para *hacer declarar* la nulidad”.

Retroactividad:

Aquello tiene una ulterior consecuencia, o si se prefiere, puede expresarse también de otro modo: la nulidad opera retroactivamente. Precisamente porque la nulidad opera en modo automático desde el inicio, los efectos del contrato son cancelados *ex tunc*; es decir, es como si no se hubieran producido nunca.

entre las
partes...

La retroactividad desencadena su propia consecuencia tanto entre las partes como frente a los terceros. Entre las partes, *cancela ex tunc las transferencias programadas con el contrato*; y sobre todo hace objetivamente indebidas *ex art.* 2033, por lo tanto *repetibles, las prestaciones ejecutadas* en base a este. Frente a los terceros, *destruye las adquisiciones* que aquellos

hayan realizado contratando con quien había a su vez adquirido en base a un contrato nulo: aunque los terceros hayan adquirido de buena fe; aunque los terceros hayan inscrito su adquisición antes de la inscripción de la demanda de declaración de la nulidad.

... y frente a los terceros

Sin embargo, esta descripción de las consecuencias de la nulidad no tiene valor absoluto, sino solo como tendencia; expresa una regla, que sufre numerosas y relevantes excepciones.

Excepciones o límites al operar de la retroactividad:

Entre las partes, la posibilidad de repetición de las prestaciones ejecutadas en base a un contrato nulo es paralizada en una serie de casos.

entre las partes...

Para comenzar, cuando el *accipiens* haya en el intervalo *usucapido*; luego, cuando la acción de repetición haya *prescrito* (38.7).

Puede ser, luego, paralizada o al menos debilitada, en sustancia y no formalmente, cuando el contrato se caracterice por la *material irrepitibilidad de la prestación* realizada por una parte: declarada nula la locación, el locador debe restituir las rentas percibidas pero no puede, a su vez, recuperar el goce de la cosa locada, definitivamente hecho suyo por el conductor. Él puede pedir, *ex art 2041*, el valor de lo que el conductor se ha enriquecido injustamente gozando de la cosa *sine titulo*, y este crédito podrá compensar la deuda de restitución de las rentas, extinguiéndola al menos en parte: con el resultado de que las prestaciones ejecutivas del contrato nulo se quedan, en sustancia, con las partes que las han recibido.

Pero el caso principal es el del *contrato nulo por ser contrario a las buenas costumbres* (17.15): en virtud del art. 2035, la parte que lo ejecuta compartiendo la inmoralidad ("por un fin que, también de su lado, constituya ofensa a las buenas costumbres") no puede repetir lo prestado (17.16). También aquí, por lo tanto, la ejecución permite una parcial recuperación de efectos del contrato nulo: este no es título para accionar pretensiones, pero al menos es —junto con el hecho de la ejecución— título para afirmar la *soluti retentio*.

Ya se ha dicho que la tradicional justificación de la regla ("*in pari causa turpitudinis melior est condicio accipientis*") parece siempre menos satisfactoria, y la regla siempre más discutible. De aquí la tendencia a circunscribir el alcance en vía interpretativa: haciendo cada vez más rígido el requisito de la comunidad del fin inmoral; excluyendo la no repetición cuando el *solvens* sea incapaz (por analogía con el art. 2034), o víctima de dolo o violencia; salvando, en los casos de contrato traslativo, la posibilidad de recuperar el bien con la acción de reivindicación.

En cuanto a los terceros subadquirentes, también estos pueden salvar su adquisición gracias a la *usucapión*; o bien, si han adquirido de buena fe un mueble no registrado, en virtud de la regla "*posesión vale título*" (art. 1153); o, en caso de adquisición inmobiliaria, con el mecanismo de la *inscripción subsanante*, con las condiciones del art. 2652, inc. 6 (38.7).

... y frente a los terceros

Además: en el caso de daño causado por aeronave sobre la superficie, el tercero dañado tiene acción directa contra el asegurador, que no puede oponerle "ninguna causa (...) de nulidad del contrato que tenga efecto retroactivo" (art. 1015 CN).

Estos supuestos de hecho son presentados aquí como excepciones al principio que quiere la nulidad retroactiva tanto entre las partes como frente a los terceros, y por lo tanto oponible a estos. Pero los mismos supuestos de hecho fueron ya señalados como ejemplo de *recuperación de efectos del contrato nulo*, y por lo tanto como excepciones al principio de su irrecuperabilidad. Es la misma disciplina observada desde dos puntos de vista distintos, correspondientes a dos distintos perfiles del régimen del contrato nulo.

5. ANULACIÓN, RETROACTIVIDAD Y TERCEROS

En línea de principio, la anulabilidad *no opera de manera automática*, sino solo por efecto de sentencia que anule el contrato. Sentencia constitutiva que remueve los efectos: la sentencia de anulación es por lo tanto constitutiva.

Sentencia
constitutiva

La anulación es retroactiva entre las *partes*: por lo tanto, como regla, obliga a las partes a restituir, en base al principio del pago indebido objetivo (art. 2033), las prestaciones ya ejecutadas en base al contrato luego anulado. En cambio, como regla, la anulación no se retrotrae frente a los *terceros*: los cuales, por tanto, salvan las adquisiciones hechas contratando con quien habían precedentemente adquirido en base al contrato anulado. Pero, también aquí, tanto una como otra regla sufren excepciones.

Entre las
partes:
retroactividad
y
restituciones...

La regla de la repetibilidad, entre las partes, de las prestaciones ejecutadas en base al contrato anulado encuentra su derogación cuando la anulación dependa de incapacidad para obrar (legal o también natural): el incapaz "no está obligado a restituir (...) la prestación recibida si no dentro de los límites en que le hubiera resultado ventajosa" (art. 1443). La norma reproduce aquella generalmente fijada por el art. 2039 para cualquier caso de pago indebido recibido por el incapaz. Y el mismo significado asume en las dos normas el concepto de "ventaja" del incapaz, a considerarse en sentido más amplio respecto al enriquecimiento del art. 2041.

... salvo que
para las
prestaciones
a favor de
incapaces

Sin embargo, la aplicación del art. 1443 levanta un problema: ¿la irrepetibilidad se activa a favor de la parte por cuya incapacidad el contrato es anulado, aunque la prestación se realice tras la recuperación de la capacidad? O, ¿se activa solo si el incapaz es aún tal *en el momento en el que recibe la prestación*? La primera interpretación es sugerida por la letra, pero la segunda parece preferible: tanto porque es más adherente a la norma-base del art. 2039 (según la cual lo que cuenta, a los fines de la tutela del incapaz, es la incapacidad en el momento en que el sujeto se apropia de la prestación); como porque si el sujeto, incapaz al

momento del contrato, fuera capaz al momento de la prestación, la apropiación de esta valdría probablemente como convalidación del contrato (38.10).

Además, vale también aquí la observación sobre las prestaciones materialmente no repetibles, ya desarrollado a propósito de la nulidad.

Conoce, a su vez, importantes erosiones la regla que excluye la retroactividad de la anulación respecto a los terceros; que es como decir la regla según la cual la anulación no es oponible a los terceros, y no amenaza sus (sub)adquisiciones.

Las derogaciones más significativas al principio de normal inoponibilidad de la anulación a los terceros resultan del art. 1445. Esta norma indica tres casos en los que la anulación es oponible a los terceros: cuando el tercero haya adquirido *de mala fe* (es decir sabiendo que el título de su causante es anulable); cuando la anulación del contrato precedente dependa de *incapacidad legal*; cuando el tercero haya adquirido *a título gratuito*.

La *ratio* de tutela de la confianza se vislumbra aquí en negativo, a través de la codificación de límites de la tutela misma, a los que corresponden los casos de oponibilidad de la anulación al tercero: la confianza es excluida por definición por su mala fe; la confianza es excluida por convención (o mejor, es afectada por una presunción absoluta de culpabilidad) cuando el vicio del contrato le era conocible por vía de la publicidad; la confianza merece menor o ninguna tutela cuando sea portador quien definiendo un lucro adquirido sin sacrificio.

El mismo art. 1445 menciona "salvo los efectos de la inscripción de la demanda de anulación", indicados por el art. 2652, inc. 6.

Para comenzar, esta norma excluye que el mecanismo de la inscripción pueda favorecer a los *terceros adquirentes en mala fe* (a los cuales la anulación le es siempre oponible, aunque la correspondiente demanda sea inscrita después de la inscripción de su adquisición). En cuanto a los *terceros adquirentes en buena fe*, la anulación le es oponible si la correspondiente demanda es inscrita antes de que estos inscriban su adquisición. En cambio, si la inscripción de la adquisición del tercero es anterior a la inscripción de la demanda de anulación, el régimen de la oponibilidad depende de la causa de anulación. Si la anulación depende de cualquier causa distinta de la incapacidad legal, esta es oponible al tercero adquirente a título gratuito, e inoponible si la adquisición del tercero es onerosa. Cuando dependa de la *incapacidad legal*, la anulación es oponible solo si la demanda resulta inscrita dentro de los 5 años desde la inscripción del acto anulable, mientras que permanece inoponible si la inscripción de la demanda judicial se produzca después del quinquenio (también en los casos de anulación por causa distinta de la incapacidad legal, la inscripción de la demanda a una distancia superior a los 5 años no perjudica la adquisición del tercero, aunque gratuita).

Hacia los terceros: exclusión de la retroactividad

... salvo 3 casos en los que la anulación es retroactiva (oponible)...

... por ausencia de merecedora confianza del tercero.

Inscripción de la demanda

6. LOS EFECTOS DEL CONTRATO NULO Y DEL CONTRATO ANULABLE

Encuadramiento
tradicional

Razones de comodidad didáctica sugieren representar los "efectos" del contrato nulo y del anulable según una dicotomía simplificada: *el contrato nulo sería radicalmente improductivo de efectos; el contrato anulable produciría en cambio sus efectos, que podrían, sin embargo, ser removidos con la anulación*. Coherentes con este planteamiento dicotómico son las contrapropuestas calificaciones de la sentencia (declarativa) de nulidad, y de la sentencia (constitutiva) de anulación.

Reservas

Tenemos elementos para decir que esta representación es *demasiado esquemática*, y no refleja fielmente el sistema.

Efectos del
contrato nulo

No es verdad que el contrato nulo sea radicalmente improductivo de efectos: en cambio es verdad que este puede producir algunos efectos (también fuera de los fiscales, vinculados a la celebración del contrato). Y es a la luz de estos efectos del contrato nulo que se aprecia, también en el plano práctico, su distinción del contrato inexistente (este sí improductivo de cualquier efecto).

En general, el contrato nulo: produce los efectos (aunque distintos de los programados) del contrato en el cual *se convierta* (art. 1424); cuando sea nulo por *inmoralidad*, y haya sido ejecutado, produce el efecto de hacer *irrepetibles las prestaciones* realizadas (art. 2035); cuando resulte *inscrito al menos 5 años antes* de la inscripción de la demanda de nulidad, produce el efecto de hacer inatacable el derecho del tercero subadquirente (art. 2652, inc. 6). Además, el contrato afectado por *nulidad relativa* produce el efecto de vincular a su reglamento a la parte distinta de la parte protegida, en cuanto esta no se valga de la nulidad.

Con respecto a particulares tipos contractuales: la *donación* nula produce el efecto de proporcionar al donatario un título inatacable para exigir el *donatum* o bloquear la repetición frente a los herederos o causahabientes del donante, en cuanto estos la hayan confirmado o voluntariamente ejecutado (art. 799); el *contrato de trabajo* nulo (siempre que no sea ilícito) produce todos sus efectos por el periodo en el que ha tenido ejecución (art. 2126); el contrato de *sociedad* nulo, en cuanto inscrito en el registro de las empresas, produce el efecto de hacer inatacables los actos realizados en nombre de la sociedad misma (art. 2232²).

Disminución y
precariedad
de los efectos
del contrato
anulable

Al contrario, no es verdad que el contrato anulable sea, antes de la sentencia de anulación, plenamente productivo de efectos. Este es sin duda *eficaz contra la parte no protegida*, la cual no puede rechazar los efectos, que la parte protegida pretenda hacer valer. En cambio, *no produce el efecto de vincular la parte protegida*, que no desee ser vinculada: en efecto,

esta puede legítimamente rechazar el cumplimiento del contrato, exceptuando la anulabilidad. En tal sentido, los efectos del contrato anulable, por un lado, son *precarios* y, por el otro, están *disminuidos*.

7. NUEVAMENTE SOBRE INVALIDEZ, NULIDAD Y ANULABILIDAD

A la luz de los datos y de las observaciones ofrecidos en este capítulo y en el precedente, se puede regresar a la distinción entre nulidad y anulabilidad.

Esos datos y observaciones desmienten la tesis que ve el contrato nulo y el anulable como supuestos de hecho netamente diferenciados y casi incommunicados, hasta poner en discusión el sentido de una categoría—como la invalidez— construida para abrazarlas a ambas.

Es más realista leer la serie de las tantas, distintas figuras de contrato inválido como un *continuum de supuestos de hecho no radicalmente separados y contrapuestos, sino contiguos y parcialmente superpuestos*. E identificar el hilo, a lo largo del cual se desenvuelve ese *continuum*, en un elemento que puede llamarse la "*fuerza de título*" del contrato inválido: entendiéndolo con ello la medida en la que el contrato puede operar (eventualmente junto con otros elementos) como título que se puede invocar para accionar pretensiones, o bien para rechazar pretensiones ajenas.

Este elemento junta todos los supuestos de hecho de invalidez, puesto que en todos se registra una disminución de la fuerza del título del contrato inválido; y al mismo tiempo los diferencias, en razón del distinto grado de la disminución.

Así, en un extremo del *continuum* están las figuras de contrato inválido, cuya invalidez es al mismo tiempo: apreciable de oficio; denunciante por cualquiera que tenga interés y sin plazos de prescripción; insubsanable; operante de manera retroactiva tanto entre las partes como frente a terceros, a los que generalmente es oponible. Estas características de la invalidez definen un paradigma, que se define nulidad: el contrato inválido que, exhibiéndolas todas, se conforma plenamente al paradigma, es un contrato nulo, por así decirlo, en puridad.

La fuerza de título del contrato nulo en puridad es igual o cercana a cero: ello significa que el contrato no es, y no se puede convertir, en título en cuya base una parte pueda accionar contra las otras pretensiones conforme al reglamento contractual; ni título en cuya base la parte, que haya recibido prestaciones de conformidad con el mismo, pueda pretender retenerlas, rechazando la acción de repetición de la contraparte; ni título idóneo para sostener el título derivado de terceros subadquirentes.

Al extremo opuesto del *continuum* están, en cambio, las figuras del contrato inválido que presentan—todas en conjunto— las características opuestas: la invalidez no es apreciable de oficio, puede denunciarse solo por la parte protegida, cuyo derecho de hacerla valer

El contrato inválido como contrato con "fuerza de título" disminuida

Nullidad en puridad: extrema disminución de la fuerza de título

Anulabilidad en puridad: ligera

disminución
de la fuerza
de título

en vía de acción prescribe; es generalmente subsanable, opera retroactivamente entre las partes pero no frente a los terceros, a los cuales generalmente es inoponible (salvo casos limitados de oponibilidad). Todo esto diseña el paradigma de la anulabilidad en puridad.

El contrato que le corresponde es, en el universo de los contratos inválidos, el que sufre la disminución más ligera de su propia fuerza de título; o, en positivo, el que conserva en mayor medida (aunque, obviamente, reducida respecto al contrato válido) la propia fuerza de título. En efecto, el contrato anulable es título, con todo, en base al cual la parte protegida puede accionar contra la otra pretensiones conformes al reglamento contractual, es susceptible de devenir —con la convalidación— título en base al cual también la contraparte puede accionar pretensiones semejantes contra la parte protegida; si resulta ejecutado, y la acción de anulación prescrita, es título en base al cual la parte que ha recibido la prestación puede fundar su derecho de conservarla; respecto a los terceros a los que anulación les sea inoponible, finalmente, es título idóneo para sostener su sucesivo título de subadquisición.

Supuestos
con
disminución
intermedia

Pero en el espacio comprendido entre los dos extremos de la nulidad y de la anulabilidad en puridad, se colocan una serie de figuras de contrato inválido que mezclan, con “dosis” variables, características de uno y de otro paradigma; y cuya fuerza de título presenta, por eso mismo, disminuciones intermedias, más o menos marcadas, respecto a los paradigmas de referencia. Tenemos así *anulabilidades absolutas*, que se acercan a la nulidad dejando al contrato una fuerza de título inferior respecto al estándar del contrato anulable, y al contrario *nulidades relativas*, nulidades *recuperables*, nulidades *inoponibles*, que se acercan a la anulabilidad dando al contrato una fuerza de título superior respecto al estándar del contrato nulo.

Puede ser justificado continuar definiendo los primeros como anulables y los segundos como nulos, encontrando la predominancia de las características propias del correspondiente paradigma, respecto a las del paradigma opuesto. Pero sabiendo que la calificación tiene naturaleza convencional y responde a exigencias utilitarias de simplificación del discurso, mucho más que a imperativas necesidades lógico-sistemáticas.

La relativa fungibilidad de las calificaciones de nulidad y anulabilidad no puede, por lo demás, sorprender, si es verdad que una cierta fungibilidad puede registrarse —en un nivel aún más dificultoso— incluso en la alternativa entre validez e invalidez. ¿La donación informal de un módico valor es —como sugiere la letra del art. 783¹— un contrato válido, cuyo supuesto de hecho se perfecciona con la entrega de la cosa donada? ¿O bien —como prefiere una orientación interpretativa— es un contrato nulo por defecto de forma, subsanado por la ejecución? La misma alternativa puede plantearse (bajo el perfil de la nulidad por falta de causa) respecto a los contratos reales gratuitos (16.9).

8. LA RESPONSABILIDAD POR CELEBRACIÓN DE CONTRATO INVÁLIDO

Como ya se ha dicho (8.6), la celebración de un contrato inválido puede generar responsabilidad precontractual *ex art 1338*. El tema puede desarrollarse ahora más completamente, a la luz de las nociones adquiridas en tema de invalidez.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad *ex art.* 1338 son tres: la celebración de un *contrato "inválido"*; la *culpa de una parte* en el haber determinado la celebración del contrato inválido; la *confianza inculpable de la otra parte* en la validez del contrato.

Elementos
constitutivos

En cuanto al primero, domina la idea que "causa de invalidez" debe entenderse no en sentido estricto (es decir limitado a los casos de contrato nulo o anulable), sino *en sentido lato*, a fin de comprender casos de *ineficacia* (cfr. el art. 1398) y, en lo posible, de *inexistencia* del contrato. Por lo demás, la cuestión pierde relevancia práctica considerando que el art. 1338 es aplicación particular de la norma más general del art. 1337: de allí que la incorrección de A, que culpablemente induce a B a confiar en el contrato ineficaz o inexistente, aunque no estuviera cubierta por el art. 1338 caería bajo el art. 1337.

Celebración
de contrato
Inválido

La jurisprudencia, por lo demás, excluye del área de la resarcibilidad los supuestos de hecho de contrato inválido por violación de normas imperativas argumentando que la ignorancia de ellas —por definición culpable— no da lugar a confianzas merecedoras de protección. La doctrina crítica con razón esta tesis, injustificadamente rígida.

Violación de
normas
Imperativas

Si incluso en derecho penal se admite, como relevante, la ignorancia inculpable de la norma incriminadora (Corte constitucional N° 364/1988), con mayor razón se la puede admitir, en relación a estas circunstancias, en el derecho civil: ¿por qué negar el resarcimiento a la ignorancia de la parte no profesional, cuando el contrato viola una norma imperativa que pertenece al ordenamiento de la actividad desarrollada profesionalmente por la otra parte?

Se discute la aplicabilidad del art 1338 al caso de contrato del menor. La doctrina tiende a excluir la responsabilidad del menor, pese a que el factor de invalidez está en su esfera. La solución puede ser a menudo justa, pero no está dicho que lo sea siempre: la evidencia publicitaria de la causa de invalidez puede excluir la confianza inculpable de la contraparte en muchos casos, pero no en todos.

Contratos del
menor

A lo más el menor recibe el máximo de protección: está legitimado para la anulación, y exonerado de responder. Pero otras veces es tratado con mucha severidad: si engaña a la contraparte haciéndose pasar por un mayor de edad, pierde el derecho a la anulación (art. 1426). En algún caso puede justificarse un régimen intermedio: por ejemplo, el menor que, aunque sin ardides, se haya insistentemente declarado mayor de edad, conserva la posibilidad de impugnar el contrato, pero en caso de anulación responde frente a la contraparte, cuya confianza resulte inculpable a la luz de las circunstancias concretas.

El problema no se plantea para el contrato del incapaz natural: la anulabilidad implica la mala fe de la contraparte, que a su vez excluye la confianza inculpable.

Vicios de la
voluntad:
dolo,
violencia...

En el campo de los contratos inválidos por vicios de la voluntad, conviene distinguir en razón de si el vicio se origine en la esfera de la parte protegida (error), o bien en la esfera de la contraparte (dolo, violencia). En estos últimos casos, la víctima tiene derecho a la anulación pero también al resarcimiento. Este le corresponde aunque, en la hipótesis de violencia, no pueda hablarse propiamente de confianza del amenazado en la validez del contrato: percibiendo la amenaza, él conoce la causa de invalidez. Por otro lado, la incorrección que se sanciona no es la de ocultar la causa de invalidez, sino el de determinarla: sería ridículo decir que el agente es responsable por no haber informado a la víctima del engaño o de la amenaza puesta en acto contra él; él responde sin más ¡por haber engañado o amenazado! En tal sentido, se trata de supuestos de hecho algo extraños a la lógica del art. 1338, cuando esta se vincule a la violación de un deber de información.

... y error

La lógica del art. 1338 regresa en los casos de error espontáneo. Si el contrato es anulable, quiere decir que el error es reconocible o incluso reconocido por la parte no en error: puede entonces postularse su responsabilidad. Pero su responsabilidad puede postularse también en caso de contrato válido: cuando el error, determinante del consentimiento, no es esencial, y es reconocible o reconocido por ella. Por lo demás, el resarcimiento debe ser excluido cuando el error sea *inexcusable*, y de este modo remonte a culpa de la víctima. En cambio, el error culpable no genera responsabilidad de esta: o el error no es reconocible ni reconocido por la parte no en error, y entonces la validez del contrato excluye todo daño suyo; o bien es reconocible o reconocido, y entonces falta la confianza inculpable.

Daño por
ejecución y
daño por
cancelación
del contrato

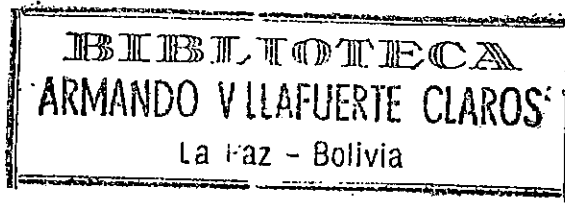
Cuando la invalidez es invocable por una parte, debe tenerse en cuenta la iniciativa de esta. A celebra por engaño un contrato desventajoso o inútil: si actúa para anularlo, puede pedir el resarcimiento por la ocasión contractual frustrada; si renuncia a la anulación, y pide solo el resarcimiento del daño que la ejecución del contrato le ocasiona, la contraparte puede excepcionar, *ex art. 1227*, que el engañado, con la elección de no anular, es coautor del propio daño; a su vez el engañado puede probar que anular el contrato le habría ocasionado un daño mayor que ejecutarlo. En definitiva: él tiene derecho a la menor suma entre la que representa el daño de ejecución y la que expresa el daño por cancelación del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

- 1-8. A. GENTILI, *Le invalidità*, en *Trattato contratti Rescigno*, II, Torino, 1999, p. 1257; P.M. PUTTI, *Nuovi profili della disciplina della nullità*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, III, Torino, 1999, p. 2103; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 1999; R. SACCO, *Nullità e annullabilità*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XII, Torino, 1993, *ad vocem*; V. MARICONDA, *La nullità del contratto*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, 1, Torino, 1991, p. 355; G. FILANTI, *Nullità I) Diritto civile*, en *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, 1990, *ad vocem*; I. BUGANI, *La nullità del contratto*, Padova, 1990; R. TOMMASINI, *Nullità (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*,

- XXVIII, Milano, 1978, *ad vocem*; F. CARRESI, *L'annullabilità del contratto*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, p. 1436.
- 1-2. G. COLAIACONO, *L'informazione sul diritto di recesso e la nullità parziale del contratto nel d. lg. n. 50 del 1992*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, I, p. 590; A. FUSARO, *La nullità parziale*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, III, Torino, 1999, p. 2221; G. GALLONE, *Nullità della clausola contrattuale limitatrice del rischio e applicabilità dell'art. 1419, 2° comma c.c.*, en *Giurisprudenza italiana*, 1998, I, p. 835; S. POLI, *Appunti in tema di nullità parziale e di clausole di non concorrenza*, en *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, 2, p. 37; P. LUCARELLI, *Nullità parziale della fusione?*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1994, II, p. 462; S. MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, en *Contratto e impresa*, 1994, p. 1097; M. DE TILLA, *Locazioni e nullità parziale ex art. 1419 c.c.*, en *Giustizia civile*, 1992, I, p. 486; V. MARICONDA, *Patto successorio e nullità parziale del contratto*, en *Corriere giuridico*, 1992, p. 638; C. DONISI, *Convenzioni modificative del regime della comunione legale tra coniugi e nullità parziale*, en *Rassegna di diritto civile*, 1992, p. 515; V. MARICONDA, *Patto successorio e nullità parziale del contratto*, en *Corriere giuridico*, 1992, p. 638; A. FUSARO, *La nullità parziale*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, 1, Torino, 1991, p. 403; G. GANDOLFI, *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, p. 1249; F. REGINE, *Alienazioni a scopo di garanzia e nullità parziale del contratto*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1991, p. 155; A. FUSARO, *La nullità parziale*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1990, II, p. 32; F. VENOSTA, *Condizioni generali vessatorie, forma della ratifica e nullità parziale del contratto*, en *Banca borsa e titoli di credito*, 1990, I, p. 646; E. ZERELLA, *La nullità parziale*, en *Giustizia civile*, 1985, II, p. 384; E. CALÒ, *Nullità parziale e autonomia privata*, en *Vita notarile*, 1981, p. 1165; M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, p. 105; G.B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1977, I, p. 11; M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974; A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa delle clausole contrattuali*, Milano, 1974; E. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, en *Rivista di diritto civile*, 1971, I, p. 687; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971; E. ROPPO, *I poteri del giudice ex art. 1421 e la nullità parziale del contratto*, en *Il Foro padano*, 1971, I, p. 1099; G. CRISCUOLI, *Clausola illecita, scindibilità oggettiva del regolamento negoziale, essenzialità soggettiva della parte nulla secondo la disciplina della nullità parziale*, en *Giurisprudenza italiana*, 1966, I, 1, p. 1155; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959.
3. A. BELVEDERE, *Contratto plurilaterale*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, IV, Torino, 1989, *ad vocem*; S. MAIORCA, *Contratto plurilaterale*, en *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1988, *ad vocem*; B. INZITARI, *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, p. 476; F. MESSINEO, *Contratto plurilaterale*, en *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, *ad vocem*; G. FERRI, *Contratto plurilaterale*, en *Novissimo digesto italiano*, IV, Torino, 1959, *ad vocem*.

- 4-5. G. TATARANO, *Retroattività (diritto privato)*; in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, ad vocem.
8. S. VIALE, *Considerazioni sull'art. 1338 del codice civile*, in *Giurisprudenza di merito*, 1984, IV, p. 194; G. STOLFI, *Sulla responsabilità precontrattuale del minore*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1968, I, p. 271; F. MARIANI, *Annullamento del contratto per incapacità derivante da minore d'età e responsabilità precontrattuale*, in *Monitore dei tribunali*, 1967, p. 607.



CAPÍTULO XL

LA RESCISIÓN

1. Disminuciones de la libertad contractual y contratos injustos: el remedio de la rescisión.— 2. El contrato celebrado en estado de peligro.— 3. El contrato celebrado en estado de necesidad (rescisión por lesión): el estado de necesidad.— 4. *Sigue*: la lesión y el aprovechamiento.— 5. La acción de rescisión y el régimen del contrato rescindible.— 6. La reducción a equidad.— 7. El ámbito del remedio.— 8. Rescisión y usura.— *Bibliografía*.

1. DISMINUCIONES DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y CONTRATOS INJUSTOS: EL REMEDIO DE LA RESCISIÓN

La rescisión (arts. 1447 y ss.) es remedio aplicable a los contratos que resultan defectuosos por determinados elementos anómalos o reprobables, presentes en ellos. Los elementos son tres.

Los
elementos
anormales:

El primero es la *anómala condición subjetiva que impulsa a una parte al contrato*: un estado de peligro, o bien un estado de necesidad. Quien contrata en estas condiciones contrata bajo una presión que reduce sus posibilidades de elección y, como consecuencia, su libertad contractual: él no es verdaderamente libre de decidir en torno al contrato; está, más bien, “constreñido” a celebrarlo, y celebrarlo bajo esas condiciones. En este sentido la rescisión, que permite al contratante cancelar el contrato padecido y no deseado, es *remedio contra las disminuciones de la libertad contractual*.

peligro o
necesidad, ...

El segundo elemento se refiere al *contenido objetivo del contrato*: es su injusticia respecto a los valores de mercado, el desequilibrio —en daño de la parte que contrata en estado de peligro o de necesidad— entre la prestación dada y la prestación recibida. En este sentido, la rescisión es *remedio contra la inadecuación del intercambio contractual*.

... contenido
desequilibrado, ...

El tercer dato es el *comportamiento subjetivo de la otra parte*: que explota la inferioridad de quien se encuentra en estado de peligro o de necesidad, para arrancarle un contrato desequilibrado en su ventaja. En este

... aprovecha-
miento

sentido, la rescisión es *remedio contra el aprovechamiento de la debilidad contractual ajena*.

Perspectiva
histórica

La rescisión tiene precedentes remotos en el derecho romano posclásico, expuesto a la influencia cristiana. Tiene precedentes más cercanos (caracterizados, por lo demás, por un ámbito de aplicación reducido) en el *code Napoléon* (arts. 1674 y s.) y en nuestro código de 1865 (arts. 1529 y s.). Encuentra correspondencia en los remedios contra los contratos injustos, celebrados explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia ajena, previstos por el derecho alemán y suizo.

Interpretaciones
reduccionistas

Ingresada en el código de 1942, la figura ha incomodado a los intérpretes por la dificultad de su armónica inserción en el sistema de los remedios contractuales, de los cuales parecía romper la coherencia, la línea, la pureza. Pulsiones sistemáticas, ansiosas por encajar la institución dentro de las categorías adquiridas, han sugerido así sus forzosas y unilaterales reducciones, que se han desarrollado en dos direcciones opuestas. Algunos intérpretes han elegido la *exasperación subjetivista*: minimizando el elemento objetivo del intercambio desequilibrado, y enfatizando la condición de reducida libertad contractual de la parte en estado de peligro o de necesidad, ha podido reconducir a la rescisión a un área próxima a la de los remedios contra los *vicios de la voluntad* (recuérdese la fórmula del “cuarto vicio del querer”: 37.7). Otra línea ha apuntado, opuestamente, por la *exasperación objetivista*: poniendo en los márgenes la anómala presión psicológica que grava sobre la parte, y vinculando a la institución, exclusiva o predominantemente, a la injusticia del intercambio, la ha llevado a la familia de los remedios contra los *defectos de la causa*.

Visión más
equilibrada

Estas posiciones unilateralmente reductivas están desmentidas desde ya por la sistemática y por el lenguaje de la ley, que alterna el punto de vista subjetivo (cuando coloca a la rescisión en contigüidad con la anulación; y cuando habla, en la sumilla del art. 1447, de “Contrato celebrado *en estado de peligro*”) al punto de vista objetivo (cuando, indicando en la sumilla del art. 1448 la otra hipótesis de remedio rescisorio, habla de “rescisión *por lesión*”). Aquellas deben ser repudiadas, a favor de una visión más equilibrada y comprensiva. Sin embargo, tienen un valor: ponen en evidencia elementos que justifican la adscripción del remedio a la categoría de la invalidez.

Los tres elementos constitutivos del remedio merecen todos ser valorados, y ninguno puede ser minimizado, porque cada uno, junto con los otros, es necesario para explicar la *ratio*. En definitiva, es un problema de *equilibrio entre valores y principios diversos del derecho contractual*, que se justifica solo gracias a la *justa dosificación de los tres requisitos*.

Insuficiencia
del
intercambio
injusto

La simple inadecuación de la relación entre las prestaciones (que no llegue al extremo de la ausencia de causa) no basta para activar el remedio, porque en nuestro sistema la objetiva “justicia” del intercambio contractual es, en línea de principio, irrelevante (17.3): el remedio se activa solo si a la anomalía objetiva se acumula la anomalía subjetiva dada por el peligro o por la necesidad que presionan a la parte.

Insuficiencia
de la presión
psicológica

Ni sería suficiente, por sí sola, esta anomalía subjetiva, porque tras cualquier decisión de contratar está presente un cierto grado de presión psicológica que impulsa a la parte al contrato (llámese miedo, necesidad,

deseo o cualquier otro sentimiento o "motivo" que quiera evocarse). Hasta que la *presión* psicológica no degenera en verdadera y propia *distorsión* del proceso de decisión (vicios de la voluntad), se la considera un dato no patológico del proceso contractual: solo si a la presión psicológica del peligro o de la necesidad se agrega el objetivo desequilibrio del intercambio, se abre la vía al remedio.

Más bien, ni siquiera la mixtura de desequilibrio y presión es suficiente para alcanzar el umbral de aplicación del remedio: es necesario, a lo sumo, la reprobación del comportamiento de la parte que ha obtenido ventaja del contrato, dada por su *aprovechamiento*.

En definitiva: la rescisión se activa —y, desde el punto de vista del sistema, es justo que se active— solo si concurren todos *juntos* los tres requisitos, que todos *juntos* la justifican. No se activa, si falta uno solo de los requisitos.

Además: en cada una de las dos hipótesis de rescisión, los tres requisitos se presentan con gradación más o menos intensa, en relación a la intensidad de los otros. Más precisamente, la intensidad de uno es *inversamente proporcional* a la de los otros, en vista de un *equilibrio integral* del supuesto de hecho. El peligro crea una presión psicológica más intensa que la simple necesidad: para equilibrar, he aquí que la rescisión del contrato celebrado en estado de peligro se satisface, por un lado, de una injusticia del intercambio ("condiciones inicuas") más ligera de la requerida por el contrato celebrado en estado de necesidad (desproporciones por el doble); y, por el otro, de un comportamiento de la parte que ha obtenido ventaja menos marcadamente reprochable (el simple conocimiento del ajeno estado de peligro, en lugar del aprovechamiento del ajeno estado de necesidad).

Graduación
de intensidad
de los
requisitos

Se discute si el contrato rescindible pueda encuadrarse en la categoría de los contratos inválidos. El encuadramiento no encuentra obstáculos: especialmente si la invalidez se concibe no como suma de una nulidad y de una anulabilidad tan homogéneas y compactas en su interior como rígidamente diferenciadas la una de la otra; sino más bien como amplio contenedor de muchos supuestos de hecho de contrato defectuoso, sometidas a otros tantos regímenes más o menos distintos entre sí (39.6).

Invalidez

Los factores de presión psicológica contra los que puede activarse el medio de la rescisión son dos: el estado de peligro y el estado de necesidad.

2. EL CONTRATO CELEBRADO EN ESTADO DE PELIGRO

Para la rescisión del contrato celebrado en estado de peligro, los tres requisitos se configuran de este modo: el estado de peligro, precisamente; la iniquidad del contenido contractual, en daño de la parte en peligro; la mala fe de la contraparte (art. 1447).

Art. 1447

El estado de peligro de la parte es, más precisamente, "la necesidad (...) de salvarse a sí misma o a otro del peligro inminente de un daño grave

Estado de
peligro

a la persona". Debe existir un *nexo de causalidad entre el peligro y el contrato*: es necesario que este sea celebrado como instrumento para neutralizar el peligro. Es comprensible que un supuesto de hecho así sea *infrecuente*: de allí la escasez de aplicaciones prácticas del remedio.

Peligro de
daño a la
persona

El peligro debe amenazar la persona, indiferentemente de la *parte* o de *terceros*: no es rescindible *ex art. 1447* el contrato celebrado para salvar valores patrimoniales (el peligro de daño al patrimonio podría a lo más integrar estado de necesidad *ex art. 1448*). Por lo demás, el concepto puede considerarse en sentido lato, como comprensivo de amenazas hechas no solo a la integridad física, sino a *cualquier atributo de la personalidad humana* (por ejemplo, el honor, la libertad, la autodeterminación sexual, etc.). Es necesario que el peligro se refiera a un daño "grave": calificación a calibrar en base a las concretas condiciones del sujeto (en analogía con el art. 1435).

Daño grave

Fuente de
peligro

El peligro puede derivar de *hechos naturales o humanos*; y en tal caso de hechos *de terceros*, pero también *de la misma parte* que está expuesta. Por lo tanto, es irrelevante que el peligro no haya sido "voluntariamente causado" por quien lo sufre, y así también que no sea "de otro modo evitable", como, en cambio, se requiere para el *estado de necesidad* eximente de responsabilidad aquiliana (art. 2045). La diferencia está en la diversa naturaleza de los intereses a balancear: el art. 2045 equilibra la posición de quien, para escapar del peligro, ocasiona un daño, con la posición del desdichado que recibe el daño; el art. 1447 equilibra la posición de quien para escapar del peligro hace un contrato, con la posición de quien se aprovecha para lucrar, en su daño, ventajas inicuas.

Peligro actual

Sin embargo, el peligro debe ser "actual": ello excluye que un peligro solo putativo justifique la rescisión (pero no que el aprovechador se exponga a responsabilidad precontractual *ex art. 1337*).

Estado de
peligro y
violencia

Si el peligro es peligro de un daño que viene amenazado como consecuencia de la no celebración del contrato (o bien, si el peligro viene *creado como medio para inducir al contrato*), se recae en el supuesto de hecho de la violencia.

Condiciones
contractuales
inicuas

El segundo requisito es que el contrato haya sido celebrado "en condiciones inicuas" por la parte expuesta al peligro. La norma habla solo de *obligaciones* asumidas bajo tales condiciones: pero está razonablemente referida a *todo otro género de prestación contractual* (transferencia o constitución de derechos, renuncia a derechos).

La iniquidad de las condiciones es, en línea de tendencia, el *desequilibrio entre los valores económicos* intercambiados: desequilibrio no predefinido en una medida legal, como sucede con la rescisión por lesión, sino remitido a valoraciones que el juez debe cumplir caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas. Sin embargo, la iniquidad podrá

resultar también de *elementos contractuales no monetarios* (plazos demasiado largos, otras condiciones “normativas” demasiado pesadas).

Finalmente, es necesaria la mala fe de la otra parte, es decir que esta sepa de estar contratando con una persona que negocia para huir del peligro (he aquí otra diferencia con la violencia: relevante, cuando proviene de terceros, aunque desconocida por la parte a la que favorece). Con este requisito *se tutela la confianza, y se afecta el aprovechamiento*.

Mala fe de la
contraparte

Nos podríamos preguntar si, para integrar la mala fe, se precise del conocimiento no solo del *peligro* que impulsa a la contraparte al contrato, sino también de la *iniquidad* de este: la jurisprudencia resuelve el problema, desde el momento que afirma que la mala fe puede deducirse de la objetiva iniquidad de las condiciones contractuales.

3. EL CONTRATO CELEBRADO EN ESTADO DE NECESIDAD (RESCISIÓN POR LESIÓN): EL ESTADO DE NECESIDAD

El art. 1448 regula lo que su sumilla llama “Acción general de rescisión por lesión”, configurando así los tres requisitos del remedio: estado de necesidad del contratante lesionado; lesión *ultra dimidium*; aprovechamiento de la otra parte.

Art. 1448

“Necesidad” es categoría general de las ciencias sociales, e indica una normal condición humana. Todos tienen miles de necesidades, y todos los contratos se hacen por alguna necesidad: se compra un auto porque se tiene la necesidad de trabajar, o para divertirse en los *week-end*; se vende la casa porque se tiene necesidad de dinero para hacer frente a imprevistas dificultades de la vida, o solo para comprar otra más bella, etc. La noción del art. 1448 es evidentemente más estricta y puntual, porque caso contrario todo contrato sería rescindible por lesión. Respecto al genérico concepto de necesidad, inscrito en una dimensión esencialmente subjetiva, la norma implica una necesidad calificada por un elemento objetivo, socialmente apreciable: *la necesidad de algo que sirva para evitar un significativo perjuicio, en cuya ausencia la parte estaría expuesta*.

Necesidad en
sentido lato

Necesidad
calificada

Ciertamente entra allí el caso del empresario en grave crisis de liquidez, que para conjurar la quiebra se precipita a vender a bajo costo sus bienes para aplacar con lo recaudado a los acreedores más impacientes: su necesidad es objetiva y seria. Al extremo opuesto, ciertamente no entra el caso del coleccionista maníaco que, cegado por la necesidad de completar la colección con la pieza faltante, acepta comprarla a un precio exagerado (o la compra a precio de mercado, pero para procurarse el dinero vende ruinosamente otro bien suyo): su necesidad es fútil, o al menos totalmente subjetiva.

Casuística

En el medio, encontramos, sin embargo, una gran cantidad de casos en los que la decisión es problemática: ¿es estado de necesidad el de quien vende a precio vil por necesidad de dinero para destinar a los gastos de un matrimonio decidido de improviso? ¿O a los gastos para una mudanza no programada? La respuesta podrá ser sí o no en relación a las circunstancias concretas, que corresponde al intérprete valorar con atención y sensibilidad.

Necesidad de dinero...

... y de bienes o servicios

La necesidad puede ser necesidad de dinero, y entonces el contrato lesivo es aquel con el cual *se vende un bien o un servicio a precio vil*. Necesidad de dinero no significa necesariamente total indigencia o insolvencia; puede significar también temporal falta de liquidez, e imposibilidad de procurárselo en los tiempos necesarios, si no es vendiendo con pérdida cualquier cosa. Pero la necesidad puede también ser necesidad de un bien o servicio, y entonces el contrato lesivo es aquel con el cual *se lo adquiere a precio exorbitante*: para cumplir una orden, imprevista y urgente, la empresa tiene inmediata necesidad de semielaborados, que el proveedor se hace pagar demasiado caro; no hay taxis, y para llegar a tiempo al aeropuerto y tomar el avión que no puede permitirse perder, el profesional acepta el transporte que le es ofrecido por el triple de la tarifa normal.

Comparación con el estado de peligro

Como se ha dicho, la necesidad implica la perspectiva de un perjuicio, consecuente con la ausencia de satisfacción de la necesidad: y el contrato es celebrado precisamente para evitar el perjuicio, satisfaciendo la necesidad.

Distinta naturaleza del perjuicio evitado con el contrato

También el otro tipo de rescisión implica un perjuicio, del cual se advierte el peligro. Ambos remedios reaccionan contra los contratos celebrados bajo la presión de un perjuicio inminente; la diferencia está en la naturaleza del perjuicio. El art. 1447 implica un perjuicio puntualmente calificado, a través del doble requisito del ser grave y dirigido a la persona. El perjuicio del art. 1448 se determina en vía residual, por diferencia: es el *perjuicio dirigido no contra la persona, sino contra el patrimonio*; es el *perjuicio dirigido contra la persona, pero no "grave"* como es requerido por el art. 1447 (aunque debe ser un perjuicio significativo, y no diminuto).

Necesidad también moral, ...

Esto último permite responder a la cuestión de si la "necesidad" del art. 1448 pueda ser también no patrimonial, sino solo moral. La respuesta es sí, puesto que la necesidad implica un perjuicio de prerrogativas de la persona (no grave, pues de otro modo se activaría el art. 1447, pero siempre) socialmente significativo: si en un determinado contexto no cumplir las deudas de juego ocasiona un fuerte descrédito social, y por necesidad moral de evitarlo el deudor paga malvendiendo sus bienes, no puede excluirse la rescisión de la mala venta (aunque, en su ausencia, el deudor no habría incurrido en ningún perjuicio patrimonial).

Cuando la necesidad implica un perjuicio patrimonial, este normalmente se configura como daño emergente. Pero no se excluye que pueda presentarse también como lucro cesante: la empresa que paga demasiado por los semielaborados para cumplir la orden, el profesional que paga demasiado por el transporte hacia el aeropuerto, después de todo lo hacen para no perder la ganancia de sus negocios.

... y también correspondiente a lucro cesante, ...

No importa que el estado de necesidad sea imputable al contratante lesionado, caído voluntariamente o por culpa: el contrato con el cual el empresario insolvente vende con pérdida bienes para evitar la quiebra es rescindible, aunque la iliquidez y/o la pesada situación deudora se remonten a sus criticables elecciones empresariales.

... también imputable a la parte

Cuando el contrato lesivo es celebrado por un representante, el estado de necesidad debe valorarse *respecto al representado* (12.2): en jurisprudencia, el criterio se encuentra aplicado en casos de representación orgánica.

Representación

Se reitera que la necesidad puede también no ser del contratante, sino de un tercero. Es mejor decir que la necesidad del contratante puede ser también necesidad de evitar perjuicio a un tercero. O bien: la necesidad del tercero debe devenir —mediatamente, en alguna medida— *necesidad del contratante*, en razón de *vínculos afectivos o de interés* que vinculen a dos sujetos.

Necesidad de un tercero

De este modo, es rescindible el contrato con el cual una esposa o un socio venden con pérdida sus propios bienes para salvar de la quiebra al marido o respectivamente a la sociedad. La necesidad que tiene relevancia, sin embargo, no es la del marido o la de la sociedad; sino es la necesidad (moral) de la esposa de ayudar al marido o la necesidad (patrimonial) del socio de evitar las consecuencias negativas que le provocaría de la quiebra de su sociedad.

4. SIGUE: LA LESIÓN Y EL APROVECHAMIENTO

La lesión consiste en la “desproporción entre la prestación de una parte y la de la otra” (art. 1448). Sin embargo, no es una desproporción cualquiera, sino una desproporción correspondiente a un preciso parámetro cuantitativo, fijado por la ley: más de la mitad (*ultra dimidium*). Así pues, existe lesión relevante si la parte lesionada vende a 40 lo que vale 100; pero no si vende a 60, o si el valor del bien es 70. Así también si compra a 500 lo que vale 220; pero no si compra a 400, o si el valor del bien es 280.

Lesión *ultra dimidium*

La desproporción debe valorarse en base a *valores objetivos* y no subjetivos: por lo tanto, no se tiene en cuenta la plusvalía de afección que el bien tenga para quien lo vende. Valores objetivos significa *valores de mercado*.

Lo que origina una pregunta: ¿cuál mercado? En efecto para un determinado bien o servicio existen mercados distintos en relación al tiempo, al espacio, a la posible incidencia de factores coyunturales. El mercado relevante *ex art. 1448* es *aquel del momento y del lugar en el cual concretamente las partes han contratado*, así como está definido por los

Mercado de referencia

factores coyunturales (incluso anómalos) que tienen concreta incidencia en ese tiempo y en ese lugar. Imaginemos que un bien tenga, en el mercado nacional, normalmente un valor de 100, pero que en el curso de un cierto mes casuales dificultades de aprovisionamiento en el noreste, y la consiguiente escasez, elevan a 150 —en ese contexto— el precio corriente del bien: si la parte en estado de necesidad lo compra a 240, la lesión no es aún *ultra dimidium*, porque el mercado de referencia es el mercado del noreste en ese tal mes, caracterizado por temporal escasez del bien, y no el mercado nacional en ese mismo mes, o el mercado del noreste el mes anterior o el mes posterior.

Elementos
accesorios

El cálculo del valor de las prestaciones debe tener en cuenta todos los elementos accesorios, monetizables aunque no directamente monetizados en el contrato: al valor del bien en sí considerado debe agregarse el valor del servicio de mantenimiento con el que el proveedor se haya comprometido; el valor del precio es depurado del beneficio financiero que el comprador reciba de una larga dilación de pago.

Valoraciones
al momento
del contrato

Los valores a confrontar son los valores que las prestaciones tienen “al momento del contrato” (art. 1448²): si se compra a 150 lo que al momento del contrato vale 100 (ninguna lesión, o lesión bajo la mitad), el comprador no puede invocar el remedio cuando, seguidamente, el valor del bien adquirido descienda a 70 (llevando la lesión más allá de la mitad). La rescisión es remedio contra los desequilibrios originarios, no contra las sucesivas oscilaciones del mercado.

Permanencia
de la lesión al
momento de
la demanda

Por lo demás, “La lesión debe mantenerse hasta el momento en que la demanda se interpone” (art. 1448³): si se compra a 250 lo que al momento del contrato vale 100, existe lesión más allá del doble y el contrato es rescindible, pero si la demanda de rescisión es interpuesta cuando en el intervalo el bien ha triplicado el propio valor de mercado, la lesión ya no es actual y el remedio no se justifica más.

En efecto, el remedio sirve para liberar a la parte de un contrato gravemente desequilibrado, y el contrato ahora es equilibrado; dar curso al remedio significaría consentir a la parte liberarse del contrato solo porque se ha arrepentido de haberlo celebrado (prescindiendo de su equilibrio económico), y esto estaría en contraste con el principio del vínculo contractual.

¿Para bloquear la rescisión se precisa que se restaure el pleno equilibrio entre los valores de las prestaciones (el bien comprado a 250 debe llegar a valer 250)? ¿O bien basta una recuperación que lleve el desequilibrio bajo el umbral de la mitad (por ejemplo, elevando del original 100 a 150 el valor del bien comprado a 250)? Aunque con algún disenso, prevalece entre los intérpretes la primera tesis, en analogía con lo que se requiere para la reducción a equidad *ex art.* 1450 (40.6): pero el argumento es opinable.

Aprovecha-
miento

El tercer requisito de la rescisión por lesión se expresa diciendo que del estado de necesidad de la parte lesionada, “la otra se *ha aprovechado para obtener ventaja*” (art. 1448¹).

La evolución interpretativa ha progresivamente (y quizá excesivamente) descolorido este elemento. En el pasado se exigía algún *comportamiento activo* de la parte aventajada. Pero desde hace tiempo no se le considera ya necesario, admitiéndose que pueda haber aprovechamiento también cuando es la misma parte lesionada la que toma la iniciativa de ofrecer a la contraparte el contrato, y de ofrecerlo bajo condiciones lesivas. Se dice que es necesario, al menos una *intencionalidad aprovechadora*. Pero también este dato volitivo es luego reabsorbido en un dato meramente cognoscitivo: todo lo que se requiere es, en definitiva, que la contraparte esté *consciente* de la lesión y del estado de necesidad que la determina. Algo más: también este requisito cognoscitivo termina por disolverse, en el momento en el que se afirma que puede recabarse *presuntamente* del hecho objetivo de la lesión.

Interpretaciones
devaluadoras

Es decir: si el contrato es lesivo, la otra parte no puede no saber que es lesivo; si sabe que es lesivo, no puede no saber que el contratante lesionado lo ha celebrado en estado de necesidad. Una tan radical disolución del requisito del aprovechamiento —que la ley, sin embargo, expresa en términos vigorosos y marcados— no parece justificada.

5. LA ACCIÓN DE RESCISIÓN Y EL RÉGIMEN DEL CONTRATO RESCINDIBLE

Los puntos son: la legitimación para hacer valer el remedio; la prescripción de la acción; las consecuencias, entre las partes y frente a los terceros, de la sentencia que rescinde el contrato; la recuperación del contrato rescindible. Del modo como están regulados emergen fuertes *afinidades con el régimen del contrato anulable*: pero también significativas *diferencias*.

La rescisión es remedio de protección de la *parte lesionada*: por lo tanto, puede hacerse valer —en vía de acción, o de excepción— solo por esta parte, y no es apreciable de oficio.

Legitimación

El remedio está sujeto a un término de prescripción muy breve: *un año* desde la celebración del contrato (art. 1449¹). Además, a diferencia de lo que vale para el contrato anulable, *la excepción no sobrevive* a la prescripción de la acción (art. 1449²). La vía para hacer valer prácticamente el remedio es, por lo tanto, angosta: la ley quizá ha querido compensar con un factor de rigidez y certeza operante en el plano procesal, la amplia atacabilidad y la consiguiente inestabilidad de las relaciones, que derivan de la disciplina sustancial de la institución.

Prescripción

Pero una atenuación de esta rigidez del régimen de la prescripción resulta de la misma ley (art. 1449¹) cuando dice que “si el hecho constituye

delito, se aplica el último párrafo del art. 2947": o sea, se aplica también a la acción civil la más larga prescripción dispuesta para el delito (que será esencialmente el delito de usura).

Otras atenuaciones son introducidas por los intérpretes, valorando el principio que "La prescripción comienza a correr desde el día en que el derecho puede ser hecho valer" (art. 2935): si el precio es solo determinable, la prescripción corre desde que es determinado; si el contrato está suspensivamente condicionado, desde que se verifica la condición.

La prescripción se interrumpe con el ejercicio de la acción, y no con la simple constitución en mora. Pero se interrumpe también con el reconocimiento del concontratado.

Sentencia
constitutiva

La sentencia de rescisión es constitutiva: remueve los efectos del contrato (que antes de ella se producen, pero en el modo precario y disminuido ya visto para el contrato anulable: 39.6).

Consecuencias
entre las
partes

Entre las partes, obliga a las *restituciones* de las prestaciones de dar, según la disciplina del pago indebido objetivo.

Compensación
equitativa

Las prestaciones de hacer, sustraídas del régimen de la repetición, caen bajo el del *enriquecimiento* (art. 2041). Sin embargo, en el caso de rescisión de contrato celebrado en estado de peligro, la ley define un tanto diferenciadamente lo que puede aspirar la *parte que ha prestado el servicio* haciéndoselo remunerar en condiciones inicuas: no la menor suma entre el propio empobrecimiento y el enriquecimiento de quien ha recibido el servicio, sino "una compensación equitativa por la obra prestada" (art. 1447²). Además esta no tiene sin más ese derecho: "según las circunstancias" el juez puede reconocerlo, pero también negarlo.

Consecuencias
frente a los
terceros:
Inoponibilidad
de la
rescisión

De los terceros se ocupa el art. 1452. La rescisión no les es oponible y no perjudica los derechos adquiridos por estos (ni siquiera dentro de los límites en los que puede oponerse a los terceros la anulación, *ex* art. 1445). Sin embargo, si entran en juego inmuebles y muebles registrados, rigen las reglas de la *inscripción*: el tercero se perjudica, si su adquisición resulta inscrita después de la inscripción de la demanda de rescisión (arts. 2652, inc. 1; 2690, inc. 1).

No puede ser
convalidado

La ley es drástica al excluir la convalidación: "El contrato rescindible no puede ser convalidado" (art. 1451). Por coherencia, hay que considerar inadmisibles también la renuncia a la acción.

Razón...

La diferencia con el régimen de la anulabilidad tiene probablemente el propósito de defender de oficio al contratante, disminuido en su libertad contractual, de las ulteriores presiones a las que podría ser expuesto para inducirlo a subsanar el contrato lesivo; y evitar la determinación suplementaria respecto a la permanencia del estado de peligro o de necesidad al momento de la convalidación.

La previsión, por lo demás, es generalmente criticada. Se le acusa de paternalismo; y sobre todo de incoherencia con la otra norma, que comprime el remedio en el estrechísimo término de la prescripción anual: de hecho, el resultado de la convalidación podrá obtenerse *por omisión*, es decir, dejando transcurrir el año sin activar el remedio. En todo caso, la prohibición de convalidación no excluye otra forma de recuperación: la reducción a equidad *ex art.* 1450 (40.6).

... y críticas

Es discutida la admisibilidad de la transacción sobre un contrato rescindible. Una opinión la excluye, viendo en ella una elusión de la prohibición de convalidación y en contraste con el principio de intransigibilidad de los derechos indisponibles. Se objeta que difícilmente puede configurarse como indisponible un derecho sujeto a prescripción; y que allí donde el legislador ha querido excluir la transacción sobre derechos de contratantes débiles, lo ha dicho expresamente (cfr. art. 2113). Prevalece así la idea que admite la posibilidad de transigir. Y por lo demás, no sería fácil distinguir entre la transacción, con la cual la parte lesionada renuncia a la rescisión a cambio de un *aliquid* a su favor, y un mecanismo negocial admitido, más bien previsto por la ley: la aceptación, que la misma parte presta al ofrecimiento de reducción a equidad formulada por la contraparte para evitar la rescisión.

Transacción:

admisibilidad

6. LA REDUCCIÓN A EQUIDAD

El contrato rescindible no está sujeto a convalidación, pero es *recuperable* con un distinto mecanismo que implica la modificación, llamado reducción a equidad: "El contratante contra el que se demanda la rescisión puede evitarla ofreciendo una modificación del contrato suficiente para restablecer la equidad" (art. 1450). Es clara la afinidad con la rectificación del contrato anulable (38.11).

El ofrecimiento de reducción a equidad es un derecho que corresponde solo a la parte aprovechadora. La parte lesionada no tiene el derecho de imponer a la contraparte la reducción a equidad, por el principio que excluye la modificación unilateral del contrato (24.12): puede solo proponerla, y la reducción tendrá curso solo si es aceptada y por consiguiente bilateralmente acordada (con un contrato modificativo del precedente).

Derecho de la parte aprovechadora

Frente a un ofrecimiento adecuado de la aprovechadora, la parte lesionada no tiene el poder de rechazar los efectos, consistentes en el *hacer el contrato no más rescindible*, y de *conformar la relación contractual al contenido del ofrecimiento*: la *ratio* es la misma que impide a la parte lesionada rescindir el contrato, cuando la lesión resulte eliminada por hechos sobrevenidos.

Efectos vinculantes para la parte lesionada

En este sentido, el ofrecimiento se configura como negocio unilateral (recepticio); y el derecho de formularlo se califica como *derecho potestativo*.

Negocio unilateral recepticio

Adecuación
del
ofrecimiento...

Para ser adecuado, el ofrecimiento debe reducir el contrato a equidad, es decir, debe *restablecer la equivalencia de las prestaciones* desproporcionadas, según los casos incrementando el valor de una o reduciendo el valor de la otra. Se advierte: no basta un reequilibrio parcial, que se limite a reducir la desproporción bajo el umbral del *dimidium*; es necesario recuperar todo el desequilibrio.

Ello, naturalmente, según los criterios de razonabilidad y buena fe (por los cuales no es dado rechazar como inadecuado el ofrecimiento, sosteniendo la persistencia de una mínima diferencia entre los valores de las prestaciones): criterio tanto más necesario, cuando el reequilibrio se funden en valores no exclusivamente monetarios, sino también normativos.

...calculada
en valores
actuales

La adecuación del reequilibrio ofrecido es calculada sobre los valores actuales: por lo tanto, con referencia al *momento del ofrecimiento*, y no al momento del contrato, deben, pues, tenerse en cuenta las devaluaciones y revaluaciones que se produjeron en el intervalo.

Contexto
Judicial o
extrajudicial

La norma parece implicar, para su propia operatividad, un contexto procesal (el juicio abierto por la demanda de rescisión). Pero el mecanismo opera también en sede extrajudicial: la parte aprovechadora, para prevenir la iniciativa rescisoria, puede ofrecer a la parte lesionada la reducción a equidad antes y fuera de cualquier proceso.

Comporta-
miento de la
parte
lesionada
frente al
ofrecimiento

La parte lesionada, destinataria del ofrecimiento extraprocésal, puede responder que *se adhiere*: el acto vale como reconocimiento de la adecuación del ofrecimiento; o, alternativamente, como aceptación del ofrecimiento no obstante su objetiva inadecuación (en este último caso, debe por rigor hablarse de contrato modificativo del contrato rescindible, como también al igual que cuando sea la parte lesionada quien tome la iniciativa de proponer una reducción a equidad, que la contraparte acepte). Si frente al ofrecimiento la parte lesionada *no responde*, o responde que *lo rechaza* porque lo encuentra inadecuado, los casos son dos: o el ofrecimiento es objetivamente adecuado, y entonces produce el efecto de hacer el contrato ya no rescindible y de conformar la relación contractual a los contenidos del ofrecimiento; o bien es inadecuado, y entonces es ineficaz, dejando el contrato rescindible. Si sobre el punto se abre una litis, decide el juez con sentencia declarativa.

Ofrecimiento
en el proceso

La oferta de reducción a equidad puede insertarse en un proceso: la parte aprovechadora toma la iniciativa procesal, formulando en citación el ofrecimiento y pidiendo al juez declarar que, por efecto de este, el contrato no es más rescindible; más realista y frecuentemente, lo hará cuando sea demandada por la parte lesionada con acción de rescisión, a la cual se opone formulando el ofrecimiento (que puede ser planteado hasta que la sentencia de rescisión no haya pasado en cosa juzgada). El contexto procesal no cambia la calificación del acto, que permanece como *negocio sustancial*, la sentencia que cierra el juicio ya en curso determinará, en su naturaleza siempre declarativa, si el ofrecimiento es adecuado y, por lo tanto, productor de los efectos deseados por el oferente.

Una variante es que la parte legitimada, en lugar de formular directamente el ofrecimiento, *remita al juez su determinación*. En la medida en la cual ello se considere admisible, el pronunciamiento asume entonces naturaleza constitutiva. Podrá ser impugnada por la parte insatisfecha, por no conformidad con los criterios del art. 1450.

7. EL ÁMBITO DEL REMEDIO

Los intérpretes están acostumbrados a señalar que el área de aplicación del remedio es variadamente limitada. En verdad, muchos de estos "límites" son más aparentes que reales.

El límite más relevante se referiría a la rescisión por lesión, que el art. 1448⁴ dice inaplicable a los contratos aleatorios (18.13-14). La norma, en realidad, significa simplemente esto: la parte que se encuentra en la situación de sufrir una lesión (en el sentido que el valor dado resulta gravemente desproporcionado respecto al valor recibido en base al contrato) no puede invocar el remedio, cuando tal lesión se produzca *ex post* a la realización del alea asumido. Quien juega y pierde, quien se asegura sin que luego el riesgo asegurado se realice en daño, da una prestación sin recibir a cambio ninguna contraprestación: pero es evidente que ello pertenece a la lógica misma del contrato aleatorio, y la inaplicabilidad del remedio se daría por descontada aunque el art. 1448⁴ no la explicitara.

Rescisión por
lesión:

aplicabilidad
a los
contratos
aleatorios

Por el contrario, también un contrato aleatorio es rescindible cuando la lesión resulta *ex ante*, como *desproporción entre la medida de la prestación a cargo del contratante en estado de necesidad y la medida del riesgo deducida en el contrato*: por ejemplo, la apuesta aceptada "tres a uno", cuando por el grado de probabilidad del evento incierto está normalmente calculado "diez a uno"; o el seguro por el cual se paga una prima triple respecto a la prima normal que el mercado exige para el tipo de riesgo asegurado.

En estos casos puede surgir incertidumbre respecto al modo en el cual juega la norma sobre la permanencia de la lesión: *¿quid*, si la apuesta lesiva es ganada, o si el riesgo cubierto con el seguro lesivo se realiza activándose el derecho a la indemnización?

En cuanto a la rescisión del contrato celebrado en estado de necesidad, ya se ha visto la insubsistencia de los límites que se querría obtener de la letra del art. 1447: el requisito del haber "asumido obligaciones bajo condiciones inicuas" (primer párrafo) no significa inaplicabilidad del remedio a los contratos con los que la parte lesionada no asume obligaciones sino transfiere o constituye derechos; la referencia a la justa compensación por la obra prestada por la contraparte (segundo párrafo) no limita el remedio a los contratos con los que esta presta servicios, con exclusión de aquellos con los que proporciona bienes.

Rescisión por
estado de
necesidad:

Contratos con
efectos
obligatorios y
reales, ...

El área privilegiada del remedio es ciertamente la de los contratos con prestaciones recíprocas. Sin embargo, no se puede excluir la aplicabilidad a contratos que no son propiamente de intercambio. En particular a los contratos asociativos: *¿por qué no debería rescindirse el contrato de sociedad que (sin alcanzar el nivel del pacto leonino, nulo ex art. 2265) penaliza a un socio atribuyéndole utilidades desproporcionadamente bajas respecto a su aporte?* (Se oye invocar un precedente jurisprudencial en tema de suscripción de un aumento

... de
intercambio y
asociativos

de capital lesivo: impropriamente, tratándose no de contrato asociativo entre socios, sino de contrato de intercambio entre socio y sociedad).

Contratos gratuitos
Parece obvio excluir la rescindibilidad de los contratos gratuitos. Pero el remedio puede recuperarse en el cuadro de una vinculación negocial: si el empresario necesitado de liquidez obtiene un mutuo bajo condiciones justas, pero paralelamente el mutuante se hace donar un bien con contrato formalmente autónomo, la operación puede ser en su conjunto lesiva, y exponerse al remedio.

Verdaderos límites a la disciplina de la rescisión son puestos en relación a singulares tipos contractuales.

Transacción
Para la transacción la derogación opera de manera restrictiva, más bien preclusiva: *el remedio está excluido* (art. 1970). La razón es el difícil cálculo del equilibrio económico de las prestaciones, para las que no existen valores de mercado: las recíprocas concesiones tienen como referente las pretensiones originarias de las partes, que reflejan sus posiciones subjetivas mucho más que datos objetivos.

División
En cambio, para la división la ordinaria disciplina de la rescisión es derogada en sentido extensivo: cae el requisito subjetivo de la necesidad; y se atenúa el objetivo de la lesión, que tiene relevancia si solo *excede la medida de un cuarto* (art. 763¹).

Un discurso aparte merecen las relaciones entre rescisión y disciplina del contrato usurario.

8. RESCISIÓN Y USURA

Usura
El supuesto de hecho del contrato rescindible interfiere con el fenómeno de la usura, por la cual alguien "se hace dar o prometer (...), en retribución de una prestación de dinero o de otra utilidad, *intereses u otras ventajas usurarias*" (art. 644¹ CP). Las relaciones entre las dos figuras, y las respectivas disciplinas, son complejas por efecto de la nueva ley sobre la usura (Ley 108/1996).

Tasa límite
Debe establecerse la premisa de que la ley prefigura un parámetro numérico, en relación al cual determinar el carácter usurario de los intereses o de las otras ventajas pactadas: la denominada "tasa límite", fijada periódicamente por la autoridad monetaria en relación a la marcha de los mercados financieros. Fijado esto, es necesario primeramente distinguir según que el contrato usurario sea un mutuo, o bien otro contrato.

Mutuo:
Si en el mutuo se pactan intereses usurarios, la disciplina es la del art. 1815², que deja fuera de juego los arts. 1447 y ss.: la cláusula sobre los intereses es nula, y no rescindible (prescindiendo del estado de peligro o de

necesidad del mutuuario). Hasta 1996 la norma preveía que se aplicaran los intereses legales, con una suerte de reducción a equidad *ex lege*. En el texto actual, introducido por la citada Ley 108/1996, prevé que, en cambio, “no se deben intereses”: más que un *reequilibrio* a favor de la víctima (que sale enriquecida), se establece así una *sanción* a cargo del usurero.

sin intereses

Cuando el contrato usurario es distinto del mutuo, se hace particularmente problemática la relación entre el remedio civil de la rescisión y el régimen penal de la usura (nuevo art. 644 CP, introducido por Ley 108/1996 sin excesivas preocupaciones de coordinarlo con la disciplina civilista).

Otro contrato:

difícil
coordinación
entre derecho
penal y civil

El punto crítico está en el hecho de que, contrariamente a lo que comúnmente sucede, el supuesto de hecho penal es descrito en términos más amplios y menos rigurosos que el civil. En efecto, el delito no presupone el estado de necesidad de la víctima: el “estado de necesidad” constituye solo un agravante (art. 644⁵, inc. 3 CP); las “condiciones de dificultad económica o financiera” de la víctima tienen relevancia como elemento constitutivo del delito solo cuando los intereses o las ventajas obtenidas son (siempre “desproporcionados”, pero) inferiores a la tasa límite (art. 644³ CP).

Si el delito de usura integra también los extremos de la rescisión, el contrato es rescindible. Pero puede también suceder que el supuesto de hecho constituya delito de usura, sin integrar los extremos de la rescisión. Es necesario entonces evitar el absurdo de mantener a la víctima del delito obligada a cumplir el contrato, que es el medio del delito. Se podría hacerlo, considerando el contrato *nulo por ilicitud*: pero con la incongruencia de que la nulidad afectaría el supuesto de hecho menos cargado de disvalor social, mientras que el socialmente más reprochable estaría afectado por la rescisión. Para recuperar coherencia, podría decirse que todos los contratos integrantes delito de usura son nulos, y no rescindibles: pero ello equivaldría, prácticamente, a *abrogar el remedio de la rescisión*. Frente a una disciplina tan poco meditada, el esfuerzo de los intérpretes no logra producir resultados satisfactorios.

BIBLIOGRAFÍA

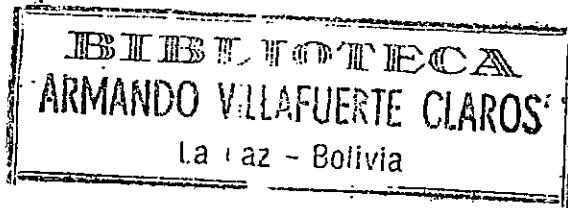
- 1-7. S. ORRÙ, *La rescissione del contratto*, en *Contratti Cendon*, X, Torino, 2000, p. 205; B. CARPINO, *La rescissione del contratto*, arts. 1447-1452, en *Il Codice Civile. Commentario*, dirigido por P. Schlesinger, Milano, 2000; E. MINERVINI, *La rescissione*, en *Trattato contratti Rescigno*, II, Torino, 1999, p. 1431; M. PROSPERETTI, *Mercato e rescissione*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1999, p. 679; S. ORRÙ, *La rescissione del contratto*, Padova, 1997; L. CORSARO, *Rescissione*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVI, Torino, 1997, *ad vocem*; L. MATARRESE, *La disciplina del contratto sproporzionato alla luce della più recente normativa*, en *Vita*

- notarile, 1997, suplemento a los numerales 2-3; V.M. CESARO, *Decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di rescissione nel caso di contratto di compravendita sospensivamente condizionato*, en *Rassegna di diritto civile*, 1995, p. 149; I. TERRUGGIA, *La rescissione del contratto nella giurisprudenza*, Milano, 1994; M. SESTA, *La rescissione del contratto*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, Torino, 1991, p. 805; F. CARRESI, *Rescissione I) diritto civile*, en *Enciclopedia giuridica*, XXIV, Roma, 1991, *ad vocem*; G. MARINI, *Rescissione*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, *ad vocem*; M. SESTA, *Comunione di diritti, scioglimento, lesione*, Napoli, 1988; M. COSTANZA, *Eredità giacente e rescissione del contratto stipulato dal curatore*, en *Giustizia civile*, 1987, I, p. 653; M. MANTOVANI, *Azione di rescissione per lesione. Stato di bisogno*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1986, I, p. 686; G. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale* en *Rivista critica del diritto privato*, 1986, p. 257; M. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, en *Contratto e impresa*, 1985, p. 309; L. CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto. Studio preliminare*, Perugia, 1979; G. PASETTI, *Impresa dominante e rescissione*, en *Rivista di diritto civile*, 1971, I, p. 345; G. MIRABELLI, *Rescissione*, en *Novissimo digesto italiano*, XV, Torino, 1968, *ad vocem*; L. GUGLIELMUCCI, *Considerazioni sulla rescissione dei contratti preparatori*, en *Rivista di diritto civile*, 1968, II, p. 56; A. BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Padova, 1963; A. DI MAJO GIAQUINTO, *Ancora in tema di prescrizione dell'azione di rescissione contro il contratto definitivo*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1963, II, p. 421; E. MAIORANO, *In tema di contratto concluso in stato di pericolo*, en *Temi*, 1952, p. 413; G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1951; G. SCALFI, *Il fondamento dell'azione di rescissione*, en *Temi*, 1949, p. 39; A. MONTEL; *Della rescissione del contratto*, en *Commentario al codice civile*, I, dirigido por M. D'Amelio y E. Finzi, Firenze, 1948; A. GIORDANO, *Sul fondamento dell'azione di rescissione*, en *Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione - sezioni civili*, 1946, II, p. 677.
- 3-4. D. BUZZELLI, *Rescissione per lesione e controllo dello scambio*, en AA.VV., *I precedenti*, al cuidado de G. Alpa, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fundada por W. Bigiavi, II, Torino, 2000, p. 757; G. COLAIACOMO, *Il nesso causale tra stato di bisogno e sproporzione delle condizioni contrattuali nella rescissione per lesione, approfittare è lecito*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1998, I, p. 335; A. PINORI, *L'approfittamento dello stato di bisogno nella rescissione per lesione*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, I, p. 691; E. LECCESE, *Sullo stato di bisogno come requisito soggettivo di natura patrimoniale della rescissione per lesione*, en *Rassegna di diritto civile*, 1987, p. 503; V. RIZZO, *Sulla nozione di stato di bisogno nella rescissione per lesione*, en *Rassegna di diritto civile*, 1980, p. 166; O.T. SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza negli scambi e la rescissione del contratto per lesione*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, p. 309; M. COSTANZA, *Contratto preliminare e prescrizione dell'azione generale di rescissione*, en *Giustizia civile*, 1977, I, p. 1377; F. CARRESI, *La fattispecie di rescissione per lesione*, en *Studi in onore di Greco*, Padova, 1965, p. 115; A. MIELE, *Rescissione per lesione e svalutazione monetaria*, en *Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione - sezioni civili*, 1952, I, p. 194; F. MESSINEO,

Lo stato di bisogno nella lesione contrattuale enorme, en *Il Foro italiano*, 1950, IV, p. 193; R. SACCO, *I requisiti soggettivi della fattispecie di lesione secondo l'art 1448 c.c.*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1949, II, p. 257; L. FERRI, *Compravendita e rescissione per lesione*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1947, p. 682.

6. L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000; F. PANUCCIO, *Riduzione ad equità*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVII, Torino, 1998, *ad vocem*; F. DEL BENE, *Appunti sul rimedio della reductio ad equitatem*, en *Giurisprudenza di merito*, 1997, p. 198 y 402; D. CHINDEMI, *Trilateralità del contratto di "leasing" e riduzione del contratto ad equità senza ricorrere all'applicazione dell'art. 1526 c.c.*, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1994, p. 182; F.A. MAGNI, *Ancora sull'offerta di riduzione ad equità*, en *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, 1, p. 2107; F. PANNUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione ad equità*, Milano, 1990; E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, en *Rassegna di diritto civile*, 1983, p. 710; M. COSTANZA, *Sulla reductio ad equitatem del contratto rescindibile*, en *Giustizia civile*, 1979, p. 1091; E. ONDEI, *Ancora sulla natura giuridica della riduzione ad equità dei contratti rescindibili*, en *Temi*, 1973, p. 6; M. PROSPERETTI, *Sulla riduzione ad equità del contratto rescindibile*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1966, p. 1217; R. CAPOTOSTI, *Transazione e riduzione ad equità del contratto rescindibile*, en *Il Foro italiano*, 1959, I, p. 1305; A. DALMARTELLO, *Lesione, riduzione del contratto ad equità e svalutazione monetaria*, en *Temi*, 1948, p. 36; N. DISTASO, *Azione generale di rescissione per lesione, offerta di reductio ad equitatem e svalutazione monetaria*, en *Giurisprudenza completa delle Corti supreme di Cassazione -sezioni civili*, 1948, II, p. 176; E. REDENTI, *L'offerta di riduzione ad equità*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1947, p. 576; V. TORRENTE, *Intorno al momento di esercizio della facoltà di modificazione equitativa del contratto nell'azione generale di rescissione*, en *Il Foro italiano*, 1947, I, p. 567; F. CARNELUTTI, *Offerta di modificazione del contratto impugnato per lesione*, en *Rivista di diritto processuale*, 1946, II, p. 66.
8. A. MANIACI, *La nuova normativa in materia di usura e i rapporti negoziali in corso*, en *Contratti*, 2000, p. 691; M. TOLA, *Le conseguenze civili dell'usura*, en *Studium iuris*, 2000, p. 70; G. MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, en *Contratto e impresa*, 1999, p. 410; G. GIOIA, *Una costruzione unitaria dell'usura*, en *Corriere giuridico*, 1999, p. 455; F. VANORIO, *Il reato di usura ed i contratti di credito: un primo bilancio*, en *Contratto e impresa*, 1999, p. 501; E. QUADRI, *Usura e legislazione civile*, en *Corriere giuridico*, 1999, p. 890; M. BELLACOSA, *Usura*, en *Digesto delle discipline penalistiche*, XV, Torino, 1998, *ad vocem*; A. RICCIO, *Le conseguenze civili dei contratti usurari: è soppressa la rescissione per lesione "ultra dimidium"?*, en *Contratto e impresa*, 1998, p. 1027; E. GRASSI, *Il nuovo reato d'usura: fattispecie penali e tutele civilistiche*, en *Rivista di diritto civile*, 1998, p. 231; G. COLLURA, *La nuova legge dell'usura e l'art 1815 c.c.*, en *Contratto e impresa*, 1998, p. 602; S.T. MASUCCI, *Disposizioni in materia di usura. La modificazione del codice civile in tema di mutuo ad interessi*, en *Nuove leggi civili commentate*, 1997, p. 1336; L. FERRONI, *La nuova disciplina civilistica del contratto di mutuo ad interessi usurari*, Napoli, 1997; E. QUADRI, *La nuova legge sull'usura e i suoi diversi volti*, en

Corriere giuridico, 1996, p. 363; G. ALPA, *Usura: problema millenario, questioni attuali*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, II, p. 182; G. BONILINI, *La sanzione civile dell'usura*, en *Contratti*, 1996, p. 224; S. PROSDOCIMI, *La nuova disciplina del fenomeno usurario*, en *Studium iuris*, 1996, p. 782; G. MERUZZI, *Usura*, en *Contratto e impresa*, 1996, p. 790; E. QUADRI, *Profili civilistici dell'usura*, en *Il Foro italiano*, 1995, V, p. 345; S. FIORE, *Illecito civile e illecito penale nella convenzione usuraria*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1970, p. 909; G. MALINEVERNI, *Interessi usurari e stato di bisogno*, en *Giurisprudenza italiano*, 1965, II, p. 259; A. MELITO, *Considerazioni sulla disciplina privatistica dei negozi usurari*, en *Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione - sezioni civili*, 1950, II, p. 719; G. SCHERILLO, *In tema di usura e lesione*, en *Giurisprudenza italiana*, 1948, I, 1, p. 49; Alb. CANDIAN, *Contributo alla dottrina dell'usura e della lesione nel diritto positivo italiano*, Milano, 1946; F. TALASSANO, *Illecito civile e illecito penale nella lesione enorme*, en *Il Foro padano*, 1946, I, p. 67.



CAPÍTULO XII

REGULACIÓN DEL MERCADO Y PROTECCIÓN DE LOS CONTRATANTES DÉBILES

1. Mercado, contratos y regulación.— 2. Los contratos estándar (condiciones generales de contrato): la eficacia frente al adherente.— 3. *Sigue*: aprobación específica de las cláusulas onerosas.— 4. *Sigue*: interpretación; formatos y formularios.— 5. Las cláusulas vejatorias en los contratos de los consumidores: de la directiva europea a los arts. 1469-bis y ss.— 6. El ámbito de la disciplina: contratos entre consumidores y profesionales.— 7. El concepto de cláusula vejatoria: definición y criterios generales.— 8. La presunción de vejatoriedad para las cláusulas de la "lista gris".— 9. Elementos impeditivos de la vejatoriedad: reproducción de actos normativos, tratativa sobre la cláusula.— 10. El remedio individual: "ineficacia" de las cláusulas vejatorias.— 11. Otras reglas.— 12. El remedio colectivo: la acción inhibitoria.— 13. La protección de los consumidores-contratantes en la legislación de sector.— 14. Contratos negociados fuera de los locales comerciales; contratos a distancia.— 15. La subprovisión.— 16. Los contratos de subprovisión.— 17. El abuso de dependencia económica.— 18. La regulación del mercado y el impacto sobre el derecho de los contratos.— *Bibliografía*.

1. MERCADO, CONTRATOS Y REGULACIÓN

Los contratos, principal instrumento de los intercambios y de la circulación de la riqueza, son un factor que constituye y define el mercado, entendido como lugar en el cual se intercambian bienes y servicios económicos. La regulación de los contratos es, por lo tanto, un momento decisivo de la regulación del mercado, especialmente cuando las partes de los contratos sean sujetos que tienen papeles de protagonistas institucionales del mercado mismo: las *empresas*, que en el mercado ofrecen bienes y servicios; y los *consumidores*, que en el mercado demandan bienes y servicios.

Desde hace tiempo, en las sociedades evolucionadas, la regulación del mercado es una tarea primaria e ineludible del legislador. Por ello, en las legislaciones contemporáneas, encuentra espacio siempre más amplio la regulación de los contratos, y especialmente de los contratos que tienen como protagonistas empresas y consumidores. Los objetivos de esta regulación son esencialmente dos, entre ellos conexos: justicia y eficiencia.

Contratos...

... y mercado

Regulación del mercado...

... y de los contratos de las empresas y de los consumidores

Objetivos: Se regulan las relaciones contractuales de las empresas y de los consumidores teniendo en cuenta, primeramente, que son a menudo *relaciones entre partes con poder económico distinto*, de manera que al interior de estos un *contratante "fuerte"* tiene la posibilidad de abusar de un *contratante "débil"*, imponiéndole para su beneficio contratos injustos; defender al contratante débil contra este riesgo de prevaricaciones significa, por ello, defender la justicia de las relaciones contractuales de mercado. La legislación más reciente eleva este objetivo al rango de principio general: el derecho "a la corrección, transparencia y equidad en las relaciones contractuales concernientes a bienes y servicios" es indicado entre los "derechos fundamentales" de los consumidores por la ley marco sobre los derechos de los consumidores y usuarios (art. 1º, lit. e) Ley 281/1998).

Justicia...
 ... y eficiencia Al mismo tiempo, impedir las prevaricaciones de los contratantes "fuertes" sobre los "débiles" permite *seleccionar entre empresas más eficientes y empresas menos eficientes*: significa hacer prevalecer en el mercado a las empresas que por su éxito apuntan no al abuso de posiciones dominantes, sino al mejoramiento de la calidad y la contención de los precios posibilitados por la innovación tecnológica, por la reducción de los costos internos, por la racionalización de los procesos productivos y distributivos; significa, en resumen, un mercado que garantice la mejor eficiencia en la asignación de los recursos.

La regulación de los contratos de las empresas y de los consumidores se realiza, esencialmente, con una cierta *disciplina de remedios contractuales*: por ello es que se habla en esta sede. Como veremos, esta introduce elementos muy novedosos en el tradicional sistema codicístico de los remedios contractuales y, en definitiva, en los mismos principios fundadores del contrato.

Código...
 ... y leyes sucesivas Un significativo momento de regulación de las relaciones contractuales de mercado estaba presente, por otro lado, ya en el código, con las normas sobre los *contratos estándar* o condiciones generales del contrato (41.2-4). Pero los aspectos decisivos del fenómeno se vinculan a leyes posteriores, casi siempre emitidas por el legislador italiano en aplicación de directivas europeas: primera entre todas, por su importancia práctica y sistemática, la nueva disciplina de las *cláusulas vejatorias en los contratos de los consumidores* (41.5-12); luego las numerosas leyes dedicadas a *específicos sectores de mercado*, y a los correspondientes contratos (41.13); seguidamente, la disciplina de los *contratos negociados fuera de los locales comerciales*, o bien *a distancia* (41.14); finalmente, la ley sobre la *subprovisión* (41.15-17).

2. LOS CONTRATOS ESTÁNDAR (CONDICIONES GENERALES DE CONTRATO): LA EFICACIA FRENTE AL ADHERENTE

Estandarización La estandarización de los bienes y de los servicios, típica de la moderna economía de masa, lleva consigo la estandarización de los correspondientes contratos: para la venta de los propios bienes o la distribución de

los propios servicios, la empresa utiliza un texto contractual estándar, que es uniformemente aplicado en las relaciones con todos los clientes (2.9).

El fenómeno de la estandarización implica los ulteriores fenómenos de la predisposición unilateral y de la adhesión.

El texto del contrato no surge de una tratativa con el cliente, sino que es elaborado por la misma empresa interesada, o incluso por la organización de categoría de las empresas de un cierto sector, que lo pone a disposición de las empresas asociadas, cada una de las cuales lo utiliza luego en las relaciones con los propios clientes (por ejemplo, los bancos habitualmente emplean, para la prestación de servicios bancarios, contratos estándar elaborados por la Asociación Bancaria Italiana-Abi; las empresas aseguradoras de pólizas estándar elaboradas por la Asociación Nacional de Empresas Aseguradoras-Ania; etc.).

Predisposición
unilateral

El cliente no puede hacer otra cosa que “adherirse” al contrato estándar: lo acepta a ojos cerrados, sin discutir o sin lograr obtener modificaciones al texto predispuesto.

Adhesión

La empresa que predispone el texto o que utiliza un texto ya predispuesto se llama “*predisponente*”; el cliente que se adhiere al texto predispuesto por otros se llama “*adherente*”. El contrato celebrado en tal modo entre un predisponente y un adherente se llama también *contrato “por adhesión”*.

El fenómeno de los contratos estándar por adhesión se refiere particularmente a las *empresas que contratan con consumidores*. Pero no se excluye que el *predisponente* sea un *no empresario*: piénsese en el locador que ofrece a la adhesión del conductor un texto estándar predispuesto por una asociación de propietarios edilicios. Ni se excluye, al contrario, que el *adherente* sea a su vez un *empresario*: como el comerciante que obtiene servicios bancarios o se abastece de productos con los cuales trata, celebrando contratos estándar predispuestos por el banco o respectivamente por el productor o por el mayorista.

El código de 1942 ha mostrado tener conciencia del fenómeno, que define como “condiciones generales de contrato”. Ha considerado que es un fruto inevitable de la moderna economía de masa; y se ha preocupado de regularlo, con normas dirigidas a garantizar una cierta tutela del adherente. Esta tutela resulta de una serie de reglas.

La primera regla dice que las condiciones generales predispuestas “son eficaces” frente al adherente “si al momento de la celebración del contrato este las conoció o habría debido conocerlas empleando la diligencia ordinaria” (art. 1341¹).

Eficacia de las
condiciones
generales...

No existe ningún problema si el adherente conoce las condiciones generales: es obvio que ellas lo vinculan. Pero la norma implica que el adherente

... que el
adherente
conoce...

... o no
conoce, pero
debería
conocer...

puede ser vinculado a cláusulas que (habría debido conocer, pero) de hecho no conoce. El dato no escandaliza, y no mella la naturaleza contractual del acto de adhesión y de la relación que nace de este: también quien suscribe un texto contractual sin saber qué cosa contiene se vincula a este (10.9). El sentido de la norma es establecer *dentro de cuáles límites el adherente puede encontrarse vinculado a cláusulas que no conoce*: límites más estrictos de los que normalmente valen para quien acepta un texto contractual sin conocerlo. En este sentido, la norma está a favor del adherente.

... con
ordinaria
diligencia

El “deber de conocimiento” de las condiciones generales por parte del adherente tiene como parámetro la ordinaria diligencia, es decir, el grado de esfuerzo (no elevado) que puede requerirse a un *cliente promedio del mercado de referencia*. Y tiene un contenido complejo, porque se refiere: al conocimiento del hecho mismo que existen condiciones generales del predisponente, referidos al contrato en cuestión; su accesibilidad; su comprensibilidad. En otras palabras, las cláusulas estándar no vinculan al adherente si este habría debido emplear un particular esfuerzo: para descubrir que el predisponente regula sus contratos mediante condiciones generales; o, habiéndolo descubierto, para obtener el texto; o, habiendo obtenido el texto, para comprender su significado.

Cargas del
predisponente

Por ello, el predisponente interesado en que los adherentes estén vinculados a sus condiciones generales tiene una carga múltiple: *dar clara noticia de su existencia; hacerlas fácilmente disponibles a los adherentes; redactarlas en términos comprensibles para un cliente promedio*. Todo esto con referencia al momento del contrato, y no a un momento posterior: no vinculan al adherente las condiciones que él puede conocer solo después de la celebración del contrato, por ejemplo, porque están escritas en la factura.

Ineficacia
relativa
(inoponibili-
dad)

En rigor, las condiciones generales no conocidas ni conocibles con la ordinaria diligencia deberían considerarse no insertadas en el contrato, o bien inexistentes como parte del reglamento contractual (por lo tanto no invocables por ninguna de las partes). La distinta calificación preferida por algunos intérpretes, que hablan de su inoponibilidad o de ineficacia relativa, tiene la ventaja práctica de consentir (solo) al adherente invocarla, si tiene interés.

Cláusulas de
uso

El art. 1341¹ no se aplica cuando las condiciones estándar se conviertan, por su empleo generalizado y constante, en cláusulas de uso *ex art. 1340*: en tal caso entran en el contrato por *integración legal* (21.4), aunque no conocibles por el adherente con la ordinaria diligencia.

3. SIGUE: APROBACIÓN ESPECÍFICA DE LAS CLÁUSULAS ONEROSAS

La más significativa tutela del adherente se refiere a algunas particulares cláusulas, llamadas “onerosas”: para que vinculen al adherente, no basta que sean conocidas o conocibles por él; es necesario un *requisito de*

Art. 1341²

forma, y esto es que estén “*específicamente aprobadas por escrito*” (art. 1341²).

Las cláusulas onerosas están indicadas en una lista que comprende una decena. Tienen esta característica común: *agravan la posición contractual del adherente*, privándolo de derechos o poderes que él tendría en base a la disciplina común de la relación contractual, o bien imponiéndole obligaciones o sujeciones que en base a aquella disciplina él no tendría. Ellas realizan el riesgo típico de los contratos estándar: la prevaricación del adherente, por efecto de una predisposición unilateral en total ventaja del predisponente.

Cláusulas onerosas

La lista de las cláusulas onerosas es taxativa y no ampliable por analogía, de manera que no puede aplicarse el requisito de forma a cláusulas que no estén comprendidas, solo porque son gravosas para el adherente: se excluye, por ejemplo, que pueda tratarse como onerosa la cláusula penal. Por lo demás, se admite la interpretación extensiva de las fórmulas que indican las singulares cláusulas de la lista. Una de ellas es la cláusula de limitación de la responsabilidad: se consideran onerosas también las cláusulas que formalmente se presentan como dirigidas a *definir el objeto del contrato* y el contenido de las obligaciones contractuales, en lugar de *limitar la responsabilidad* por su incumplimiento, cuando su efecto sustancial es similar a una limitación de responsabilidad (cláusulas de delimitación del riesgo asegurado, cláusulas sobre el valor máximo que el cliente puede introducir en la caja de seguridad).

Cierre a la extensión por analogía

Apertura a la interpretación extensiva

La onerosidad no se purga solo porque la cláusula se presenta con efectos simétricamente *bilaterales*. Figura en la lista la cláusula de separación del predisponente: sigue siendo onerosa la cláusula que, estableciendo la separación del predisponente, da análogo poder al adherente.

La finalidad del requisito de forma para las cláusulas onerosas es claro: se quiere *estimular la atención y el pleno conocimiento del adherente*, pensando que si él suscribe específicamente la cláusula, significa que la ha valorado y aceptado no obstante su onerosidad.

Específica aprobación escrita: finalidad...

El requisito debe ser entendido, en sus modalidades prácticas de actuación, de modo tal como para no frustrar la finalidad. La sola firma del adherente al pie del texto del contrato que contiene las condiciones generales no basta, porque la aprobación sería genérica y no “específica”: es necesaria una *ulterior suscripción referida específicamente a las cláusulas onerosas*. Sin embargo, no es necesaria una firma para cada cláusula; basta firmar una *única declaración* con la cual se aprueban las cláusulas onerosas, indicadas con el número que asumen en el texto del contrato (tesis menos rigurosa) o con la mención numérica integrada por una sintética indicación de su contenido (tesis más rigurosa). Una referencia *omnibus* a todas las cláusulas del contrato, que mezcle las onerosas con las no onerosas, sería no idónea.

... y modalidades

El requisito del segundo párrafo del art. 1341 se agrega al del primer párrafo, pero no lo elimina: una cláusula onerosa, también aprobada por escrito en el modo visto, no vincula al adherente si *no le es conocible con la ordinaria diligencia* (por ejemplo, porque su tecnicismo la hace incomprensible al cliente promedio).

Cláusulas no aprobadas

La cláusula estándar onerosa sin específica aprobación escrita *no vincula al adherente*. Más allá de este dato cierto, calificación y régimen de la cláusula son controvertidos. La jurisprudencia es firme en considerarla afectada por *nulidad absoluta*, invocable por el adherente pero también por el predisponente. Gran parte de la doctrina objeta justamente que la *ratio* de la disciplina sugiere limitar la legitimación solo al adherente, pero en su interior hay quien habla de *nulidad relativa*, quien de *inoponibilidad*, quien de *ineficacia* (relativa) bajo el perfil de la ausente inclusión en contrato.

Mantenimiento del contrato

Otro punto ampliamente compartido en doctrina es la inaplicabilidad del art. 1419¹: en el interés del adherente la inoperatividad de las cláusulas onerosas no debería jamás arrastrar el contrato, que se mantiene en vida sin las cláusulas (en cuyo lugar se aplica la disciplina dispositiva de ley).

Se excluye que cláusulas onerosas no aprobadas puedan entrar en el contrato como *cláusulas de uso ex art. 1340*.

Al definir el ámbito cubierto por el art. 1341², los intérpretes han recortado algunas zonas en las cuales la aplicación de la norma estaría excluida o puesta en discusión.

Campos discutidos:

Se afirma que el requisito no opera cuando la cláusula onerosa haya sido *negociada con el adherente*: solución compartible en la medida en la que la tratativa sobre la cláusula haya sido efectiva, de modo que esta no pueda ya decirse fruto de una predisposición unilateral. No es cierto que pueda decirse lo mismo en otros casos, que también se desearían liberados del art. 1341²: las de las cláusulas onerosas contenidas en condiciones estándares *negociadas entre contrapuestas asociaciones de categoría*, o en textos contractuales estipulados por *acto notarial*, o en actos en el límite entre lo contractual y lo normativo (*estatutos de organizaciones, reglamentos condominiales*).

Textos de la Administración Pública

En el pasado la jurisprudencia sustraía del art. 1341² las condiciones generales contenidas en textos contractuales predisuestos por la Administración Pública, con el debilísimo argumento de la presunción de legitimidad y corrección del actividad de los sujetos públicos, de los que sería impensable esperarse actos de prevaricación en daño de las contrapartes. Pero desde hace tiempo la jurisprudencia se ha corregido, remitiendo el supuesto de hecho al campo de aplicación de la norma: según una más general tendencia a dismantelar los privilegios tradicionalmente reconocidos al contratante público, y a reconducir los contratos de la Administración Pública bajo el gobierno del derecho contractual común (3.8).

4. SIGUE: INTERPRETACIÓN; FORMATOS Y FORMULARIOS

A los contratos estándar el art. 1370 dedica una regla de interpretación objetiva: en caso de duda sobre el significado, las condiciones generales se interpretan contra el predisponente (*contra stipulatorem*), esto es en el sentido más favorable al adherente (20.9).

Interpretación contra el predisponente

Otras reglas se refieren al caso (muy difundido) en el cual las condiciones generales predispuestas están incorporadas en formatos y formularios utilizados como documentos contractuales, en lugar de estar escritas en soportes externos al documento contractual. Se aplican entonces *todas las reglas arriba vistas*, con los oportunos ajustes: por ejemplo la conocibilidad según la ordinaria diligencia *ex art 1341¹* podrá excluirse solo bajo el perfil de la incomprensibilidad (por excesivo tecnicismo, o por uso de lenguas extranjeras) o bien de la difícil legibilidad (por los caracteres microscópicos).

Formatos y formularios

El art. 1342¹ introduce luego otra regla: las cláusulas agregadas al formato o formulario, e incompatibles con las cláusulas de este, prevalecen sobre las cláusulas originarias aunque estas no estén canceladas. Cuando la cláusula agregada afecta solo parcialmente una cláusula originaria, podrá ser difícil establecer si de esta se salva algo, y qué cosa.

Predominancia de las cláusulas agregadas

El art. 1342² dice que a los contratos celebrados con formatos o formularios se aplica el art. 1341² (específica aprobación escrita de las cláusulas onerosas). La previsión puede parecer superflua: a las condiciones generales no cesa de aplicarse la correspondiente disciplina, por el solo hecho de que estas estén escritas en los formatos o formularios contractuales. Para dar un sentido a la norma, debería postularse que esta se refiera a supuestos de hecho no cubiertos por el art. 1341: alguien piensa en el formato o formulario usado por el contratante para un específico contrato y no para una serie indefinida de contratos (por ejemplo, el formato predispuesto de locación, usado *una tantum* por el locador).

Aplicabilidad del art. 1341²

5. LAS CLÁUSULAS VEJATORIAS EN LOS CONTRATOS DE LOS CONSUMIDORES: DE LA DIRECTIVA EUROPEA A LOS ARTS. 1469-BIS Y SS.

La disciplina de las condiciones generales del contrato da al adherente una protección muy frágil. Cláusulas duras para los adherentes no están comprendidas entre las onerosas (piénsese en las cláusulas que dan al predisponente un *ius variandi*), y así escapan al requisito de forma del art. 1341². Pero también allí donde se aplica, este requisito no ofrece una gran tutela. Es fácil que el adherente, frente a la fórmula que invoque las cláusulas onerosas, *firme mecánicamente sin leerlas y evaluarlas*. Incluso admitiendo que las lea, las valore y las cuestione, *difícilmente obtendrá la modificación del predisponente*: si es muy tenaz y orgulloso, podrá renunciar al contrato y dirigirse a otro proveedor; pero es fácil que por donde vaya, él se encuentre con las *mismas condiciones estándar*, de hecho no modificables. La del art. 1341 es, en definitiva, una protección formal y no sustancial: no impide que en los contratos predispuestos entren cláusulas desventajosas para los adherentes, parte débil de la relación.

Art. 1341. protección débil, formal y no sustancial

Nueva
disciplina

La exigencia de una más fuerte tutela sustancial de los adherentes, y en particular de los adherentes consumidores, ha sido recogida por la *directiva europea 93/13, correspondiente a las cláusulas vejatorias en los contratos de los consumidores* (pero ya antes de ella muchas legislaciones europeas la habían introducido en específicos Estados). Italia ha recibido la directiva en 1996, reformando el código: al final del título II del cuarto libro, dedicado al contrato en general, se han agregado 5 nuevos artículos (del 1469-*bis* al 1469-*séxies*) encerrados en un nuevo capítulo XIV-*bis* que se titula "*De los contratos del consumidor*".

Tutela
sustancial

Esta disciplina ofrece tutela sustancial, en este sentido: las cláusulas unilateralmente predispuestas que, por su contenido, gravan en modo notable la posición del adherente, son sin más no vinculantes para el adherente mismo, prescindiendo de cualquier dato formal (sean conocidos o no, conocidos o no, aprobadas por escrito o no). Todo ello, por otro lado, dentro de los límites del ámbito de aplicación de la disciplina, de la cual ahora se habla.

6. EL ÁMBITO DE LA DISCIPLINA: CONTRATOS ENTRE CONSUMIDORES Y PROFESIONALES

Ámbito del
art. 1341

El ámbito de los arts. 1469-*bis* y ss. es distinto y en su conjunto más restringido, de aquel del art. 1341. El art. 1341 cubre *cualquier contrato estándar entre cualquier predisponente y cualquier adherente*: por lo tanto también los contratos en los que no aparece un consumidor, porque está celebrado entre operadores económicos profesionales (empresarios, profesionales liberales). En cambio la nueva disciplina cubre solo los contratos en los que el adherente sea un "consumidor", y el predisponente un "profesional" (art. 1469-*bis*¹).

Ámbito del
art. 1469-*bis*:
contratos
entre
profesionales...

Las dos figuras son definidas por el art. 1469-*bis*². El profesional es "la persona física o jurídica, pública o privada, que, en el marco de su *actividad empresarial o profesional*, utiliza el contrato" predispuesto. El consumidor es "*la persona física que actúa por propósitos ajenos a la actividad empresarial o profesional eventualmente desarrollada*". Solo los contratos entre dos partes de este modo calificadas obedecen a la nueva disciplina: por consiguiente solo los contratos entre un individuo y un operador económico, del cual el primero adquiere bienes o servicios necesarios para sus exigencias personales y familiares.

... y
consumidores

El ámbito así definido suscita valoraciones políticas y problemas interpretativos.

Críticas

Bajo el primer perfil, se le critica como demasiado restringido, porque *deja fuera muchos contratos en los que se manifiestan análogas exigencias de protección de una parte*

"débil": los que ven como adquirentes de bienes o servicios, destinados a fines no empresariales ni profesionales, a un sujeto no persona física (piénsese en la asociación que adquiere mobiliarios o instrumentos funcionales a su actividad *no profit*); pero sobre todo los celebrados entre un "profesional" fuerte y otro "profesional" en posición de debilidad contractual (piénsese en el pequeño productor de componentes para auto, que vende toda su producción a la gran y potente fábrica automovilística; o en el micro empresario que contrata con el banco para sus vitales exigencias de crédito).

Algunos intérpretes se esfuerzan argumentando la extensión de la disciplina también a casos parecidos (por ejemplo sosteniendo que incluso el profesional está tutelado, cuando contrata bienes o servicios extraños al campo de su específica actividad): la intención es apreciable, pero el resultado debe ser rechazado porque es incompatible con el claro dictado de la norma. La limitación del ámbito ha sido una elección política del legislador (partiendo del europeo), que el intérprete puede criticar pero no forzar. Por otro lado, al problema de la protección contractual del profesional débil recientemente ha dado alguna respuesta la ley sobre la subprovisión (41.15-17).

En el plano de los problemas interpretativos, hay que preguntarse si la disciplina se aplica solo a los contratos de los cuales sea parte desde el origen un consumidor; o también a los que, *celebrados por un profesional, terminen a favor de un consumidor* como tercero beneficiario de la posición contractual (por ejemplo, seguro estipulada por el profesional a favor de los dependientes), o por efecto de sucesiva circulación de la posición contractual (por ejemplo, fraccionamiento del mutuo con el cual el empresario edil había financiado la construcción, y su transferencia a los singulares compradores de los departamentos). Debe preferirse la tesis más amplia: los arts. 1469-*bis* y ss. protegen al consumidor como *parte de una relación contractual*, y no como simple autor de un acto.

Problemas Interpretativos

El ámbito de los arts. 1469-*bis* y ss. es, por lo tanto, más restringido de aquel del art. 1341 bajo el perfil subjetivo. En cambio, es más amplio bajo otro perfil. El art. 1341 se refiere solo a los contratos estándar, predispuestos para regular en modo uniforme una serie indefinida de relaciones contractuales. La nueva disciplina prescinde de este requisito, y se aplica también a los contratos *predispuestos para un singular negocio con un singular cliente* (a condición de que estén predispuestos unilateralmente por el profesional, y no negociados con el cliente): es decir, regula todos los contratos por adhesión entre profesionales y consumidores, y no solo los contratos estándar por adhesión.

Aplicabilidad también a los contratos no estandarizados

7. EL CONCEPTO DE CLÁUSULA VEJATORIA: DEFINICIÓN Y CRITERIOS GENERALES

La nueva disciplina combate esas particulares cláusulas de los contratos entre profesionales y consumidores, que sean "vejatorias" (el legislador italiano ha preferido este término al término "abusivas", presente en la directiva). Las define el art. 1469-*bis*¹: son vejatorias "las cláusulas que, pese a la buena fe, determinan a cargo del consumidor un significativo desequilibrio

Definición general

de los derechos y de las obligaciones que derivan del contrato". Esta definición da los criterios generales de la vejatoriedad: el significativo desequilibrio, y la contrariedad a la buena fe (objetiva).

Significativo
desequilibrio

La cláusula crea "desequilibrio" cuando *modifica, en daño del consumidor, las recíprocas posiciones contractuales de las partes como son definidas por el derecho dispositivo* (parámetro del nivel ideal de "equilibrio" de las posiciones mismas). Sin embargo, no basta cualquier desequilibrio, sino que es necesario un desequilibrio "significativo": medida difícilmente definible en abstracto, a remitir caso por caso a la prudente discrecionalidad del juzgador.

La ley ofrece, luego, al intérprete otros criterios complementarios, que integran el criterio general del significativo desequilibrio.

Irrelevancia:
del objeto...

Dos son criterios negativos (art. 1469-ter²).

La vejatoriedad "no concierne a la determinación del objeto del contrato", es decir esencialmente a la naturaleza y a las características del bien o servicio contratado: aquí se expresa en forma máxima la libertad de elección de la autonomía privada, soberana a los límites del capricho y no sujeta a valoraciones y tutelas externas.

... y de la
adecuación
de la
retribución

Por la misma *ratio*, la vejatoriedad no atañe ni siquiera a "la adecuación de la retribución de los bienes y de los servicios": el desequilibrio que determina la vejatoriedad es un *desequilibrio "normativo" y no "económico"*, porque la economía del contrato —en su aspecto crucial representado por el precio— es reserva de la autonomía privada, en la cual (salvo los casos de patología del proceso de decisión, o específicos y coyunturales objetivos de política económica) la ley y el juez no deberían intervenir (17.3).

Relevancia:

El art. 1469-ter¹ indica luego, en positivo, otros tres criterios a aplicarse en el juicio de vejatoriedad.

de la
naturaleza del
bien o
servicio, ...

El intérprete debe tener en cuenta "la naturaleza del bien o del servicio objeto del contrato": por ejemplo, la naturaleza del bien vendido puede ser relevante para saber si es vejatoria una cláusula relativa a ciertas modalidades de entrega o mantenimiento de este.

... de las
circunstancias
al momento
de la
celebración...

Además debe hacer "referencia a las circunstancias existentes al momento de la (...) celebración" del contrato.

... y de otras
cláusulas o
contratos
vinculados

Finalmente debe considerar las "otras cláusulas del contrato (...) o de otro vinculado o del cual dependa": una cláusula, en sí y por sí fuente de desequilibrio, puede no obstante ser juzgada no vejatoria si resulta reequilibrada

por otra cláusula del mismo contrato o por otro contrato vinculado con aquel bajo juicio, que disponga significativa ventaja para el consumidor. En la regla se reflejan: el criterio de la globalidad, ya considerado a los fines de la interpretación (20.6), y la relevancia de la vinculación entre contratos (17.5-6).

La norma indica (con frase gramaticalmente impropia) la contrariedad a la buena fe como requisito ulterior respecto al significativo desequilibrio. Si no se le quiere considerar como una *fórmula redundante*, de valor más retórico que normativo, la invocación a la buena fe puede concebirse como *remisión a los criterios integradores* del art. 1469-ter¹, o como su sintética anticipación mediante el principio que constituye la *ratio* común: porque sería contrario a la buena fe sostener o viceversa negar en abstracto la vejatoriedad de una cláusula, sin tener en cuenta relevantes elementos concretos como la naturaleza del bien o servicio, la vinculación con otras cláusulas, etc.

Contrariedad
a la buena fe

8. LA PRESUNCIÓN DE VEJATORIEDAD PARA LAS CLÁUSULAS DE LA "LISTA GRIS"

Se ha visto que el juicio de vejatoriedad se vincula al criterio general del significativo desequilibrio. De hecho, en la mayoría de los casos la determinación de la naturaleza vejatoria de una cláusula dependerá no tanto de la aplicación de ese criterio, sino de otro dato: la circunstancia de que la cláusula corresponda o no a alguno de los "tipos" de cláusulas enumerados en el art. 1469-bis³, bajo los incs. 1 al 20.

Esta lista indica una serie de *cláusulas que "se presumen vejatorias hasta prueba en contrario"*. Son cláusulas que el legislador considera *prima facie* portadoras de un significativo desequilibrio (contrario a la buena fe) en daño del consumidor, y por lo tanto vejatorias. Pueden convencionalmente clasificarse en dos categorías: cláusulas de desequilibrio y cláusulas de sorpresa.

En las cláusulas de desequilibrio el significativo desequilibrio se manifiesta como *asimetría de las posiciones sustanciales o procesales de las partes*: estas prevén determinadas cargas o límites por parte del consumidor y no también del profesional, o bien determinadas ventajas o facilidades para el profesional y no para el consumidor. El desequilibrio puede consistir en un agravamiento de las responsabilidades del consumidor (incs. 5 y 6); en un aligeramiento de las responsabilidades del profesional (incs. 1, 7 segunda parte, 14 primera parte y 15); en una disminución de las posibilidades del consumidor de hacer valer pretensiones contra el profesional o defenderse de sus pretensiones (incs. 3, 18 primera parte y 19).

Cláusulas de
desequilibrio

Aquí el valor perseguido es la igualdad entre las partes, o mejor ese específico perfil de igualdad que es la reciprocidad: valor lesionado por las cláusulas que atribuyen una carga o

Igualdad
como
reciprocidad

una ventaja a una parte, sin establecerla correlativamente también para la otra. El mismo valor inspira (más allá de los contratos entre profesionales y consumidores) la nueva disciplina del anatocismo bancario, *ex art. 120² TUB (17.4)*.

Cláusulas de
sorpresa

En las cláusulas de sorpresa, el desequilibrio se manifiesta en la sorpresa, que el consumidor está expuesto a *sufrir —tras la celebración del contrato— situaciones contractuales impredeciblemente distintas de las que, según razonabilidad, él podía esperarse* (mientras el profesional está al reparo de toda sorpresa, o incluso es él mismo el agente de la sorpresa en daño del consumidor). La sorpresa puede referirse a la formación o la permanencia del vínculo contractual (incs. 4, 7 primera parte, 8, 9 y 20); el contenido del reglamento contractual (incs. 10, 11, 12, 13 y 14 segunda parte); la identidad de la contraparte (inc. 17).

Las cláusulas de la lista facilitan, con la evidencia de referencias precisas, la comprensión de que el legislador entienda como significativo desequilibrio en daño al consumidor. Ofrecen, pues, una ayuda precisa al intérprete, atareado en aplicar el requisito general de la vejatoriedad.

Presunción de
vejatoriedad

Pero, aún antes, pueden hacer superfluo tal ejercicio. En efecto —y este es el punto que define el sentido y el valor de la lista— las cláusulas de este “se presumen vejatorias hasta prueba en contrario” (art. 1469-*bis*³). Frente a la cláusula correspondiente a una de las voces de la lista, el juez no debe verificar si esta determina, en concreto, un significativo desequilibrio en daño del consumidor: él puede y debe considerarla indudablemente vejatoria. La inclusión en la lista, con la consiguiente presunción de vejatoriedad, tiene pues relevancia probatoria: hace superflua la indagación y la prueba sobre el alcance desequilibrante de la cláusula.

Presunción
relativa:

prueba
contraria, ...
... a cargo del
profesional

Pero la presunción es relativa, porque deja expresamente a salvo la prueba contraria. La carga es invertida sobre el profesional, interesado en salvar su cláusula: a tal fin, él puede demostrar que la cláusula, aunque hipotecada por una presunción de vejatoriedad, en concreto no es vejatoria. Vuelve a emerger así la relevancia de los *criterios generales de la vejatoriedad*, materia en este punto de una carga probatoria que grava sobre el profesional: a él le corresponde demostrar que la cláusula, aunque abstractamente desequilibrante, no puede en concreto considerarse vejatoria, por ejemplo, a la luz de la peculiar naturaleza del bien o del servicio, o porque reequilibrada por otras cláusulas fuertemente ventajosas para el consumidor.

Lista gris

Es pues posible que una *cláusula de la lista* sea juzgada *no vejatoria*. Ello califica la lista del art. 1469-*bis*³ como lista “gris”: en contraposición al modelo de la lista “negra”, que se tendría si las cláusulas de la lista fueran calificadas irremediabilmente vejatorias, sin posibilidad de prueba en

contrario. Por el contrario, puede ser juzgada *vejatoria*, en base al criterio general, una *cláusula ajena a la lista*.

Aunque teóricamente posible, de hecho ambas eventualidades parecen poco probables: la primera porque, en un contexto de general *favor* hacia el consumidor, la presunción de vejatoriedad fijada en su ventaja parece durísima de dismantelar; la segunda porque la lista es muy exhaustiva.

9. ELEMENTOS IMPEDITIVOS DE LA VEJATORIEDAD: REPRODUCCIÓN DE ACTOS NORMATIVOS, TRATATIVA SOBRE LA CLÁUSULA

Una cláusula puede presentar los elementos constitutivos de la vejatoriedad (significativo desequilibrio contrario a la buena fe, verificado en concreto o, para las cláusulas de la lista, en virtud de presunción no vencida por prueba contraria); y sin embargo no ser vejatoria, por la presencia de elementos impeditivos de la vejatoriedad. Los elementos que inmunizan de vejatoriedad cláusulas de otra forma destinadas a calificarse vejatorias, son dos.

Elementos
constitutivos...

... e
impeditivos
de la
vejatoriedad

El primero es la coincidencia entre contenido de la cláusula y contenido de ciertos actos normativos: leyes y convenciones internacionales (art. 1469-ter³). No son vejatorias las cláusulas que reproducen "disposiciones de ley", es decir establecen derechos del profesional u obligaciones del consumidor ya directamente atribuidos por la ley (mientras que la vejatoriedad no está impedida por una norma que simplemente establezca la posibilidad de pactar esos derechos o esas obligaciones). Ni las cláusulas que reproducen previsiones de convenciones internacionales de las que sean parte todos los Estados de la Unión europea, o bien la misma Unión europea.

Reproducción
de normas
legales...

... o
convenciones
internacionales

El segundo factor impeditivo es la tratativa sobre la cláusula: "No son vejatorias las cláusulas (...) objeto de tratativa individual" (art. 1469-ter⁴). La *ratio* es clara: propósito de la disciplina es tutelar al consumidor, en cuanto obligado a adherirse pasivamente a las cláusulas impuestas por el profesional; pero si sobre las cláusulas existe tratativa, el propósito viene a menos.

Tratativa
sobre la
cláusula

El problema es establecer cuándo puede decirse que sobre las cláusulas haya existido tratativa. La circunstancia de que la cláusula insertada en el contrato presente *modificaciones (favorables al consumidor)* respecto al texto estándar de la misma es un índice útil, pero no decisivo: es posible que la tratativa haya existido, aunque al final no haya producido modificaciones al texto inicial; por el contrario, modificaciones solo formales o intrascendentes podrían haber sido introducidas bajo pretexto, o para hacer aparentar una tratativa en realidad solo ficticia. Ni siquiera la eventual *declaración confesoria del consumidor* respecto

Requisitos de
la "tratativa"

a la existencia de la tratativa sobre las cláusulas deberían convencer al juzgador: esta podría haber sido predispuesta por el profesional, y el consumidor podría haberla emitido por descuido, pese a la falsedad de su presupuesto. Es necesario pues que el juzgador, antes de liberar la cláusula de la imputación de vejatoriedad, se convenza rigurosamente de la existencia de una *tratativa verdadera y real*.

Carga de la prueba

Deriva de lo arriba manifestado la importancia de la carga de la prueba. Esta *grava sobre el profesional*: para salvar la cláusula, a él le corresponde demostrar que la cláusula cuestionada ha sido objeto de tratativa con el consumidor. La regla probatoria está explicitada (por lo demás con inexplicable limitación al caso de contratos celebrados mediante formatos o formularios estándar) por el art. 1469-ter⁵: pero, pese a ello, se deduciría igualmente atendiendo a que la *prueba de elementos impositivos* de la pretensión (aquí, de la pretensión a la declaración de vejatoriedad) es prueba de una excepción, cuya carga grava sobre la parte contra la cual la pretensión está dirigida (por lo tanto del profesional) *ex art. 2697²*.

Cláusulas no inmunizadas por la tratativa

La regla según la cual la tratativa excluye la vejatoriedad de la cláusula negociada no vale para las cláusulas de los inc. 1, 2 y 10 de la lista, consideradas particularmente pesadas para el consumidor (art. 1469-*quinquies*²). Son las que: excluyen o limitan la responsabilidad del profesional por daños físicos; limitan los derechos y las acciones del consumidor en relación a incumplimientos del profesional; vinculan al consumidor a contenidos contractuales que no estaba en grado de conocer. Aunque negociadas, estas cláusulas continúan presumiéndose vejatorias.

10. EL REMEDIO INDIVIDUAL: "INEFICACIA" DE LAS CLÁUSULAS VEJATORIAS.

El sentido de la nueva disciplina es atribuir un remedio contra las cláusulas vejatorias, para *permitir al consumidor liberarse del correspondiente vínculo contractual*. Curiosamente, el remedio es denominado por el legislador "ineficacia": "Las cláusulas (...) vejatorias (...) son ineficaces" (art. 1469-*quinquies*¹).

"Ineficacia" ...

... aquí significa nulidad

Esta elección terminológica es singular, porque el supuesto de hecho presenta todas las características que normalmente dan lugar a la calificación de nulidad: precisamente, *todas las características de las "nulidades especiales", dispuestas para la protección de particulares categorías de contratantes* (33.14). El intérprete puede formular conjeturas sobre las razones de una elección tan extraña. Luego, debe tomar nota de que la denominada "ineficacia" de las cláusulas vejatorias no corresponde para nada a la categoría de la ineficacia, tal como es normalmente concebida (33.2), sino más bien debe ser sustancialmente considerada y tratada como una nulidad. Por otro lado, la calificación es instrumental a la individualización del tratamiento y muchos aspectos del tratamiento de las cláusulas vejatorias son regulados directamente por los arts. 1469-*bis* y ss.

Nulidad solo parcial

La ineficacia (nulidad) de las cláusulas vejatorias es solo parcial: las cláusulas vejatorias salen del contrato, o, con todo, no vinculan al consumidor,

pero “el contrato mantiene eficacia por el resto” (art. 1469-*quinquies*¹). La regla pone fuera de juego al art. 1419¹, y ello beneficia al consumidor. Eliminada la cláusula vejatoria, el equilibrio originario del contrato es alterado a favor del consumidor y en daño del profesional: este tendría interés en la total ineficacia del contrato, que le está precluida; mantener en vida el contrato con el nuevo equilibrio favorable al consumidor aventaja a este último.

La ineficacia (nulidad) de las cláusulas vejatorias es relativa, “opera solamente en ventaja del consumidor” (art. 1469-*quinquies*³), por la misma *ratio* de valoración del interés de la parte protegida, que favorece al régimen de las nulidades relativas (38.4).

Nulidad
relativa

La regla, aunque formulada en términos sustanciales, debe ser leída como una *regla de legitimación*: solo la parte protegida puede tomar la iniciativa de hacer valer el remedio, en base a la autónoma valoración del propio interés. En tal sentido tomada la decisión, la correspondencia del remedio al interés del consumidor está *in re ipsa*, y no existe espacio para una valoración externa (del juez) que, superponiéndose a la decisión del interesado, censure la efectividad de tal correspondencia.

Además “La ineficacia (...) puede ser apreciada de oficio por el juez” (art. 1469-*quinquies*³).

Nulidad
apreciable de
oficio

Como ya se ha dicho para las nulidades relativas, la previsión debe coordinarse con la naturaleza de un *remedio en el interés de parte*, por lo tanto es entendida en modo de hacerla funcional al interés del consumidor, y no en conflicto con este. Por consiguiente, el juez llamado a decidir sobre pretensiones del profesional fundadas en la cláusula vejatoria, puede rechazarlas apreciando la ineficacia aunque no excepcionada por el consumidor; pero frente a una demanda del consumidor fundada en la cláusula, no puede hacerlo.

Otros problemas de tratamiento de las cláusulas vejatorias, no afrontadas explícitamente por las normas, son resueltas invocándose, en vía de principio, el régimen de la nulidad: la cláusula vejatoria *no se convalida*; el remedio entre las partes puede hacerse valer *sin límites de prescripción*.

Otros perfiles

Otra consecuencia de la ineficacia de las cláusulas vejatorias se refiere no a las relaciones entre las partes del contrato que las contiene, sino a aquellas entre el *profesional-revendedor* que ha vendido el bien al consumidor y el *profesional-proveedor* del cual el primero se lo ha procurado: “El vendedor tiene *derecho de regreso* frente al proveedor por los daños que sufre como consecuencia de la declaración de ineficacia de las cláusulas” (art. 1469-*quinquies*⁴).

Regreso del
revendedor
frente al
proveedor

La norma está formulada mal; pero su sentido puede ser aclarado mediante un ejemplo. El profesional A vende al consumidor B un bien, excluyendo la responsabilidad por los vicios: dada la ineficacia de la cláusula, A debe resarcir a B. A se había procurado el bien viciado por el profesional X, y una cláusula de su contrato excluía la responsabilidad de X por los vicios: la cláusula tiene valor, porque está contenida en un contrato entre profesionales. Consecuencia: en relación a ese bien viciado, A resarce al sujeto al cual le ha vendido,

Ejemplo

pero no recupera nada del sujeto del cual ha comprado. La norma remedia la injusticia: A, que resarce a B, tiene luego derecho de regreso frente a X.

11. OTRAS REGLAS

Transparencia...

Las cláusulas predisuestas por escrito por el profesional “deben siempre estar redactadas de manera clara y comprensible” (art. 1469-*quater*¹): la norma generaliza a todos los contratos de los consumidores el principio de transparencia, ya presente en leyes de sector (8.2).

... en particular del objeto y del precio

La consecuencia más notable deriva del art. 1469-*ter*². Este dispone que la vejatoriedad no puede depender ni del objeto del contrato ni del precio: pero —agrega— “a condición de que tales elementos estén *individualizados de manera clara y comprensible*”. He aquí, entonces, que la redacción no-transparente de la cláusula que define el bien o servicio ofrecido (por ejemplo el riesgo asegurado), o los mecanismos para el cálculo del precio, permite la impugnación por vejatoriedad, excluida como regla.

Interpretación contra el profesional

“En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalece la interpretación más favorable al consumidor” (art. 1469-*quater*²): es el canon de interpretación contra el predisponente, ya dictado por el art. 1370 para las condiciones generales del contrato.

La diferencia de los respectivos campos de aplicación es conocida (41.6): el art. 1469-*quater*² se aplica también a los contratos de adhesión predisuestos para un singular negocio, pero no a los contratos de los que no sea parte un consumidor; el art. 1370 se aplica también a los contratos entre operadores económicos, a condición de que estén predisuestas para una serie indefinida de relaciones.

12. EL REMEDIO COLECTIVO: LA ACCIÓN INHIBITORIA

Remedio individual-sucesivo...

La *ineficacia* de las cláusulas vejatorias es remedio individual y sucesivo: sucesivo porque interviene sobre *cláusulas vejatorias contenidas en contratos ya celebrados*, individual porque interviene sobre el *específico contrato* entre el singular consumidor y el singular profesional, al cual se refiere el singular juicio: operando exclusivamente ínterpartes.

... y remedio colectivo-preventivo

Pero contra las cláusulas vejatorias se dispone también un remedio judicial colectivo y preventivo: la acción inhibitoria (art. 1469-*sexies*).

Legitimación activa...

El remedio puede ser accionado por las *asociaciones representativas de consumidores* (mejor individualizadas por Ley 281/1998, denominada ley marco sobre los derechos de los consumidores), o por las *Cámaras de comercio*.

... y pasiva

Se dirige contra un *profesional* o una *asociación de profesionales* que utilicen condiciones generales de contrato en las relaciones con los consumidores.

Está destinada a que el juez determine la eventual vejatoriedad de las cláusulas que allí están contenidas (también en base a la presunción de vejatoriedad de la lista gris). Determinada la vejatoriedad, el juez emite una resolución que inhibe el uso de las cláusulas, es decir *prohíbe insertarlas en los futuros contratos* entre profesionales y consumidores (primer párrafo).

Inhibitoria

La disposición puede ser concedida también *en vía cautelar* "cuando concurren justos motivos de urgencia" (segundo párrafo).

La naturaleza colectiva del remedio resulta de los sujetos legitimados para actuarlo, que no son individuos, sino *sujetos organizados*, representativos de intereses colectivos. Resulta además del blanco contra el que el remedio se dirige: no un singular contrato, sino *condiciones generales de contrato* predispuestas y utilizadas por un profesional para la generalidad de sus relaciones, o bien predispuestas por una asociación de profesionales para la utilización por parte de los profesionales asociados, en vista de la generalidad de sus relaciones. Finalmente resulta del alcance del remedio: este hace sí que *todos los contratos sucesivamente celebrados* sobre la base de las condiciones generales sometidas al juicio no contengan cláusulas vejatorias.

Naturaleza colectiva...

Bajo este último perfil se aprecia también la naturaleza preventiva del remedio: la cual impide la inserción de las cláusulas en los futuros contratos entre profesionales y consumidores, y así las elimina del mercado.

... y preventiva

13. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES-CONTRATANTES EN LA LEGISLACIÓN DE SECTOR

La nueva disciplina de las cláusulas vejatorias en los contratos de los consumidores hace más general y sistemática una tendencia a la protección contractual de los consumidores, ya presente en leyes especiales relativas a específicos sectores del mercado.

Son leyes que ya hemos tenido el modo de evocar, en relación a singulares perfiles de disciplina. Específicas normas sobre contratos de consumidores, que se refieren a particulares bienes o servicios o particulares modalidades de la contratación, han sido emitidas en materia de: contratos *bancarios y de crédito al consumo* (arts. 115 y ss., 121 y ss. TUB); contratos *financieros* (arts. 23-24 TUF); contratos *turísticos* (D. Leg. 111/1995); adquisiciones en *multipl propiedad* (D. Leg. 427/1998); contratos *negociados fuera de los locales comerciales* (D. Leg. 50/1992) y contratos *a distancia* (D. Leg. 185/1999). A estos últimos se dedica el próximo parágrafo.

En el 2001 se ha previsto la actuación en el ordenamiento interno de la Directiva europea 99/44 sobre *la venta y las garantías de los bienes de consumo*. La disciplina quiere asegurar a los "consumidores" que adquieren de "vendedores" profesionales algún "bien de consumo", la conformidad del bien a las previsiones contractuales y la más amplia información precontractual sobre las correspondientes garantías.

Directiva sobre las garantías

14. CONTRATOS NEGOCIADOS FUERA DE LOS LOCALES COMERCIALES; CONTRATOS A DISTANCIA

Cuando el consumidor con su iniciativa requiera a la empresa un bien o un servicio, se puede pensar que haya ponderado y decidido conscientemente la adquisición. No así *cuando es la empresa quien toma la iniciativa, llegando al consumidor donde este se encuentra*: aquí existe el riesgo de que el consumidor sea "sorprendido" por la oferta de la empresa, y celebre el contrato sin reflexionar bien, salvo que luego se arrepienta cuando, reflexionando fríamente, advierta de haber hecho una adquisición no conveniente.

Contratos entre "operadores económicos" y "consumidores"...

... negociados "fuera de los locales comerciales"

Derecho de separación

El consumidor está protegido contra tal riesgo por las normas del D. Leg. 50/1992, que se aplican a los contratos entre "operadores económicos" y "consumidores" (salvo algunas clases de contratos, que por su reducido valor económico o que por su objeto no levantan exigencias de protección), los cuales hayan sido negociados "fuera de los locales comerciales": por lo tanto, en la casa del consumidor, o en el lugar de trabajo, estudio, vacaciones, salud, o en el curso de una excursión organizada por el operador, o en un espacio público, o por correspondencia en base a catálogo proporcionado por el operador, o finalmente en base a ofertas televisivas.

Estas normas protegen al consumidor, consintiéndole (dentro de los 7 días) arrepentirse y cancelar la adquisición mediante separación unilateral del contrato celebrado: con consiguiente restitución del bien o renuncia al servicio, y liberación de la obligación de pagar el precio, o recuperación de lo ya pagado.

Disciplina de la separación

Toda la disciplina gira en torno al derecho de separación del consumidor. La empresa, en el momento en el que encamina la tratativa con el consumidor, *debe informarle* de su derecho de separación del contrato que eventualmente celebrará. Celebrado el contrato, el consumidor que desee separarse debe comunicarle al operador *dentro de los 7 días* (que suben a 60 en ausencia de la información arriba mencionada). Lo único que puede impedir la separación es la acontecida *consumación del bien o utilización del servicio*. El derecho de separación es irrenunciable, y todas las disposiciones del decreto son *inderogables*: los pactos en contraste son nulos.

Separación de las "ofertas"

La ley permite separarse tanto de los contratos, como —curiosamente— de las ofertas contractuales, diciendo que en ambos casos la separación puede ocurrir "en los plazos y en las condiciones" a los que se refiere la disciplina especial (art. 4 D. Leg. 50/1992). Pero así olvida que de las ofertas contractuales (a diferencia de los contratos) se puede separar ya por derecho común, revocándolas (7.5); y arriesga, paradójicamente, de empeorar la situación del consumidor, sometiendo la revocación de las ofertas a "plazos" y "condiciones" que ¡el derecho común no contemplaría a su cargo!

Contratos "a distancia"

Normas más recientes (D. Leg. 185/1999) regulan los contratos "a distancia" entre consumidores y proveedores: los celebrados con técnicas de

comunicación como impresos, circulares, catálogos, teléfono, fax, televisión, computadora, *e-mail*. Respecto de ellos se advierte una análoga exigencia de *protección del consumidor contra el efecto sorpresa*: además, dada la lejanía física del proveedor, la exigencia de dar al consumidor garantías respecto a la regular ejecución del contrato.

De aquí los puntos resaltantes de la disciplina: información del consumidor; su irrenunciable derecho de separación (dentro de los 10 días, o 3 meses en defecto de información); plazo de 30 días para la ejecución de la prestación del proveedor, cuyo no respeto resuelve el contrato.

Disciplina

Una disciplina especial recibe la oferta "*fuera de sede*" de productos o servicios financieros, destinados a *inversionistas no profesionales*. Aspecto resaltante es, también aquí, la *separación de arrepentimiento* dada al cliente (art. 30^o TUF).

Productos financieros

Las ventas por correspondencia, por televisión o en el domicilio del consumidor además están sometidas a una particular reglamentación administrativa (arts. 18-19 D. Leg. 114/1998, que, por cierto, prohíbe las subastas televisivas).

15. LA SUBPROVISIÓN

El fenómeno de la subprovisión se refiere a las *relaciones entre una empresa fuerte (comitente) y una empresa débil (subproveedora)*. Una ley reciente ha intervenido para regular las relaciones de subprovisión, con el objetivo de tutelar a la parte débil (Ley 192/1998). De este modo se supera la orientación restrictiva, reflejada aún en la disciplina de las cláusulas vejatorias, según la cual la protección de los contratantes débiles en las relaciones de mercado debe dirigirse exclusivamente a favor de los consumidores. En cambio, se afirma la idea de que la regulación del mercado deba encargarse de la protección de los contratantes débiles, incluso cuando estos sean empresas.

Ley 192/1998

Idea no pacífica: la ley sobre la subprovisión ha recibido críticas, oposiciones y también acusaciones de inconstitucionalidad, bajo el perfil de una inadmisibile comprensión dirigista de la libertad contractual de los operadores económicos. (Pero la circunstancia de que en ella se reflejen previsiones generalmente compartidas en el ámbito de la Unión Europea debería desdramatizar las censuras).

La definición de subprovisión, dada por la Ley 192/1998, señala el campo (y los límites) dentro de los cuales operan sus normas. Esta individualiza *dos variantes* posibles del fenómeno: la subprovisión de manufacturas y la subprovisión de bienes y servicios (art. 1).

Los supuestos de hecho:

La subprovisión de manufacturas es aquella en la que la empresa subproveedora "se compromete a efectuar por cuenta de una empresa comitente manufacturas sobre productos semielaborados o sobre materias primas

subprovisión de manufacturas...

provistas por la misma comitente". Piénsese en las pequeñas empresas (por ejemplo del sector textil-confecciones) que ensamblan o montan o terminan las piezas provistas por una gran empresa productora (por ejemplo, partes de traje), a la cual restituyen los productos (prendas de vestir) terminados y listos para el mercado.

... y
subprovisión
de bienes y
servicios

La subprovisión de bienes o servicios es aquella en la que la empresa subproveedora se compromete a proveer a la empresa comitente "productos o servicios destinados a ser incorporados o (...) utilizados en el ámbito de la actividad económica del comitente o en la producción de un bien complejo". Para permanecer en el textil-confecciones, piénsese en quien proporciona botones o cierres; o bien, en el sector automotriz, en quien proporciona espejos retrovisores.

Dependencia
tecnológico-
organizativa...

Las dos variantes tienen un elemento común: las manufacturas o provisiones del subproveedor son ejecutadas "en conformidad a proyectos ejecutivos, conocimientos técnicos y tecnologías, modelos o prototipos proporcionados por la empresa comitente": la gran casa de moda decide e impone a las pequeñas empresas que trabajan para ella cómo deben ser cosidas y acabadas las prendas; la gran casa automotriz decide e impone el diseño, materiales y otras características de los espejos que el subproveedor produce para ella. De aquí emergen los datos esenciales de la subprovisión: la dependencia tecnológico-organizativa, de la que se deriva la dependencia económica del subproveedor del comitente.

... y
económica

Precisamente porque la empresa subproveedora sabe producir y está organizada para producir esencialmente en función de esa empresa comitente (de manera que sus prestaciones productivas no tendrían mercado respecto a otros comitentes), la primera es "prisionera" (*captive*) de la segunda, con el riesgo de sufrir las prevaricaciones en la relación contractual.

16. LOS CONTRATOS DE SUBPROVISIÓN

Los contratos de subprovisión no identifican un tipo contractual en sentido propio. Así como los contratos de los consumidores (o los contratos de duración, o los contratos traslativos, etc.), son una *categoría transversal*, definida por ciertas características de las partes y de las prestaciones, a las cuales pueden corresponder *tipos contractuales diversos*: contrata, compraventa, suministro, etc. A los contratos de subprovisión se aplican por ello tanto las normas del tipo de pertenencia, como las normas de la Ley 192/1998 (con prioridad de estas últimas, en caso de incompatibilidad).

Disciplina

La disciplina de los contratos de subprovisión se refiere esencialmente: a la forma y la formación; la transparencia del precio y de los otros elementos contractuales; los términos de pago del precio debido al

subproveedor; la nulidad de cláusulas vejatorias para el subproveedor. Su objetivo es *proteger al subproveedor*, como parte débil de la relación.

El contrato requiere *forma escrita*, a la que se equiparan la comunicación "por telefax u otra vía telemática", y el *inicio de la ejecución* por parte del subproveedor, que haya recibido la oferta escrita del comitente. El contrato informal es *nulo*, pero se prevé una notable *recuperación de sus efectos*: "el subproveedor tiene (...) derecho al pago de las prestaciones ya ejecutadas y al resarcimiento de los gastos realizados de buena fe a los fines de la ejecución" (art. 2¹⁻²).

Forma

En homenaje a la transparencia, el contrato debe especificar con precisión todos los términos de la operación: requisitos del bien o servicio a proveer; términos y modalidades de entrega, recepción y pago; y, sobre todo, el precio, que debe ser "determinado o determinable de manera clara y precisa" (art. 2⁴⁻⁵).

Transparencia

Se fijan inderogablemente los plazos para el pago de lo que se debe al subproveedor (por regla 60 días), así como las consecuencias de su inobservancia (art. 3). Esta es la previsión que ha suscitado más contrastes, así como críticas de dirigismo.

Plazos de pago

Finalmente se establece la nulidad de algunas cláusulas, consideradas particularmente vejatorias para el subproveedor (arts. 5-6): las que dan al comitente *ius variandi*, o el derecho de separarse sin adecuado preaviso, o descargan sobre el subproveedor responsabilidades dependientes de defectos de materiales o instrumentos proporcionados por el comitente (pero, inversamente, también es inderogable la responsabilidad del subproveedor por lo que él haya proporcionado). Notable es la previsión de nulidad del "pacto con el cual el subproveedor disponga, a favor del comitente y sin adecuada retribución, de derechos de privacidad industrial o intelectual" (art. 6³): quizá el primer caso en el que, más allá del fenómeno de los precios impuestos, la ley dicta un imperativo explícito de "adecuación" o "congruencia" de la retribución contractual, en contraste con el principio que deja este elemento en el dominio de la libre contratación de las partes (17.3).

Cláusulas nulas

17. EL ABUSO DE DEPENDENCIA ECONÓMICA

La Ley 192/1998 prohíbe también el abuso de dependencia económica: "Está prohibido el abuso por parte de una o varias empresas del estado de dependencia económica en el que se encuentra, en su o en sus relaciones, una empresa cliente o proveedora" (art. 9¹). Se introduce así un principio destinado a tener una profunda incidencia en el derecho de los contratos, y más general en el ordenamiento de las relaciones entre privados.

La dependencia económica es definida como la "situación en la que *una empresa está en grado de determinar, en las relaciones comerciales con otra empresa, un excesivo desequilibrio de derechos y de obligaciones*", y es "valorada teniendo en cuenta también la posibilidad real (...) de hallar en el mercado alternativas satisfactorias" (art. 9¹).

Dependencia económica...

Respecto a la subprovisión, la norma cubre una realidad más amplia. La subprovisión es un *particular caso de dependencia económica* (en el que el proveedor depende de un

Dependencia económica fuera de la subprovisión

cliente dominante): pero la dependencia económica puede involucrar casos en los que el cliente es dependiente y el proveedor dominante. Puede manifestarse en relación a la particular relación entre dos empresas (típicamente entre comitente y subproveedor), pero también más allá de una relación de subprovisión (como por ejemplo entre sociedad controlante y controlada). O bien en relación a objetivas condiciones de mercado: como en las relaciones entre empresas monopolistas u oligopolistas y todas las que dependen de sus provisiones; o entre empresas en posición de monopsonio u oligopsonio y todas las que dependen de sus requerimientos.

Abuso

El comportamiento de abuso *no es definido, sino ejemplificado*: “puede (...) consistir en el rechazo de vender o en el rechazo de comprar, en la imposición de condiciones contractuales injustificadamente gravosas o discriminatorias, en la interrupción arbitraria de las relaciones comerciales en acto” (art. 9²). Estas deberían ser las manifestaciones más graves y difusas del abuso, pero no las únicas: el intérprete está habilitado para encontrar otras.

Elas indican vínculos e interferencias entre el abuso de dependencia económica y supuestos de hecho considerados por otras disciplinas: las cláusulas vejatorias en los contratos de los consumidores, pero sobre todo las concertaciones anticompetitivas y los abusos de posiciones dominantes, prohibidas por la legislación *antitrust* (cfr. en particular art. 2² let. d), e); art. 3, let. a), c) y d) Ley 287/1990).

Comportamientos materiales...
... o negocios

Nullidad

El abuso de dependencia económica puede realizarse con comportamientos materiales (por ejemplo rechazo de vender o comprar): los remedios se colocan entonces en el terreno de la *responsabilidad extracontractual*, y eventualmente de las acciones inhibitorias. Pero aquí interesan sobre todo los abusos realizados con negocios y en particular con “pactos” para los que el remedio se inscribe en la disciplina contractual, siendo la nulidad: “El pacto a través del cual se realiza el abuso de dependencia económica es nulo” (art. 9³).

La nulidad puede afectar *todo el contrato o específicas cláusulas* de este. Puede afectar los contratos entre empresas dominantes y dependientes, que constituyen el instrumento directo del abuso; pero también *contratos previos* entre sujetos diversos: es instrumento aunque indirecto del abuso, como tal afectado por nulidad, también el acuerdo entre varias empresas dominantes que convienen prácticas abusivas a aplicar a las empresas dependientes con las que estarán en relaciones de mercado. La norma habla de “pactos”: pero no pueden excluirse (ni existe razón de salvar de nulidad) abusos realizados con *negocios unilaterales*, como una intimación para cumplir o una separación ejercitada por la empresa dominante en base a la disciplina legal del tipo (si fuera una separación convencional, sería nula ya la cláusula bilateral que la prevé, aún antes del unilateral acto de ejercicio).

Nullidad especial

En ningún caso como en este, la nulidad *depende de datos empíricos*, sobre cuya determinación está llamada a ejercitarse la discrecionalidad (entre técnica y política) del intérprete: “excesivo desequilibrio”, “posibilidad real (...) de hallar en el mercado alternativas satisfactorias”, “condiciones (...) injustificadamente gravosas o discriminatorias”. Estamos plenamente en el

campo de las “nulidades especiales” (33.14), y el régimen del contrato nulo por abuso de dependencia económica no puede no resentir de la lógica en la que generalmente se inspiran: así, también en ausencia de expresa indicación legislativa, es difícil pensar que la legitimación para invocar la nulidad no esté reservada en exclusiva a la parte dependiente, que sufre el abuso.

En un sentido muy genérico, la invalidez del contrato celebrado por una parte en estado de dependencia económica, de la que la contraparte abusa, puede evocar la rescisión por lesión (40.3-4): ambos remedios protegen a quien contrata bajo condiciones injustas, por condicionamientos externos que perjudican la libertad negocial. Pero son claras las diferencias de presupuestos. Aquí no se requiere una injusticia medida con el rigor numérico de la lesión *ultra dimidium*: vale el más amplio criterio de un “excesivo desequilibrio de derechos y de obligaciones”. Y la “dependencia económica” es una presión menos imperativa del “estado de necesidad” (si bien calificada, respecto a este, por el implicar una relación entre las partes del contrato). En síntesis: el art. 9 Ley 192/1998 propicia *controles sobre el contrato, más extensos e intensos* de los abiertos por el art. 1448.

Comparación
con la
rescisión por
lesión

18. LA REGULACIÓN DEL MERCADO Y EL IMPACTO SOBRE EL DERECHO DE LOS CONTRATOS

Las nuevas normas de las que se habla en este capítulo constituyen el más significativo bloque de aquella legislación especial, que contiene al código la disciplina de los contratos (4.5).

Ellas introducen gruesos elementos de novedad, respecto al modo en el cual tradicionalmente se configuran fundamentales aspectos del derecho de los contratos: elementos vinculables todos a una *ratio* de protección del contratante débil.

Se acentúa la propensión a controles sustanciales sobre el contenido del contrato, para reaccionar a los elementos de “injusticia” o “desequilibrio” que este presente: en contratendencia respecto al principio tradicional por el cual los contratantes, que coordinan sobre el contrato más allá de los vicios de la voluntad o de estados de peligro o necesidad, son los únicos árbitros de su “justicia” o de su “equilibrio”. La propensión se advierte en el “significativo desequilibrio” tomado como criterio general de vejatoriedad de las cláusulas en los contratos de los consumidores; en el “excesivo desequilibrio” asumido como indicador de una dependencia económica, a la cual pueden aplicarse remedios contractuales; en la nulidad de los actos dispositivos, entre subproveedor y comitente, de derechos de exclusiva “sin adecuada retribución” (art. 6^o Ley 192/1998).

Controles
sobre el
equilibrio del
contrato

Se reconoce con frecuencia a la parte débil el remedio de la separación

Separaciones

unilateral del contrato, abriendo brechas siempre más amplias al principio del vínculo contractual (art. 1372¹).

Indisponibilidad

Las ventajas legalmente atribuidas a la parte débil son a menudo calificadas como irrenunciables: en derogación a la normal disponibilidad de los derechos patrimoniales.

Mantenimiento del contrato modificado

Se manifiesta la tendencia a conservar forzosamente el contrato, depurado de las partes indeseables, en derogación al criterio común susceptible de determinar nulidad total *ex art.* 1419¹.

Deberes de información

Se extreman y se puntualizan los deberes de información a las que el contratante más fuerte y experimentado está obligado respecto al contratante débil e inexperto: más allá de lo implicado por el art. 1337.

Nulidades relativas

Se amplía enormemente el campo de las nulidades relativas, poniendo en crisis el principio de la legitimación ampliada para hacer valer la nulidad.

Forma

Se multiplican los vínculos de forma escrita, estableciendo un “nuevo formalismo” que pone en crisis el declamado principio de libertad de las formas.

¿Fuerza expansiva de los nuevos principios?

Quien se pregunte sobre el futuro del contrato debe preguntarse si estos nuevos principios están destinados a permanecer circunscritos en el ámbito específico para el cual han sido introducidos; o tengan, en cambio, una fuerza expansiva capaz de llevarlos con el tiempo, a convertirse en principios generales del derecho común de los contratos. Las señales de esta perspectiva de expansión no faltan: por ejemplo los “Principios del derecho europeo de los contratos” (4.7) elevan a regla general —buena para todos los contratos, prescindiendo de la calidad de las partes— la invalidez de las cláusulas “abusivas” no negociadas (art. 4110), hasta ahora prevista solo para los contratos entre profesionales y consumidores.

¿“Consumerización” del derecho de los contratos?

Si la tendencia se reforzará, registraremos quizá un proceso análogo al madurado alrededor de la mitad del siglo XX. El *código civil* de 1942 señaló la “comercialización” del *derecho de los contratos*, incorporando en la disciplina del contrato en general, reglas y principios que el anterior código de comercio dictaba para el específico ámbito de los contratos “comerciales”. ¿Asistiremos, en el nuevo siglo (y milenio), a una “consumerización” del derecho general de los contratos, siempre más tributario de principios y reglas inicialmente surgidas solo para los contratos de los consumidores?

BIBLIOGRAFÍA

- 2-4. G. CHINÈ, *La contrattazione standardizzata*, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por M. Bessone, XIII, Torino, 2000, p. 493; U. VIOLANTE, *Clausole vessatorie e approvazione*.

specifica "a tutto campo": chi troppo vuole..., en *Corriere giuridico*, 2000, p. 1042; L. VIOLA, *Condizioni generali di contratto e pubblica amministrazione*, Padova, 2000; G. ALPA, *I contratti dei consumatori*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, I, Torino, 1999, p. 467; G. ALPA-G. CHINÈ, *Contratti di massa*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, I, Torino, 1999, p. 387; R.G. ALOISIO, *Condizioni generali di contratto, diritto comunitario e leggi speciali*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, I, Torino, 1999, p. 455; S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, en *Trattato contratti Rescigno*, Torino, 1999, p. 295; G. MATTEO, *Trattativa privata e contratto per adesione*, en *Contratti*, 1998, p. 231; A. TULLIO, *Il contratto per adesione*, Milano, 1997; O.A. NUZZO, *Capitolato speciale e condizioni generali di contratto*, en *Corriere giuridico*, 1997, p. 565; S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1996; E. PIANESI, *Le condizioni generali nei contratti degli enti pubblici*, Milano, 1996; S. PATTI, *Clausole vessatorie, clausole d'uso e necessità dell'approvazione specifica*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, I, p. 63; A. LISERRE, *Le condizioni generali di contratto tra norma e mercato*, en *Studi in onore di R. Sacco*, Milano, 1994, p. 679; G. TASSONI, *Condizioni generali di contratto e dolo del predisponente*, en *Contratti*, 1994, p. 124; M. COSTANZA, *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*, en *Giustizia civile*, 1994, II, p. 543; P. STELLA RICHTER, *Condizioni generali di contratto, capitoli d'onere e negozio per relationem*, en *Giustizia civile*, 1993, I, p. 1880; G. GABRIELLI, *Clausola compromissoria e contratti per adesione*, en *Rivista di diritto civile*, 1993, I, p. 555; (G. PATTI-) S. PATTI, *Risponsabilità precontrattuale e contratti standard*, en *Il Codice Civile. Commentario*, dirigitto por Schlesinger, Milano, 1993; AA.VV. (al cuidado de A. Marini y C. Stolfi), *Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto*, Napoli, 1992; G. SICCHIERO, *Condizioni generali di contratto*, en *Rivista di diritto civile*, 1992, II, p. 469; F. FESTI, *Le clausole aggiunte ai moduli o formulari ed interpretazione secondo buona fede*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1992, p. 300; M. MONINA, *Le condizioni generali di contratto*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, III, Torino, 1991, p. 199; G. ALPA-M. BESSONE, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1991; M. LIBERTINI, *Le condizioni generali di contratto del monopolista legale*, en *Contratto e impresa*, 1991, p. 579; M. MAGGIOLLO, *Un problema delle clausole vessatorie: tassatività e linguaggio giuridico*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1991, I, p. 753; AA.VV. (al cuidado de E. Cesaro), *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, Padova, 1989; G. PESCATORE, *Clausole onerose nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, en *Il Foro italiano*, 1989, V, p. 497; U. MORELLO, *Condizioni generali di contratto*, en *Digesto delle discipline privatitiche. Sezione civile*, III, Torino, 1988, *ad vocem*; C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente)*, en *Digesto delle discipline privatitiche. Sezione civile*, III, Torino, 1988, *ad vocem*; E. FRAN-CARIO, *Clausole vessatorie*, en *Enciclopedia giuridica*, VI, Roma, 1988, *ad vocem*; C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto. I) Diritto civile*, en *Enciclopedia giuridica*, VII, Roma, 1988, *ad vocem*; E.V. NAPOLI, *Condizioni generali di contratto, regolamento di condominio e multiproprietà*, en *Giurisprudenza italiana*, 1987, I, 1, p. 1686; C. SCOGNAMIGLIO, *Condizioni generali di contratto nei rapporti tra imprenditori e la tutela del contraente debole*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1987, II, p. 418; G. SICCHIERO, *Condizioni generali di contratto*, en *Rivista di diritto*

civile, 1987, II, p. 215; D. MEMMO, *Clausole vessatorie e contratti della pubblica amministrazione*, en *Contratto e impresa*, 1985, p. 376; V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983; C.M. BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, I-II, Milano, 1979-1981; M. NUZZO, *Condizioni generali di contratto*, en *Dizionario del diritto privato*, al cuidado de N. Irti, I, Milano, 1980; O.T. SCOZZAFAVA, *La natura dei contratti standard: un problema di metodo*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1979, p. 960; E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975; F. REALMONTE, *Le condizioni generali di contratto*, Milano, 1975; C.M. MAZZONI, *Contratti di massa e controlli nel diritto di massa*, Napoli, 1975; A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1970, I, p. 192; G. GORLA, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante moduli e formulari*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1963; I, p. 608; A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954; M. DOSSETTO, *Le condizioni generali di contratto e i contratti conclusi mediante moduli e formulari*, Padova, 1951; V. SCIALOJA, *Il c.d. contratto per adesione e gli artt. 1341 e 1342 cod. civ.*, en *Il Foro italiano*, 1949, IV, p. 39.

- 5-12. G. ALPA, *I contratti dei consumatori*, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por M. Bessone, XIII, II, Torino, 2000, p. 463; R. CONTI, *La Cassazione si pronuncia per la prima volta sul regime transitorio in tema di clausole abusive*, en *Corriere giuridico*, 2000, p. 1220; D. MAFFEIS, *Ambito soggettivo di applicazione degli artt. 1429-bis e seguenti c.c.*, en *Contratti*, 2000, p. 444; V. ROPPO, *La definizione di clausola "vessatoria" nei contratti dei consumatori*, en *Contratti*, 2000, p. 83; L. VALLE, *Giudizio di vessatorietà e clausole riproduttive di legge*, en *Contratto e impresa*, 2000, p. 753; L. ESPOSITO, *Clausole vessatorie nei rapporti di pubblico servizio*, en *Contratti*, 2000, p. 676; E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000; A. DI MAJO, *Trasparenza e squilibrio nelle clausole vessatorie*, en *Corriere giuridico*, 2000, p. 527; V. RIZZO, *Il significativo squilibrio "malgrado" la buona fede nei contratti dei consumatori*, en *Giurisprudenza Alfa-Bessone. Aggiornamento*, I, Torino, 1999, p. 527; R. LENER, *"Trasparenza" bancaria e modelli di tutela del cliente nel testo unico del credito*, en *Giurisprudenza Alfa-Bessone. Aggiornamento*, Torino, 1999, p. 1165; G. ALPA, *I contratti dei consumatori*, en *Giurisprudenza Alfa-Bessone. Aggiornamento*, I, Torino, 1999, p. 467; A. PALMIERI, *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale*, en *Il Foro italiano*, 1999, I, p. 3118; A. PALMIERI, *Il controllo giudiziale delle clausole abusive, tra sentieri impervi e (la tentazione di) sortite avventurose*, en *Il Foro italiano*, 1999, I, p. 2087; G. TUCCI, *Clausole vessatorie o abusive e disciplina dei contratti di investimento*, en *Rassegna di diritto civile*, 1999, p. 131; V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie spunti critici*, en *Europa e diritto privato*, 1998, p. 65; G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998, p. 17; R. MONTINARO, *La figura giuridica di consumatore nei contratti di cui al capo XIV-bis titolo II del libro quarto del codice civile*, en *Giustizia civile*, 1998, II, p. 219; E. MINERVINI, *La dichiarazione di contrarre in qualità di consumatore o di professionista e la nuova disciplina delle clausole vessatorie*, en *Studi in onore di P. Rescigno*, III, 2, Milano, 1998, p. 549; S. ORLANDO, *La formazione dei patti vessatori*

- nella novella sui contratti dei consumatori, en *Rivista del diritto privato*, 1997, p. 730; AA.VV. (al cuidado de G. Alpa y S. Patti), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Padova, 1997; F.D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, en *Le nuove leggi civili commentate*, 1997, p. 757; S. D'ANNA, *Le clausole abusive nei contratti del settore sanitario*, en *Giustizia civile*, 1997, II, p. 137; G. STELLA RICHTER, *Il tramonto di un mito: la legge uguale per tutti (dal diritto comune dei contratti al contratto dei consumatori)*, en *Giustizia civile*, 1997, II, p. 199; F. LAPERTOSA, *La giurisprudenza tra passato e futuro dopo l'avvento della nuova disciplina sulle clausole vessatorie*, en *Il Foro italiano*, 1997, V, p. 357; A. MANESCHI, *La difesa del consumatore delle clausole vessatorie*, Milano, 1997; U. RUFFOLO, *Clausole "vessatorie" e "abusive"*, Milano, 1997; V. ROPPO, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive ("vessatorie") nei contratti tra professionisti e consumatori*, en *Diritto privato*, 1996, II, p. 99; C. MARZUOLI, *Pubblica amministrazione e clausole vessatorie*, en *Diritto privato*, 1996, II, p. 231; AA.VV. (al cuidado de G. Alpa), *Investimento finanziario e contratti con i consumatori. Il controllo delle clausole abusive*, Milano, 1996; V. ROPPO, *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, nueva voz 1996, en *Enciclopedia giuridica*, VI, Roma, ad vocem; G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996; U. MORELLO, *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, en *Notariato*, 1996, p. 287; AA.VV. (al cuidado de G. Alpa y C.M. Bianca), *Le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Padova, 1996; G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, en *Il Foro italiano*, 1996, V, p. 145; AA.VV. (al cuidado de E. Cesaro), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, I, Padova, 1996; V. CARBONE, *La tutela del consumatore. Le clausole abusive*, en *Corriere giuridico*, 1996, p. 248; M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, en *Contratto e impresa. Europa*, 1996, p. 431; AA.VV. (al cuidado de A. Barenghi), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996; G. CIAN, *Il nuovo capo quattordici-bis del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, en *Studium iuris*, 1996, p. 411; V. ROPPO-G. NAPOLITANO, *Clausole abusive (voz nueva 1994)*, en *Enciclopedia giuridica*, VI, Roma, ad vocem; V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, en *Rivista di diritto civile*, 1994, I, p. 277; G. DE NOVA, *Criteri generali di determinazione dell'abusività di clausole ed elenco di clausole abusive*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, p. 691.
10. M. GIORGETTI, *La dichiarazione di inefficacia delle clausole abusive nei contratti dei consumatori*, en *Rivista di diritto processuale*, 1998, p. 761; S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, en *Europa e diritto privato*, 1998, p. 45; S. MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto*, en *Rassegna di diritto civile*, 1997, p. 565; A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, en *Rivista di diritto civile*, 1997, I, p. 403; F. ALCARO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, en *Vita notarile*, 1996, p. 1119; A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: "contratti dei consumatori" e condizioni generali*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1996, p. 501.

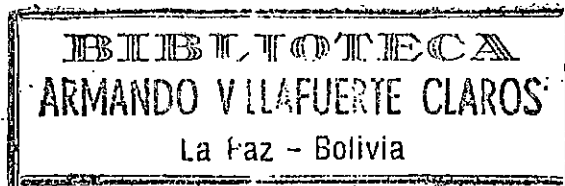
12. A. ORESTANO, *L'inibitoria ordinaria delle condizioni generali utilizzate dalle banche nei contratti con i consumatori*, en *Corriere giuridico*, 2000, p. 513; M. LIBERTINI, *L'inibitoria ex art. 1469 sexies*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, I, Torino, 1999, p. 665; R. BRIGANTI, *Tutela inibitoria e legittimazione attiva delle associazioni rappresentative dei consumatori*, en *Notariato*, 1999, p. 271; G. CONTE, *L'accesso alla tutela inibitoria cautelare tra le ragioni dei consumatori e le esigenze di coerenza del "sistema"*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, I, p. 255; F. D'ALESSANDRO, *Clausola compromissoria per arbitrato irrituale e azione inibitoria nei contratti dei consumatori*, en *Giustizia civile*, 1999, I, p. 1210; A. PALMIERI, *L'esordio dell'inibitoria ordinaria: il "repulisti" delle condizioni generali di contratto*, en *Il Foro italiano*, 1999, I, p. 360; M. DE CRISTOFARO, *Giusti motivi di urgenza: quale tutela per le clausole abusive?*, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1998, p. 727; P. SCHLESINGER, *Nuovi soggetti e nuove tutele. L'azione inibitoria di cui all'art. 1469-sexies c.c.*, en AA.VV. (al cuidado de N. Lipari), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, p. 73; P.M. PUTTI, *Clausole abusive nei contratti con i consumatori e tutela inibitoria ex art. 1469-sexies, 2° comma, c.c.*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1998, I, p. 323; A. PALMIERI, *Clausole abusive e tutela urgente: gli effetti destabilizzanti di una formula legislative infelice*, en *Il Foro italiano*, 1998, I, p. 3333; A. MUSIO, *Clausole vessatorie: l'inibitoria cautelare e i giusti motivi di urgenza*, en *Corriere giuridico*, 1998, p. 942; M. TOGLIATTO, *Clausole vessatorie ed inibitoria di urgenza: lo stato del dialogo tra dottrina e giudici di merito*, en *Contratto e impresa. Europa*, 1998, p. 1; M. GRANIERI, *Contratti dei consumatori: verso una stabilizzazione degli strumenti di tutela?*, en *Danno e responsabilità*, 1998, p. 905; G. DE MARZO, *La disciplina sui diritti dei consumatori e la tutela inibitoria cautelare*, en *Corriere giuridica*, 1998, p. 1349; A. PLAIA, *Clausole abusive e tutela inibitoria: "i giusti motivi di urgenza"*, en *Europa e diritto privato*, 1998, p. 575; A. DI MAJO, *Giusti motivi d'urgenza: atto secondo, il dolo del professionista*, en *Corriere giuridico*, 1998, p. 1087; E. CESARO, *Clausole vessatorie ed azione inibitoria: prime pronunzie della giurisprudenza*, en *Contratto e impresa. Europa*, 1997, p. 31; C. CONSOLO, *Tutela urgente, clausole abusive e pregiudizi rilevanti seppur non irreparabili*, en *Corriere giuridico*, 1997, p. 203; A. GIUSSANI, *Considerazioni sull'art. 1469-sexies c.c.*, en *Rivista del diritto privato*, 1997, p. 321; A. FRIGNANI, *L'azione inibitoria contro l'uso delle clausole vessatorie, ex art. 1469-sexies c.c.: alla ricerca della tutela collettiva dei consumatori tra incoerenze sistematiche e judge made law*, en *Diritto e pratica nell'Assicurazione*, 1997, p. 785; E. MINERVINI, *Sui presupposti dell'azione inibitoria all'uso di clausole vessatorie in via cautelare*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1997, II, p. 209; G. TARZIA, *La tutela inibitoria contro le clausole vessatorie*, en *Rivista di diritto processuale*, 1997, p. 629; M. LIBERTINI, *Prime riflessioni sull'azione inibitoria dell'uso di clausole vessatorie (art. 1469-sexies c.c.)*, en *Contratto e impresa. Europa*, 1996, p. 555; C. FERRI, *L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469-sexies c.c.*, en *Rivista di diritto processuale*, 1996, p. 936.
13. G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000; A. ZACCARIA, *Riflessioni circa l'attuazione della direttiva n. 1999/44/CEE "su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo"*, en *Studium iuris*, 2000, p. 267; G. DE MARZO, *Trasparenza contrattuale e multiproprietà*, en *Corriere giuridico*, 1999, p. 16; F. DI CIOMMO, *Multiproprietà: l'attuazione italiana della direttiva a tutela*

- dell'acquirente, en *Il Foro italiano*, 1999, V, p. 38; A. MUNARI, *Problemi giuridici della nuova disciplina della multiproprietà*, Padova, 1999; G. SMORTO, *La multiproprietà e la tutela dei consumatori: il recepimento della direttiva 94/47/Ce*, en *Europa e diritto privato*, 1999, p. 279; U. MORELLO, *La direttiva sulla multiproprietà: un nuovo sistema a tutela degli acquirenti non professionali*, en *Notariato*, 1999, p. 105; AA.VV. (al cuidado de A. Ambrosio y A. Cavallo), *I contratti bancari*, Milano, 1999; R. TETI-P. MARANO, *I contratti bancari*, Milano, 1999; M. GORGONI, *Recesso e disciplina del credito al consumo: tutela rafforzata del contraente "extra moenia"*, en *Contratti*, 1999, p. 836; L. PIERALLINI, *I pacchetti turistici*, Milano, 1998; G. IUDICA, *La disciplina delle clausole abusive nel contratto di viaggio*, en *Responsabilità comunicazione imprese*, 1997, p. 63; L. GHIA, *I contratti di finanziamento dell'impresa*, Milano, 1997; P. SIRENA, *I contratti bancari di credito al consumo*, en *Nuove leggi civili commentate*, 1997, p. 1110; G. SILINGARDI-F. MORANDI, *La "vendita di pacchetti turistici"*, Torino, 1996; M. D'ANTONIO, *Il credito al consumo*, Milano, 1994; V. ROPPO, *Contratti turistici e clausole vessatorie*, en *Il Foro italiano*, 1992, I, p. 1571; G. GENTILE, *Il contratto di investimento in fondi comuni e la tutela del partecipante*, Padova, 1991.
14. F. ASTONE, *I contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fundada por W. Bigiavi, *I precedenti*, al cuidado de G. Alpa, II, Torino, 2000, p. 993; A.M. MANCALEONI, *La tutela del consumatore nei contratti a distanza alla luce della futura Direttiva sul commercio elettronico*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, II, p. 307; G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, en *Studium iurus*, 1999, p. 1189; F. TORRIELLO, *La protezione dell'acquirente a distanza*, en *Corriere giuridico*, 1999, p. 1066; C. LEO, *Il recesso dal contratto di "multiproprietà" concluso fuori dei locali commerciali*, en *Contratti*, 1999, p. 952; A. VALERIANI, *La Direttiva 97/7/Ce in materia di vendita a distanza e la pubblicità via Internet*, en *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, p. 189; G. DE MARZO, *I contratti a distanza*, Milano, 1999; L. BONZANINI, *La disciplina del collocamento a distanza di prodotti finanziari*, en *Contratti*, 1999, p. 515; A. TUCCI, *Contratti negoziati fuori da locali commerciali e accessorietà della fideiussione*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1999, II, p. 132. A. FUSARO, *La vendita a domicilio*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, I, Torino, 1999, p. 1095; M.T. ANNECCA, *Nozione di consumatore e rilevanza dello scopo nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1998, p. 527; D. VALENTINO, *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, en *Rassegna di diritto civile*, 1998, p. 377; C. ROSELLO, *Contratti conclusi via Internet: i profili giuridici, con particolare riguardo alla direttiva sui contratti a distanza con i consumatori e alla tutela dei dati personali*, en *Economia e diritto del terziario*, 1998, p. 369; G. GRISI, *La frontiera telematica della contrattazione a distanza*, en *Europa e diritto privato*, 1998, p. 875; M. CARTELLA, *Vendita a domicilio*, en *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*, I, Milano, 1997, *ad vocem*; N. SCANNICCHIO, *Vendite fuori dei locali dell'impresa, diritto di recesso ed effetti delle direttive comunitarie nei rapporti tra privati*, en *Giurisprudenza italiana*, 1996, I, 1, p. 99; M. CRISOSTOMO, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali: l'esordio di una disciplina*, en *Il Foro italiano*, 1995, I, p. 2304; M. GORGONI, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali (voz nueva 1994)*, en *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, *ad vocem*; M. GORGONI, *Sui contratti negoziati fuori*

dei locali commerciali alla luce del d. leg. n. 50/1992, en *Contratto e impresa*, 1993, p. 152; AA.VV. (al cuidado de N. Lipari), *Attuazione della direttiva n. 85/577/Cee in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, en *Le nuove leggi civili commentate*, 1993, p. 176; G. SANTOSUOSSO, *Il diritto di ripensamento nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali dell'imprenditore*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1993, I, p. 130; M. CARTELLA, *La disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1992, I, p. 715; E. ROPPO, *Vendita a domicilio di valori mobiliari: formazione del contratto e recesso dell'investitore*, en *Contratto e impresa*, 1990, p. 106.

- 16-17. A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000; R. LECCESE, *Subfornitura industriale tra nuove leggi e pronunce nuove (e meno nuove)*, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fundada por W. Bigiavi, *I precedenti*, al cuidado de G. Alpa, II, Torino, 2000, p. 899; F. DELFINI, *Dipendenza tecnologica del subforniture e legge n. 192/1998*, en *Contratti*, 2000, p. 616; AA.VV. (al cuidado de V. Franchescelli), *Subfornitura*, Milano, 1999; G. GITTI, *Gli accordi interprofessionali "in deroga" alla disciplina legale del contratto di subfornitura*, en *Contratti*, 1999, p. 300; L. PRATI, *La sanzione di nullità nel contratto di subfornitura*, en *Contratti*, 1999, p. 293; R. LECCESE, *Il contratto di subfornitura*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, I, Torino, 1999, p. 889; F. LAPERTOSA, *La soluzione delle controversie nei contratti di subfornitura*, en *Giustizia civile*, 1999, II, p. 291; M.S. SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, en *Rivista di diritto industriale*, 1999, I, p. 191; A. LUMINOSO, *La nuova disciplina dei contratti di subfornitura*, en *Rivista giuridica sarda*, 1999, 1999, p. 599; A. TULLIO, *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione della legge n. 192 del 1998 e alla forma del contratto di subfornitura*, en *Giustizia civile*, 1999, II, p. 251; G. GIOIA, *I rapporti di subfornitura*, en *Giurisprudenza italiana*, 1999, p. 671; AA.VV. (al cuidado de G. Alpa y A. Clarizia), *La subfornitura*, Milano, 1999; CASELLI, *Osservazioni sulla l. 18 giugno 1998 n. 192, in materia di subfornitura con particolare riferimento al suo ambito di applicazione*, en *Contratto e impresa*, 1998, p. 1304; U. RUFFOLO, *Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Le nuove regole della l. 18 giugno 1998 n. 192: "Correzione" della autonomia contrattuale a tutela del subfornitore come professionista debole?*, en *Responsabilità comunicazione imprese*, 1998, p. 403; G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive (commento alla l. 18 giugno 1998 n. 192)*, Milano, 1999; F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1998; AA.VV. (al cuidado de G. De Nova y A. Chiesa), *La subfornitura*, Milano, 1998; R. CASO-R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scrupolo di fine millenio o prodromo di tempi migliori?*, en *Rivista del diritto privato*, 1998, p. 721; E. LECCESE, *Subfornitura (contratto di)*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XV, Torino, 1997, *ad vocem*; U. DRAETTA-C. VACCÀ (al cuidado de), *Contratti di subfornitura - Qualità e responsabilità*, Milano, 1993.
17. T. LONGU, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, en *Rivista di diritto civile*, 2000, II, p. 349; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, en *Rivista di diritto civile*, 2000, II, p. 389; M.S. SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e*

abuso dell'altrui dipendenza economica, en *Rivista di diritto industriale*, 1999, I, p. 191; C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, en *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, p. 9; A. MAZZONI, *Prime riflessioni sull'abuso di dipendenza economica nei contratti agro industriali*, en *Rivista di diritto agrario*, 1999, I, p. 159; A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, en *Europa e diritto privato*, 1999, p. 1179; L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge "anti-trust"*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1998, I, p. 833.



CAPÍTULO XLII

LA RESOLUCIÓN: CAUSAS Y REGÍMENES

1. La resolución del contrato en general.— 2. Las fuentes de la resolución: resoluciones voluntarias y legales.— 3. Los modos de la resolución: por automatismo, por sentencia y por negocio.— 4. Las razones de la resolución: resoluciones remediales y no remediales.— 5. La resolución como remedio sinalagmático.— 6. Intereses protegidos y disponibilidad del remedio resolutorio.— 7. Las consecuencias de la resolución.— 8. Las consecuencias respecto a los terceros.— 9. Las consecuencias entre las partes: contratos de ejecución instantánea y contratos de duración.— 10. *Sigue*: restituciones y resarcimientos.— 11. Resolución e invalidez.— *Bibliografía*.

1. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EN GENERAL

Resolución significa disolución. La “disolución” del contrato es evocada en una norma de alcance general, como el art. 1372¹: que primero asigna al contrato “fuerza de ley entre las partes”, y luego agrega que este “No puede ser *disuelto* sino por mutuo consenso o por causas admitidas por la ley”. La norma abre el Capítulo V, dedicado a los efectos del contrato: se manifiesta así la vinculación entre resolución del contrato y efectos de este; por consiguiente entre la resolución y la categoría de la ineficacia.

Resolución e ineficacia

Ello separa claramente a la resolución (en cuanto remedio) de los remedios reconducibles a la invalidez, y en particular de la anulabilidad. La invalidez afecta el contrato, por un vicio que este lleva en sí; y la ineficacia —es decir la cancelación de los efectos contractuales— es su consecuencia. En cambio, la resolución afecta no el *contrato*, sino directamente y solo sus *efectos*: hace el contrato ineficaz, sin tocar la validez. En otras palabras: la invalidez atañe al contrato como *acto*; la resolución como *relación*.

Resolución e invalidez: diferencias...

No obstante, entre resolución e invalidez pueden darse interferencias (42.11).

... e interferencias

Definida la resolución como mecanismo que extingue los efectos del contrato, su propio campo debe ser ulteriormente delimitado, evidenciando que la resolución es extinción de los efectos del contrato íntegramente considerados, por un evento que *se refiere al*

resolución del contrato...

... y extinción
de
particulares
efectos
contractuales

contrato en su conjunto; en otras palabras, es disolución del *vínculo contractual*, entendido como general compromisoriedad del contrato y, por lo tanto, como expresión sintética de todos sus efectos. Por ello, son extraños al campo de la resolución del contrato los casos en los cuales se extinguen singulares efectos contractuales, o incluso todos los singulares efectos contractuales considerados en su individualidad.

Si los efectos del contrato consisten en el nacimiento de *obligaciones*, una de las cuales es remitida y la otra compensada, estas se extinguen; igualmente si las obligaciones contractuales son cumplidas: pero no por esto puede decirse que se extingue (se resuelve, se vuelve ineficaz) el contrato como tal. Al contrario: la remisión, la compensación y el cumplimiento de las obligaciones contractuales implican la eficacia del contrato que las ha generado. Si el contrato perdiera eficacia una vez cumplido, en el sentido en el que pierde eficacia el contrato resuelto, paradójicamente vendría a menos la base que justifica el cumplimiento (precisamente un contrato productivo de sus efectos), y las prestaciones ejecutadas serían repetibles: exactamente lo que sucede cuando un contrato, después de haber sido ejecutado, sea sometido a resolución en sentido propio.

No necesariamente, por lo demás, la resolución extingue todos los singulares efectos del contrato (42.8-9).

Resolución...

... y
vencimiento
del plazo final

Es también ajena al área de la resolución la extinción de los efectos contractuales, consecuente al vencimiento del plazo final. Aquí el contrato se extingue porque está completamente actuado (mejor: porque se cumple la dimensión temporal en la que las partes han inscrito la actuación). Al contrario la resolución disuelve el contrato, extinguiendo los efectos, por un evento que no impide su actuación.

Aunque delimitado por sus propias fronteras, el mecanismo de la resolución cubre, sin embargo, un campo muy vasto, en el cual se aglomeran una *pluralidad de supuestos de hecho resolutorios de lo más heterogéneos*: por causas, fundamento y disciplina.

Tipologías

En los próximos apartados se pasarán en sintética revisión: se encontrarán figuras ya consideradas; y figuras nuevas, a las que dedicaremos especial atención en el propio contexto de esta parte del volumen, dedicada a los remedios contractuales. Se propondrá un mínimo de clasificación, por comodidad de orientación y sin pretensiones de rigor: con la conciencia de que las clases de figuras resolutorias paso a paso individualizadas a menudo se superponen la una en la otra.

2. LAS FUENTES DE LA RESOLUCIÓN: RESOLUCIONES VOLUNTARIAS Y LEGALES

La primera macroclasificación distingue resoluciones voluntarias y legales, en base a la fuente de la que surge la posibilidad de disolver el contrato.

Los mecanismos de resolución voluntaria extinguen el contrato en virtud de una *voluntad negocial de las partes* del contrato mismo. Esta voluntad puede ser del todo *externa* al contrato objeto de resolución, como en el mutuo disenso, que es un contrato ulterior y diverso de aquel que se disuelve (24.2). Puede ser del todo *interna* al contrato, como en la condición resolutoria (27.8): donde el factor extintivo está contenido en el mismo contrato que sufre la extinción. Puede ser *en parte interna y en parte externa*, como en la separación convencional (24.5-6): que disuelve el contrato gracias a una voluntad negocial interna al contrato (la cláusula de separación acordada entre las partes) conjuntamente a una voluntad negocial externa a este (la unilateral declaración de quien se separara).

Resoluciones voluntarias:

mutuo disenso, ...

...condición resolutorias,

...

... separación convencional

Los mecanismos de resolución legal permiten la extinción del contrato, solo porque *una norma dispone* que, en presencia de determinados presupuestos, el contrato se resuelve o puede resolverse. Si no existiera la norma, si no se produjeran los presupuestos indicados por esta, el contrato no sería resuelto o resoluble. Allí se reconducen todas las separaciones legales (24.8-10); y todos los casos en los cuales la resolución tiene naturaleza de remedio contra factores de malfuncionamiento del contrato (42.4).

Resoluciones legales:

Separaciones legales, ...

... resoluciones remediales

3. LOS MODOS DE LA RESOLUCIÓN: POR AUTOMATISMO, POR SENTENCIA Y POR NEGOCIO

Las resoluciones pueden luego clasificarse en relación a las modalidades operativas con las cuales se determina la disolución del contrato.

Pueden operar en modo del todo automático: es decir *por la simple verificación de los presupuestos de hecho* al que la ley vincula la disolución del contrato, sin necesidad de pronunciamiento judicial ni de manifestaciones de voluntad negocial de la parte. Es el caso de la resolución por realización de condición resolutoria; por *imposibilidad sobrevenida* (45), por infructuoso vencimiento del *plazo esencial* de cumplimiento (43.9).

Resoluciones automáticas

O bien por sentencia: cuando la resolución se produce solo *en virtud de un pronunciamiento del juez* (solicitado por la iniciativa procesal de parte) que, determinados los presupuestos de ley, disuelve el contrato. Es el caso del modelo normal de *resolución por incumplimiento*, que es precisamente resolución judicial (43.6); de la resolución *por excesiva onerosidad sobrevenida* (46); de la resolución prevista en el ámbito de la *garantía por vicios* en la contrata y en la venta; y con respecto a esta última, de la resolución prevista para los diversos casos de imposible ejecución del compromiso traslativo (24.5).

Resoluciones judiciales

Resoluciones
negociales

Finalmente, la resolución puede operar por negocio: cuando el contrato se disuelve —presentes los eventuales presupuestos de ley— por una *manifestación de voluntad de la parte legitimada* para la disolución, sin necesidad de pronunciamiento judicial (la cual, si interviene, tendrá el solo valor de determinar y declarar la resolución ya producida). Es el caso de las resoluciones (por incumplimiento) determinadas por *intimación a cumplir* (43.7) y de la declaración de valerse de la *cláusula resolutoria expresa* (43.8). Luego de las *separaciones*: en relación a las cuales el modo de la resolución es siempre negocial; mientras la fuente de la resolución puede ser voluntaria (separación convencional) o bien legal (separación legal). Finalmente del mutuo disenso.

4. LAS RAZONES DE LA RESOLUCIÓN: RESOLUCIONES REMEDIALES Y NO REMEDIALES

Las resoluciones legales pueden luego clasificarse en base a la razón de la disolución del vínculo contractual.

Resoluciones
no remediales

La resolución puede no tener naturaleza de remedio, es decir responder a una *lógica distinta de la exigencia de dar a una parte la posibilidad de liberarse del vínculo contractual, frente a circunstancias que hacen injustificado su mantenimiento*. La razón para la disolución no remedial puede ser la actuación de un punto del programa contractual elaborado por las partes: realización de *condición resolutoria, separación convencional*. O bien un poder dado a la parte por la ley, por razones distintas de la necesidad de reaccionar a un malfuncionamiento de la relación contractual: *separaciones de tipo no remedial*, como las de liberación (24.8) y gran parte de las de arrepentimiento (24.10). O bien una autónoma manifestación de libertad contractual: *mutuo disenso*.

Resoluciones
remediales:

En cambio, tienen naturaleza de remedio las resoluciones que operan frente a *circunstancias que determinan un malfuncionamiento del contrato, perjudicial para una parte*: y así hacen injustificado frente a ella la permanencia del vínculo contractual.

por
automatismo,
...

... por
sentencia, ...

Estas son, por definición, *de fuente legal*: cuando se habla de remedio, se refiere siempre a una medida que se activa en presencia de una emergencia contractual para la cual no provea el contrato mismo (caso contrario no debería hablarse de *remedio contractual*, sino de *actuación del programa contractual*). Pueden operar por automatismo: resolución por imposibilidad sobrevenida, o por infructuoso vencimiento del plazo esencial del cumplimiento. Pueden operar por sentencia: resolución judicial por incumplimiento; resolución por excesiva onerosidad sobrevenida; resolución de la

contrata y de la venta por vicios o por imposible ejecución del compromiso traslativo. Pueden operar por negocio: intimación para cumplir; separaciones legales de autotutela (24.9).

... por
negocio

Ocupa una *posición ambigua* la resolución por declaración de querer valerse de la cláusula resolutoria expresa: que un tanto entra en la lógica del remedio, porque reacciona a un malfuncionamiento del contrato, cual es el incumplimiento; y otro tanto es ajena a ella, porque puede reaccionar a incumplimientos que no presentan los requisitos generalmente necesarios para dar ingreso al remedio de la resolución (43.8), y en este sentido encuentra más bien su razón en el modo en el que las partes han construido el programa contractual.

Cláusula
resolutoria
expresa

En las páginas y en los capítulos que siguen, nos ocuparemos esencialmente de las resoluciones que tienen naturaleza de remedio contractual.

5. LA RESOLUCIÓN COMO REMEDIO SINALAGMÁTICO

Cuando la resolución tiene naturaleza de remedio, en general ella se califica más propiamente como remedio "sinalagmático". Y, en efecto, las tres figuras generales de resolución-remedio (por incumplimiento, por imposibilidad sobrevenida, por excesiva onerosidad sobrevenida) expresamente definen su propio campo de aplicación hablando de "contratos con prestaciones recíprocas" (arts. 1453¹; 1463; 1467 sumilla). Así como son prestaciones recíprocas (o justamente sinalagmáticas, o de intercambio: 18.11) los singulares contratos típicos a los que se aplican especiales figuras de resolución-remedio: marcadamente la venta y la contrata, sobre lo que se regresará al final del parágrafo.

Estos contratos se caracterizan por la *interdependencia recíproca de las prestaciones de las partes*; cada una de las cuales está prevista en relación a la otra: la justifica y está justificada. Ahora, los eventos que dan lugar a la resolución-remedio tienen la característica común de determinar un *malfuncionamiento del contrato*, en cuanto *afectan una de las prestaciones* y así perturban, en daño de uno de los contratantes, la relación contractual precisamente en su dimensión de "sinalagma", de intercambio entre prestación y contraprestación.

Remedio
contra los
defectos que
alteran el
intercambio

Imagínese que el contratante no reciba la prestación debida porque la contraparte no la cumple (o la cumple de manera defectuosa), o porque ha devenido imposible, o bien porque reciba de la contraparte una prestación que no balancea con la propia, según el originario equilibrio contractual, porque la propia prestación ha devenido excesivamente onerosa: en casos así el intercambio contractual, tal como programado por las partes, resulta alterado en daño de ese contratante, si él fuera constreñido igualmente a realizar la propia prestación, lo haría sin recibir la contraprestación, o recibiendo de la contraprestación una utilidad inferior a la prevista según la

originaria razón de intercambio. He aquí entonces que se activa el remedio: el contrato se resuelve precisamente para liberar del vínculo contractual y, por lo tanto, de la obligación de realizar la propia prestación, el contratante perjudicado por el incumplimiento de la contraparte o de la imposibilidad sobrevenida de la prestación esperada o de la sobrevenida excesiva onerosidad de la prestación debida.

Fundamento

Los intérpretes se han esforzado por buscar el "fundamento" de la resolución como remedio sinalagmático: y lo han encontrado caso por caso en una *implícita voluntad de las partes* (que habrían tácitamente subordinado las prestaciones de cada una a la condición resolutoria de eventos capaces de incidir en las maneras apenas vistas sobre el intercambio contractual); en un *defecto "funcional" de la causa*, en cuanto causa de intercambio; en la exigencia de *prevenir enriquecimientos y empobrecimientos injustificados*.

Cada una de estas explicaciones tiene en sí algo de verdad y utilidad; pero ninguna se sustrae de alguna crítica. Y no le falta razón a quien evidencia el cómo la búsqueda de un unitario "fundamento" del remedio resolutorio sea, por un lado, *problemático*, dada la variedad de las figuras y de los regímenes a reconducir a este; y por otro lado *superflua*, dadas las claras y seguras referencias normativas y la natural coherencia —casi la obviedad— del remedio frente a la esencia misma de los contratos sinalagmáticos.

Aplicabilidad a contratos que no son de Intercambio

Identificar en los contratos con prestaciones recíprocas el campo de acción privilegiado de la resolución no exonera por lo demás el afrontar cuestiones relativas a la más específica identificación de las categorías de contratos a las que el remedio resulta aplicable: *¿quid*, por ejemplo, de los contratos gratuitos? *¿Quid* de los contratos onerosos pero no de intercambio? Se hablará de ello, con referencia a las diversas figuras de resolución.

Remedio en contra de defectos sobrevenidos...

Además de la lógica de remedio sinalagmático, las causas generales de resolución (incumplimiento, imposibilidad sobrevenida, excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación) tienen otro elemento común: ellas reaccionan, en general, contra factores de malfuncionamiento de la relación contractual (contra "defectos" del contrato, para retomar la expresión usada en apertura del discurso sobre los remedios) sobrevenidos luego de la celebración del contrato, en fase de ejecución. Se refleja también aquí la diferencia entre resolubilidad (que afecta el contrato como relación) e invalidez (que afecta el contrato como acto): esta última depende de defectos originarios del contrato, ya presentes al momento de su formación.

... salvo excepciones: resolución por defectos originarios

Ello, por lo demás, no vale en absoluto. Se ha anticipado que junto a la disciplina de las tres causas generales de resolución del contrato, la ley contempla disciplinas de sector que regulan la resolución de los contratos pertenecientes a tipos particulares. Se señala entre estas la disciplina de la *venta*: resoluble cuando la cosa presenta *vicios materiales o funcionales* (art. 1492¹), o bien *vicios jurídicos* que impiden la actuación o la plena actuación del compromiso traslativo del vendedor (arts. 1479¹; 1480; 1482²; 1489¹). Ahora, en estos casos la resolución se vincula a defectos del contrato que no han sobrevenido, sino que ya están presentes en la celebración del contrato mismo. Y entonces no sorprende que la calificación

y el tratamiento de estos casos a veces *ingresen al área de la invalidez* y precisamente de la anulabilidad, por las interferencias y superposiciones con la materia de los *vicios de la voluntad*, en su momento ya señaladas (35.9).

Otras significativas disciplinas de la resolución de contratos típicos se refieren a la *contrata* (resolución por vicios o deformidad, *ex art. 1668²*; resolución por imposibilidad de la obra, *ex art. 1672*) y el *seguro* (resolución por cesación del riesgo, *ex art. 1896¹*). Aquí se restablece el criterio que vincula la resolución a hechos sobrevenidos.

Otros tipos

Finalmente, se evidencian las normas especiales sobre la resolución o resolubilidad de los contratos, por efecto de la quiebra de una de las partes (arts. 72-83 Ley quiebras).

Quiebra

6. INTERESES PROTEGIDOS Y DISPONIBILIDAD DEL REMEDIO RESOLUTORIO

La resolución es remedio dado *en el interés particular de un contratante*: aquel que sufre el incumplimiento de la contraparte, o la imposibilidad de la prestación esperada, o el excesivo agravamiento de la prestación debida, o los vicios materiales o jurídicos de la cosa comprada, o los defectos o deformidad de la obra contratada, etc. Y, en efecto, es de su interés particular ser liberado del vínculo contractual y en particular de los propios compromisos de prestación.

Ello explica el amplio espacio dejado a la autonomía de las partes en la conformación de presupuestos, límites, modalidades operativas del remedio, aunque en derogación de las normas (dispositivas) de ley.

Autonomía privada: espacio...

Sin embargo, cabe la pregunta de si a la autonomía privada le está permitido llegar hasta la completa exclusión del remedio resolutorio.

... y límites

El problema no se plantea para los actos sucesivos de disposición del remedio, a los que la parte legitimada renuncie o transe, luego de que se crearon los presupuestos de hecho para el operar del remedio mismo: actos *ciertamente admisibles* en cuanto tienen por objeto derechos patrimoniales propios, en línea de principio disponibles. El problema se plantea en relación a las renunciaciones o exclusiones preventivas: en el contrato entre A y B, se pacta que A no pueda en ningún caso pedir la resolución del contrato por incumplimiento de B, o por imposibilidad sobrevenida. Es lícito dudar de la incondicional admisibilidad de tales pactos.

Renunciaciones sucesivas

Renunciaciones preventivas

Dudas

De las normas que limitan la posibilidad de excluir convencionalmente las garantías en la venta (arts. 1487²; 1490³) se obtiene que una renuncia al remedio resolutorio sería admisible dentro de los únicos límites en los que el hecho idóneo para activarlo no sea un *hecho propio* de la misma contraparte beneficiaria de la renuncia: esto hace dudar sobre posibilidad de exclusión convencional de la resolución por incumplimiento imputable a la contraparte. Conclusión reforzada por el más general principio de disfavor por el sometimiento a las ajenas decisiones meramente potestativas (cfr. art. 1355).

Razones en contra

En cuanto a los *factores de resolución no imputables*, puede jugar otro orden de consideraciones. Si A renuncia previamente a resolver el contrato allí cuando sobrevenga la imposibilidad de la prestación de B, A se vincula a cumplir la propia prestación aunque no recibirá la prestación de B. Pero una obligación de prestar asumida sin (certeza de) contraprestación en cambio está en el vilo del precipicio de la *ausencia de causa*, por lo tanto de la nulidad. O bien en el precipicio de una confianza en el alea, en el sentido del *juego*: y entonces del contrato no surgiría una acción (art. 1933¹).

Vale también otra observación, que cubre los casos en los que la renuncia a la resolución por hechos si bien no imputables a la contraparte sea bilateral, es decir hecha recíprocamente por ambas partes. Si cada uno de los dos contratantes renuncia previamente a la resolución por imposibilidad sobrevenida de la prestación del otro, es *como si se disolviese el nexo de reciprocidad* entre las dos obligaciones; es como si, en lugar de tenerse una obligación prometida y una obligación contraprometida, en cambio, en el ámbito del contrato, se tuvieran *dos promesas independientes* entre sí (ya que la suerte de una no influye sobre la suerte de la otra), y sustancialmente unilaterales. Pero entonces se tocaría peligrosamente la violación del principio de *tipicidad de las promesas unilaterales* (art. 1987): principio con valor de orden público, fundado precisamente en la exigencia de no resquebrajar las bases de la disciplina del contrato (de las que los remedios sinalagmáticos son *magna pars*), a fin de que no se subviertan los valores de racionalidad, justicia y eficiencia en la circulación de la riqueza, a los que esa disciplina está preordenada (2.4).

7. LAS CONSECUENCIAS DE LA RESOLUCIÓN

Mientras que sí existe una norma general sobre las consecuencias de la anulación, aplicable prescindiendo de las causas que la determinan (art. 1445), aparentemente *no existe una norma general* sobre las consecuencias de la resolución.

Existe una norma que fija las consecuencias de una particular figura de resolución: aquella por incumplimiento (art. 1458). Pero en realidad esta norma es el prototipo al cual, en línea de tendencia, hay que remitirse para individualizar la disciplina de cualquier resolución, sea cual fuere su causa. A ella se hace expresa remisión para las consecuencias de la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida (art. 1467¹, *in fine*). En cuanto a la resolución por imposibilidad sobrevenida, la remisión al régimen del pago indebido (art. 1463, *in fine*) no hace más que explicitar un dato ya implícito en la previsión del art. 1458.

Normas particulares están dictadas para singulares tipos: por ejemplo, contrata (art. 1662²) y seguro (art. 1901³).

Como para la invalidez, también para la resolución es útil distinguir entre consecuencias que se producen *entre las partes*, y consecuencias *respecto a los terceros*: la habitual fórmula de síntesis para aludir al modo en el cual tales consecuencias operan en una y en otra dimensión, es aquella de la *retroactividad* o *no retroactividad* de la resolución.

La resolución
por
incumplimiento
como
prototipo

8. LAS CONSECUENCIAS RESPECTO A LOS TERCEROS

Conviene empezar por las consecuencias de la resolución respecto a los terceros, más simples de describir.

Se suele decir que la resolución no es retroactiva respecto a los terceros, o que no tiene retroactividad real: en modo abreviado para indicar que esta —como más detalladamente expresa la norma— “*no perjudica los derechos adquiridos por los terceros*” (art. 1458²). La regla es exactamente opuesta a la dictada para la resolución como consecuencia de la verificación de la condición resolutoria (27.10).

Ausencia de retroactividad real

Su natural campo de empleo es el área de las resoluciones de los contratos con efectos reales, y en particular de los contratos traslativos: si A vende un bien a B, el cual luego lo vende a X, la posterior resolución del contrato entre A y B no afecta la adquisición de X, que queda firme. Esta irretroactividad (o bien, inoponibilidad) de la resolución respecto a los terceros opera —precisa la norma— aunque la resolución “haya sido expresamente pactada” (por ejemplo con una cláusula resolutoria expresa), y por consiguiente aunque la perspectiva de la resolución era conocida o conocida tanto por las partes como por los terceros mismos. En efecto para la salvación del derecho adquirido por el tercero es indiferente su *buena* o *mala fe*, así como la *naturaleza onerosa o gratuita* de su adquisición (lo que marca una notable diferencia respecto al régimen de oponibilidad de la anulación a los terceros: 39.4).

Contratos traslativos

Irrelevancia de las características de la adquisición del tercero

Sin embargo, la regla que quiere la resolución inoponible a los terceros encuentra algunos límites.

Límites de la salvación de los terceros:

Un límite, relativo a la resolución de contratos que tienen por objeto inmuebles, está explicitado por el mismo art. 1458², que deja a “salvo los efectos de la inscripción de la demanda de resolución”: la resolución deviene oponible al tercero, si él inscribe su adquisición después que haya sido inscrita la demanda de resolución (cfr. art. 2652, inc. 1).

Inscripción...

Un límite más general resulta de los principios procesales en tema de eficacia de las sentencias frente a los terceros. Si X adquiere de B luego de que ha sido demandada en un juicio la resolución del contrato entre A y B, se tiene la situación regulada por el art. 111 CPC (sucesión a título particular en el derecho controvertido): X puede intervenir o ser llamado al proceso, y *la sentencia produce efectos también en contra de él*; cuando luego la sentencia *devenga cosa juzgada*, esta “hace estado a todo efecto entre las partes, sus herederos o causahabientes” (art. 2909), así pues también a su respecto. Si la sentencia resuelve la adquisición de B, tal resolución es por tanto oponible a X.

... y regla procesal sobre la sucesión en el derecho controvertido

En conclusión: la inoponibilidad de la resolución a los terceros vale solo a favor de los terceros que hayan adquirido antes del inicio del juicio que la ha determinado; si en cambio X adquiere en pendencia del juicio que se cerrará con la resolución, esta le es oponible (ello

no quita que X pueda igualmente salvar su adquisición en base a alguna regla especial, como "posesión vale título" *ex art.* 1153).

9. LAS CONSECUENCIAS ENTRE LAS PARTES: CONTRATOS DE EJECUCIÓN INSTANTÁNEA Y CONTRATOS DE DURACIÓN

Entre las partes las consecuencias de la resolución están dominadas por la distinción entre contratos de ejecución instantánea y contratos de duración (24.4).

Contratos de ejecución instantánea: retroactividad

En los contratos de ejecución instantánea, como lo son *típicamente los contratos traslativos*, "La resolución (...) tiene efecto retroactivo entre las partes" (art. 1458¹). Si el contrato ha transferido derechos, la sucesiva resolución *destruye el título de transferencia*, y los derechos regresan al enajenante *ex tunc*. Si el contrato ha generado *obligaciones*, estas se extinguen *ex tunc*: el deudor no debe ya cumplirlas, si ya fueron cumplidas, las correspondientes prestaciones resultan realizadas sin título, y deben ser restituidas.

Restitución imposible

En general, la imposibilidad de restituir la prestación recibida *no obstaculiza la resolución*. Si, resuelto el acto traslativo, el bien transferido no puede ser restituido porque enajenado, transformado o destruido, se restituye el *equivalente en dinero*, si la prestación no es materialmente restituible porque es un servicio dado, se aplica la *disciplina del enriquecimiento*. Solo en casos particulares la resolución está impedida: cuando lo dispone una norma *ad hoc* (como el art. 1492¹), que impide la resolución de la venta por vicios si la cosa resulta destruida, enajenada o transformada); o bien cuando la imposibilidad de restituir depende de un acto del legitimado, que valga como renuncia a la resolución.

Contratos de duración: salvación de las prestaciones ya ejecutadas

En los contratos de duración (de ejecución continuada o periódica) la resolución *opera para el futuro* (lo que puede significar, según los casos, para la fase sucesiva al pronunciamiento de la resolución o bien para la fase sucesiva al hecho resolutorio). En cambio, *no opera retroactivamente*, en el sentido de que su efecto "no se extiende a las prestaciones ya ejecutadas" (art. 1458¹). Es la misma disciplina dictada para las consecuencias de la separación unilateral por el art. 1373² (respecto al cual no se indican, sin embargo, junto a las prestaciones "ya ejecutadas" también aquellas "en curso de ejecución", expresamente salvadas por la norma sobre la separación). Se reenvía a lo que se ha dicho al respecto (24.6).

Precisiones

Sin embargo, resultan útiles algunas precisiones, relativas sobre todo a la *resolución por incumplimiento*. La resolución de la relación de duración no puede arrastrar la *fracción de este, anterior al hecho resolutorio*: si la relación nace en el 2000, es fielmente cumplida hasta al 2002 (cuando se manifiesta el incumplimiento), y la resolución se produce en el 2003, esta puede como máximo retrotraerse al 2002, pero no cancelar la fase contractual anterior.

Sin embargo, si en el 2002 el incumplimiento se manifiesta como ejecución defectuosa o solo parcial de las prestaciones, que no obstante continúan en cualquier modo hasta el 2003, la resolución producida en tal año cancela el contrato al 2002: de las prestaciones realizadas luego se tiene en cuenta para el cálculo final del debe y del haber entre las partes; pero estas no impiden que la resolución, realizada en el 2003, se retrotraiga al 2002.

Por otro lado, no puede excluirse una *ultraactividad de la relación contractual también después del hecho resolutorio, o después del mismo pronunciamiento de resolución*. Dada una relación de locación iniciada en el 2000, si en el 2002 se manifiesta el incumplimiento del conductor, por el cual el locador obtiene en el 2003 la resolución, pero solo en el 2004 consigue con ejecución forzada la restitución de la cosa, las rentas contractuales le son debidas hasta el 2004 (cfr. art. 1591).

Debe aún precisarse que la resolución del contrato no cancela completamente los contenidos ni siquiera para el futuro: se salvan los contenidos instrumentales, como la cláusula compromisoria y las garantías.

Salvación de los contenidos instrumentales

10. SIGUE: RESTITUCIONES Y RESARCIMIENTOS

Resuelto el contrato, las prestaciones anteriormente ejecutadas (y no dejadas a salvo por la norma sobre los contratos de duración) deben restituirse porque están privadas de su título.

La restitución se apoya por tanto en el principio del cumplimiento indebido objetivo, y sigue sus reglas: por ejemplo en tema de frutos e intereses, para los cuales tiene relevancia la buena o mala fe del *accipiens* (art. 2033).

Indebido objetivo

La restitución de sumas de dinero da lugar a *deuda de moneda*, de manera que las sumas en vía de principio no son revaloradas (sino cuando la resolución depende de un hecho imputable al *accipiens*, a la revaloración puede agregarse indirectamente, a título de resarcimiento del daño por no disponibilidad de la suma).

Sumas de dinero

La restitución puede ser imposible porque la prestación era de hacer: se aplican entonces las *reglas sobre el enriquecimiento*. O porque la cosa está destruida, transformada o enajenada: y entonces se restituye el *tantundem*.

Prestaciones de hacer
Cosa no restituible

La *restitución* es consecuencia de la *resolución*: la prescripción del correspondiente derecho corre, por tanto, desde esta última. Pero no se identifica con esta, y las relativas acciones debe ser consideradas distintamente. Por lo tanto, la demanda de restitución no está implícita en la de resolución (de manera que el juez, que acogiendo esta última condena a la restitución no requerida expresamente, se pronuncia *ultra petita*). Y planteada en primer grado solamente la demanda de resolución, la de restitución no puede plantearse por primera vez en apelación.

Relaciones entre las acciones

Resarcimiento

La parte que obtiene la resolución puede tener derecho, además de las restituciones, al resarcimiento del daño. Ello ocurre *cuando la resolución depende de un hecho del cual la contraparte deba responder*, típicamente desde su incumplimiento: la parte que lo sufre, en efecto, “puede (...) pedir (...) la resolución del contrato, salvo (...) el resarcimiento del daño” (art. 1453¹). El resarcimiento se funda en una *responsabilidad “contractual”* ex arts. 1218 y ss., y debe ser calculado según las reglas correspondientes: es resarcimiento del *interés positivo*, y cubre el daño emergente y el lucro cesante; por tanto, todas las utilidades que la prestación contractual defectuosa o la falta de la prestación contractual han destruido, o han impedido conseguir.

Pero los criterios para la cuantificación del resarcimiento, y aún antes para la imputación de la responsabilidad “contractual”, son materia de análisis que la tradición sustrae del tratamiento del contrato, reservándolo a los discursos sobre la obligación (3.2).

Daño por resolución

Nos limitamos aquí a poner en guardia en contra de comportamientos demasiado restrictivos a cargo del dañado (como la propensión a resarcirlo solo dentro de los límites del interés negativo, según el modelo codificado en Alemania). Pero también en contra de criterios que lo enriquezcan injustamente, colocándolo en una mejor posición de aquella en la que se habría encontrado sin el incumplimiento. En este cuadro, es cuestión delicada valorar si es siempre resarcible todo el daño que se derive de la resolución como tal, teniendo en cuenta que esta es consecuencia de una *elección del dañado mismo*. Accionándola, como por cierto es su derecho, este renuncia voluntariamente a adquirir o retener prestaciones contractuales que, aunque incompletas o defectuosas, serían suyas si él no resolviera el contrato: ¿tiene derecho al resarcimiento de todo el daño que se deriva de la completa indisponibilidad de tales prestaciones, o bien el resarcimiento debe ser mitigado *ex art. 1227*² (considerando la elección de la resolución una elección no diligente, justamente a la luz del daño que se derivaría)?

De la resolución puede derivarse un resarcimiento del solo interés negativo, como en hipótesis de *responsabilidad precontractual*: piénsese en la resolución por imposibilidad sobrevenida de la prestación —no imputable a la parte obligada—, que esta conocía como probable, pero de la cual no advirtió a la contraparte.

11. RESOLUCIÓN E INVALIDEZ

Contrato inválido y resoluble:

carácter absorbente de la invalidez...

Puede imaginarse que un contrato sea inválido (por ejemplo, porque es ilícito o viciado por error) y al mismo tiempo resoluble (por ejemplo, porque incumplido). En línea de principio la invalidez absorbe la resolución, de manera que *no tiene sentido pensar en la resolución del contrato inválido*. Para privarlo de eficacia, no existe necesidad de resolverlo: este es (o podrá devenir) ineficaz precisamente en cuanto inválido. Sin embargo, en la práctica invalidez y resolución pueden variadamente interferir.

Si A acciona contra B para que se pronuncie la nulidad o anulación de su contrato, B puede reconvenir la resolución (por ejemplo por incumplimiento de A), solo bajo el presupuesto de que llegue a ser desestimada la acción de A, y por lo tanto de lograr que se declare que el contrato es válido.

... con
precisiones

Si H acciona una resolución contra K por su incumplimiento, K puede rechazar la acción excepcionando que el contrato es nulo o anulable (siempre que, en este último caso, K sea la parte legitimada *ex art.* 1441').

Pero si el contrato es anulable y la parte legitimada es K, bien puede K (renunciar a la anulación y) pedir la resolución contra H (sin que esta pueda excepcionar la invalidez).

Si el contrato inválido ya ha sido resuelto, la parte interesada y legitimada puede posteriormente requerir que se determine la nulidad o se pronuncie la anulación: de una o de otra pueden, en efecto, derivar consecuencias distintas (y más ventajosas para el actor) respecto a las consecuencias de la resolución.

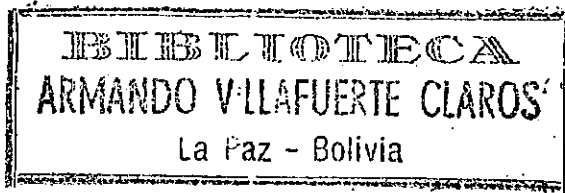
Resuelto un contrato por mutuo disenso (24.2), el posterior descubrimiento de que el contrato resuelto era inválido, legitima a pedir que el contrato resolutorio sea declarado nulo por ausencia de causa: el efecto ya no es volver a dar eficacia al primer contrato, sino más bien destruir la reglamentación de las relaciones entre las partes, fijada por el contrato resolutorio.

BIBLIOGRAFÍA

- 1-15. A. D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, en *Rivista di diritto civile*, 2000, II, p. 529; V. DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano, 1999; M. TAMPONI, *Risoluzione per inadempimento*, en *Trattato contratti Rescigno*, II, Torino, p. 1477; F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998; A. LUMINOSO, *Brevi notazioni su risoluzione per inadempimento, restituzione del prezzo e risarcimento del danno*, en *Rivista giuridica sarda*, 1997, p. 709; M. DE POLI, *Risoluzione parziale del contratto preliminare di compravendita e lesione di equilibrio contrattuale*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, I, p. 492; M. COSTANZA, *Risoluzione del contratto e risarcimento del danno*, en *Contratti*, 1993, p. 285; F. GUIZZI, *La configurazione dell'obbligazione risarcitoria come debito di valuta nella dialettica risoluzione risarcimento: per una rilettura nella teoria generale della risoluzione per inadempimento*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1994, I, p. 744; AA.VV. (al cuidado de G. De Nova), *Recesso e risoluzione dei contratti*, Milano, 1994; A. DI MAJO, *Risoluzione del contratto ed effetti restitutori: debito di valore o di valuta?*, en *Corriere giuridico*, 1993, p. 326; F. DELFINI, *Risoluzione per inadempimento e principio nominalistico*, en *Contratti*, 1993, p. 154; A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990; A. LUMINOSO, *Il momento da prendere a*

base per la determinazione e la stima del danno da risoluzione, en *Responsabilità e previdenza*, 1989, p. 1067; A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, en *Studi in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988; M.R. MARELLA, *Tutela risarcitoria nella risoluzione del contratto per inadempimento*, en *Giurisprudenza italiana*, 1985, I, 1, p. 368; A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e restituzioni*, Catania, 1984; A. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, en *Novissimo digesto italiano*, XVI, Torino, 1969, *ad vocem*.

11. N. IRTI, *Risoluzione di contratto nullo?*, en *Il Foro padano*, 1971, I, p. 762.



CAPÍTULO XLIII

LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

1. Los incumplimientos y los remedios.— 2. Frente al incumplimiento: la alternativa entre cumplimiento y resolución y los intereses de la partes.— 3. La legitimación para la iniciativa resolutoria.— 4. Presupuestos de la resolución: incumplimiento injustificado; incumplimiento imputable.— 5. *Sigue*: la gravedad del incumplimiento.— 6. Resolución judicial y de derecho.— 7. La resolución de derecho: intimación a cumplir.— 8. *Sigue*: cláusula resolutoria expresa.— 9. *Sigue*: plazo esencial.— 10. La resolución judicial: efectos de la demanda.— 11. Después del incumplimiento, pero antes de la demanda.— 12. Incumplimiento y resolución parcial.— 13. Incumplimientos recíprocos.— 14. Los campos de aplicación de la disciplina.— 15. *Sigue*: los contratos (plurilaterales) con comunidad de fin.— *Bibliografía.*

1. LOS INCUMPLIMIENTOS Y LOS REMEDIOS

La materia de los remedios contra el incumplimiento está entre las más complejas y confusas. Es materia confusa por la heterogeneidad de las orientaciones y de las soluciones que los intérpretes, en vivaz contraste de ideas, proponen respecto a las tantas cuestiones levantadas por la experiencia. Pero aún antes es materia objetivamente compleja por la enorme variedad de situaciones que pueden crearse, cuando un contrato sea incumplido.

El incumplimiento puede presentarse con mil caras diversas, en el específico contexto de la relación contractual litigiosa: en relación a las circunstancias de este, a la naturaleza de la prestación incumplida, a las modalidades de conducta de quien incumple, a la situación de la contraparte y a otros factores más. Puede ser incumplimiento radical y definitivo, cumplimiento parcial, retardo en el cumplimiento, cumplimiento cualitativamente defectuoso. Puede ser incumplimiento que se consuma de una vez por todas, o incumplimiento que continúa en el tiempo. En este último caso, su prolongarse en el tiempo puede agravar las consecuencias de manera más o menos marcado y más o menos veloz: a menudo el “factor tiempo” es, en la materia, muy relevante. Puede ser incumplimiento remediable en el futuro, o incumplimiento irremediable.

Materia compleja y confusa

Las mil caras del incumplimiento

Variedad de posiciones e intereses de las partes

En la situación abierta por el incumplimiento, pueden comportarse en modos de lo más diferenciados las posiciones y los intereses de las partes, y especialmente de la *parte que sufre el incumplimiento*. Ello puede depender de las diversas características técnico-empíricas con las que el incumplimiento se presenta en concreto. Por ejemplo, si el incumplimiento es catastrófico, la parte que lo sufre perderá toda esperanza en una útil recuperación de la relación, y apuntará a su destrucción. En cambio, si parece remediable, la parte puede conservar la esperanza en una recuperación de funcionalidad de la relación, y podrá entonces apuntar a mantenerlo y actuarlo. Pero la misma parte puede perder interés en mantener y actuar la relación si bien objetivamente recuperable, porque en el intervalo se han madurado otras perspectivas que hacen que para ella sea más conveniente liberarse.

Además, puede tener importancia, en vía de hecho, que la víctima del incumplimiento *ya haya ejecutado o, en cambio, deba aún ejecutar* la propia prestación, porque distinta sería la consecuencia de la resolución: en el primer caso la recuperación de lo prestado, en el segundo la liberación de la obligación de prestar; y distinto puede ser el interés práctico de la parte en el uno o el otro resultado. Simétricamente, puede pesar la circunstancia de que la víctima ya haya obtenido parte de la prestación a ella debida, o no: en el primer caso la resolución la expondría a obligaciones restitutorias, que no surgirían en el segundo; y el interés de la parte puede ser sensible también a este dato.

Serán consideradas en seguida otras significativas variables, capaces de mostrar el cuadro de la resolución por incumplimiento aún más variado e irregular.

2. FRENTE AL INCUMPLIMIENTO: LA ALTERNATIVA ENTRE CUMPLIMIENTO Y RESOLUCIÓN Y LOS INTERESES DE LA PARTES

La situación de la *parte que sufre el incumplimiento* está definida por tres datos normativos.

Con el primero se le atribuye un poder de elección: la víctima "puede a su elección pedir el cumplimiento o la resolución del contrato" (art. 1453¹). La resolución es un remedio dirigido a *destruir el contrato*, en el interés de la parte a la que está ofrecido: esta puede disponer del propio interés, optando por la no activación del remedio, y más bien activando el opuesto remedio de la demanda de cumplimiento. La cual, en lugar de dirigirse a la cancelación, se dirige a la *actuación del contrato* bajo el presupuesto de su mantenimiento: a través de una ordinaria demanda de condena; o, subsistiendo

Elección entre demanda de cumplimiento y de resolución

Art. 1453¹

los presupuestos, de un demanda monitoria; o, si el contrato es título ejecutivo, directamente a través de la ejecución forzada.

La elección de la parte estará determinada por la manera en la que ella valora su propia esperanza en la prestación, y el propio interés a la prestación: a la luz de tantos posibles elementos empíricos, como los ejemplificados arriba.

El segundo dato normativo se refiere a los presupuestos del uno y del otro remedio. Estos no son necesariamente coincidentes. El remedio actuatorio tiene presupuestos menos rígidos, y por lo tanto un área de aplicación más extendida: para pedir el cumplimiento, es solo necesario *que el contrato resulte incumplido*, sin necesidad de una particular calificación del incumplimiento. En cambio, el remedio ablativo tiene presupuestos más rígidos, que restringen su área de aplicación: como se dirá mejor más adelante, para pedir la resolución es necesario un *incumplimiento calificado* de un cierto nivel de gravedad, o alternativamente por la presencia en el contrato de una cláusula resolutoria expresa o de un plazo esencial.

Esta diferencia de presupuestos justifica —contra lo que se ha sostenido por autorizada doctrina, pero de conformidad con la orientación de la jurisprudencia— también una diversa articulación de la carga de la prueba. Quien *acciona para la resolución* debe probar el incumplimiento de la contraparte (la cual, frente a esta prueba, podrá poner en juego otras defensas, cuya carga probatoria le incumbe a ella: por ejemplo que el incumplimiento no le sea imputable, o esté asistido de alguna causa de justificación, o no sea suficientemente grave). En cambio quien *acciona por el incumplimiento* debe probar solo el contrato: corresponderá al demandado excepcionar, y probar, que no existe incumplimiento porque el contrato ya ha sido cumplido.

El tercer dato normativo se refiere a la reversibilidad o irreversibilidad de la elección realizada: “La resolución también puede ser demandada cuando el juicio ha sido promovido para obtener el cumplimiento; pero no se puede pedir el cumplimiento cuando se ha demandado la resolución” (art. 1453²).

La parte que ha requerido el cumplimiento puede por lo tanto cambiar de idea, y pedir la resolución. Esta reversibilidad ofrece *justa protección al interés del actor*, víctima del incumplimiento, especialmente frente a los desarrollos sucesivos de la demanda. Quizá él actúa cuando el incumplimiento es aún recuperable, y la acción tiene precisamente el propósito de presionar al demandado para que se decida a cumplir. Pero si el demandado continúa renuente y la causa se prolonga, y las consecuencias del incumplimiento se agravan, de forma que el actor pierde la esperanza y el interés por la prestación, se le debe consentir revisar su propia elección en la situación cambiada, y pedir la resolución. Conclusión tanto más justificada si se considera que los presupuestos de la resolución (como la importancia del

Presupuestos de la demanda de cumplimiento...

... y de resolución

Carga de la prueba

Art. 1453²

Reversibilidad de la elección por el cumplimiento

incumplimiento) pueden no subsistir en el momento de la demanda de incumplimiento, y sobrevenir en el curso de la causa.

La reversibilidad hacia la resolución no penaliza en modo injusto al demandado que incumple: él ha creado el presupuesto de la resolución, y no lo ha removido pudiendo bien haberlo hecho (bastaba que, frente a la acción de cumplimiento, cumpliera espontáneamente).

Irreversibilidad
de la elección
por la
resolución

En cambio, vale la irreversibilidad en sentido contrario: pedida la resolución, no puede ya pedirse el cumplimiento. Se protege así, justamente, el *interés del demandado, autor del incumplimiento*. En efecto, la demanda de resolución le señala que el actor no apunta más a conseguir la prestación. En este punto él debe ciertamente afrontar las consecuencias de su propio incumplimiento (destrucción del contrato y pérdida de la contraprestación a su favor; resarcimiento del daño). Pero es también justo que pueda libremente encausar su propia actividad y orientar sus propios recursos en direcciones distintas del cumplimiento a favor de ese acreedor: renunciando a crear o mantener la organización prefigurada para tal fin, o asumiendo con otros sujetos compromisos incompatibles con ese cumplimiento. Exponerlo a la sucesiva petición de cumplir significaría lesionar su confianza, o paralizar sus iniciativas.

Por otro lado, también el demandado en resolución debe correr el riesgo de las propias elecciones. Si, por un lado, él se coloca en la imposibilidad de cumplir, pero, por el otro, contrasta con éxito la demanda de resolución logrando que se desestime, podrá encontrarse en dificultad porque la supervivencia del contrato deja viva su obligación de cumplir. En relación a ello, el actor puede adoptar una conducta procesal que maximice sus *chances* de resultado útil: puede, como la jurisprudencia admite, *pedir en vía principal la resolución, y en suborden el cumplimiento*.

Resarcimiento
del daño

Pida el cumplimiento o pida la resolución, la víctima del incumplimiento puede pedir además, "en todo caso, el resarcimiento del daño" (art. 1453²): en la primera hipótesis, del daño causado por el incumplimiento producido y no remediado por el sucesivo cumplimiento; en la segunda, de todo el daño causado por la no actuación de la relación contractual (42.10).

Puede también imaginarse que, frente al incumplimiento, *la víctima no pida ni el cumplimiento ni la resolución ni plantee ninguna otra demanda*. La obligación contractual (por ejemplo, de no hacer), pactada contra una retribución aún por pagar, es violada de manera irreversible: el acreedor no tiene interés en el cumplimiento, ahora imposible; ni en el resarcimiento (que sabe igualmente imposible por la insolvencia de la contraparte). Le interesa solo no pagar la retribución: y esto puede obtenerlo sin necesidad de resolver el contrato, simplemente oponiendo a la eventual pretensión de la contraparte la excepción de incumplimiento (en cambio, si hubiese ya pagado, la resolución sería *medium* necesario para repetir el pago).

3. LA LEGITIMACIÓN PARA LA INICIATIVA RESOLUTORIA

La resolución es remedio en el interés de la parte: legitimada para activarlo (o a no activarlo, como se ha visto arriba) es la parte protegida, es decir aquella que sufre el incumplimiento (cfr. art. 1453¹).

Víctima del
Incumplimiento

Esta puede disponer del derecho a la resolución, una vez que haya surgido con la verificación de sus presupuestos; en cambio es dudoso que pueda disponerla preventivamente (42.6).

Disponibilidad

Cuando el derechohabiente a la prestación no coincide con la parte del contrato que constituye el título, las soluciones pueden ser distintas. En caso de *cesión del contrato*, la acción de resolución corresponde al cesionario, que subentra también en los remedios contractuales (26.6). En caso de *contrato a favor de tercero*, no hay duda de que el estipulante tiene la acción de cumplimiento, compartiéndola con el tercero beneficiario; es discutible que tenga también la acción de resolución (con la cual, en sustancia, dispondría de un derecho no suyo: 26.5).

Disociación
entre parte y
... derechohabiente a la
prestación

Surgen problemas cuando la parte legitimada es una parte compleja (y cuando varios coherederos subentran a la originaria parte simple), así como cuando exista una pluralidad de partes: se enfrentan los mismos criterios ya considerados en tema de legitimación para la anulación (38.2).

Parte
compleja

Los contratos plurilaterales, además de problemas de legitimación para la iniciativa resolutoria, plantean problemas sobre el ámbito del efecto resolutorio (43.15).

Contrato
plurilateral

4. PRESUPUESTOS DE LA RESOLUCIÓN: INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO; INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE

El primer presupuesto de la resolución es el incumplimiento, es decir la *objetiva no actuación o defectuosa actuación de la prestación contractual*. En estos términos generales, el presupuesto del incumplimiento condiciona también la demanda de cumplimiento y la de resarcimiento. La carga de probarlo, como ya se ha dicho, es del actor en la resolución.

Incumplimiento

No es necesario probar que del incumplimiento se derive un daño a la parte legitimada: prueba superflua además respecto a la demanda de cumplimiento; obviamente necesaria, en cambio, para la demanda de resarcimiento.

Irrelevancia
del daño

Hay que preguntarse sobre la relevancia de situaciones próximas al incumplimiento, aunque no propiamente coincidentes con la ausente o defectuosa actuación de la prestación. Una es la del deudor que antes del vencimiento del plazo para el cumplimiento, y por lo tanto cuando la prestación no es aún exigible, *se coloca en condiciones que hacen cierta su imposibilidad de cumplir al vencimiento*; esta situación debe ser equiparada al incumplimiento, y puede fundar la iniciativa resolutoria del acreedor.

Situaciones
próximas al
Incumplimiento

Otra situación es la del deudor que *preanuncia que al vencimiento no cumplirá*. Aquí la cuestión es menos simple: por un lado, puede ser que el deudor antes del vencimiento se

arrepianta y al vencimiento esté dispuesto a cumplir, de manera que impedirselo con una resolución precipitada podría ser inoportuno; por otro lado, el acreedor podría encontrarse en graves dificultades si al vencimiento no recibiera la prestación, lo que haría justo —una vez que esas dificultades sean preanunciadas por la declaración del deudor— ponerlo en condiciones de prevenirlas resolviendo el contrato y procurándose la prestación de otra forma. Se tratará de ver, caso por caso, si las concretas circunstancias de la relación hacen prevaleciente una u otra preocupación.

No restitución Hay que también preguntarse si la resolución derive del incumplimiento de cualquier obligación contractual. Se duda respecto de la *obligación "final" de restituir la cosa ajena, tenida en base al contrato* (por ejemplo, de locación, depósito, obra, etc.), en base a la observación que su disolución no tendría utilidad práctica, ya que la cosa debería siempre ser restituida: o porque, con la resolución, viene a menos el título de la tenencia; o porque ese mismo título funda la obligación de restituir. Puede objetarse que la resolución serviría para liberar de la obligación de la retribución a quien sufre la falta de entrega.

Incumplimiento injustificado El incumplimiento resolutorio es solo el incumplimiento injustificado. El demandado puede *excepcionar una causa de justificación* de su incumplimiento: si la excepción es probada (y la relativa carga grava sobre el deudor excepcionante), la resolución es denegada.

Hechos justificadores Causa justificativa del incumplimiento, que obstaculiza la resolución, es como regla un *hecho referible a la misma víctima del incumplimiento*. Puede ser la falta de cooperación con el deudor (cfr. arts. 1206 y ss.). Puede ser la tolerancia hacia el incumplimiento (relevante sobre todo en las relaciones de duración).

Tolerancia del acreedor Respecto a esta última, *es necesario distinguir* en base a las circunstancias del caso concreto. Existirán casos en los que el comportamiento del acreedor frente a los incumplimientos deja entender que para él estos no ponen en discusión la continuación de la relación: y entonces su posterior viraje, contrario a la buena fe, debe ser reprimido con la denegatoria de la resolución. Pero podrán existir otros casos en los que es el deudor quien, contra la buena fe, busca persistir impunemente en el incumplimiento, especulando sobre la paciencia y sobre el buen carácter de un acreedor que por un tanto ha pasado por alto: la excepción de tolerancia justificadora debe entonces ser desestimada, y la demanda de resolución estimada.

Excepción suspensiva Causa justificadora del incumplimiento puede ser un hecho que da lugar a una excepción suspensiva del deudor, y en particular a la *excepción de incumplimiento*: la demanda de resolución es desestimada, si el demandado que ha incumplido excepciona que el actor a su vez no ha cumplido con la contraprestación a su cargo (44.2). Por ello, entre los presupuestos de la resolución por incumplimiento se suele indicar la circunstancia de que quien la pide haya cumplido.

Firme lo arriba dicho, debemos preguntarnos si la resolución debe ser excluida también cada vez que el incumplimiento sea no imputable al deudor, en el sentido de los criterios de imputación de la responsabilidad variadamente contruidos alrededor de los arts. 1176, 1218 y a las normas especiales sobre los singulares tipos de prestación. Es decir, debemos preguntarnos, si la imputabilidad sea requisito del incumplimiento no solo como título de responsabilidad y resarcimientos, sino también como causa de resolución del contrato.

Imputabilidad
del
incumplimiento

La jurisprudencia se inclina por la solución afirmativa (*tesis "subjetiva"*), si bien con fórmulas no siempre unívocas y claras. Consistentes sectores de la doctrina se oponen a esta línea, y prefieren vincular la resolución al incumplimiento en su materialidad (*tesis "objetiva"*): el argumento es que excluirla en los casos en que pese a subsistir un incumplimiento (aunque no imputable), en los que, por tanto el acreedor, de hecho, no recibe la prestación a la que tenía derecho, traicionaría la naturaleza y la función sinalagmática del remedio.

necesaria
para la
Jurisprudencia,
...

... pero no
para la
doctrina

Lo que es cierto, es que sería inadmisibles endurecer el requisito del incumplimiento *imputable* en el más estrecho requisito de incumplimiento *culposo*: debe, con todo, admitirse la resolución también por incumplimientos no vinculados a la culpa del deudor, sino a él imputables por algún criterio de responsabilidad objetiva. (De lo contrario, la tesis del incumplimiento imputable terminaría por reflejar superadas concepciones sancionatorias de la resolución).

El contraste entre las dos posiciones puede considerarse en gran medida vaciado de contenido por la norma que declara el contrato resoluble por sobrevenida imposibilidad de la prestación, no imputable al deudor (45). En efecto, si este último supuesto de hecho es entendido en un sentido amplio, y no circunscrito a una imposibilidad material y absoluta, resulta idóneo para cubrir prácticamente todos los casos en los cuales el acreedor no recibe la prestación, o la relación contractual no es ejecutada o es ejecutada defectuosamente, por razones de las que el deudor no responde. El resultado es que la víctima de la no ejecución tiene, en todo caso, derecho a la resolución: o por la tesis "objetiva" de la resolución por incumplimiento, que extiende el remedio también a los casos de incumplimiento no imputable; o porque estos casos serían recalificables como casos de imposibilidad sobrevenida, entendida en sentido amplio.

Irrelevancia
práctica del
contraste,
frente a la
resolución
por
imposibilidad
sobrevenida

Lo que, según razonabilidad, parece que deba excluirse es que entre el área de los casos cubiertos por la resolución por incumplimiento y el área de los casos cubiertos por la resolución por imposibilidad sobrevenida, haya una tercera (más o menos amplia) área intermedia de casos en los que la parte sufre la injustificada no actuación de la relación sin tener remedio para liberarse de ella.

Frente a la objetiva no actuación de la relación, existe en verdad un área sin remedios: pero es solo aquella de los casos de incumplimiento justificado por hechos inherentes a la esfera de quien lo sufre. Fuera de ella las áreas son dos, cubiertas ambas por remedios: o *resolución con resarcimiento* del daño contractual (art. 1453¹); o *resolución sin resarcimiento* (art. 1463).

5. SIGUE: LA GRAVEDAD DEL INCUMPLIMIENTO

Art. 1455

Incumplimiento
de escasa
Importancia

Todos los incumplimientos injustificados (e imputables al incumplimiento) son fuente de responsabilidad y resarcimiento. En cambio, no todos los incumplimientos injustificados son causa de resolución: "El contrato no se puede resolver si el incumplimiento de una de las partes tiene escasa importancia, teniendo en cuenta el interés de la otra" (art. 1455).

Ratio

La regla se explica con una *ratio de proporcionalidad*: la resolución es un remedio muy pesado, porque destruye el contrato; sería exagerado aplicarlo a casos en los que el mal funcionamiento de la relación es muy ligero (y los cuales se activa, con todo, el remedio resarcitorio). Se explica también como *prevención de comportamientos antojadizos*, susceptibles de disolver el valor del vínculo contractual: sin la regla, la parte arrepentida del contrato podría tomar bajo pretexto cualquier ligera inexactitud de la prestación de la contraparte (¡nada jamás es perfecto!), para desvincularse con la resolución. De hecho, tendría ingreso un generalizado poder de separación unilateral. En esta perspectiva, es correcto encontrar en la base del art. 1455 también el principio de buena fe contractual.

Determinar si el incumplimiento invocado por la resolución tenga "escasa importancia", y por consiguiente no justifique la disolución del contrato, requiere la valoración de la *singular relación* y de las *concretas circunstancias* de esta, a la luz de dos criterios a aplicar conjuntamente.

Criterio
objetivo

Vale primeramente un criterio objetivo: referido, sin embargo, no a calificaciones abstractas (prestación principal o accesoria; materia de obligación voluntaria o legal); sino a *la función y al peso que la prestación incumplida tiene en el cuadro de la economía integral del contrato*, valorada en concreto. Respecto a la venta de un automóvil, por ejemplo, tiene no escasa importancia el incumplimiento que consiste en la falta de entrega de los documentos de circulación y propiedad, que condicionan fuertemente el valor de uso y de intercambio del bien vendido.

Si se dan *varios incumplimientos*, estos se acumulan a los fines de una valoración integral: muchos incumplimientos, cada uno en sí de escasa importancia, sumados pueden dar lugar a un supuesto de hecho de incumplimiento resolutorio.

Criterio
subjetivo

Pero vale también un criterio subjetivo, fundado en el *interés de la víctima del incumplimiento*: es decir en el específico interés que este tenía

en la prestación incumplida, y en el modo en el cual tal interés resulta afectado por el incumplimiento. Y su aplicación puede subvertir los resultados del criterio objetivo: incumplimientos que según estándares objetivos tenderían a calificarse de escasa importancia pueden asumir valor resolutorio si resulta que han incidido de manera más profunda de la normal en el interés de quien los sufre; y viceversa. En un cierto sentido, bajo la fórmula del interés de la parte asumen relevancia los *motivos* de esta.

La escasa importancia del cumplimiento es elemento impeditivo de la resolución; por lo tanto la carga de probarla *corresponde al incumplidor demandado* (que sin embargo podrá limitarse a probar la escasa importancia según el criterio objetivo; si se logra, será carga del actor probar que el *criterio subjetivo* invierte el juicio). Deja perplejos la afirmación, contenida en alguna sentencia, de su apreciación de oficio.

Carga de la prueba

Normas especiales circunstancian distintamente —en términos cualitativos o incluso cuantitativos— la entidad mínima del incumplimiento resolutorio, en relación a singulares tipos de contrato: cfr. por ejemplo, arts. 1490¹; 1497¹; 1525; 1578¹; 1584²; 1668².

Normas especiales

6. RESOLUCIÓN JUDICIAL Y DE DERECHO

En la visión dominante, a la resolución del contrato puede llegarse por *dos vías alternativas entre sí*, a las que corresponden dos tipos distintos de resolución: resolución judicial y resolución de derecho.

La resolución judicial se actúa mediante la *sentencia* del juez. Esta implica un *proceso*, abierto por la *demanda* del legitimado: lo alude claramente el art. 1453, que habla de “juicio” y “demanda”.

Resolución judicial

En el curso del mismo, el juez valora si el incumplimiento invocado tenga escasa importancia; y solo en caso negativo pronuncia la resolución.

La resolución es determinada por la sentencia, a la cual se atribuye comúnmente naturaleza constitutiva.

Sentencia constitutiva

Se le contrapone la resolución de derecho, que no es determinada por sentencia porque se actúa *fuera de un proceso*. Esta opera en tres situaciones: cuando la víctima dirige al incumplidor una intimación a cumplir, y no obstante esta el incumplimiento persiste; cuando en el contrato existe una cláusula resolutoria expresa, y el incumplimiento corresponde a la previsión de esta; cuando el incumplimiento consiste en el retardo por inobservancia de un plazo esencial.

Resolución de derecho:
Intimación a cumplir, ...
...cláusula resolutoria expresa, ...
...plazo esencial

Un caso especial de resolución de derecho se establece para el seguro (art. 1901³).

En las situaciones apenas mencionadas, el contrato se disuelve por el hecho mismo del incumplimiento, eventualmente integrado (precedido o seguido) por un acto de la parte legitimada: en cualquier caso en dependencia

Supuesto de hecho extrajudicial...

... y eventual
sentencia
declarativa

de un supuesto de hecho extrajudicial. Ello no excluye que el supuesto de hecho resolutorio sea deducido en juicio y forme objeto de sentencia: pero esta será una sentencia declarativa, de mera declaración, que se limitará a verificar la subsistencia de los presupuestos extrajudiciales de la resolución, y en caso de verificación positiva determinará y declarará que la resolución en su momento se produjo, en virtud de estos presupuestos.

La contraposición no debe ser vista de manera muy rígida y esquemática, bajo pena de la incompreensión del fenómeno de la resolución por incumplimiento en su realidad efectiva.

Frecuencia de
la resolución
de derecho

Sería equivocado pensar en la resolución judicial del art. 1453 como en la regla que se aplica en la generalidad de los casos, y en las resoluciones de derecho como hipótesis derogatorias, de aplicación excepcional. En la praxis, las *resoluciones de derecho* cubren en realidad un vastísimo territorio; son un *modo normal de disolución del contrato incumplido*.

Frecuencia de
los juicios
sobre las
resoluciones
de derecho

Sería equivocado pensar que, mientras la resolución judicial implica necesariamente el proceso, las resoluciones de derecho lo prescindan casi siempre. Al contrario, también en presencia de una resolución de derecho el recurso al juez y la apertura de un proceso sobre el supuesto de hecho resolutorio son muy frecuentes, por muchas razones.

A resuelve de pleno derecho el contrato por incumplimiento de B, pero casi nunca la historia termina aquí. Considerando que la disolución del contrato lo libera de su obligación, A no cumple; pero si B cuestiona los extremos de la resolución y piensa que el contrato aún vivo le da derecho a la prestación de A, le inicia un proceso. O bien A quiere repetir los pagos hechos en base al contrato resuelto, o quiere el resarcimiento del daño que le ha causado el incumplimiento y la resolución: a este fin, demanda a B. O bien A quiere hacer oponible a los terceros la readquisición a su favor del inmueble trasferido a B con el contrato resuelto: no puede sino inscribir una sentencia que determine la acontecida resolución y para obtenerla demanda a B.

Cercanía de
los dos tipos
de resolución

Más en general, sería equivocado pensar en los dos tipos de resolución como en dos bloques, cada uno perfectamente homogéneo en su interior, y profundamente separado del otro. Veremos en cambio que, en el ámbito de las resoluciones de derecho, las vinculadas a la cláusula resolutoria expresa y al vencimiento del plazo esencial responden a una lógica bastante distinta de aquella que gobierna la *resolución por intimación a cumplir*. Y que esta última, por el contrario, tiene significativos *puntos de contacto con la resolución judicial*.

Invirtiendo el orden habitual, tratamos antes las resoluciones de derecho, y luego la resolución judicial.

7. LA RESOLUCIÓN DE DERECHO: INTIMACIÓN A CUMPLIR

Frente al incumplimiento, la parte que lo sufre puede intimar a la otra para que cumpla dentro de un adecuado plazo; si la intimada no lo hace, el contrato queda resuelto de derecho (art. 1454). El remedio implica la presencia de *todos los requisitos previstos en general para la resolución: incumplimiento injustificado, de no escasa importancia.*

Nos podemos preguntar por qué, a igualdad de requisitos, la parte legitimada debería elegir la resolución judicial, que implica tiempos y costos de un proceso, en lugar de la más cómoda y rápida vía de la intimación a cumplir. A parte de las razones ya indicadas (necesidad de título para la inscripción, voluntad de obtener restituciones y resarcimientos), existe una más específica: *la parte intimada puede cumplir*, y en tal caso el contrato se salva; en cambio si *la parte incumplidora es citada para la resolución judicial pierde la posibilidad de cumplir* (43.10), de manera que el contrato no puede ya salvarse; por ello la víctima del incumplimiento, que esté fuertemente motivada a liberarse del contrato, encuentra en la resolución judicial un remedio que le asegura con más certeza este resultado.

Posibles resultados de la resolución judicial

La intimación a cumplir es un negocio unilateral recepticio y formal: consiste en una intimación y en una advertencia que la parte legitimada dirige “*por escrito*” a la parte incumplidora (art. 1454¹).

Negocio unilateral, recepticio, formal

El defecto de forma (por ejemplo intimación verbal) impide el efecto resolutorio; pero puede crear (al menos hasta el vencimiento del plazo verbalmente asignado) una *tolerancia* capaz de precluir la demanda de resolución judicial.

El contenido de la intimación comprende dos elementos.

El primero es la intimación “a cumplir dentro de un plazo razonable” (art. 1454¹). El plazo *por regla* no puede ser inferior a *15 días* (art. 1454²): sin embargo se deja a salvo la posibilidad de que el contrato mismo indique un plazo distinto; o que, “por la naturaleza del contrato o según los usos, resulte conveniente un plazo menor” de 15 días (pero es posible también la eventualidad opuesta, es decir que resulte conveniente solo un plazo superior a 15 días). Siendo el acto recepticio, el plazo corre desde que llega a conocimiento del destinatario (salvo el art. 1335).

Intimación a cumplir en adecuado plazo

¿Qué suerte tiene el acto privado de tales requisitos (intimación sin plazo, o incluso declaración de resolución inmediata; intimación con plazo inconveniente)? La jurisprudencia es rígida: el acto, ineficaz, no tiene efecto resolutorio. En doctrina circulan posiciones menos drásticas: el acto podría valer como intimación, integrado legalmente con un plazo conveniente en base a los criterios del art. 1454².

Defecto de los requisitos

El segundo elemento es “la declaración que, transcurrido inútilmente dicho plazo, el contrato se considerará sin más resuelto” (art. 1454¹). Sobre el punto la jurisprudencia es rigurosa al requerir una *declaración clara y unívoca*. Rigor justificado: el destinatario de la intimación debe saber que no ha recibido un genérico estímulo, sino un acto capaz de provocar —si

Declaración de intención resolutoria

persistiera en el incumplimiento— la destrucción del contrato. Por esto no existe intimación a cumplir si el intimante se limita a declarar que, vencido el plazo asignado, accionará para la resolución (se entiende: judicial).

Efecto
resolutorio:

Los efectos de la intimación están indicados por el art. 1454³: “Trascurrido el plazo sin que el contrato sea cumplido, este queda resuelto de derecho”.

Nos podemos preguntar si el efecto resolutorio se precluye por un cumplimiento solo parcial, y sin embargo idóneo para llevar al incumplimiento bajo el *umbral de la escasa importancia*. Más que una respuesta firme, se recomiendan respuestas flexibles, sugeridas en los distintos casos concretos por la aplicación del principio de buena fe.

El mismo criterio podrá aplicarse, en general, para decidir si, con el fin de valorar la importancia del incumplimiento, debe tenerse en cuenta el momento de la intimación o el momento en el cual vence el plazo.

automatismo
e
irreversibilidad

La norma indica con claridad el automatismo del efecto resolutorio, y por lo tanto su irreversibilidad. Con obvias consecuencias: *vencido el plazo, la parte incumplidora no puede salvar el contrato cumpliendo tardíamente; y el intimante no puede prorrogarlo* (como habría podido hacerlo antes del vencimiento), o de otra manera renunciar al efecto resolutorio.

Jurisprudencia
sobre la
disponibilidad
del efecto
resolutorio:
crítica

Una orientación jurisprudencial sostiene una tesis distinta: *estaría en poder del intimante elegir si valerse o no de la acontecida resolución*, de manera que si su elección fuera por no hacerla valer, el efecto resolutorio sería inoperante y la relación contractual viviría. Esta jurisprudencia contrasta con la ley y abre consecuencias indeseables: expone a la parte incumplidora, que contaba con la acontecida resolución, a una *inesperada obligación de cumplimiento* (exactamente el resultado que la ley desea evitar, impidiendo cambiar la demanda de resolución en demanda de cumplimiento). Por lo tanto: el incumplidor demandado para el cumplimiento luego del infructuoso vencimiento del plazo de la intimación, puede excepcionar que el contrato del cual se pide el cumplimiento ya ha sido resuelto.

Un caso especial de intimación a cumplir se establece para la contrata (art. 1662²).

8. SIGUE: CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA

Con la cláusula resolutoria expresa, eventualmente insertada en el contrato, se conviene que este se resolverá si una determinada obligación contractual resultara incumplida (art. 1456). A diferencia de la intimación a cumplir, que reposa totalmente en la *voluntad unilateral* de la víctima del incumplimiento, aquí el mecanismo resolutorio se funda en la *acorde previsión de las partes*.

La cláusula no requiere formas (ni siquiera, si está contenida en contratos estándar, la específica aprobación escrita, ya que no es vejatoria *ex art. 1341²*). En cambio, exige dos requisitos de contenido.

La previsión de que el incumplimiento será automáticamente resolutorio debe resultar “expresamente”: no puede recabarse de hechos concluyentes, ni en vía indirecta e implícita (por ejemplo de la calificación de “esencial” o “determinante”, que las partes aplican a una cierta obligación). La *ratio* es: hacer claro el efecto destructivo de esta, en el interés de la parte que podría sufrirlo, como ya se ha visto en cuanto a la intimación a cumplir.

Previsión
“expresa” del
efecto
resolutorio...

Además, ella debe vincular la resolución al incumplimiento de “una determinada obligación” (o también de varias obligaciones), *a indicar en modo específico*. Si la cláusula vinculara la resolución genéricamente al incumplimiento del contrato, o, en su conjunto, a todas las obligaciones que nacen de este, podría entenderse como superflua reproducción de la disciplina de la resolución judicial: es decir, sería una cláusula de estilo (19.4), sin automático valor resolutorio.

... por
incumplimiento
de una
obligación
determinada

El *incumplimiento* previsto por la cláusula resuelve el contrato solo si es *injustificado*, según la regla común. En cambio, no se precisa que tenga la entidad (la no escasa importancia) requerida en general por el art. 1455. El sentido fuerte de la cláusula resolutoria expresa es precisamente este: excluye el examen minucioso del juez sobre el grado de importancia del incumplimiento, porque *la correspondiente valoración ya ha sido hecha por las partes*, que pactando la cláusula han considerado ese tal incumplimiento, previsto por ella, indudablemente idóneo para determinar la resolución.

Irrelevancia
del nivel de
gravedad del
incumplimiento

Atención: está excluido el control judicial sobre la *importancia que la obligación incumplida tiene en la economía del contrato*; pero no el de la *entidad de la lesión que la obligación haya recibido*. Si la obligación deducida en la cláusula ha sido cumplida de manera sólo ligeramente imperfecta (con un retardo mínimo, con algún intrascendente defecto cualitativo), no parece que el acreedor pueda invocar la cláusula: puesto que siempre pueden encontrarse pequeñas imperfecciones, sería como poner en sus manos una inadmisiblemente condición resolutoria meramente potestativa (27.6).

Qué es
incontrolable
y qué
incontrolable

El incumplimiento no determina automáticamente la resolución, sino que activa un poder de elección de la víctima (aquí ciertamente, a diferencia de lo que debe considerarse en relación a la intimación a cumplir): si la víctima desea la resolución, tiene la carga de declarar al incumplidor “que pretende valerse de la cláusula resolutoria”, y solo por efecto de tal declaración “la resolución se verifica de derecho” (art. 1456²); a falta de declaración, el contrato no se resuelve.

Poder de
elección de la
víctima

Declaración
de querer
valerse de la
cláusula

Esta previsión *tutela a la víctima del incumplimiento*, dándole mayor espacio para valorar y decidir respecto a la suerte de la relación contractual: no se excluye que le convenga conservar la relación, no obstante el incumplimiento; hacer inevitable la resolución sería contraria a su interés.

- Plazo para la declaración
- No está previsto un plazo dentro del cual la parte legitimada deba hacer la declaración, y esto puede perpetuar por mucho tiempo una *incertidumbre sobre la suerte de la relación*, que penaliza a la parte incumplidora. La jurisprudencia lo remedia: *permite al incumplidor cumplir*, salvando la relación, hasta que la otra parte no haya declarado valerse de la cláusula. De este modo la situación se reequilibra: producido el incumplimiento, una parte tiene el poder de resolver el contrato; pero hasta que no lo haga, la otra tiene el poder de impedir la resolución.
- Negocio unilateral, recepticio, informal
- La declaración de valerse de la cláusula es un negocio unilateral. Es recepticia, de manera que la resolución se produce cuando el destinatario la recibe. No es formal, de manera que puede resultar por implícito, de *hechos concluyentes*: por ejemplo del requerimiento extrajudicial o de la demanda judicial dirigida a repetir lo prestado en base al contrato.
- Renuncia
- La declaración está precluida por la renuncia de la parte legitimada. Esta puede ser *expresa* (declaración de no quererse valer de la cláusula, o de querer mantener el contrato pese al incumplimiento); pero también *tácita*, por actos incompatibles con la voluntad de resolver: por ejemplo, después del incumplimiento la víctima ejecuta sus propias prestaciones, o acepta o requiere las ulteriores prestaciones del incumplidor.
- Relaciones con la resolución judicial
- La posibilidad de resolver el contrato de derecho, mediante invocación de la cláusula resolutoria expresa, coexiste con la posibilidad de resolverlo judicialmente. Esta última se refiere obviamente a los casos en los cuales se produce un incumplimiento distinto del deducido en la cláusula.
- En línea teórica podría vincularse también al incumplimiento previsto por la cláusula, si la parte legitimada prefiriera invocarlo en una demanda judicial *ex art. 1453*. En la práctica, no se ve por qué la parte interesada en la resolución debería someter el resultado que desea al área de la valoración judicial respecto a la importancia del incumplimiento (inevitable en un juicio *ex art. 1453*); sin contar que la demanda podría considerarse como implícita declaración de valerse de la cláusula.
- En todo caso: planteada la demanda *ex art. 1453*, la parte legitimada puede, en cualquier momento posterior, invocar la cláusula como productora de la resolución de derecho. No vale lo contrario: planteada la demanda de declaración de la resolución de derecho *ex art. 1456*, sería una demanda nueva, no planteable por primera vez en apelación, la de resolución judicial *ex art. 1453*.
- Condición de incumplimiento
- Si se dedujera el incumplimiento de una parte bajo condición resolutoria del contrato (27.7), se tendría un mecanismo aparentemente similar al de la cláusula resolutoria expresa. En realidad, existirían diferencias: el efecto resolutorio sería *automático* (aunque evitable con la renuncia de la parte interesada en la condición, ciertamente unilateral), antes que vinculado a la declaración de valerse de la cláusula; y operaría con *retroactividad real* a despecho de los terceros; en lugar de limitarse a retrotraer entre las partes (42.8). Si el no automatismo y la no retroactividad (real) del efecto resolutorio, dependiente del incumplimiento, debieran considerarse principios de orden público, derivaría la inadmisibilidad de la condición de incumplimiento. En cambio, sería admisible, si esos principios se calificaran como derogables.

9. SIGUE: PLAZO ESENCIAL

El contrato se resuelve de pleno derecho cuando vence infructuosamente el plazo establecido para la ejecución de la prestación, si se trata de plazo esencial en el interés de la parte que la espera. Sin embargo, esta puede evitar la resolución si, conservando interés en la prestación, declara dentro de los 3 días que quiere aún obtenerla (art. 1457).

El criterio de la esencialidad debe ser definido primeramente en un plano objetivo: el plazo es esencial, si *luego del vencimiento la prestación ya no tendría utilidad para el acreedor*. Por ejemplo, el partido político, que ha reservado el salón de convenciones para la manifestación de cierre de campaña electoral, a llevarse a cabo el último día de esta, no sabría que hacer con el salón un día después, con la campaña cerrada: el que su no puesta a disposición en el día y en la hora establecida resuelve automáticamente el contrato. Es claro que en la calificación de esencialidad inciden mucho las *circunstancias del caso concreto*: la naturaleza de la prestación, el empleo al que el acreedor la destina (en la medida en la que este no sea un motivo irrelevante: 16.11), etc.

Sin embargo, se dice que el criterio de la esencialidad puede ser también subjetivo: es decir vinculado a la previsión de las partes, que califican ellas mismas el plazo de la prestación como esencial, o establezcan que su infructuoso vencimiento resolverá automáticamente el contrato. Se precisa que la previsión debe ser clara y unívoca: no bastarían fórmulas como “perentoriamente”, “improrrogablemente”, “dentro y no más allá”. En realidad, parece difícil pensar que el plazo “*subjetivamente*” esencial sea algo distinto de una *cláusula resolutoria expresa*.

Distinguir entre cláusula resolutoria y plazo esencial es importante para la operatividad del mecanismo resolutorio: en el primer caso el vencimiento del término *no determina de por sí la resolución* (remitida a la expresa declaración de la parte legitimada, en espera de la cual el incumplimiento puede ser subsanado y la resolución precluida); en el segundo caso, la resolución es *automática e irreversible* (o mejor, se activa tras el brevísimo plazo dado a la parte legitimada para manifestar la eventual persistencia de su interés en la prestación). Existe también otro perfil. El incumplimiento por inobservancia del plazo esencial es (automáticamente) resolutorio si presenta ambos requisitos comunes: debe ser no solo injustificado, sino también *de importancia no escasa*. Algunas sentencias lo niegan, pero sin razón: admitamos que la prestación se vuelve inútil después del vencimiento; pero si esta tiene poco peso en la economía del contrato, no parece justo resolverlo. Un control general está en cambio excluido para la cláusula resolutoria.

A la luz de este último dato, la figura del plazo subjetivamente esencial termina por disolverse. La cláusula que califica esencial el plazo de una cierta obligación también implica un juicio de esencialidad de la obligación misma, impidiendo al juez atribuir escasa importancia al relativo incumplimiento: por lo tanto, es una cláusula resolutoria expresa. El

Esencialidad
del plazo:

¿objetiva...

... y subjetiva?

Plazo esencial
y cláusula
resolutoria
expresa

Disolución del
plazo
subjetivamente
esencial

área del plazo esencial se reduce así a los casos de *objetiva esencialidad del plazo, no pactada entre las partes* (y en esta área es posible el control *ex art. 1455*).

Lo confirma el art 1457² diciendo que, vencido el plazo esencial, el contrato queda "resuelto de pleno derecho aunque no se hubiera pactado expresamente la resolución": si se hubiera pactado se caería en el campo del art. 1456.

Declaración de persistente interés por la prestación

Vencido el plazo esencial, el contrato aún no está resuelto: *la resolución puede ser impedida* por la parte legitimada, que *dentro de los 3 días* comunique a la otra que pretende igualmente exigir la prestación. Aquí la parte legitimada tiene una *carga de declaración*, si desea mantener el contrato; en cambio con la cláusula resolutoria la carga de la declaración es funcional para resolver el contrato.

Posición del incumplidor

Durante los 3 días la parte incumplidora debe estar lista a cumplir, pero no tiene el derecho de evitar la resolución cumpliendo: un vínculo muy fuerte, pero en compensación muy breve. El contrato se resuelve al expirar el tercer día, si no se ha presentado ninguna declaración del legitimado (o antes, si antes presenta su declaración de desinterés por la prestación, o de voluntad resolutoria).

Plazo no esencial

Si el plazo no es esencial, el contrato puede igualmente resolverse: no solo *judicialmente*, sino también de derecho, en virtud de *intimación a cumplir*.

10. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL: EFECTOS DE LA DEMANDA

Territorio de la resolución judicial

Desplacémonos ahora al territorio de los supuestos de hecho no cubiertos por las reglas de la resolución de derecho. Se produce el incumplimiento (injustificado, y de no escasa importancia): pero este no consiste en la inobservancia de un plazo esencial; ni está contemplado en una cláusula resolutoria expresa; ni la víctima intima a quien incumple a cumplir. Está abierta la vía para la resolución judicial.

Demanda de resolución

Paso decisivo sobre esta vía es el planteamiento de la demanda judicial de resolución. Esta *no resuelve el contrato*. La resolución se producirá con la sentencia que estime la demanda del actor; y justamente en cuanto *el efecto resolutorio deriva de la sentencia*, a esta se atribuye naturaleza *constitutiva*. No obstante la demanda marca fuertemente el camino hacia la resolución, haciendo la disolución del contrato una salida que parece, en este punto, casi obligada.

Doble preclusión:

Ello depende de la doble preclusión, que surge de la demanda.

Un impedimento está puesto a cargo del actor, víctima del incumplimiento, en el interés de la parte que incumple demandada: por las razones

ya mencionadas (43.2), tras la proposición de la demanda de resolución el actor no puede variarla a demanda de cumplimiento (art. 1453²). Una preclusión recíproca se desprende a cargo del incumplidor: recibida la citación, él "ya no puede cumplir su obligación" (art. 1453³). Esta segunda preclusión tutela a la víctima del incumplimiento: la asegura contra la eventualidad de recibir una prestación que no le interesa más; de permanecer vinculada a un contrato del que, accionando para la resolución, ha mostrado querer liberarse.

En conclusión: el incumplimiento, no pudiendo más ser ni pretendido ni ejecutado, razonablemente no se producirá más. Pero un contrato que no tiene ninguna razonable perspectiva de ser cumplido, parece un contrato destinado inevitablemente a disolverse.

Dicho esto, debe agregarse que la complejidad de los supuestos de hecho, la reflexión de los intérpretes y la casuística jurisprudencial introducen elementos en alguna medida capaces de corregir, o al menos poner en discusión, la tesis apenas enunciada.

En primer lugar debe salvarse la hipótesis en que actor y demandado en el curso de litis acuerden el cumplimiento, renunciando el primero al derecho de rechazarlo y el segundo al derecho de no ejecutarlo. Realmente, los espacios para esta posibilidad dependerán sobre todo del *comportamiento del demandado*, si él se opone a la demanda de resolución negando los presupuestos, e incluso requiere en reconvencción la contraprestación debida, su propensión por salvar el contrato podrá favorecer el acuerdo en tal sentido; no así, en cambio, si se inclina a su vez por la destrucción del contrato, reconviniendo —como a menudo sucede— la resolución por incumplimiento del actor.

Además. Partiendo del presupuesto de que solo con la sentencia (en cuanto constitutiva) se produce el efecto resolutorio, la jurisprudencia admite que cuando el juicio no desemboca en tal sentencia (por extinción del juicio mismo, o por improcedencia de la demanda), el efecto preclusivo viene a menos y se reabre la vía al cumplimiento.

A mayor razón la misma conclusión debería valer para los casos —aún más frecuentes— en los que la demanda de resolución sea desestimada en el fondo (por ejemplo, porque el incumplimiento no subsistía, o estaba justificado, o tenía escasa importancia): si la sentencia no resuelve, el contrato permanece vivo y puede/debe ser cumplido. El problema es que esto *se sabe a mucho tiempo de distancia de la demanda* (¡el tiempo de una causa!): cuando, con toda probabilidad, la prestación se convierte en inútil para el actor, y difícil de ejecutar para el demandado. En la *incertidumbre sobre el resultado del juicio*, por la duración de este cada una de las partes sufre de este modo vínculos que las penalizan. En vista de la eventual desestimación de la resolución, debería considerarse en condición de cumplir después la sentencia, renunciando a disponer en otro modo los recursos necesarios para el cumplimiento: pero si se dará la resolución, resultará que estas han sido inmovilizadas por nada. En vista de la posible resolución, cada una de las partes debería no confiar en la prestación aún esperada en base al contrato, y si de verdad le sirve, procurársela de otra manera: pero si el contrato no será resuelto, habrá inútilmente duplicado la provisión. Y la misma incertidumbre grava sobre la suerte de la prestación ya recibida: ¿permanecerá con el *accipiens* o será restituida?

el actor no puede ya pedir el cumplimiento...

... y el demandado no puede ya cumplir

La resolución parece desenlace obligado, ...

... pero puede no serlo

Acuerdo entre las partes

Desestimación de la demanda de resolución

Vínculos de las partes en pendencia del juicio

Inconvenientes, ...

... y remedio propuesto: conversión de la resolución judicial en resolución de derecho

Para salir del impasse, se propone una construcción que sustancialmente convierte la resolución judicial en resolución de derecho: *se da a la citación el valor de una intimación a cumplir*, de la cual seguiría dentro de un brevísimo tiempo la automática resolución del contrato. Con una notable consecuencia teórica: la *sentencia* que estimara la demanda planteada *ex art. 1453* declararía una resolución ya madurada, y por lo tanto tendría esta naturaleza *declarativa y no constitutiva*.

Ineficacia del remedio

Pero desde el punto de vista práctico el problema de las penalizadoras incertidumbres, de las que se ha hablado, no estaría del todo resuelto: porque permanecería siempre la incertidumbre sobre el resultado de la litis, que corresponderá al juez dirimir con su sentencia. También en la perspectiva de la inmediata resolución de derecho, cada parte está expuesta al riesgo de que no se le de la razón, y por consiguiente a la duda sobre qué sea mejor hacer con respecto a las prestaciones esperadas o recibidas o a ejecutar: y no la confortará el que no se le de la razón por una sentencia que verifique o niegue una resolución ya acontecida, en lugar de una sentencia que disponga o niegue una resolución hasta ese momento no operante.

Incertidumbre y del riesgo que no se pueden eliminar

La verdad es que —abierto un juicio sobre la resolución del contrato— esa incertidumbre y ese riesgo no parecen que se puedan eliminar, y cada una de las partes deberá gestionarlos según el conocimiento de la propia razón o de la propia sin razón, responsablemente apreciadas. (A menos de invocar la regla según la cual, pedida por el actor la resolución —no importa si con razón o sin ella— el demandado tiene derecho de considerarlo resuelto; y —considerándose extinguidas las pretensiones a las prestaciones originarias— la litis proseguirá solo por el resarcimiento de los daños, que se convertirá en el único terreno en el cual acomodar las relaciones entre las partes: regla quizá racional, pero ciertamente extralegal).

Posibilidad de cumplimiento tras la demanda de resolución

Leer la demanda de resolución como intimación a cumplir puede tener otro apreciable sentido práctico: atenúa el rigor de la preclusión a cargo del demandado, permitiéndole cumplir (y así salvar el contrato) aún después de la demanda de resolución, siempre que lo haga dentro de un tiempo no más largo del correspondiente a un plazo "adecuado". Lo que puede parecer poco respetuoso del art. 1453³: pero es coherente con la máxima jurisprudencial según la cual el cumplimiento posterior a la demanda de resolución, aún no cancelando el incumplimiento producido, puede ser apreciado por el juez como *factor que lo lleva bajo el umbral de la escasa importancia* (lo que significa admitir un cumplimiento posterior a la demanda, capaz de evitar la resolución).

11. DESPUÉS DEL INCUMPLIMIENTO, PERO ANTES DE LA DEMANDA

El incumplidor...

Se ha apenas discutido qué puede hacerse y qué no se puede hacerse después de la demanda judicial de resolución. Se examina ahora la situación que se crea con el incumplimiento, pero antes de la demanda.

Consideramos en primer lugar la *posición del incumplidor*.

Se sabe que después de la demanda "el incumplidor ya no puede cumplir su obligación" (art. 1453³). Leyendo *a contrario* esta regla legal, muchos intérpretes (y especialmente la jurisprudencia) obtienen otra regla no

escrita: antes de la demanda el incumplidor puede siempre cumplir, precluyendo la demanda misma. Pero una regla tal sería demasiado rígida.

Es más satisfactoria la línea interpretativa que sugiere distinguir, según el modo en el cual el incumplimiento producido incide sobre la residual utilidad que el cumplimiento posterior puede tener para el acreedor.

Cuando la prestación conserve razonable utilidad para el acreedor incluso después del incumplimiento (el dinero vale aunque pagado con retardo; el servicio defectuoso puede ser nuevamente prestado sin defectos), hasta la presentación de la demanda quien incumple puede cumplir.

Lo mismo vale cuando no exista objetiva certeza de que el incumplimiento prive de utilidad a la prestación: en los casos dudosos, si la víctima del incumplimiento está subjetivamente desinteresada en la prestación tiene la carga de aclararlo al incumplidor, y el modo más claro de hacerlo es demandando la resolución. Con la demanda, se alcanza una claridad que impide el cumplimiento; pero antes de la demanda la persistente ambigüedad de la situación lo hace aún posible.

No así cuando, con el incumplimiento, la prestación deviene objetiva y evidentemente inútil: el cumplimiento está precluido, aunque todavía no haya sido planteada la demanda de resolución.

Consideremos ahora la *posición de la víctima del incumplimiento*.

Ella tiene un modo seguro para precluir al incumplidor el posterior cumplimiento: plantear la demanda judicial de resolución.

¿*Quid*, en cambio, si ella se limita a comunicar extrajudicialmente que no está más interesada en el contrato y pretende resolverlo? La jurisprudencia tiende a negar cualquier relevancia a tal declaración extrajudicial: pero la orientación absolutamente negativa merece ser moderada.

Por un lado, deberá determinarse si la declaración no tenga valor de *intimación a cumplir*. Por el otro, deberán protegerse las *confianzas* creadas, y reprimirse las conductas contrarias a la *buena fe*, susceptibles de violarlas. Si la intención resolutoria es declarada en términos tan claros y terminantes como para no dejar dudas en el incumplidor, que en consecuencia abandona toda predisposición al cumplimiento, no es admisible que con una brusca media vuelta la víctima le requiera cumplir. Por otro lado, podría ser contraria a la buena fe la conducta del incumplidor que, después de haber recibido sin levantar reservas la manifestación de voluntad resolutoria de la otra parte, se apresure a sorprenderla con un repentino cumplimiento.

12. INCUMPLIMIENTO Y RESOLUCIÓN PARCIAL

A veces la *prestación es unitaria e indivisible*: su incumplimiento determina entonces la *resolución total* del contrato, aunque el deudor haya realizado actividades preparatorias e instrumentales a esta (piénsese en el

... puede cumplir sucesivamente...

... si la prestación conserva utilidad para la víctima, ...

... y en los casos dudosos; ...

... no puede ya cumplir si la prestación ha devenido inútil
La víctima...

...puede bloquear el cumplimiento con la demanda de resolución

Declaración extrajudicial

consultor que desarrolla las investigaciones preliminares, pero luego no emite el informe prometido).

Prestación
divisible

Otras veces la prestación es divisible, y es ejecutada solo en parte: A debe proveer a B 1000 ejemplares de un producto, y provee solo 600.

Ejecución
parcial:

La prestación solo parcial es incumplimiento (incumplimiento parcial, pero siempre incumplimiento), de manera que B puede rechazarla, y requerir la resolución de todo el contrato: lo hará siempre y cuando no esté interesado en tener solo 600 piezas en lugar de las 1000 esperadas, y no tenga confianza en la próxima entrega de las otras 400. Pero puede tener otra opción: en particular, puede contentarse con los 600 ejemplares recibidos, renunciando a los otros 400: el contrato podrá ser parcialmente resuelto, por la fracción no cumplida.

Posibilidad de
resolución
total...

... o parcial

Variantes

O bien puede aceptar mientras tanto las 600 piezas entregadas, dando un plazo para la entrega de las otras 400: el que no se llegue a completar la provisión podrá determinar, según los casos, la resolución integral o solo parcial del contrato. Será decisiva la valoración según la buena fe de los intereses, de las expectativas, de las confianzas de las partes.

La posibilidad de una resolución solo parcial del contrato parcialmente incumplido resulta de muchos índices normativos: en primer lugar del art. 1464, relativo a la imposibilidad parcial de la prestación (45.4).

13. INCUMPLIMIENTOS RECÍPROCOS

Ejemplos

Sucede a menudo que las partes cumplan y sufran, o en todo caso se cuestionen, incumplimientos recíprocos. La situación emerge por lo general a través de vicisitudes procesales del siguiente tipo. A demanda a B pidiendo la resolución por su incumplimiento (y los daños): B se defiende negando haber incumplido, y sosteniendo que el incumplimiento es de A, reconviene la resolución (y los daños), o el cumplimiento; o bien B admite no haber cumplido, pero aclara que no lo ha hecho porque encuentra justificación en el precedente incumplimiento de A (excepción de incumplimiento), y pide a su vez la resolución o el cumplimiento en contra de A.

Si el juez comprueba que solo *una de las partes es incumplidora y la otra no*, la solución es obvia: estima la demanda de la parte que no ha incumplido.

Valoración
comparativa

En cambio, si comprueba que, en efecto, *ambas han incumplido*, procede a una valoración comparativa de los respectivos cumplimientos, en el cuadro de una consideración global de la evolución de la relación.

Criterio
cronológico,
...

La valoración se basa en varios criterios. Un criterio cronológico: ¿cuál de los dos comenzó a no cumplir, o a cumplir mal? Un criterio de causalidad:

¿el incumplimiento de B deriva del de A, respecto al cual representa una precisa reacción y respuesta, o bien está del todo desligado? Un criterio de adecuación: ¿admitido que el incumplimiento de B reaccione causalmente al de A, se trata de una reacción proporcionada o desproporcionada? Combinando estos criterios, el juez decide quién es “más” incumplidor, a quién atribuye en definitiva la responsabilidad (o la mayor responsabilidad) por la falencia de la relación contractual: desestima la demanda de esta parte, y estima la demanda de la otra.

... de
causalidad, ...

... de
adecuación

Pero el juicio puede tener (aunque raramente) un resultado distinto. El juez puede comprobar que ambas partes han incumplido en igual grado: si ambos piden la resolución, no existe ningún obstáculo para pronunciarla *por incumplimiento de ambos* (aunque en jurisprudencia se lo ha negado); si una pide la resolución y la otra el cumplimiento, prevalece la demanda de la primera.

Incumplimientos de
igual grado

Aún más raro es descubrir que los recíprocos cuestionamientos son ambos infundados, porque ninguna de las partes ha incumplido: pero podría suceder. Si ambas piden la resolución, es irresistible la inclinación de pronunciarla: ¿por qué mantener vigente un contrato que no tiene más *chances* de funcionar, visto que las partes pelean sobre todo excepto, sobre la perspectiva de disolverlo? Menos fácil es motivar, visto que —faltando un incumplimiento— falta el presupuesto mismo de la resolución *ex art. 1453*: se ha probado a configurar las simétricas demandas resolutorias de las partes como declaraciones constitutivas de un mutuo disenso; o, más empíricamente, se ha observado que los comportamientos de las partes determinan la imposibilidad de ejecutar el contrato.

Ningún
incumplimiento

14. LOS CAMPOS DE APLICACIÓN DE LA DISCIPLINA

¿Qué contratos están cubiertos, y cuáles contratos están, en cambio, excluidos, de la resolución por incumplimiento y, en general, de los remedios sinalagmáticos? Cuestión no simple, y más bien controvertida.

Para comenzar, la fórmula que refiere el remedio a los casos en los cuales una parte “no cumple sus obligaciones” (art. 1453¹) no debe ser considerada en sentido rígidamente literal. La invocación al incumplimiento de “obligaciones” no significa que el remedio se aplique solo a los contratos con efectos obligatorios; este encuentra aplicación también a los contratos con efectos constitutivos, traslativos, extintivos, y en particular a los contratos que transfieren o constituyen derechos reales.

Contratos con
efectos
obligatorios...

... y reales

De lo dicho, surgen problemas respecto a los contratos que al efecto traslativo o constitutivo (por ejemplo, de servidumbre) asocian obligaciones accesorias o instrumentales (por ejemplo, dirigidas a hacer posible y no impedir el ejercicio de la servidumbre). El efecto traslativo o constitutivo se produce de manera instantánea pero tiende a durar indefinidamente; y de este modo también su aparato obligatorio. El incumplimiento de este último podría producirse a distancia de muchísimo tiempo del contrato: imaginemos que lo consume

obligaciones
accesorias al
efecto real

el heredero del titular del fundo sirviente en daño del heredero del titular del fundo dominante. Suena extraño y embarazoso que ello conduzca a resolver un contrato celebrado décadas y décadas antes; parece sensato acordar a la víctima solo acciones de cumplimiento y de resarcimiento. Pero los intérpretes no han elaborado aún soluciones unívocas y seguras.

Inaplicabilidad a los contratos gratuitos...

La resolución por incumplimiento no se aplica a los contratos gratuitos. Frente al incumplimiento de la prestación prometida, *el beneficiario no tiene interés en la resolución*, que en general sirve para liberar a la víctima del incumplimiento de los sacrificios que el contrato le endose: aquí el contrato, por definición, no le atribuye sacrificios. Su único interés es el interés en la prestación prometida: para servirlo, se precisan *acciones de cumplimiento y de resarcimiento* (cfr. art. 789).

... aunque con prestaciones a cargo del beneficiario

El contrato gratuito puede establecer alguna prestación a cargo del beneficiario: pero esta no se presenta jamás como retribución del enriquecimiento recibido y su incumplimiento no lleva a la resolución.

En el *mandato gratuito* el mandante debe proporcionar al mandatario los medios para realizar el mandato: cuando no lo haga, el mandatario está exonerado del cumplimiento (puede oponer al mandante la excepción de incumplimiento); pero no puede pedir la resolución del mandato. En la *donación modal* el donatario debe cumplir la carga (18.9), pero en caso de incumplimiento indudablemente no se activa la resolución como remedio legal: la donación puede resolverse solo si ello está contractualmente previsto (art. 793⁴), un tanto como sucedería por la verificación de una condición resolutoria puesta por el donante.

Inaplicabilidad a la transacción novativa

En el área de los contratos generalmente sujetos a resolución por incumplimiento, el art. 1976 recorta una pequeña porción sustraída al remedio: como regla, no se aplica a la transacción por efecto de la cual "la relación preexistente ha sido extinguida por novación" (transacción novativa). La razón está en la *dificultad para calibrar las consecuencias de la resolución*: su típico efecto restablecedor debería hacer revivir la relación litigiosa; pero esta es precisamente la relación que las partes pretendían extinguir, y sobre cuya extinción habían organizado sus esferas de manera a menudo irreversible. Sin embargo, también la transacción novativa puede resolverse cuando "el derecho a la resolución haya sido *expresamente estipulado*": pero en tal caso las partes también habrán estipulado las consecuencias de la resolución.

15. SIGUE: LOS CONTRATOS (PLURILATERALES) CON COMUNIDAD DE FIN

Contratos onerosos

Como ya se ha dicho, se resuelven por incumplimiento solo los contratos onerosos. Pero la categoría comprende distintas clases: en particular, en su interior se contraponen los contratos con prestaciones recíprocas y los contratos con comunidad de fin (18.11). Ambas clases son evocadas en el ámbito de la disciplina de ley: arts. 1453¹ y 1459. El sentido de la doble invocación puede reconstruirse como sigue.

El art. 1453¹ se refiere a los “contratos con prestaciones recíprocas”. El sentido de la norma no es limitar el remedio de la resolución por incumplimiento a esta clase de contratos, y excluirla para los contratos con comunidad de fin. Es simplemente establecer que, en caso de incumplimiento, indudablemente el contrato es resoluble por la destrucción del sinalagma.

Aplicabilidad a los contratos de Intercambio

El art. 1459 se refiere a los contratos (plurilaterales) con comunidad de fin. Estos contratos no están excluidos, en general, del remedio de la resolución por incumplimiento: es verdad que las prestaciones de las partes no están entre sí en relación sinalagmática, pero es verdad también que la utilidad esperada por cada una depende siempre de la participación de las otras, de manera que el incumplimiento de una perjudica a las otras, y así justifica el remedio resolutorio.

Aplicabilidad a los contratos con comunidad de fin, ...

Aquello, naturalmente, debe sufrir las *adaptaciones requeridas por la peculiaridad del contrato*. Primeramente, de la eventual presencia de la *estructura común*: sucede así que, en los contratos asociativos, la resolución a cargo del socio incumplidor se llama “exclusión” del socio, exija particulares presupuestos (por ejemplo los “graves incumplimientos” del art. 2286¹) y siga un particular procedimiento (cfr. art. 2287).

... Incluidos los asociativos

El sentido del art. 1459 se refiere a un problema más específico, que surge en los casos (mucho más frecuentes) en los que el contrato con comunidad de fin sea también un contrato plurilateral (18.12). El problema es si la *disolución de la relación contractual respecto al incumplidor* se agote en relación a él, manteniendo con vida la relación contractual (y la estructura común que haya nacido) entre las otras partes; o si en cambio arrastre consigo la resolución del contrato *incluso frente a todas las otras partes*.

El problema de los contratos plurilaterales

La norma ofrece el criterio: por regla la disolución actúa limitadamente respecto a la parte incumplidora; envuelve también a las otras (todo el contrato) solo cuando la “prestación faltante” por el incumplimiento “deba según las circunstancias, considerarse esencial”. Es el mismo criterio que se aplica, *ex arts.* 1420 y 1446, para los casos de nulidad y de anulación (39.3); así como, *ex art.* 1466, cuando la singular participación se resuelve por imposibilidad sobrevenida (45.1).

Criterio: la esencialidad de la prestación faltante

BIBLIOGRAFÍA

- 1-15. M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, en *Contratti Cendon*, XIII, Torino, 2000, p. 1; G. PISCIOTTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 2000; S. D'ANNA,

La risoluzione del contratto per inadempimento, en AA.VV., *I precedenti*, al cuidado de G. Alpa, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fundada por W. Bigiavi, II, Torino, 2000, p. 771; M.R. SPALLAROSSA, *La risoluzione*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, III, Torino, 1999, p. 2339; AA.VV. (al cuidado de L. Vaccà), *Il contratto inadempito*, Torino, 1999; M. TAMPONI, *Risoluzione per inadempimento*, en *Trattato contratti Rescigno*, Torino, 1998, *ad vocem*; G. BONILINI, *Sull'inadempimento del vitalizio alimentare*, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1998, p. 338; F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998; C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione per inadempimento*, en *Rivista di diritto civile*, 1995, I, p. 299; F. DELFINI, *Inadempimento e "diritto alla risoluzione". Clausola penale e principio nominalistico*, en *Contratti*, 1995, p. 572; P. VITIELLO, *Risoluzione per inadempimento e adempimento tardivo*, en *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, p. 1379; G. GUIZZI, *La configurazione dell'obbligazione restitutoria come debito di valuta nella dialettica risoluzione-risarcimento: per una rilettura della teoria generale della risoluzione per inadempimento*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1994, I, p. 744; D. PALMIERI, *La risoluzione per inadempimento nella giurisprudenza*, Milano, 1994; R. VERDERA SERVER, *Inadempimento e risoluzione del contratto*, Padova, 1994; AA.VV. (al cuidado de G. De Nova), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994; M. COSTANZA, *Sui danni conseguenti dalla risoluzione del preliminare*, en *Giustizia civile*, 1994, I, p. 2965; M. COSTANZA, *Risoluzione del contratto e risarcimento del danno*, en *Contratti*, 1993, p. 285; V. MARICONDA, *Risoluzione per inadempimento e onere della prova*, en *Corriere giuridico*, 1993, p. 568; A. CORTESE, *Contratto di vitalizio alimentare e risoluzione per inadempimento*, en *Contratti*, 1993, p. 333; C. GRANELLI, *Risoluzione per inadempimento e mora debendi*, en *Contratti*, 1993, p. 715; V. MARICONDA, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*, en *Corriere giuridico*, 1993, p. 568; A. DI MAJO, *Risoluzione del contratto ed effetti restitutori: debito di valore o di valuta?*, en *Corriere giuridico*, 1993, p. 326; F. DELFINI, *Risoluzione per inadempimento e principio nominalistico*, en *Contratti*, 1993, p. 154; AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992; A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1991; G. IUDICA, *Risoluzione per inadempimento*, en *Rivista di diritto civile*, 1991, II, p. 745; M.R. SPALLAROSSA, *La risoluzione del contratto per inadempimento (artt. 1453-1460 c.c.)*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, 1, Torino, 1991, p. 835; M. GIORGIANNI, *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento*, en *Contratto e impresa*, 1991, p. 61; B. GRASSO, *Risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. e "sanzione" per l'inadempimento*, en *Rassegna di diritto civile*, 1990, p. 270; U. CARNEVALI-A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, I, art. 1453, en *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, al cuidado de F. Galgano, Bologna, Roma, 1990; A. BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, en *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, *ad vocem*; E. MINICI, *Risoluzione per inadempimento: adempimento dopo la domanda*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1988, I, p. 181; F. MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, Napoli, 1988; R. TRIOLA, *Domanda di risoluzione del contratto e adempimento tardivo*, en *Giurisprudenza italiana*, 1987, I, p. 1420; M.R. MARELLA, *Tutela risarcitoria nella risoluzione del contratto per inadempimento*, en *Giurisprudenza italiana*, 1985, I, 1, p. 369; A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982; O. CAGNASSO, *Eccezioni dilatore e risoluzione*

- per inadempimento nel contratto di somministrazione, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981, p. 419; G. GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1974, p. 725; A. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, en *Novissimo digesto italiano*, XVI, Torino, 1969, ad vocem; L. MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, Napoli, 1950; G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942; G. OSTI, *Applicazioni del concetto di sopravvenienza. Risolubilità dei contratti per inadempimento*, Milano, 1926.
4. M. SEVERI, *Osservazioni critiche in tema di imputabilità dell'inadempimento e risoluzione del contratto*, en *Diritto dell'economia*, 1995, p. 459; F. MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, Napoli, 1988.
 5. D. DE GIORGI, *Adempimento tardivo e risoluzione del contratto*, en *Corriere giuridico*, 2000, p. 1339; S. OLIVA, *Gravità dell'inadempimento e tempo del relativo apprezzamento: alcune discrasie tra teoria e prassi nelle pronunce delle corti romane*, en *Temi romana*, 1997, p. 686; R.C. DEL CONTE, *Inadempimento di scarsa importanza e azione di risarcimento*, en *Archivio civile*, 1996, p. 1353; M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995; G.F. BASINI, *L'importanza dell'inadempimento e la diffida ad adempiere*, en *Contratti*, 1995, p. 549; A. DE MICHEL, *Adempimento dopo la domanda di risoluzione e valutazione della non scarsa gravità dell'inadempimento*, en *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, 1, p. 1209; A. MORA, *Inadempimento del condividente e risoluzione del contratto*, en *Contratti*, 1994, p. 223; G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992; M. CORRIAS, *Considerazioni sulla valutazione dell'importanza dell'inadempimento ai fini della risoluzione*, en *Rivista giuridica sarda*, 1991, p. 661; C.M. BIANCA, *Gravità dell'inadempimento e clausola risolutiva espressa*, en *Notariato*, 1988 p. 36; D. BOVE, *La valutazione dell'importanza dell'inadempimento nel giudizio di risoluzione*, en *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, p. 3054; P. SCHIMPERNA, *Importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto*, en *Giustizia civile*, 1985, II, p. 497.
 7. G.F. BASINI, *L'importanza dell'inadempimento e la diffida ad adempiere*, en *Contratti*, 1995, p. 549; A. SPIRITO, *Diffida ad adempiere e risoluzione del contratto*, en *Corriere giuridico*, 1994, p. 838; G. VILLA, *Diffida ad adempiere, exceptio inadimpleti contractus e importanza dell'inadempimento*, en *Contratti*, 1994, p. 518; C. ROSSELLO, *Diffida ad adempiere e congruità del termine*, en *Corriere giuridico*, 1991, p. 194; P. PAVONE, *Revocabilità della risoluzione del contratto conseguente alla diffida ad adempiere*, en *Fallimento*, 1990, p. 293; M. COSTANZA, *La diffida ad adempiere*, en *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, art. 1454, al cuidado de F. Galgano, Bologna, Roma, 1990, p. 431; R. ALOISIO, *Diffida ad adempiere*, en *Enciclopedia giuridica*, X, Roma, 1988, ad vocem; A.P. MANFREDI, *Risoluzione per inadempimento: diffida ad adempiere; termine essenziale*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1988, I, p. 186; C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla disponibilità degli effetti della diffida ad adempiere da parte dell'intimante*, en *Giurisprudenza italiana*, 1988, I, 1, p. 447; O.T. SCOZZAFAVA, *Risoluzione del contratto e diffida ad adempiere*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1982, II, p. 35; F. DEPRETIS, *Sulla ratifica della diffida ad adempiere intimata da falsus procurator*, en *Il Foro italiano*, 1981, I, p. 1988; A. CRINI, *Diffida ad adempiere, costituzione in mora e*

- autotutela*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1980, II, p. 155; G. GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1974, p. 725; U. NATOLI, *Diffida ad adempiere*, en *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, *ad vocem*; G. GUARINI, *La diffida ad adempiere e la gravità dell'inadempimento*, en *Studi in onore di Vassalli*, II, Milano, 1960, p. 965.
8. S. GIOVE, *Pagamento del canone a mezzo di assegno bancario e clausola risolutiva espressa*, en *Contratti*, 2000, p. 708; M. PALADINI, *Clausola risolutiva espressa e nuova disciplina delle locazioni di immobili adibiti ad uso abitativo (l. n. 431 del 1998)*, en *Archivio delle locazioni e condominio*, 1999, p. 23; M. GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, Milano, 1998; M. DE TILLA, *Locazione e clausola risolutiva espressa*, en *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1998, I, p. 615; P. CHIRICO, *Clausola risolutiva espressa, ritardo nell'adempimento e pagamento del canone di locazione a mezzo assegno bancario*, en *Rivista del notariato*, 1998, p. 507; C. TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, Torino, 1997; O. BARONE – P. CHIRICO, *La clausola risolutiva espressa*, Padova, 1994; A. FERRARI, *Esercizio di clausola risolutiva espressa per inadempimento del mutuatario e diritto dell'istituto mutuante al pagamento degli interessi al tasso pattuito nel contratto di mutuo fondiario*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1993, I, p. 89; G. NARDO, *Clausola risolutiva espressa e contratto d'affitto d'azienda*, en *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1990, II, p. 821; D. CARUSI, *Clausola risolutiva espressa e rinuncia all'effetto risolutivo*, en *Giurisprudenza italiana*, 1989, I, 1, p. 141; M. COSTANZA, *Clausola risolutiva espressa*, en *Enciclopedia giuridica*, VI, Roma, 1988, *ad vocem*; S. TRIFIRÒ, *Clausola risolutiva espressa*, en *Quadrimestre*, 1988, p. 685; M. BRONZINI, *La clausola risolutiva espressa nei contratti*, en *Archivio civile*, 1987, p. 1230; C. GRANELLI, *Sulla soggezione a revocatoria fallimentare della risoluzione di diritto di un contratto ottenuta, in forza di clausola risolutiva espressa, nei confronti dell'imprenditore poi fallito*, en *Fallimento*, 1982, p. 586; A. MUTARELLI, *Per il superamento della colpa nell'ipotesi di clausola risolutiva espressa*, en *Rivista di diritto civile*, 1978, II, p. 252; F.D. BUSNELLI, *Clausola risolutiva*, en *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1968, *ad vocem*; P. DERIU, *Clausola risolutiva espressa e gravità dell'inadempimento*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1964, p. 421; F. DISTASO, *Interpretazione integrativa del negozio giuridico e clausola risolutiva espressa*, en *Giustizia civile*, 1951, I, p. 641; W. BIGIAMI, *Clausola risolutiva espressa, clausole a stampa e specifica approvazione per iscritto*, en *Giurisprudenza italiana*, 1949, I, 2, p. 317; G.B. FUNAIOLI, *Effetti della clausola – risolutiva espressa*, en *Il Foro italiano*, 1948, IV, p. 81; A. GAUDENZI, *Clausola risolutiva espressa e adempimento tardivo*, en *Il Foro italiano*, 1948, IV, p. 7.
9. F. PICARDI, *Rifiuto dell'adempimento tardivo e risoluzione del contratto*, en *Giustizia civile*, 1998, I, p. 828; S. PAGLIANTINI, *Preliminare di contratto obbligatorio e termine essenziale: due questioni ancora aperte*, en *Rivista giuridica sarda*, 1998, p. 96; E. TOSI-G. LECCE, *Brevi osservazioni sugli effetti dell'opposizione nel contratto preliminare di termine essenziale per la conclusione del contratto definitivo*, en *Archivio civile*, 1998, p. 385; V. CARBONE, *Il creditore può rifiutare il tardivo adempimento?*, en *Corriere giuridico*, 1997, p. 768; M. PALLA, *Risoluzione di diritto dell'accordo conciliativo stipulato in sede sindacale*

per mancata osservanza del termine essenziale, en *Rivista italiana del diritto del lavoro*, 1997, II, p. 864; G.F. BASINI, *Termine essenziale e clausola risolutiva espressa per il ritardo nell'adempimento*, en *Contratti*, 1995, p. 145; B. GRASSO, *Termine (diritto civile) II) Termine essenziale*, en *Enciclopedia giuridica*, XXXI, Romà, 1992, *ad vocem*; C. SCOGNAMIGLIO, *Termine essenziale e interesse del creditore*, en *Giurisprudenza italiana*, 1986, I, 1, p. 691; G.M. DANUSSO, *Osservazioni in tema di termine essenziale*, en *Giurisprudenza italiana*, 1983, 2, p. 720; E. SIMONETTO, *Termine essenziale e identità dell'oggetto della prestazione*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981, p. 1042; U. NATOLI, *Termine essenziale*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1947, I, p. 221.

12. A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1991.
15. G. VILLA, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, Milano, 1999; G. IUDICA, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973.

CAPÍTULO XLIV

INCUMPLIMIENTO Y REMEDIOS: OTROS PERFILES

1. Premisa.— 2. La excepción de incumplimiento.— 3. *Sigue*: el incumplimiento justificado.— 4. La alteración de las condiciones patrimoniales de la contraparte.— 5. La exclusión convencional de las excepciones suspensivas ("*solve et repete*").— 6. La cláusula penal.— 7. *Sigue*: la disciplina de la penalidad.— 8. Las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad.— *Bibliografía*.

1. PREMISA

En este capítulo se tratan otros temas ligados a los remedios contra el incumplimiento, distintos de la resolución del contrato.

Primero las excepciones suspensivas: es decir las defensas con las que una parte, a la que la otra le pida el cumplimiento y/o le impute el incumplimiento, puede en el inmediato bloquear las pretensiones dirigidas en su contra, oponiendo hechos que justifican, al menos temporalmente, su rechazo de cumplir (44.2-5).

Excepciones
suspensivas

Luego la cláusula penal (44.6-7); finalmente las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad (44.8). Los dos temas pertenecen a la materia de la responsabilidad y del resarcimiento, que tradicionalmente reciben tratamiento separado respecto al contrato. Pero al mismo tiempo tienen una fuerte valencia contractual: si no fuera por más que porque son, precisamente, "cláusulas" de un contrato.

2. LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

La excepción de incumplimiento es la principal excepción suspensiva: con esta parte, a la cual la otra le cuestione el no haber cumplido su prestación, replica que no ha cumplido por una buena razón justificativa, es decir, porque la otra parte, a su vez, no ha cumplido la prestación por ella debida.

Art. 1460

La prevé el art. 1460: "cualquiera de los contratantes puede negarse a cumplir su obligación, si el otro no cumple o no ofrece cumplir contemporáneamente la propia, salvo que" existan "plazos distintos para el cumplimiento" del uno o del otro (primer párrafo). A, invocando el incumplimiento de B, pide en su contra el cumplimiento o la resolución: B se defiende afirmando que A debía cumplir antes que él, y no ha cumplido; o bien A debía cumplir contemporáneamente con él y no lo ha hecho ni ha ofrecido hacerlo. Obviamente B no tendría esta defensa, si la obligación de A venciera después de la suya.

Relaciones con la resolución

La excepción de incumplimiento es un *remedio sinalagmático*, como la resolución: ambas impiden la actuación desequilibrada del contrato, en el cual una parte cumple y la otra no. Pero son claras las diferencias: la resolución disuelve el contrato y destruye las correspondientes obligaciones, mientras la excepción se limita a *suspender temporalmente la obligación del excepcionante*; más bien, la excepción es precisamente el factor que *impide la disolución del contrato*, en cuanto paraliza la demanda de resolución planteada en contra del excepcionante. En efecto, presupuesto de la resolución por incumplimiento es que este sea injustificado (43.4): pero no es injustificado el incumplimiento que esté, justamente, justificado por el incumplimiento de la contraparte.

Principio de buena fe

Para comprender el alcance de la excepción es necesario aclarar, por un lado, los *caracteres del incumplimiento justificante*: ¿en qué cosa debe consistir el incumplimiento de la contraparte, para que frente a este la parte pueda levantar la excepción? Y, por el otro, los *caracteres del incumplimiento justificado*: ¿en qué puede consistir el incumplimiento, al que la parte está legitimada en base a la excepción? Estas valoraciones deben cumplirse a la luz del principio de buena fe, que domina la materia y está puntualmente invocado por la norma: la parte que sufre el incumplimiento de la contraparte no puede valerse de la excepción para negar su cumplimiento "si, teniendo en cuenta las circunstancias, la negativa es contraria a la buena fe" (art. 1460²).

Incumplimiento justificante

Imputabilidad

Hay que preguntarnos si, para ser justificante, el incumplimiento de la contraparte debe serle imputable. El debate es análogo a aquel sobre la imputabilidad como presupuesto de la resolución (43.4). Sin embargo, con una diferencia, que tiene alcance más general y puede tener relevancia también para otras cuestiones: en vista de un remedio ligero como es la excepción, que se limita a suspender la obligación, sería razonable pretender *requisitos menos apremiantes* de aquellos establecidos para un remedio más pesadamente destructivo, como es la resolución.

A la luz de ello, se refuerza la tesis de que la excepción pueda oponerse también contra *incumplimientos no idóneos para generar responsabilidad del incumplidor*: si el locador entrega la habitación al conductor solo tres meses después del plazo previsto para el inicio de la locación, porque un terremoto la ha dañado haciendo necesaria su reparación, no se ve por qué el conductor debería pagar las rentas correspondientes a los tres meses en los que ha sufrido el incumplimiento del locador (aunque no imputable a este último).

Al incumplimiento verdadero y propio puede equiparse la *declaración de no querer cumplir*, hecha antes del vencimiento; o la conducta del deudor que se pone *en condición de no poder cumplir* al vencimiento: siempre que la equiparación sea conforme a la buena fe (es decir, que la declaración o la conducta hagan prácticamente cierto el futuro incumplimiento).

Situaciones equiparables al incumplimiento

¿*Quid*, si el incumplimiento de la contraparte ha sido tolerado por la parte que después lo invoca para justificar el propio incumplimiento? No parece que se deba compartir la tesis por la cual la tolerancia impide la posibilidad de invocar indudablemente el incumplimiento ajeno tolerado, para justificar el propio: no, al menos, en los casos en los cuales la parte tolere el incumplimiento de la contraparte bajo el presupuesto (que se percibe) de que ella tolere el suyo. Puede jugar aquí el distinto alcance de los remedios sinalagmáticos: la tolerancia impide la resolución, pero deja abierta la vía a la suspensión del cumplimiento *ex art. 1460*.

Tolerancia

¿*Quid*, si el incumplimiento justificante es radical e irreversible, de manera que no podrá ser remediado por un futuro cumplimiento (violación de obligación negativa, voluntaria destrucción de la cosa prometida)? Se dice que en tal caso la víctima no debería oponer la excepción, sino *accionar para la resolución*. Puede replicarse que lo hará ciertamente, si más allá del interés (negativo) de no ejecutar la propia prestación tiene alguna positiva pretensión contra el incumplidor (resarcimiento de daños, repetición de prestaciones ya ejecutadas). ¿Pero si no tiene nada que repetir y no quiere resarcimientos, por qué cargarla de una iniciativa judicial simplemente para buscar declarar en sentencia que nada debe a la contraparte? No existe motivo para negarle el uso de la excepción en vía extrajudicial.

Incumplimientos radicales e irreversibles

De particular relieve es la cuestión si el incumplimiento justificante deba tener el nivel mínimo de gravedad (la no escasa importancia) que se requiere como presupuesto para la resolución. El tema puede útilmente afrontarse solo *poniendo en correlación el incumplimiento justificante con el incumplimiento justificable*, que se opone al primero. Si A incurre frente a B en un incumplimiento de escasa importancia, parece justificado que B responda con un incumplimiento también de escasa importancia (del cual no podrá ser llamado a responder). En cambio, no parece justificado que responda con un incumplimiento tan grave que de lugar a la resolución. Vale en suma un *principio de proporcionalidad*.

Grado de importancia

Proporcionalidad

3. SIGUE: EL INCUMPLIMIENTO JUSTIFICADO

En general el principio de proporcionalidad debe iluminar la valoración del incumplimiento justificado. Si A incurre frente a B en un incumplimiento de una cierta gravedad (incluso superior al límite del art. 1455), y B

Proporcionalidad con el incumplimiento justificado

responde con un incumplimiento enormemente más grave, el incumplimiento de B podría considerarse no justificado comparado con el de A, con la consiguiente impracticabilidad de la excepción planteada por B *ex art.* 1460.

Buena fe

Cuentan varios datos: ¿en qué medida el incumplimiento-respuesta es más grave (en particular, por las consecuencias inflingidas a la contraparte) de aquel experimentado precedentemente? ¿Tal mayor gravedad era inevitable, o la parte habría podido calibrar mejor el propio incumplimiento-respuesta? Y otros más. En suma se consideran todas las “circunstancias” que deben tenerse en cuenta para valorar si el incumplimiento-respuesta es “contrario a la buena fe” (art. 1460²). Y es la buena fe el principio fundamental al que se reconduce la *valoración comparativa de los dos incumplimientos*, dirigida a determinar la necesaria proporcionalidad del uno respecto al otro; y, más en general, cualquier otro criterio útil para decidir si el autor del incumplimiento-respuesta usa legítimamente la excepción, o por el contrario abusa.

Rechazo de restituir la cosa tenida

La proporcionalidad no está excluida por el solo hecho de que el incumplimiento-respuesta se refiera a una obligación no vinculada por un específico *vínculo de reciprocidad e interdependencia* con la originariamente incumplida, aunque ambas nazcan del mismo contrato: la proporcionalidad puede existir o no, de manera que el incumplimiento-respuesta es justificado o injustificado, según las “circunstancias” que sustentan la valoración según buena fe. Típico lugar del surgimiento del problema es la negativa de restituir la cosa tenida en base al contrato (por ejemplo, porque se debe reparar o custodiar), cuando el titular de ésta no pague el servicio al cual la tenencia es funcional. Es decir: ¿hasta qué punto el art. 1460 justifica un *derecho de retención*, fuera de los casos previstos por el contrato o por la ley?

Incumplimiento justificado

En general, la excepción de incumplimiento justifica *la suspensión del propio cumplimiento: pero no el mal cumplimiento, ni tanto menos el incumplimiento radical y definitivo*. Si A no paga el adelanto previsto por el servicio prometido por B, B puede no prestar el servicio (hasta que no reciba el adelanto): pero no es justificado si lo hace de manera defectuosa y fuente de daños; ni si se pone en condición de no poder prestar el servicio, por ejemplo desmantelando o destinando a usos incompatibles la organización necesaria (si quiere reconquistar esta libertad de maniobra, tiene la carga de pedir la resolución del contrato).

Pero quizá no puede excluirse de manera absoluta que también un incumplimiento irreversible (como la violación de obligaciones negativas) esté, en algún caso particular, justificado por el incumplimiento de la contraparte: si X viola una cierta obligación recíproca de reserva prevista en el contrato, quizá también B está legitimado a violarla. En definitiva domina también aquí el *criterio de proporcionalidad*, que a su vez especifica y hace operativo el principio de buena fe.

Venir a menos del incumplimiento justificante

Cuando el primer incumplimiento es subsanado con el cumplimiento posterior aunque tardío (bajo el presupuesto, obviamente, de que este no haya sido impedido por la previa demanda de resolución), *la excepción viene a menos*, y la parte que se había valido de ella debe cumplir: en los

tiempos razonablemente compatibles con la necesidad de reorganizar la prestación suspendida.

Todas las reglas descritas arriba surgen de la *ratio* de la excepción de incumplimiento: esta es un instrumento dado a la parte para *estimular a la contraparte a cumplir*; no puede ser caprichosamente invocada con la finalidad, que sería abusiva y contraria a la buena fe, de *disfrazar su incumplimiento, en realidad no justificado*.

Ratio

La excepción del art. 1460 es de parte: el juez requerido con la demanda de cumplimiento o de resolución no puede desestimarla apreciando de oficio que el actor a su vez es incumplidor.

No apreciable de oficio

Aplicaciones particulares se establecen en tema de venta (art. 1482¹) y de seguro (art. 1901¹⁻²: para este último el remedio se activa *ex lege*).

4. LA ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES PATRIMONIALES DE LA CONTRAPARTE

Cualquiera de los contratantes puede “suspender la ejecución de la prestación por él debida, si las condiciones patrimoniales del otro han devenido tales como para poner en peligro evidente la realización de la contraprestación” (art. 1461). Es otro remedio sinalagmático, operante en vía de autotutela: caracteres que lo acercan a la excepción de incumplimiento.

Suspensión de la prestación

Se distingue por la función cautelar: reacciona no contra una lesión del sinalagma ya consumada, sino *contra el peligro de una lesión futura*. En efecto, puede ser utilizado por la parte cuyo crédito contractual no es aún exigible: contrariamente al esquema del art. 1460, el plazo para el cumplimiento esperado por quien invoca el remedio vence después que ha vencido el plazo para el cumplimiento por él debido.

Función cautelar

Para que se active el remedio, la alteración de las condiciones patrimoniales de la contraparte debe ser bastante seria e irreversible como para crear no un genérico riesgo, sino un “peligro evidente” de perder la contraprestación. Ello no significa que deba tener los caracteres de la insolvencia en sentido técnico.

Evidente peligro de perder la contraprestación

La norma parece presuponer (en particular con la referencia final a la garantía, de la cual se hablará dentro de poco) que la contraprestación puesta en peligro sea *pecuniaria*, y así comúnmente es entendida. Pero en línea de principio no se debería excluir su referencia incluso a contraprestaciones *de hacer o dar cosas distintas del dinero*; y las “condiciones patrimoniales” serían entonces entendidas no en el acostumbrado sentido restrictivo de condiciones financieras, sino en el más amplio sentido apto a

Contraprestación en riesgo

Condiciones patrimoniales

comprender todas las condiciones (funcionales, organizativas, etc.) del deudor capaz de incidir sobre la prestación debida: piénsese en la crisis organizativa del contratista, que pone en "peligro evidente" la realización de la obra contratada.

Sin embargo, aquí se cae en un *área contigua a aquella en la que opera la excepción de incumplimiento*, especialmente si al incumplimiento se equipara la situación del deudor que también antes del plazo se pone en condición de no poder cumplir.

La alteración de las condiciones patrimoniales *tiene relevancia en su objetividad*, sea o no imputable a la parte.

Momento de la alteración

En rigor, es necesario que la alteración haya *sobrevenido* después de la celebración del contrato: si la situación que amenaza la contraprestación fuera *anterior al contrato*, la parte que la ignoraba, y toma conocimiento después del contrato, tendría el remedio de la anulabilidad por error. Pero la jurisprudencia no va por lo fino, y declara al art. 1461 aplicable también en este caso: evidentemente para dar a la parte tutelada un remedio de más pronta y fácil actuación.

Modos para neutralizar la excepción:

ejecución anticipada...

... o Idónea garantía.

La parte que debe la contraprestación aún no vencida pero en "peligro evidente" tiene dos modos para impedir que la otra se valga del remedio, y por lo tanto para exigir la prestación a su favor: obviamente (aunque la norma no lo dice) ejecutar anticipadamente la contraprestación en peligro; o bien prestar "garantía suficiente" (art. 1461). Para que esta posibilidad sea concretamente utilizable, la otra parte, intencionada a suspender su prestación *ex art. 1461*, debe dar razonable preaviso para permitir predisponer la eventual garantía. Lo impone la buena fe, también aquí dominante.

Disciplina de tipos

Los intérpretes registran afinidades y diferencias con los remedios cautelares previstos por normas del derecho general de las obligaciones (art. 1186) y por normas relativas a singulares tipos contractuales: venta (art. 1481); promesa de mutuo (art. 1822); apertura de crédito (art. 1844²); anticipación bancaria (art. 1850); mandato de crédito (art. 1959).

5. LA EXCLUSIÓN CONVENCIONAL DE LAS EXCEPCIONES SUSPENSIVAS ("SOLVE ET REPETE")

En general, quien tiene una pretensión se arriesga siempre a verse oponer una excepción. Esta puede ser fundada o infundada o, al límite, descaradamente caprichosa. En todo caso, planteada la excepción, corresponde al juez determinar si es fundada: esto requiere tiempo, y en tanto la pretensión queda paralizada.

Cláusula «solve et repete»

Existe un modo para evitar al titular de la pretensión este riesgo: la cláusula "con la cual se establece que una de las partes no puede oponer excepciones con el fin de retardar o evitar la prestación debida" (art. 1462). La cláusula es comúnmente llamada "*solve et repete*" ("primero paga,

luego pide el regreso”), y la fórmula indica la función: quien tiene un argumento idóneo para neutralizar la pretensión contractual de la contraparte, no pierde la posibilidad de hacerlo valer; simplemente no puede —como demandado— hacerlo valer como excepción para bloquear la pretensión; debe en tanto soportarla (pagar), y solo después —en calidad de actor— puede invocarla para repetir lo pagado.

El art. 1462 reconoce la admisibilidad de la cláusula, pero con dos límites.

El primero es que la cláusula “no tiene efecto para las excepciones de nulidad, de anulabilidad y de rescisión”: cuando el argumento contra la pretensión es la invalidez del contrato que la genera, la ley lo considera demasiado fuerte para permitir que su examen sea postergado para después del cumplimiento (que podría ser incluso sin título).

Además la cláusula no puede suspender excepciones que deriven directamente del reglamento contractual: si entre las partes se ha acordado un beneficio de excusión o un *pactum de non petendo*, sería absurdo que el beneficiario no pudiera invocarlos frente a la pretensión de la contraparte. El *campo que queda* no es muy amplio: se reduce sustancialmente al de las *excepciones dilatorias* (arts. 1460-1461), pero con el ulterior límite que ahora se indica.

El segundo límite es que “En los casos en los que la cláusula es eficaz, el juez, si (...) concurren *graves motivos*, puede (...) suspender la condena, imponiendo, si se da el caso, una caución”. La regla evoca el principio de la buena fe, permitiendo al juez no aplicar la cláusula (y así dar vía libre a la excepción que paraliza la pretensión) cuando se derivarían resultados irrazonables e incorrectos, por ejemplo, por ser *evidentemente fundada la excepción*.

Es el mismo principio que —bajo el aspecto de *exceptio doli*— permite no aplicar la cláusula “a primer requerimiento” del contrato autónomo de garantía (también ella, en definitiva, mecanismo para suspender el planteamiento de excepciones: 17.11). En esta lógica, la jurisprudencia no aplica la cláusula cuando con la excepción de incumplimiento se cuestiona al actor el no haber cumplido (y no simplemente el haber cumplido de manera parcial o defectuosa).

Con estos límites, la cláusula no viola el derecho constitucional de defensa en juicio *ex art. 24 C.* (Corte Const. 256/1974).

A los límites indicados, válidos en general, se agregan otros en relación a determinadas clases de contratos. Si está contenida en *contratos estándar*, la cláusula requiere específica aprobación escrita del adherente (art. 1341²). Si es pactada *a cargo del consumidor* en el contrato con el profesional, es vejatoria (art. 1469-*bis*³, incs. 16 y 18).

Límites

Excepciones de Invalidez...

... o que se derivan del reglamento contractual

Poder Judicial de suspender la condena

6. LA CLÁUSULA PENAL

Art. 1782

La cláusula penal es "La cláusula, con la que se conviene que, en caso de incumplimiento ó de retardo en el cumplimiento, uno de los contratantes está obligado a efectuar una determinada prestación" (art. 1382¹).

Efectos de la penalidad

Como indica la sumilla, la norma se preocupa sobre todo de definir los "efectos" que son esencialmente dos. El primero es "limitar el resarcimiento a la prestación prometida, si no ha sido demandada la resarcibilidad del daño ulterior" (art. 1382¹). El segundo es obligar al incumplidor a pagarla "independientemente de la prueba del daño" (art. 1382²).

La "prestación" contemplada por la penalidad es por lo común el pago de una suma de dinero, pero puede también ser otra: por ejemplo una prestación de hacer, la liberación de una deuda, la atribución de un bien. Esta última hipótesis podría crear problemas, en relación a la prohibición del pacto comisorio *ex art. 2744 (17.17)*.

La penalidad puede corresponder a intereses distintos, y de este modo desarrollar distintas funciones.

Interés del acreedor...

Corresponde al interés del acreedor, víctima del incumplimiento, al cual atribuye una doble ventaja: procesal, porque *lo alivia de la carga de probar el daño sufrido*, que normalmente grava sobre el actor; y sustancial, porque le atribuye el derecho a la prestación prevista aunque el *daño efectivo resulta inferior* al valor de esta, e incluso si resulta que el incumplimiento no ha causado *ningún daño*.

Esto último podría contrastarse, valorando la fórmula legislativa, que parece colocar la facilitación del acreedor *en el terreno exclusivamente probatorio*; y así postulando que quede abierta al deudor la posibilidad de rechazar la penalidad, cargándose de la prueba de la ausencia de daño al acreedor. La tesis no sería *prima facie* absurda y no merecedora de consideración: pero se hace preferir la tesis opuesta que da al art. 1382² un valor sustancial y no solo probatorio.

El riesgo de pagar la penalidad en caso de incumplimiento es un riesgo muy fuerte para el deudor, que para evitarlo puede ser estimulado a cumplir: también esta función de la penalidad (*incentivo al cumplimiento*, prevención del incumplimiento) está en el interés del acreedor. Tanto más cuando la prestación esperada deja dudas sobre la propia patrimonialidad, y por lo tanto sobre la calificación del compromiso como vínculo contractual: la previsión de una penalidad puede patrimonializar, y así contractualizar, acuerdos sobre materias de por sí no patrimoniales (1.4).

... y del deudor

Pero la penalidad puede jugar también en el interés del deudor, porque *limita su exposición resarcitoria*: como regla él debe solo la penalidad, aunque el daño causado por su incumplimiento supere el monto de aquella. Esta función de "tarifario" del resarcimiento debido acerca la cláusula penal a las cláusulas de limitación de la responsabilidad, que tienen una específica disciplina (44.8): esta deberá aplicarse a las cláusulas que, también

presentándose nominalmente como “penales” a cargo del deudor, en concreto, tengan la función predominante de limitar la responsabilidad.

El efecto de limitar la entidad del resarcimiento está excluido, cuando las partes pactan, junto con la penalidad, la resarcibilidad del daño ulterior: el acreedor puede entonces requerir la penalidad (también sin prueba del daño) y además el daño ulterior (que sin embargo tiene la carga de probar).

Pacto de resarcibilidad del daño ulterior

El reconocimiento de los intereses concretamente servidos por la cláusula penal absorbe (y hace poco relevante) la búsqueda de la “naturaleza” de esta, a la que se dedica el debate teórico: polarizado entre las tesis que le atribuyen naturaleza *resarcitoria* y la que le reconoce naturaleza *sancionadora* (insertándola entre las denominadas “penas privadas”).

Naturaleza de la penalidad

Se debate también sobre “accesoriedad” o “autonomía”: ¿la penalidad es solo una *cláusula* insertada en un contrato del cual regula un particular perfil, y fuera del cual no sería ni siquiera concebible? O bien ¿es un *negocio autónomo*, que se rige por su propia causa? Ambas tesis tienen sostenedores. El debate es de interés más teórico que práctico, salvo quizá por dos perfiles. Uno es la vinculación con el problema del campo de acción de la penalidad, es decir, si esta puede fijar convencionalmente lo que es debido no solo en caso de incumplimiento contractual, sino también de *ilícito extracontractual*: a la solución extensiva es coherente la tesis de la autonomía, mientras la tesis de la accesoriedad habla por la solución restrictiva. Otro sentido práctico de la autonomía de la penalidad es este: *sobrevive*, como regulación convencional de las consecuencias del incumplimiento, aunque este conduzca a la *resolución del contrato*.

Accesoriedad o autonomía

7. SIGUE: LA DISCIPLINA DE LA PENALIDAD

La penalidad se activa cuando se produce el incumplimiento. Con esta doble precisión: el incumplimiento debe ser imputable al deudor; mientras no es necesario que tenga un nivel de gravedad superior al límite de la “escasa importancia”.

El incumplimiento puede ser incumplimiento definitivo, o simple retardo; y la penalidad puede estar prevista para el uno o para el otro. Las dos situaciones son distintas.

Producido el incumplimiento definitivo (por ejemplo, prestación cuantitativa o cualitativamente defectuosa) por el cual se había pactado la penalidad, el acreedor tiene una alternativa: puede requerir el *exacto cumplimiento*; o bien puede requerir *la penalidad*. No puede pedir conjuntamente una y otra, como para obtener tanto la ejecución de la prestación como la penalidad prevista por la inejecución: la denominada prohibición de acumulación (art. 1383). La prohibición de acumulación se inspira en el principio que cuestiona los enriquecimientos injustificados.

Incumplimiento definitivo: alternativas del acreedor...

... y prohibición de acumulación

La alternativa dada al acreedor puede desarrollarse según la lógica del art. 1453²: si el acreedor pide la penalidad, *no puede cambiar de idea y pedir el cumplimiento*; en cambio si

pide el cumplimiento, en línea de máxima *puede cambiar de idea y pedir la penalidad*. El pedido de la penalidad puede estar acompañado o no, por la demanda de resolución. Otro problema es si, pedida por el acreedor la penalidad, el deudor pueda evitar pagarla remediando su incumplimiento con un posterior (aunque tardío) cumplimiento exacto: cuestión a resolver caso por caso, a la luz del principio de buena fe.

Retardo:
posibilidad de
acumulación

Si la penalidad está prevista para el retardo, y el retardo se produce, no vale la prohibición de acumulación (art. 1383): el acreedor puede pedir *la prestación* hasta ese momento incumplida, y junto *la penalidad por el retardo* con el que la prestación le es dada.

Retardo
prolongado

Prolongándose, el simple retardo puede transformarse en *incumplimiento definitivo*: por ejemplo, vencido el plazo desde hace mucho tiempo, el acreedor no tiene más interés en la prestación, de manera que pide la resolución del contrato. En tal caso él puede pedir *tanto la penalidad por el retardo, como el resarcimiento del daño* que pruebe haber sufrido, no por el retardo, sino por la no realización de la prestación. Sin embargo, es necesario evitar premios a conductas oportunistas y, en todo caso, enriquecimientos injustificados: si en la contrata se pacta la penalidad de 1000 euros por cada día de retardo en la entrega de la obra, no es admisible que el comitente lucre con el paso del tiempo, para acumular una penalidad astronómica, también cuando está claro que la obra no le será nunca entregada.

Reducción a
equidad:

La penalidad puede ser reducida equitativamente por el juez (art. 1384). La reducción judicial según equidad puede producirse bajo dos distintos presupuestos.

presupuestos...

El primero se refiere solo a la penalidad por incumplimiento: si la *obligación principal resulta no completamente inejecutada, sino "ejecutada en parte"*. Ciertamente la medida de la reducción tendrá en cuenta la medida de la ejecución.

El segundo supuesto puede referirse tanto a la penalidad por el incumplimiento como por el retardo: que la penalidad sea de "*monto (...) manifiestamente excesivo*". Ya se lo ha señalado como notable caso de integración (judicial) obligatoria (21.5).

... y criterio

En ambos casos el juez debe decidir sobre el si y sobre el cuanto de la reducción "*teniendo (...) en cuenta el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento*".

Se discute si el criterio evoque el interés del acreedor valorado *ex ante*, al momento del contrato; o bien *ex post*, al momento de la decisión, de modo de tener en cuenta vicisitudes posteriores. El problema está mal planteado. Lo que discrimina no es el *momento al cual referir el interés* del acreedor, sino el *contenido del interés*, susceptible de asumir relieve: ciertos intereses del acreedor (por ejemplo, correspondientes a motivos del todo individuales, cultivados en el fondo de su fuero interno) serán irrelevantes aunque ya presentes al momento del contrato; de otros, con alcance más objetivo, podrá tenerse en cuenta aunque enucleados en virtud de eventos posteriores.

Un capítulo intrigante de la penalidad se refiere a sus relaciones con la autonomía privada. El tema comprende dos aspectos (entre sí ligados).

Penalidad y autonomía privada:

El primero se refiere a la derogabilidad o inderogabilidad de las reglas legales sobre la materia. Por ejemplo: ¿pueden pactar las partes, en derogación a la prohibición de acumulación, que el acreedor tendrá derecho tanto a la prestación incumplida como a la penalidad por el incumplimiento? ¿Pueden excluir convencionalmente la reducción equitativa *ex art. 1384*? La respuesta negativa, autorizadamente dada a ambas preguntas, no satisface.

derogabilidad...

El segundo aspecto se refiere a los poderes oficiosos del juez: ¿puede el juez *reducir de oficio la penalidad*, aún sin demanda de la parte que la debe? ¿Puede *aplicar la penalidad de oficio*, conmensurando y limitando a ella el resarcimiento pedido por el actor, sin que este la haya invocado (para exonerarse de la prueba del daño), y sin que por su lado la haya invocado el demandado (para limitar el resarcimiento debido)? Recientes sentencias de Casación responden sí a la primera pregunta y no a la segunda. No faltan razones para preferir respuestas exactamente invertidas.

... y poderes oficiosos del juez

A la disciplina general de la penalidad se colocan disciplinas especiales. Si está contenida en *contratos de consumidores*, la cláusula penal de importe manifiestamente excesivo se presume vejatoria, *ex art. 1469-bis³*, inc. 6: por consiguiente no es reducible, sino del todo ineficaz (41.10). Previsiones específicas se refieren luego a las particulares penalidades (respectivamente por el retardo y por el incumplimiento) que son los *pactos de intereses moratorios* (art. 1224²), y la cláusula de la venta en cuotas, en el caso de resolución por incumplimiento del comprador, autoriza el vendedor a *retener las cuotas ya cobradas* (art. 1526²).

Disciplinas especiales

8. LAS CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN O LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

El art. 1229 regula las cláusulas por las que, cuando una parte incurra frente a la otra en incumplimientos idóneos para activar responsabilidad y obligaciones resarcitorias, quien incumple no deberá a la víctima *ningún resarcimiento* (cláusulas de exoneración) o bien le deberá un *resarcimiento con un límite preestablecido*, aunque el daño resarcible en base a los criterios legales sea superior (cláusulas de limitación).

Art. 1229

La ley no prohíbe estas cláusulas, que en línea de principio son un modo como cualquier otro para regular contractualmente los intereses de las partes, en la lógica de la autonomía privada. Sin embargo, las mira con cierta sospecha, como mecanismo capaz de poner en riesgo valores e intereses particularmente merecedores de tutela; y por lo tanto las somete a límites.

La disciplina de las cláusulas se dispone sobre dos niveles: existe una disciplina general; y existen disciplinas dedicadas a ámbitos o perfiles específicos.

La disciplina general está contenida en el art. 1229, y comprende dos reglas.

Disciplina general:

el límite de la culpa leve...

La primera regla establece la *nulidad* de “todo pacto que excluye o limita preventivamente la responsabilidad del deudor *por dolo o por culpa grave*” (art. 1229¹). Son válidas solo las cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad por culpa leve.

La *ratio* es, en definitiva, garantizar la *seriedad de la obligación* y con ella el *valor del crédito*.

Si se permitiera descargarse de la responsabilidad consecuente a los propios incumplimientos dolosos, esto sería un formidable incentivo, para los deudores, para elegir deliberadamente cumplir mal o incluso no cumplir: algo no muy distinto de una condición resolutoria meramente potestativa; algo que destruiría el vínculo contractual. Si se permitiera escapar de las consecuencias de la responsabilidad que deriva de las propias conductas gravemente culposas, tendrían inmunidad (y por lo tanto incentivo) negligencias, imprudencias, impericias macroscópicas e imperdonables. La función de disuasión y prevención, propia de la responsabilidad, sería disuelta. En cambio, con el art. 1229¹ *está garantizado al menos un cierto nivel de compromiso diligente del deudor*: en el interés del acreedor, y en el interés general de prevenir los incumplimientos y los conexos desequilibrios económicos.

Aunque no explicitado por la letra de la norma, el mismo límite de la culpa leve debe ser referido al hecho de los propios auxiliares, del cual derive la responsabilidad que el deudor declina.

... y el límite del orden público

La segunda regla llama *nulas* todas las cláusulas de exoneración o de limitación de responsabilidad por hechos del deudor o de sus auxiliares que, prescindiendo del grado de la culpa, constituyan “*violación de obligaciones que deriven de normas de orden público*” (art. 1229²). Se debe pensar, esencialmente, en las prescripciones de seguridad impuestas para el ejercicio de determinadas actividades en vista de la salvaguardia de valores o intereses de rango (seguridad física y salud de las personas, protección de los datos personales, etc.).

Aquí la *ratio* de la inderogabilidad es autoevidente, al punto de hacer quizás superflua la expresa formulación de la prohibición: incluso sin el art. 1229², los pactos que la norma prohíbe serían ilícitos *ex art. 1343*.

Consecuencias de la nulidad

Una cláusula nula *ex art. 1229²* está *radicalmente privada de efectos*. En cambio una cláusula nula *ex art. 1229¹*, como por ejemplo la que excluya todo género de responsabilidad, puede *salvarse parcialmente, reduciendo su propio alcance*: no exonera al deudor de responder por dolo o culpa grave; sino que lo exonera, si su incumplimiento depende de culpa leve.

Disciplinas especiales:

transporte de personas, ...

Las disciplinas específicas *agravan la disciplina general*, en este sentido: las reglas restrictivas *afectan también a las cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad por culpa leve, o sin culpa*. Ello sucede en razón del tipo de prestación, y de los valores puestos en riesgo: en el transporte de personas (también gratuito) “Son nulas las cláusulas que limitan la responsabilidad

del transportista por los siniestros que afecten al viajero” (art. 1681³). O bien por las modalidades de la contratación: si están contenidas en contratos estándar unilateralmente predispuestos, las cláusulas requieren específica aprobación escrita, en cuanto onerosas (art. 1341²). O bien por la condición de las partes: son presuntamente vejatorias, y por lo tanto ineficaces, las cláusulas de exoneración o limitación contenidas en los contratos entre profesionales y consumidores (art. 1469-*bis*³, incs. 1 y 2); es más, lo son incluso si negociadas entre las partes (art. 1469-*quinquies*²).

... contratos estándar, ...

... contratos de consumidores

Se tenga en cuenta: las cláusulas están sujetas a las restricciones apenas vistas, en cuanto excluyan o limiten *preventivamente* la responsabilidad, es decir en cuanto pactadas antes del surgimiento de sus presupuestos. Si fueran sucesivas, recibirían la distinta disciplina de las renunciaciones o de las transacciones.

Las cláusulas limitan y pueden interferir con otras figuras, sometidas a reglas menos severas: con la *cláusula de separación inmotivada* (24.5), cuyo ejercicio puede acercarse prácticamente a una voluntaria negación a cumplir; con la *cláusula penal*, también esta susceptible de limitar el resarcimiento debido por el incumplidor (44.6); con las *cláusulas que definen objeto y modalidad de la prestación*, especialmente si de manera negativa, diciendo por ejemplo que no comprenda el objeto, y cuáles modalidades *no* debe ser observadas (41.3), porque su resultado indirecto es excluir la responsabilidad del deudor que preste en los términos (restrictivamente) acordados. El intérprete debe entender cuándo estas diversas figuras enmascaran, en realidad, una cláusula del art. 1229, y someterlas entonces al correspondiente régimen.

Figuras limítrofes

El art. 1229 implica la preexistencia de una relación contractual u obligatoria entre las partes, y por lo tanto la naturaleza contractual de la responsabilidad articulada. Se discute si son admisibles pactos que excluyen o limitan una responsabilidad extracontractual, susceptibles de surgir en el futuro entre los estipulantes: pactos imaginables sobre todo en el ámbito de las relaciones entre las partes, potencialmente generadores de *responsabilidades extracontractuales concurrentes con responsabilidades contractuales*. Ninguna razón de principio lleva a excluirlo, pero se debe limitar la validez a la luz de los criterios normativos ya descritos. Y entonces: validez, pero en los límites de la culpa leve, de las cláusulas sobre la responsabilidad por *lesión de valores patrimoniales* (responsabilidad del transportista de cosas, o del contratista *ex art. 1669*); absoluta invalidez de las cláusulas sobre la responsabilidad por *daños a la persona* (como las producidas por un transporte de personas o por un tratamiento médico), salvo quizá la posibilidad de salvar —en los límites de la culpa leve— las referidas a contextos específicos, como el transporte de cortesía y la práctica deportiva.

Responsabilidad extracontractual

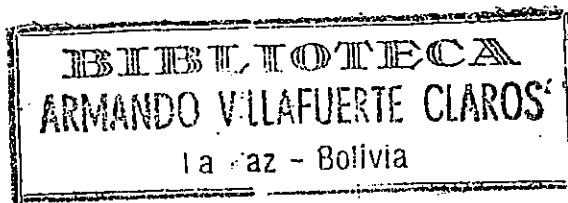
BIBLIOGRAFÍA

- 1-8. M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, en *Contratti Cendon*, XIII, Torino, 2000, p. 301; A. RAPPAZZO, *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova, 1999; M. TAMPO-
NI, *Risoluzione per inadempimento*, en *Trattato contratti Rescigno*, II, Torino, p. 1477; A.
SATURNO, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento*,
Napoli, 1995; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II,
Milano, 1974.
- 2-4. R. ROLFI, *L'art. 1461 c.c. e contratto preliminare*, en *Corriere giuridico*, 1999, p. 1259; R.
GRANARA, *Sull'exceptio inadimpleti contractus*, en *Rivista giuridica sarda*, 1998, p. 115;
M. ZAMPETTI, *Eccezione di inadempimento e onore della prova*, en *Il Foro italiano*, 1995,
I, p. 2615; B. GRASSO, *Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del con-
tratto*, Napoli, 1993; L. FASCIONE, *Profili storici dell'eccezione d'inadempimento*, en *Ri-
vista italiana del diritto del lavoro*, 1993, II, p. 704; C.M. BIANCA, *Eccezione
d'inadempimento e buona fede*, en *Sillogie in onore di G. Oppo*, I, Padova, 1992, p. 515; L.
BIGLIAZZI GERI, *Eccezione di inadempimento*, en *Digesto delle discipline privatistiche.
Sezione civile*, VII, Torino, 1991, *ad vocem*; D. MANTUCCI, *L'inadempimento reciproco*,
Napoli, 1990; L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, arts. 1460-
1462, en *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, al cuidado de F. Galgano, Bolog-
na-Roma, 1988; A. PORRARI, *Eccezione di inadempimento*, en *Rivista di diritto civile*,
1985, II, p. 635; B. GRASSO, *L'eccezione d'inadempimento nel contratto di somministra-
zione a prestazioni continuative*, en *Rassegna di diritto civile*, 1984, p. 931; M. COSTAN-
ZA, *Buona fede ed eccezione di inadempimento e risoluzione del contratto (Profili genera-
li)*, Napoli, 1973; M. ZANA, *La regola di buona fede nell'eccezione di inadempimento*, en
Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1972, p. 1387; F. REALMONTE, *Eccezione
d'inadempimento*, en *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965, *ad vocem*; A. DALMAR-
TELLO, *Eccezione di inadempimento*, en *Novissimo digesto italiano*, VI, Torino, 1960, *ad
vocem*; R. LUZZATTO, *L'eccezione d'inadempimento*, en *Rivista trimestrale di diritto e
procedura civile*, 1957, p. 741; G. PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, Milano, 1955.
5. E. LECCESE, *La clausola solve et repete*, Milano, 1998; C. LUCCHI, *Solve et repete (patto
o clausola del)*, en *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, 1998, *ad vocem*; M. MELANDRI,
Del contratto di fideiussione con clausola "solve et repete", en *Il Foro padano*, 1996, I, p.
290; A. FRANGINI, *In tema di efficacia della clausola solve et repete*, en *Corriere giuridi-
co*, 1995, p. 835; G. PIAZZA, *Polizza fideiussoria e "solve et repete"*, en *Contratti*, 1994, p.
408; C. MIRAGLIA, *Solve et repete*, en *Enciclopedia del diritto*, XLII, Milano, 1990, *ad
vocem*; D. FERRATO, *Sul solve et repete nei rapporti privati*, en *Archivio civile*, 1986, p.
801; P. VITUCCI, *La clausola "solve et repete" e principio di eguaglianza nell'ordinanza
di rimessione della Corte Costituzionale dell'art. 1462 c.c.*, en *Giurisprudenza italiana*,
1973, I, 2, p. 783; A. DALMARTELLO, *"Solve et repete" (Patto o clausola del)*, en *Novis-
simo digesto italiano*, XVII, Torino, 1970, *ad vocem*; L. BIANCHI D'ESPINOSA, *Solve et
repete e Costituzione*, en *Giustizia civile*, 1961, II, p. 53; G. AULETTA, *Valore ed efficacia
della clausola solve et repete nei suoi vari tipi*, en *Giurisprudenza italiana*, 1947, I, p. 423.

- 6-7. A. IANNARELLI, *La clausola penale*, en *Contratti Cendon*, VIII, Torino, 2000, p. 247; G. BONILINI, *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della clausola penale*, en *Contratti*, 2000, p. 121; M. FANCELLI, *Sulla riducibilità d'ufficio della manifestamente eccessiva*, en *Corriere giuridico*, 2000, p. 69; A. RICCIO, *È, dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, en *Contratto e impresa*, 2000, p. 95; A. ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, en *Trattato contratti Rescigno*, II, Torino, 1999, p. 893; S. MAZZARESE, *Clausola penale*, Milano, 1999; M. DE LUCA, *La clausola penale*, Milano, 1998; S. LAMPARELLI, *In tema di nullità della clausola penale*, en *Giurisprudenza di merito*, 1998, p. 693; M. ATELLI, *Chi troppo vuole ottiene (appena) il dovuto più faticosamente: per un'ipotesi di coordinamento degli artt. 1384 e 1469-bis co. 3 n. 6 c.c.*, en *Danno e responsabilità*, 1998, p. 205; M. TOGLIATTO, *Penale, clausola vessatoria e poteri del giudice*, en *Giurisprudenza italiana*, 1998, p. 48; S. D'AVINO, *Clausola penale: profilo strutturale ed operativo*, en *Vita notarile*, 1997, p. 1047; G.M. PELLEGRINI, *Clausole penale, autonomia privata e poteri di controllo del giudice*, en *Giurisprudenza italiana*, 1997, I, 1, p. 801; A. MORACE PINELLI, *Promessa del fatto del terzo e clausola penale*, en *Rassegna di diritto civile*, 1996, p. 194; G. BONILINI, *Regole applicative in tema di clausola penale*, en *Contratti*, 1996, p. 549; M. PERSICO, *La clausola penale*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, II, p. 69; S. PATTI, *Pena privata*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XIII, Torino, 1995, *ad vocem*; P. CORSALE, *Clausola penale stabilita in misura inferiore al tasso legale degli interessi*, en *Giustizia civile*, 1994, I, p. 1250; M. SANTARONI, *Spunti comparatistici in tema di clausola penale*, en *Scritti in onore di R. Sacco*, I, Milano, 1994, p. 1057; L. GHEDINI FERRI, *La riduzione della clausola penale e i valori dell'ordinamento*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1993, p. 558; A. BLANDINI, *Clausola penale e interessi moratori superiori al tasso legale*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1993, II, p. 193; G. BONILINI, *Sulla natura vessatoria della clausola penale*, en *Contratti* 1993, p. 247; A. GIOVATI, *Divieto di cumulo tra azione di adempimento e penale*, en *Contratti*, 1993, p. 663; S. AMMENDOLA, *La clausola penale nei contratti di diritto comune e nei contratti di opere pubbliche*, en *Amministrazione italiana*, 1992, p. 980; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991; A. GIAMPIERI, *La clausola penale*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, III, Torino, 1991, p. 405; C.S. CARRASSI, *La clausola penale, inserita in un contratto di (intermediazione di) viaggio, ha funzione risarcitoria*, en *Corriere giuridico*, 1991, p. 1216; M. DE TILLA, *Clausola penale e danni per ritardato rilascio dell'immobile*, en *Giustizia civile*, 1990, I, p. 1556; S. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Padova, 1990; G. PONZANELLI, *Pene private*, en *Enciclopedia giuridica*, XXII, Roma, 1990, *ad vocem*; G. DE NOVA, *Clausola penale*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, II, Torino, 1988, *ad vocem*; A. MARINI, *Clausola penale*, en *Enciclopedia giuridica*, VI, Roma, 1988, *ad vocem*; F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premese generali*, en *Contratto e impresa*, 1987, p. 531; U. DRAETTA, *La prassi dei contratti internazionali in tema di clausole penali e di clausole limitative della responsabilità*, en *Diritto del commercio internazionale*, 1987, p. 527; A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1985; E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, en *Rivista di diritto civile*, 1985, I, p. 511; F.D. BUSNELLI - G. SCALFI, *Le pene private*, Milano, 1985; E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni*

- private nell'autonomia contrattuale, en *Rassegna di diritto civile*, 1984, p. 901; A. DE CUPIS, *Sulla riduzione della penale*, en *Giustizia civile*, 1983, II, 2, p. 236; F. GERBO, *Clausola penale e danno*, en *Rivista di diritto civile*, 1983, II, p. 206; E. MOSCATI, *Pena (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, 1982, *ad vocem*; A. MAGAZZÙ, *Clausola penale*, en *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, *ad vocem*; V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954.
8. L. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000; G. PEDRAZZI, *Clausole limitative di responsabilità ed oggetto del contratto: due recenti pronunce della Cassazione in materia assicurativa*, en *Danno e responsabilità*, 1999, p. 644; L. CABELLA PISU, *Le clausole di esclusione o limitazione del risarcimento*, en AA.VV. (al cuidado de G. Visintini), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999, p. 429; G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità*, en *Danno e responsabilità*, 1998, p. 852; G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero da responsabilità*, en AA.VV., *La responsabilità civile. I. Danno e risarcimento in generale*, en *Il diritto privato nella giurisprudenza*, al cuidado de P. Cendon, Torino 1998, p. 359; F. DELFINI, *Clausole di esonero da responsabilità e di determinazione dell'oggetto*, en *Contratti*, 1997, p. 258; M. GORGONI, *Ancora a proposito della struttura della locazione finanziaria e delle clausole di esonero da responsabilità*, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1996, 342; L. CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità nei contratti con i consumatori*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, I, Torino, 1999, p. 513; P. PERRUGGIA, *Partecipazione sociale: clausole limitative della responsabilità*, en *Società*, 1993, p. 1213; A. MASTRORILLI, *Clausole di esonero da responsabilità per vizi del bene, contratto atipico, condizioni generali di contratto*, en *Quadrimestre*, 1993, p. 745; G. RENNA, *Cassette di sicurezza: tra limiti di oggetto e clausole di esonero da responsabilità, vi è ancora spazio per l'autonomia contrattuale*, en *Corriere giuridico*, 1992, p. 1122; V. DI GREGORIO, *Le clausole di esonero da responsabilità contrattuale a favore del concedente nel contratto di leasing*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1992, I, p. 36; F. COSENTINO, *Trasporto di merci su strada e limitazione della responsabilità: osservazioni in chiave di analisi economica del diritto*, en *Il Foro italiano*, 1992, I, p. 647; G. PONZANELLI, *La "sfortunata" circolazione delle clausole di esonero: il caso delle cassette di sicurezza*, en *Il Foro italiano*, 1990, I, p. 1038; C. AMATO, *La responsabilità delle banche per il servizio delle cassette di sicurezza*, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1990, p. 768; P. CENDON-F. DEVESCOVI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità*, en AA.VV. (al cuidado de G. Alpa-M. Bin-P. Cendon), *La responsabilità del produttore*, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dirigido por F. GALGANO, XIII, Padova, 1989, p. 226; F. BENATTI, *Clausole di esonero da responsabilità*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, II, Torino, 1988, *ad vocem*; P. PAPANTI PELLETTIER, *Cassette di sicurezza e responsabilità del banchiere*, Milano, 1988; A. MUNARI, *Orientamenti sulle clausole di esonero da responsabilità nel leasing finanziario*, en *Rivista italiana del Leasing e dell'intermediazione finanziaria*, 1988, p. 730; U. DRAETTA, *La prassi dei contratti internazionali in tema di clausole penali e di clausole limitative della responsabilità*, en *Diritto del commercio internazionale*, 1987, p. 527; G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile. Studio di diritto comparato*, Milano, 1984; L. CABELLA PISU,

Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali, Milano, 1983; F. BENATTI, *Le clausole di esonero da responsabilità nella prassi bancaria*, en AA.VV. (al cuidado de G.B. Portale), *Le operazioni bancarie*, I, Milano, 1978, p. 135; S. SACCOMANI, *Orientamenti della giurisprudenza e tendenze dottrinali in tema di clausole di esonero da responsabilità*, en *Giurisprudenza di merito*, 1976, IV, p. 295; G. ALPA, *Costruzione di autoveicoli, clausole di esonero da responsabilità dell'impresa e responsabilità dell'impresa. Per una diversa rilettura dell'art. 2054, ultimo co., c.c.*, en *Giurisprudenza italiana*, 1975, I, 1, p. 751; M. BESSONE, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1974, p. 323; F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero di responsabilità*, Milano, 1971; A. CASSESE, *Limitazioni contrattuali della responsabilità e ordine pubblico*, en *Rivista del diritto della navigazione*, 1963, II, p. 120.



CAPÍTULO XIV

LA RESOLUCIÓN POR IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA

1. Por qué la imposibilidad sobrevenida de la prestación resuelve el contrato.— 2. Los caracteres de la imposibilidad resolutoria.— 3. La imposibilidad sobrevenida y la esfera del acreedor.— 4. La imposibilidad parcial.— 5. Los contratos con efectos reales.— *Bibliografía.*

1. POR QUÉ LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE LA PRESTACIÓN RESUELVE EL CONTRATO

La resolución por imposibilidad sobrevenida de la prestación está regulada por los arts. 1463 y ss.: pero ninguna norma dice explícitamente que, devenida imposible la prestación contractual, el contrato se resuelve.

Art. 1463 y ss.

Que el contrato se resuelva, resulta ya de un dato sistemático: las normas sobre la imposibilidad sobrevenida están en el capítulo XIV, dedicado a la resolución del contrato; y ocupan la sección II de este, comprendida entre una sección I dedicada a la resolución por incumplimiento, y una sección III dedicada a la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida.

Posición sistemática

Pero sobre todo resulta del cómo están disciplinadas las consecuencias de la imposibilidad sobrevenida. En primer lugar se da por descontado que, por efecto de ella, la *parte obligada* a la prestación sea *liberada*: como establece, en otro lugar del código, el art. 1256. Bajo este presupuesto, se desprende la ulterior consecuencia: la parte liberada “no podrá pedir la contraprestación y deberá restituir la que ya hubiera recibido, según las normas relativas a la repetición de lo indebido” (art. 1463). Decir que el contrato se resuelve es el modo para expresar sintéticamente estas consecuencias: porque cuando una parte no debe ya la propia prestación, y la otra parte no debe ya la contraprestación, y si ya la ha ejecutado puede repetirla, quiere decir que no existe más el contrato (la relación contractual) que constituía título de estas; que el contrato, justamente, se ha disuelto.

Consecuencias de la imposibilidad

Remedio sinalagmático	Si esta es la dinámica que preside a la resolución por imposibilidad sobrevenida, es clara su <i>ratio</i> : la <i>interdependencia entre prestación y contraprestación</i> . También esta, por lo tanto, es un típico remedio sinalagmático.
Campo de aplicación	El campo de aplicación es sustancialmente el mismo ya identificado con respecto a la resolución por incumplimiento: contratos onerosos, y no gratuitos; contratos <i>con prestaciones recíprocas</i> , pero también contratos <i>con comunidad de fin</i> .
Contratos plurilaterales	Para estos últimos, vale también la peculiar disciplina dictada en relación a la posible pluralidad de partes (contratos plurilaterales con comunidad de fin): devenida imposible la prestación de una específica parte, se abre la alternativa entre la <i>disolución limitada</i> a la singular posición directamente afectada y la <i>disolución extendida</i> a todas las otras partes: se decide, <i>ex art.</i> 1466, en base al criterio de la <i>esencialidad de la prestación</i> venida a menos (39.3; 43.15).
Resolución de derecho	Sobrevenida la imposibilidad, la resolución opera de derecho, sin necesidad de un acto de parte ni de una disposición del juez: la sentencia que la pronuncia es <i>declarativa</i> .
Legitimación	No es apreciable de oficio. Puede invocarla tanto la parte que debía recibir la prestación devenida imposible, para liberarse de la obligación de contraprestar o para repetir la contraprestación ya hecha; como la parte imposibilitada, que la hará valer sobre todo en vía de excepción, cuando sea demandada para el cumplimiento o para la resolución <i>ex art.</i> 1453. Previsiones especiales se refieren a la imposibilidad sobrevenida que afecta las prestaciones típicas de particulares contratos: la imposibilidad de la obra en la contrata (art. 1672), la cesación del riesgo en el seguro (art. 1896).

2. LOS CARACTERES DE LA IMPOSIBILIDAD RESOLUTORIA

La imposibilidad de la prestación, que resuelve el contrato *ex art.* 1463, es la misma que extingue la obligación y libera al obligado *ex art.* 1256. He aquí por qué este perfil del derecho de los contratos se entrelaza tan cercanamente con el derecho de las obligaciones.

En particular, pertenece tradicionalmente al derecho de las obligaciones al análisis de los caracteres que la imposibilidad debe presentar, para ser liberatoria (y por lo tanto resolutoria), especialmente bajo el perfil de sus relaciones con la posición del deudor. Es sabido que al respecto se enfrentan diversas posiciones: de la más rígida idea de la *imposibilidad "objetiva"* y *"absoluta"*, a la idea más blanda que identifica la imposibilidad

con la “*inexigibilidad*” de la prestación según buena fe, o con su exigibilidad solo mediante esfuerzos que exceden el *parámetro de la ordinaria diligencia*.

La imposibilidad debe sobrevenir después de la celebración del contrato. Si fuera anterior o contemporánea, no daría lugar a resolución sino a nulidad del contrato por imposibilidad del objeto (15.4).

... y
sobrevenida

La imposibilidad, para ser seguramente resolutoria, debe ser *definitiva*, es decir irreversible.

Si es solo temporal —es decir susceptible de cesar, de manera que la prestación podrá retornar a ser posible— se crea una situación regulada por el art. 1256². La imposibilidad temporal de por sí *no resuelve el contrato*, y deja vivas las obligaciones de las partes: pero *la parte imposibilitada para cumplir “no es responsable por el retardo en el cumplimiento”*.

Imposibilidad
temporal:

suspensiva, ...

Nos podemos preguntar si la otra parte deba la contraprestación: parece razonable responder que puede, a su vez, suspenderla oponiendo una *excepción de incumplimiento* (como se ha dicho, esta no está limitada a los casos en los cuales el incumplimiento justificante sea imputable).

Pero con el tiempo también la imposibilidad temporal puede convertirse en resolutoria. En efecto, si esta “*perdura hasta cuando (...) el deudor no pueda más ser considerado obligado a ejecutar la prestación o bien el acreedor no tenga más interés en conseguirla*”, entonces “*la obligación se extingue*”: y, por lo tanto, por vía del sinalagma, se resuelve el contrato. El momento en el cual la imposibilidad temporal de suspensiva se transforma en resolutoria depende del “*título de la obligación*” y de la “*naturaleza del objeto*”: según los casos, puede ser más o menos cercano. Si la imposibilidad cesa antes de ese momento, la perspectiva resolutoria es conjurada, y cesa también el efecto suspensivo: el contrato funciona; las partes se deben prestación y contraprestación.

... pero con el
pasar del
tiempo
resolutoria

La imposibilidad debe depender de “*causa no imputable al deudor*” (art. 1256¹): los criterios de la imputabilidad, así como la misma definición de la imposibilidad liberatoria, pertenecen al derecho de las obligaciones, y especialmente al tema de la responsabilidad del deudor que incumple (art. 1218). Si la imposibilidad fuera imputable al deudor, se calificaría como incumplimiento: el contrato sería entonces resoluble *ex art. 1453 y ss.* no *ex arts. 1463 y ss.* Sin embargo, se ha visto cómo los dos supuestos de hecho pueden prácticamente desvanecerse el uno en el otro (43.4).

No
Imputabilidad
al deudor

No siempre la imposibilidad sobrevenida de la prestación deducida en el contrato, aunque no imputable al deudor, tiene efecto liberatorio y resolutorio.

Imposibilidad
no imputable,
...

... pero no liberatoria

Es necesario distinguir. Tiene tal efecto cuando la prestación es deducida en el contrato como promesa de una conducta o compromiso a un esfuerzo, porque entonces el riesgo de la imposibilidad de la prestación grava sobre el acreedor. En cambio, si la prestación es deducida como *medio para conseguir el resultado que el deudor garantiza al acreedor, la imposibilidad de esta es un riesgo del deudor* y, por lo tanto, no produce un efecto liberatorio ni resolutorio: el contrato se mantiene en vida, las partes quedan contractualmente comprometidas.

Este último caso puede producirse por *expresa previsión* de las partes: cuando una expresamente garantiza a la otra el resultado de la prestación. Pero puede producirse también cuando la garantía del resultado sea, aunque inexpresada, *deducible de las circunstancias*, como típicamente sucede cuando la futura imposibilidad de la prestación estaba prevista o era previsible por el deudor al momento del contrato: si A asume a favor de B una prestación, sabiendo o debiendo saber que esta devendrá imposible, el sobrevenir de la imposibilidad como regla no libera a A y no resuelve el contrato. Esta conclusión encuentra obstáculo si A expresamente declina toda garantía de resultado: pero en tal caso, resuelto el contrato, A incurre al menos en responsabilidad precontractual *ex art. 1338*.

Imposibilidad
sobrevvenida
durante la
mora del
acreedor...

... y del
deudor

El efecto liberatorio y resolutorio de la sobrevenida imposibilidad no imputable puede ser bloqueado por la disciplina de la *mora accipiendi*: si la imposibilidad de la prestación sobreviene durante la mora del acreedor, él pierde la prestación pero queda obligado a la contraprestación *ex contractu* (art. 1207¹), y, por tanto, el contrato no se resuelve. No puede decirse lo mismo respecto a la imposibilidad sobrevvenida durante la mora del deudor: el acreedor no recibe la prestación, por lo que es justo que sea liberado de la contraprestación; el venir a menos de ambas no es si no la disolución del contrato. La regla según la cual el deudor "no es liberado" (salvo la prueba liberatoria del art. 1220) significa solo que él es responsable frente al acreedor de todo el daño contractual.

Problemas particulares surgen cuando la imposibilidad de la prestación se crea en la esfera del acreedor (45.3).

Finalmente, la imposibilidad que conduce a la resolución es la imposibilidad total de la prestación. Si sobreviene una imposibilidad solo parcial, se desencadenan las distintas consecuencias del art. 1464 (45.4).

3. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA Y LA ESFERA DEL ACREEDOR

A veces la prestación no puede ser cumplida, por causas que se producen en la esfera del acreedor. Los casos pueden ser muy variados, y susceptibles de soluciones diversas.

Imposibilidad
subjettiva

Primeramente deben aislarse los casos en los que entra en juego no tanto la imposibilidad para el deudor de realizar la prestación, cuanto más bien la subjetiva imposibilidad para el acreedor de utilizar la prestación: el melómano adquiere la entrada para la ópera,

pero no puede asistir porque queda atrapado en el ascensor de su casa; el turista compra las vacaciones organizadas, pero no puede partir porque se enferma. Aunque la imposibilidad de gozar la prestación no es imputable a quien la pacta, es claro que aquí no se tiene resolución: *el contrato permanece firme*; el acreedor "imposibilitado" debe su contraprestación totalmente, y si ya la ha realizado no puede repetirla (salvo derechos de separación legales o convencionales).

En el extremo opuesto están los casos en los que la causa de la imposibilidad se produce en la esfera del acreedor, pero —más allá de no serle imputable— traspasa su esfera subjetiva para embestir la prestación del deudor, en su objetiva factibilidad: piénsese en el contrato para la reestructuración de un inmueble, que antes del inicio de los trabajos se derrumba por un terremoto. Aquí debe hablarse de imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor (y ni siquiera al acreedor): *el contrato se resuelve*, con las conocidas consecuencias.

Imposibilidad
objetiva
imputable al
acreedor

Más problemáticos son los casos que se caracterizan por un doble elemento: la imposibilidad tiene una connotación objetiva, porque afecta la prestación como tal; y es imputable al acreedor que debe recibirla. Por ejemplo, el contratista no puede reestructurar el inmueble, porque el comitente continúa habitándolo; o bien no puede construir la obra, porque el comitente se ha olvidado de pedir la concesión edilicia o se le ha negado por la defectuosa formulación de la solicitud. En casos así, es seguro que el contratista tenga algún remedio. La alternativa —y la duda— está entre dos órdenes de remedios, de diversa intensidad protectora.

Imposibilidad
objetiva
imputable al
acreedor

Tutela del
deudor:

Como mínimo, él puede invocar la imposibilidad sobrevenida de la prestación; decisivo es que esta no sea imputable al deudor (es decir a él), siendo irrelevante que sea imputable al acreedor o a terceros o al hecho del príncipe o al caso fortuito. Por lo tanto, puede pedir la resolución, pero probablemente con un límite: en casos así la imposibilidad a menudo es *temporal* (antes o después el inmueble podrá ser liberado, la concesión podrá llegar); de manera que él, antes de pedirla, deberá esperar que madure el plazo del art. 1256²; y en tanto permanece vinculado al contrato. Puede pedir también el *resarcimiento* del daño: pero solo si previamente ha constituido al comitente en *mora del acreedor* (art. 1207²⁻³).

Imposibilidad
sobrevenida...

Su tutela es más fuerte, si supuestos de hecho como los objeto de examen llegan a producirse en el terreno del incumplimiento: calificando la entrega del inmueble a reestructurar y la adquisición de la concesión edilicia *no como simple carga de cooperación* del comitente-acreedor al cumplimiento del contratista-deudor, *sino como verdadera y propia obligación contractual*. Si la calificación pasa, las ventajas son evidentes: la resolución puede pedirse (o procurarse con intimación a cumplir) no apenas el retardo del comitente alcance el umbral de la no escasa importancia, sin necesidad de esperar el más comprometido umbral temporal del art. 1256²; y para el resarcimiento no es necesaria la previa constitución en mora.

... o
Incumplimiento
del acreedor

El límite entre mera carga de cooperación y verdadera obligación de conducta en vista del resultado contractual es a menudo incierto e inestable; su identificación depende de las circunstancias y del contenido del singular contrato.

4. LA IMPOSIBILIDAD PARCIAL

Con el preliminar de venta A promete a B un terreno: si antes del

Imposibilidad
total...

... y parcial

definitivo este es completamente expropiado, la imposibilidad sobrevenida es total (salvo ver, a los fines que sabemos, si era previsible y si sea imputable); pero si es expropiada solo una porción del terreno, la imposibilidad es parcial.

Se abre entonces una alternativa, regulada por el art. 1464.

Interés en la prestación parcial

Si la parte acreedora conserva interés en la prestación aunque reducida, el contrato queda firme y ella tiene derecho a la correspondiente *reducción de la contraprestación* a su cargo: se transfiere con el definitivo la parte del terreno no expropiada, y el precio es correlativamente disminuido.

Ningún Interés en la prestación parcial

En cambio, si el acreedor “no tiene un interés apreciable en el cumplimiento parcial”, puede *separarse del contrato*: típica separación de autotutela (24.9). Las consecuencias son las mismas de la resolución, aunque la disolución del contrato depende de una manifestación de voluntad negocial.

La falta de “interés apreciable” no depende del arbitrio subjetivo del acreedor, sino que se inscribe en una dimensión de *objetividad*, reconducible a la regla de la *buena fe*: frente a la separación del acreedor, el deudor puede cuestionar la legitimidad afirmando que, según buena fe, la contraparte conserva un “interés apreciable” en la prestación reducida.

Relaciones de duración

En la relaciones de duración, el carácter parcial de la imposibilidad puede manifestarse *en el plano temporal*: un cierto servicio debe ser realizado del 1° de enero del 2001 al 31 de diciembre del 2003, pero resulta imposible realizarlo en el periodo del 1° de mayo/ 30 de noviembre del 2001. Se aplican las reglas conocidas: firme el derecho del usuario a una reducción de la contraprestación debida, él puede separarse si no tiene un “interés apreciable” en un servicio recortado de 6 meses. Es clara la *diferencia de la imposibilidad temporal*: por esta la prestación podrá ejecutarse más tarde, pero podrá ejecutarse toda.

5. LOS CONTRATOS CON EFECTOS REALES

El art. 1465 se ocupa de los casos en los que —dado un contrato traslativo o constitutivo de derechos reales— *la cosa que forma su objeto perece por causa no imputable al enajenante*. Y se ocupa esencialmente para excluir que el contrato se resuelva por imposibilidad sobrevenida.

El artículo contiene dos órdenes de reglas.

Irrelevancia de la no entrega

La primera regla puede expresarse de este modo: en los contratos traslativos o constitutivos, *la prestación del enajenante se considera sustancialmente extinguida con la transferencia o la constitución del derecho*,

prescindiendo de la entrega de la cosa; en consecuencia, si la cosa perece después que se ha producido el efecto traslativo o constitutivo, *el contrato queda firme* y el adquirente está obligado a la contraprestación aunque la cosa no le haya sido aún entregada (*res perit domino*).

La regla se aplica a los contratos constitutivos y a los traslativos de una *cosa determinada* (art. 1465¹), en el que el efecto real se produce con el simple consentimiento (22.4-5). Y se aplica también a los contratos traslativos de *cosas determinadas solo en el género*, donde el efecto real se produce con la *individualización* (22.6): hecha esta, el perecimiento de las cosas no resuelve el contrato y no libera al adquirente de la contraprestación, tanto si las cosas le han sido ya entregadas, como si no (art. 1465³).

Un segundo orden de reglas se refiere a la posible incidencia de mecanismos contractuales que difieran convencionalmente el efecto real, respecto a su momento normal de producción: plazo y condición. Se establece un tratamiento distinto para el uno y para la otra.

Diferimiento del efecto real:

Cuando el efecto traslativo o constitutivo es diferido a un plazo, y el perecimiento sucede antes del vencimiento, continúa aplicándose la regla según la cual *el contrato no se resuelve*: el adquirente está obligado a la contraprestación (art. 1465²). Sin embargo, aquí la cosa perece en un momento en el cual no es aún de propiedad del adquirente, por lo que no puede decirse que *res perit domino*.

plazo....

Diferentemente sucede cuando el efecto traslativo o constitutivo está sometido a condición suspensiva: si transferencia o constitución del derecho devienen imposibles antes de la realización de la condición, "El adquirente está (...) liberado de su obligación" (art. 1465⁴), por lo tanto *el contrato se resuelve*. Sin embargo, la retroactividad de la condición, una vez realizada, debería regresar la adquisición del derecho a un momento anterior al de la imposibilidad, con consecuencias exactamente opuestas.

... y condición suspensiva

Por consiguiente, existe una cierta *inversión de los normales conceptos y principios*: el plazo, normalmente no retroactivo, aquí es como si operara retroactivamente; la condición, normalmente retroactiva, aquí es privada de su retroactividad. Sobre esos conceptos y principios la ley hace prevalecer otro dato: la *certeza del plazo* y la *incertidumbre de la condición*. Es decir, considera que la adquisición sometida a plazo esté más estabilizada y más cercana a la perfección, respecto a la adquisición sometida a condición: en el primer caso la imposibilidad de la adquisición no pone en discusión la relación porque afecta una *vicisitud sustancialmente cerrada*; en el segundo caso la pone en discusión porque afecta una *vicisitud aún abierta*.

Ratlo

BIBLIOGRAFÍA

- 1-5. C. BALLETTI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, en *Contratti Cendon*, XIII, Torino, 2000, p. 481; D'ANNA, *La risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta*, en AA.VV., *I precedenti*, al cuidado de G. Alpa, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fundada por W. Bigiavi, II, Torino, 2000, p. 783; U. CARNEVALI, *Contratti di durata e impossibilità temporanea di esecuzione*, en *Contratti*, 2000, p. 115; M. TAMPONI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, en *Trattato contratti Rescigno*, II, Torino, 1999, p. 1545; M. PACIFICO, *Sulla nozione di impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro subordinato*, en *Corriere giuridico*, 1999, p. 735; A. CORSARO, *La risoluzione dei contratti agrari per impossibilità sopravvenuta*, en *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, 1999, p. 201; R. SACCO, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVIII, Torino, 1998, *ad vocem*; S. NAPPI, *Risoluzione del contratto di lavoro per impossibilità sopravvenuta e ineseguibilità dell'ordine di reintegrazione*, en *Il diritto del lavoro*, 1997, II, p. 454; B. INZITARI, *Ineseguibilità della prestazione, impossibilità della prestazione per l'embargo contro l'Iraq*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1995, II, p. 48; R. DE MICHEL, *Impossibilità sopravvenuta di accollo di mutuo fondiario per causa non imputabile all'assuntore del debito*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1994, II, p. 547; L. CABELLA PISU, *Impossibilità della prestazione, adempimento dell'obbligazione, risoluzione del contratto. Spunti sistematici*, en *Scintillae iuris. Studi in memoria di G. Gorla*, III, Milano, 1994, p. 1781; R. RUBINO SAMMARTANO, *Impossibilità sopravvenuta e arbitrato*, en *Contratti*, 1994, p. 22; L. NOGLER, *Lo sciopero come causa di esonero della responsabilità contrattuale del datore di lavoro nei confronti dei terzi*, en *Giustizia civile*, 1993, I, p. 1354; V. RUGGIERO, *Risoluzione del contratto di locazione per impossibilità sopravvenuta in caso di terremoto*, en *Archivio delle locazioni e condominio*, 1992, p. 398; E. TUVERI, *Contratto preliminare e risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, en *Rivista giuridica sarda*, 1992, p. 412; B. IANNOLO, *La risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, 1, Torino, 1991, p. 933; O. CAGNASSO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione - 1) Diritto civile*, en *Enciclopedia giuridica*, XVI, Roma, 1989, *ad vocem*; B. IANNOLO, *La risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1987, II, p. 82; M. LIPARI, *Compravendita di massa futura, impossibilità sopravvenuta della prestazione del venditore e risoluzione per eccessiva onerosità*, en *Giurisprudenza agraria italiana*, 1984, p. 630; E. ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e frustration of contracts*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, p. 1239; MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, en *Enciclopedia del diritto*, XX, Milano, 1970, *ad vocem*; G. OSTI, *Impossibilità sopravvenuta*, en *Novissimo digesto italiano*, VIII, Torino, 1962, *ad vocem*; G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955; L. COVIELLO jr., *L'impossibilità della prestazione e l'obbligazione negativa*, en *Giurisprudenza italiana*, 1952, I, 1, p. 866; A. GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza*, Padova, 1941.

3. R. ROLLI, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione ed embargo irakeno*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, I, p. 205; L. CABELLA PISU, *L'impossibilità della prestazione e la "sfera" del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive*, en *Contratto e impresa*, 1998, p. 547; R. ROLLI, *Guerra del golfo ed embargo internazionale: la sopravvenuta impossibilità della prestazione imputabile al creditore*, en *Contratto e impresa*, 1997, p. 115; E. GUERINONI, *Malattia del turista e impossibilità della prestazione*, en *Contratti*, 1997, p. 388; G. STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995; G. CHESSA, *La sopravvenuta impossibilità della prestazione imputabile al creditore*, en *Contratto e impresa*, 1991, p. 523; G. SANTORO, *Crisi del golfo e impossibilità sopravvenuta dovuta al fatto del creditore*, en *Contratto e impresa*, 1991, p. 497.
4. A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1991; V. SGROI, *L'impossibilità parziale della prestazione nei contratti sinallagmatici*, en *Giustizia civile*, 1953, p. 717.

CAPÍTULO XLVI

LA RESOLUCIÓN POR EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIDA

1. Las circunstancias sobrevenidas: problemas y remedios.— 2. Los remedios contra la excesiva onerosidad: presupuestos y *ratio*.— 3. El diferimiento de la prestación debida.— 4. El no agotamiento de la prestación afectada por la onerosidad.— 5. La excesiva onerosidad de la prestación: onerosidad directa e indirecta.— 6. *Sigue*: el alea normal del contrato.— 7. La imprevisibilidad.— 8. Los remedios: la resolución. Posición de la parte gravada.— 9. *Sigue*: la reducción a equidad.— 10. El remedio para los contratos gratuitos.— 11. Ámbito de aplicación de los remedios: la exclusión de los contratos aleatorios.— 12. *Sigue*: otras cuestiones.— *Bibliografía*.

1. LAS CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS: PROBLEMAS Y REMEDIOS

Casi siempre los contratos comprometen el futuro. Son raros los contratos de ejecución rigurosamente inmediatos e instantáneos: los que se consuman en sí mismos, porque la celebración coincide sin residuos con la integral actuación del programa contractual, a su vez consistente en la producción de una vicisitud jurídica que de inmediato vive con vida propia respecto al contrato de la que deriva (24.4). Es mucho más frecuente que el contrato proyecte su existencia funcional más allá de la celebración, por un tiempo más o menos largo.

Y nunca el futuro es igual al presente: de suerte que el programa contractual se encuentra siendo aplicado en un contexto distinto del existente al momento en el que las partes lo han acordado. Los *hechos que, produciéndose después de la celebración del contrato y antes de su completa actuación, cambian el contexto en el que el contrato se aplica*, suelen llamarse “circunstancias sobrevenidas”.

Las partes pueden ser tan precavidas, como para considerar en el contrato mismo que determinadas circunstancias podrían sobrevenir y cambiar el contexto en el que la relación se aplicará; y regular las consecuencias con expresas cláusulas. La *condición resolutoria* presupone el sobrevenir del evento deducido, y prevé la disolución del contrato; la *cláusula de indexación* presupone la circunstancia sobrevenida de un más reducido poder de

Contrato y tiempo

Circunstancias sobrevenidas

Previsión del reglamento contractual

adquisición de la moneda, y prevé el aumento de la cantidad de moneda debida; entre otras. Cuando las mismas partes regulan el riesgo de la circunstancia sobrevenida, no se plantean particulares problemas, salvo dos: interpretar la correspondiente cláusula; y ver si la repartición del riesgo acordado entre ellas, por ventura, contraste con normas imperativas o con el orden público.

Incompletitud
del contrato

Los problemas surgen cuando la circunstancia sobrevenida no está contemplada por ninguna cláusula del contrato. Entonces es necesario ver si está contemplada por la ley; y si así es, cuáles consecuencias se deriven de la ley. Se puede ser más preciso, partiendo de una premisa: las circunstancias sobrevenidas relevantes como generadoras de problemas no son aquellas neutras para el interés de las partes; sino aquellas que *perjudican el interés de una parte*, agravando el sacrificio que el contrato le impone o disminuyendo la utilidad que el contrato le produce. Y entonces, lo que se trata de ver es esencialmente si, frente a la circunstancia sobrevenida perjudicial, la ley da a la parte gravada *algún remedio*.

Relevancia
liberatoria de
la circunstancia
sobrevenida, ...

... vínculo
contractual ...

Reconocer algún remedio a la parte gravada significa liberarla del contrato, o de determinados contenidos del contrato; por lo tanto significa corroer el área de intangibilidad del vínculo contractual. Y, en efecto, las resistencias que históricamente se han opuesto al ingreso de remedios contra las circunstancias sobrevenidas perjudiciales se ligan sobre todo al temor que ello habría infligido un golpe mortal al contrato como vínculo, o al principio "*pacta sunt servanda*".

Correlativamente, la *progresiva apertura a tales remedios* (un fenómeno que agrupa a gran parte de los ordenamientos jurídicos del siglo XX) ha ido en paralelo con la tendencia a considerar el vínculo contractual —la "fuerza de ley" del contrato— en términos menos rígidos y duros que antes. Es una evolución paralela, más bien interferente con la de la *responsabilidad contractual*: pasada progresivamente de estándar de gran rigidez hacia el deudor que incumple a actitudes más blandas, comprensivas, inclinadas a reconocer factores de liberación del vínculo obligatorio.

... Irrelevancia
de los
motivos

La dialéctica entre relevancia liberatoria de las circunstancias sobrevenidas y principio del vínculo contractual es —en la perspectiva de los intereses de las partes— tensión entre ansia de liberación de la parte gravada y expectativa/confianza de la contraparte respecto a la prestación prometida. A la luz de esta misma tensión, el relieve de las circunstancias sobrevenidas entra en la dialéctica con otro principio (complementario al del vínculo): el principio de la irrelevancia de los motivos, y más específicamente de la irrelevancia del *error en los motivos*. Tanto es verdad que en esta área de tendiente irrelevancia cae el *error de previsión*: que no es otro si no la ignorancia o falso conocimiento, al momento del contrato, de las futuras circunstancias sobrevenidas (35.3).

El más conocido remedio (o mejor: bloque de remedios) contra las circunstancias sobrevenidas está previsto por la ley a propósito de la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación (arts. 1467 ss.). Se hablará antes de sus presupuestos, en presencia de los cuales se activan los remedios

(46.2-7). Se describirán luego los remedios: que pueden ser resolutorios, o bien de adecuación del contrato (46.8-10). Finalmente se precisará el campo de aplicación de los remedios (46.11-12).

Específicas disciplinas de la circunstancia sobrevenida están dedicadas a singulares tipos contractuales: por ejemplo, la contrata (art. 1664) y el seguro (arts. 1897-1898).

2. LOS REMEDIOS CONTRA LA EXCESIVA ONEROSIDAD: PRESUPUESTOS Y *RATIO*

Los remedios contra la excesiva onerosidad sobrevenida se activan en presencia de cuatro presupuestos.

Art. 1467

El primero es que al menos *una de las prestaciones esté diferida* respecto al momento de la celebración del contrato: este debe ser “de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida” (art. 1467¹).

Presupuestos

El segundo es que *la prestación no se haya aún realizado*, en el momento en el que es afectada por la onerosidad.

El tercero es que *la onerosidad sobrevenida sea “excesiva”*: el parámetro de la excedencia está dado por la noción de “alea normal del contrato” (art. 1467²).

El cuarto es que la onerosidad dependa de la “verificación de *acontecimientos extraordinarios e imprevisibles*” (art. 1467¹).

Cuando concurren todos estos presupuestos, *el contrato se resuelve o sufre una adecuación en el interés de la parte gravada*. De la casuística jurisprudencial: celebrado pero aún no ejecutado el contrato de transporte marítimo entre Europa y Asia, el inicio de la guerra árabe-israelí determina el cierre del canal de Suez; la prestación de transporte debería por ello ejecutarse sobre la más larga, difícil y costosa ruta del Cabo de Buena Esperanza; el transportista así gravado puede encontrar remedio en la resolución del contrato o en el aumento del flete pactado.

Consecuencias

La indagación sobre la *ratio* del remedio generalmente oscila entre una concepción subjetivista, propensa a fundarlo en la *implícita o presunta voluntad de las partes* de condicionar la estabilidad del compromiso contractual a la estabilidad del contexto en que se actuará (como si en el contrato estuviera presente una *cláusula “rebus sic stantibus”*), y la idea más objetiva de reaccionar a un *defecto de la causa*, perturbada por el desequilibrio que la onerosidad induce en la razón de intercambio entre prestación y contraprestación. La primera tiene el inconveniente de basarse en una ficción: finge una voluntad de las partes, que no existe. La segunda no explica por qué la causa estaría perturbada por el desequilibrio inducido por eventos extraordinarios e imprevisibles, y no por el originado por eventos que no tengan tales características.

Ratio:

Concepción
subjetiva...

... y objetiva

¿Contrato u
obligación?

La indagación sobre la *ratio* es conducida también en el terreno de una distinta alternativa. ¿El remedio tiene en la mira el contrato o más bien la obligación? ¿Quiere proteger directamente el *equilibrio contractual* entre las prestaciones, o más bien la posición del *deudor gravado* (de manera que la incidencia del remedio sobre el contrato es un reflejo mediato de la tutela acordada al deudor, aunque calificado por el ser deudor por contrato)? Veremos que la disciplina del remedio oscila entre las dos inspiraciones (46.10).

3. EL DIFERIMIENTO DE LA PRESTACIÓN DEBIDA

Contratos de
duración, o
de ejecución
diferida

Es necesario que el contrato establezca un *lapso de tiempo (incluso breve) entre la celebración y la completa actuación de la prestación*. Ello sucede con los contratos de duración, sean de ejecución continuada o periódica; y con los contratos de ejecución instantánea pero diferida (24.4).

Ratio

La razón es simple: si la celebración del contrato coincidiera con su completa actuación, la onerosidad sobrevenida después de la celebración se referiría a una prestación ya agotada; pero si la prestación está agotada —es decir completamente salida de la esfera de quien la debía, y completamente entrada en la esfera de quien la esperaba— los eventos que le atañen afectan algo que en realidad *no es ya "prestación"*, sino que es ya *elemento interno al patrimonio* de la parte *accipiens*.

Prestación

Por "prestación" debe considerarse tanto el *comportamiento o resultado* deducidos en la obligación, cuanto la *realización de una vicisitud jurídica* (traslativa, constitutiva de un derecho real, extintiva). Una permuta de cosas presentes está sustraída del remedio, porque actúan inmediatamente las prestaciones traslativas; así también una venta con pago contextual del precio: la sucesiva y quizá catastrófica modificación del valor de las cosas transferidas (o del valor de la adquisición de la moneda en la que fue pagado el precio) perjudica o favorece a quien ya ha transferido o adquirido, a quien ya ha pagado o cobrado. Una venta con efecto real inmediato pero con pago dilacionado está, en cambio, sometida al remedio, por el diferimiento de la prestación correspondiente al precio; así también una venta con pago inmediato y efecto real diferido (por ejemplo, porque de cosa ajena o genérica o futura); así también una permuta entre cosa presente y cosa futura.

Transferencia
y entrega
sucesiva

Si la entrega de la cosa inmediatamente transferida es reenviada a un momento sucesivo, ello no difiere la "prestación" del enajenante en el sentido de que aquí tiene relevancia: él no puede invocar la onerosidad sobrevenida a su cargo antes de la entrega.

Diferimiento
parcial

La prestación es diferida aunque el diferimiento se refiera solo a una parte de ésta: venta con efecto traslativo inmediato, pago inmediato del precio por la mitad, dilación para la otra mitad. Aquí es diferida la prestación relativa al 50% del precio.

Los contratos con efectos traslativos o constitutivos levantan otras dudas.

¿La prestación traslativa debe considerarse diferida, si está sometida a plazo o condición suspensiva? En cuanto a la condición, la jurisprudencia oscila: responde afirmativamente en vía general; pero después niega que sea diferida la prestación de quien vende con reserva de propiedad. Quizás puede ayudar el art. 1465 sobre la imposibilidad sobrevenida (45.5): que sugiere excluir del remedio a los contratos bajo plazo (segundo párrafo), e incluir a los condicionados (cuarto párrafo).

¿Cómo considerar a la prestación constitutiva de derechos reales (usufructo, servidumbre), que implique la persistencia en el tiempo de una relación entre causante y causahabiente? Se podría decir que la prestación se extingue en la constitución del derecho. Pero podría replicarse que la prestación se prolonga más allá de esta, y desaprobarse la disparidad de tratamiento entre situaciones, en el fondo, no tan distintas: como la de quien da el goce como retribución a título de locación, y la de quien lo da a título de usufructo. Piénsese también en los deberes de mantenimiento de la servidumbre, que pueden devenir excesivamente gravosos para el titular del fundo sirviente (aquí el juego podría consistir en construirlos como obligaciones autónomas que se perpetúan más allá de la constitución del derecho). Por otro lado es necesario tener en cuenta el factor tiempo: valen al respecto consideraciones análogas a las desarrolladas sobre la resolución por incumplimiento de estos contratos (43.14).

Ninguna duda, en cambio, de que el presupuesto esté presente en el contrato de opción. Aquí la prestación no se extingue con la atribución del derecho al oponente, efecto inmediato de la celebración del contrato; la prestación es la *sujeción del concedente* a la elección potestativa del oponente, y esta *dura en el tiempo* hasta el vencimiento de la opción.

4. EL NO AGOTAMIENTO DE LA PRESTACIÓN AFECTADA POR LA ONEROSIDAD

El segundo presupuesto se refiere al tiempo en el cual sobreviene la onerosidad: este debe sobrevenir *antes de que la prestación resulte agotada*. La *ratio* es la misma del diferimiento de la prestación: no tiene sentido que se active el remedio, cuando la onerosidad afecta una prestación ya agotada.

El presupuesto del no agotamiento de la prestación afectada por la onerosidad presenta un aspecto problemático: ¿qué sucede si la onerosidad afecta a la prestación en un momento en el que esta *no está agotada* (porque de hecho el deudor no la ha cumplido), *pero debería haberla estado*, porque el plazo de su cumplimiento vencía antes del sobrevenir de la onerosidad? Es necesario distinguir, según si el retardo en el cumplimiento de la prestación, de la cual deriva la falta de agotamiento de esta en el momento debido, sea legítimo o ilegítimo.

El retardo puede ser legítimo porque esta *autorizado* en base a la voluntad de las partes (el acreedor le otorga una prórroga al deudor), o porque

Contratos con efectos reales:

sometidos a plazo o condición, ...

... o implicantes una relación que dura en el tiempo

Opción

Onerosidad sobrevinida tras el vencimiento:

retardo legítimo...

está asistido por una *justificación de ley* (excepción de incumplimiento, imposibilidad temporal): en tal caso la onerosidad sobrevenida después del plazo original deja abierta la vía al remedio.

... e ilegítimo

No así cuando el retardo es ilegítimo, es decir se configura como *incumplimiento imputable*: la parte incumplidora no puede invocar remedios contra la onerosidad sobrevenida durante su incumplimiento, cuyas consecuencias deben gravar sobre el que incumple. La regla es constantemente afirmada en jurisprudencia (a veces con la atenuación, que se puede encontrar en algún aislado pronunciamiento, de subordinarla a la constitución en mora del deudor incumplidor).

5. LA EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN: ONEROSIDAD DIRECTA E INDIRECTA

El requisito de la excesiva onerosidad de la prestación plantea dos cuestiones. La primera —¿en qué consiste la sobrevenida “onerosidad de la prestación”?— es tratada en este apartado. La segunda —¿a qué punto tal la sobrevenida onerosidad comienza a ser “excesiva”?— se tratará en el próximo.

Onerosidad directa...

¿En qué consiste la onerosidad relevante? La ley habla de “prestación... devenida excesivamente onerosa por la verificación etc.”. De este modo parece referirse a la onerosidad como a una *condición que afecta directamente la prestación debida por quien invoca el remedio* (onerosidad directa): por ejemplo A, comprometido a una provisión que se proyecta en el tiempo, lamenta que el precio de adquisición o el costo de fabricación de los bienes que él debe prestar se haya triplicado respecto al momento del contrato; X, obligado a pagar sumas en moneda extranjera, lamenta que la fluctuación y de esta haya aumentado enormemente desde el momento del contrato.

... que afecta la prestación no agotada...

Hemos dicho que la prestación no debe estar agotada. Ahora precisamos: lo que importa es el no agotamiento de la prestación directamente afectada por la onerosidad, y debida por quien invoca el correspondiente remedio. En cambio, *es irrelevante que esté o no agotada la contraprestación*: X puede pedir la resolución por la onerosidad de la provisión por él debida, incluso si la onerosidad sobreviene cuando él ya ha recibido todo el pago de la provisión; y puede hacer valer la onerosidad de su pago en moneda extranjera, aunque la fluctuación de cambio se incrementa cuando él ya ha recibido la propiedad del bien contraprestación del pago en curso.

... en su objetividad

Aún más: la onerosidad debe afectar la prestación en su objetividad, *no en las condiciones subjetivas del deudor* (aunque relevantes a los fines de la ejecución). Es relevante la onerosidad del transporte marítimo Europa/Asia determinada a cargo del transportista por el cierre del canal de

Suez; no lo sería la onerosidad determinada por la epidemia que, afectando a la tripulación del transportista, lo compele a enrolar con toda prisa una nueva tripulación la cual pretende remuneraciones muy superiores.

Pero la jurisprudencia extiende el concepto de onerosidad relevante también más allá de la onerosidad directa, incluyendo también a la que podría definirse como onerosidad indirecta: es decir, la onerosidad determinada, a cargo de la parte que debe la prestación aún no agotada, por el *envilecimiento de la contraprestación esperada*. En otras palabras: la parte lamenta no deber una prestación que se ha vuelto más difícil o costosa, puesto que su prestación queda invariada; sino más bien deber esa prestación a cambio de una contraprestación que imprevisiblemente ha perdido parte del valor que tenía al momento del contrato.

Onerosidad
Indirecta

Debe tratarse de envilecimiento objetivo, es decir de *pérdida del valor de mercado* de la contraprestación. No tiene relevancia el menor coste de esta, que ha intervenido en la esfera subjetiva de quien la debe: el destinatario de la provisión no puede invocar el remedio solo porque constata que el proveedor está en grado de ejecutarla a costos para él menores de los previsibles al momento del contrato.

Envilecimiento
objetivo

El caso típico es la devaluación monetaria: A debe aún su prestación y espera aún la contraprestación en dinero de B; la devaluación de la moneda quita valor a lo que A debe recibir, y así rinde oneroso para él ejecutar una prestación ya no adecuadamente remunerada por la contraprestación. Se tiene también aquí una alteración de la originaria razón de intercambio: que no surge de factores con directa incidencia sobre la prestación de la parte gravada, sino madura en el terreno de la contraprestación esperada (y solo indirectamente en el de la prestación debida, en cuanto materia de intercambio con la contraprestación).

Devaluación
monetaria

Sin embargo, la relevancia de la onerosidad indirecta está subordinada a la condición de que también la contraprestación envilecida no esté aún agotada al tiempo del evento que la envilece: el acreedor de la contraprestación en moneda no puede invocar el remedio si la devaluación surge después de que él ha sido ya pagado totalmente. Obviamente, por lo dicho arriba, no puede invocarla ni siquiera si la devaluación surge cuando su prestación ya está agotada (el bien por él vendido por un precio en moneda extranjera ya ha sido transferido al comprador).

No
agotamiento
de la
prestación
envilecida

En síntesis. Para activar el remedio, *es necesaria siempre que la prestación de la parte que la invoca no esté agotada* al momento de la circunstancia sobrevenida. En cuanto a la *contraprestación*, es necesario distinguir: en el caso de *onerosidad directa* (la prestación deviene más costosa o valiosa), la contraprestación puede también estar agotada al momento de la circunstancia sobrevenida; en cambio en el caso de la *onerosidad indirecta*

Síntesis

(se envilece la contraprestación), también la contraprestación debe estar, en ese momento, aún *in itinere*.

Devaluación y
principio
nominalista

Se discute sobre las relaciones entre relevancia de la devaluación monetaria *ex art.* 1467 y el principio nominalista de la moneda (*art.* 1277¹). El cuadro de las opiniones está muy articulado: en general puede decirse que las dos normas *no entran en contradicción*, porque regulan *problemas distintos*.

Art. 1277

El *art.* 1277 se refiere a la liberación del deudor: dice que, también en presencia de devaluaciones, el deudor se libera pagando el valor nominal; es decir, que el acreedor no puede pretender la adecuación de la prestación para que se tenga en cuenta el reducido valor de adquisición de la moneda que espera. El *art.* 1467 se refiere a una más compleja serie de fenómenos.

Art. 1467

Si la devaluación es devaluación de la moneda nacional respecto a la moneda extranjera en la que debe hacerse el pago, el afectado por la *onerosidad (directa)* no es el acreedor, sino el deudor de la moneda: estamos por lo tanto en un campo completamente distinto de aquel del principio nominalista. En cambio, si la devaluación determina una *onerosidad indirecta*, de envilecimiento de la contraprestación, el afectado es el acreedor de la moneda, como en la lógica del *art.* 1277. Y el *art.* 1277 opera plenamente también aquí, en el sentido de que el deudor puede liberarse pagando el valor nominal: es decir, el acreedor no tiene pretensión por la suma revalorada.

El acreedor tiene otra pretensión, que le da otra norma (*art.* 1467) que *no se refiere a la liberación del deudor de moneda, sino a la liberación del acreedor de moneda*, en cuanto, a su vez, deudor de una contraprestación contractual: la pretensión de liberarse de la obligación de contraprestar, con la resolución del contrato. Para evitarla, en todo caso es el deudor quien puede ofrecer (si desea: pero no está obligado) la suma revalorada.

Los *arts.* 1277 y 1467 operan, por lo tanto, en planos distintos. Si están vinculados, lo están sólo en este sentido: cuando en lugar del principio nominalista valiera el principio opuesto, estaría excluido ese envilecimiento de la contraprestación monetaria, que hoy puede desencadenar los remedios contra la onerosidad sobrevenida.

Onerosidad
parcial

La sobrevenida onerosidad puede ser parcial: puede afectar una parte de la prestación debida (por ejemplo, la provisión de uno solo de los tres productos a suministrar); o bien una cláusula del contrato (la cláusula penal; la cláusula de la locación que atribuye al conductor una opción que se puede ejecutar al final de la relación). Según los casos, el remedio podrá limitarse al *elemento directamente afectado*, o bien revestir *todo el contrato*: depende de la autonomía del elemento afectado respecto al resto del negocio, y a su peso en el cuadro de la integral economía de este.

La fantasía puede sugerir cuestiones intrigantes (quizá más en el plano teórico que práctico). Por ejemplo: *¿quid*, si un evento imprevisible conduce a un objetivo equilibrio un contrato nacido, por voluntad de las partes, como objetivamente desequilibrado? *¿Quid*, si la onerosidad de la prestación resulta equilibrada por un incremento del valor de la contraprestación? *¿O* si el envilecimiento de la contraprestación resulta equilibrado por un paralelo envilecimiento de la prestación?

6. SIGUE: EL ALEA NORMAL DEL CONTRATO

Vayamos a la segunda cuestión: ¿cuál es el límite en el que la sobrevenida onerosidad no es “excesiva”, porque lo deviene solo más allá de ese límite? El límite está identificado por la ley en el concepto de “alea normal del contrato”: si la onerosidad está allí, “La resolución no puede ser demandada” (art. 1467²).

Onerosidad
“excesiva”:

Todo contrato expone a las partes a algún riesgo: alea normal del contrato es *la tipología y la medida del riesgo que la parte implícitamente asume con el contrato* (implícitamente, porque si la asunción del riesgo estuviera explicitada en una cláusula, el régimen de la circunstancia sobrevenida derivaría de la voluntad de las partes y no de la ley).

el criterio del
alea normal

Aquel depende, en primer lugar, del tipo contractual, dado que *todo tipo incorpora un distinto plan de repartición de los riesgos* entre los contratantes: quien debe proveer una manufactura asume riesgos distintos, según si prometa la provisión a título de contrata o de venta (de cosa futura); distinto es el riesgo asumido por quien debe prestar servicios, según que se comprometa con un contrato de obra o de trabajo subordinado o de agencia.

Factores
relevantes:

tipo
contractual...

Pero a la consideración del tipo debe agregarse la apreciación del dato personalizado que concurra a diseñar el plan de repartición de los riesgos concretamente adoptado por las partes (el particular *objeto* del contrato; *cláusulas* extrañas a la disciplina del tipo; negociadas *ad hoc*; la específica *coyuntura de mercado* en el que el contrato se inserta; etc.). Así, si el contrato pertenece a un mercado en donde son habituales las violentas oscilaciones de los precios (piénsese en la bolsa), podrá entrar en el alea normal una medida de desequilibrio que se debería, en cambio, considerar “excesiva” en mercados más tranquilos.

... y datos
personalizados

El tiempo al cual hay que referirse para medir el valor de las prestaciones a confrontar no está dicho que sea *aquel en el que se produce el evento* que primariamente causa la onerosidad. Es necesario tener en cuenta eventuales correcciones sucesivas: puede darse que una sobrevenida onerosidad inicialmente excesiva descienda luego por debajo del límite del alea normal, o incluso entre completamente (o viceversa). El tiempo relevante es *el del juicio*.

Tiempo de
referencia

7. LA IMPREVISIBILIDAD

El cuarto presupuesto es que la onerosidad sobrevenida se determine “por la verificación de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles” (art. 1467¹).

Tipologías de eventos

El acontecimiento puede ser *natural* o *humano*. Puede ser *técnico*, *económico*, *político*, *normativo*: también una nueva ley es valorable como fuente de onerosidad sobrevenida (no, sin embargo, si contempla y regula ella misma los perjuicios que puedan derivarse sobre las partes de las relaciones contractuales en curso; y cfr. 46.12).

En la praxis de los intérpretes, la doble adjetivación se contrae: el parámetro de lo extraordinario no recibe autónoma relevancia, y termina absorbido en el de la imprevisibilidad: que resulta siendo el único que manda el juicio.

Criterio del hombre promedio...

Es previsible —dice la jurisprudencia— lo que un “hombre promedio” podría prever al momento del contrato. Pero agrega (y corrige): a la luz de la naturaleza del contrato, de las cualidades de los contratantes, de las condiciones del mercado y, en definitiva, de todo significativo elemento individualizador. En base a estos criterios, corresponde al juez identificar, en relación al caso específico, el límite de la previsibilidad a fin de verificar si la circunstancia sobrevenida entre allí o no: juicio de hecho, incensurable en casación.

... y criterios individualizadores

Datos relevantes:

El juicio gira esencialmente sobre dos datos: el grado de especificidad y el grado de probabilidad del hecho sobrevenido, al cual referir la posibilidad de preverlo. Mientras más alto sea el grado de especificidad que se asume, más fácilmente el hecho deberá considerarse imprevisible: indudablemente es previsible la genérica posibilidad que en un futuro existan guerras; un poco menos previsible que existirá una guerra entre Israel y los países árabes; aún menos previsible —más bien, imprevisible— que la guerra árabe-israelí estallará en los próximos 10 días y llevará al cierre del canal de Suez. Identificado el hecho en su justo grado de especificidad, cuenta luego el margen de probabilidad de su verificación: es previsible un hecho probable al 50%; es imprevisible un hecho con el 0,5% de probabilidad; en cuanto a un hecho probable al 10% se puede discutir.

especificidad...

... y probabilidad del evento

Históricamente, se registra una *progresiva atenuación del rigor del parámetro*: en el pasado los jueces negaban la imprevisibilidad de hechos, que en una época posterior habrían calificado imprevisibles (concediendo así el remedio, en casos en los que antes lo excluían).

Jurisprudencia sobre la inflación

Emblemática es la jurisprudencia sobre la inflación y la consecuente pérdida de poder de adquisición de la moneda (uno de los campos privilegiados para la invocación de los remedios contra la excesiva onerosidad). En el periodo inmediatamente posterior al código, se negaba el remedio al contratante que se encontraba en la situación de dar cosas de valor estable recibiendo a cambio moneda devaluada: la solución venía justificada con el criterio según el cual no serían nunca imprevisibles eventos (como la inflación) de *alcance general*, que inciden sobre todo el contexto de la economía nacional.

Seguidamente este prejuicio es abandonado: incluso un evento general puede ser relevante como fuente de onerosidad sobrevenida; por lo tanto, en teoría, también la inflación. En teoría: pero en la práctica, ¿cómo considerar imprevisible un evento que es estructural e inevitable en los modernos sistemas económicos, al menos en alguna medida? La respuesta se construye precisamente sobre el terreno de la *medida*: que exista un poco de inflación se da por descontado, y por lo tanto es previsible; pero puede ser imprevisible el alza brusca de la tasa de inflación. El juicio depende del contexto: si se contrata con una inflación que gira en torno al 2%, es imprevisible que esta se eleve al 9%; tasa no imprevisible, distinto, en cambio, si al momento del contrato la inflación era ya del 7,5%.

Puede tener notable importancia la duración del contrato: mientras más larga, más aumenta el grado de probabilidad, y por lo tanto de previsibilidad, de ciertos eventos.

El juicio sobre la imprevisibilidad de la circunstancia sobrevenida se entrelaza (y a veces termina por confundirse) con el de la medida excesiva de la onerosidad, o de la superación del alea normal del contrato. Juzgar si es *previsible o imprevisible* una cierta tasa inflacionaria no es muy distinto que juzgar si *entre o no en el riesgo asumido* por la parte acreedora de la moneda. Y juzgar si una circunstancia sobrevenida entre o no en el alea normal del contrato implica también valorar el grado de previsibilidad.

Imprevisibilidad
y alea normal

Se ha dicho que los remedios legales contra las circunstancias sobrevenidas no tienen espacio cuando la circunstancia ha sido contemplada y regulada por las partes con una cláusula del contrato. Precisamos ahora que ello vale solo cuando *la circunstancia sobrevenida realiza exactamente el riesgo deducido en la cláusula, y no un riesgo distinto o mayor*. Si las partes indexan a una cierta tasa la suma a pagar, no se puede decir que todo problema de inflación esté absorbido y todo remedio legal puesto fuera de juego por la cláusula: si una imprevisible llamarada inflacionaria hace la tasa pactada completamente inadecuada para recuperar el valor de adquisición de la moneda, la cláusula no impide la invocación del art. 1467.

Previsión
contractual

8. LOS REMEDIOS: LA RESOLUCIÓN. POSICIÓN DE LA PARTE GRAVADA

Si se realizan los presupuestos indicados, la parte afectada por la circunstancia sobrevenida "puede demandar la resolución del contrato" (art. 1467¹). La resolución es por lo tanto el remedio primario contra la onerosidad sobrevenida.

La resolución es remitida a la elección exclusiva de la parte gravada: como es natural, tratándose de remedio dado en su interés. (Veremos que también la contraparte tiene algún poder de influir sobre la suerte del contrato: si la parte gravada decide por la resolución, la contraparte puede evitarla ofreciendo reducir el contrato a equidad. La parte gravada, contrariamente, no tiene el autónomo poder de provocar la reducción del contrato a equidad: 46.9).

El remedio se activa, normalmente, planteando judicialmente la demanda de resolución; por tanto haciendo valer la onerosidad en vía de acción.

Acción

Excepción Nos preguntamos si se puede hacer valer también en vía de excepción. La cuestión involucra aspectos distintos, que conviene distinguir.

Si en un contrato de duración A demanda a B por el cumplimiento, B puede defenderse excepcionando la excesiva onerosidad, y alegando que en virtud de esta el contrato se ha resuelto (se tratará, propiamente, de una excepción reconvenzional).

La onerosidad no justifica el incumplimiento

Otra cuestión es si la onerosidad dé a la parte gravada una razón para rechazar legítimamente, antes y más allá de un juicio, la pretensión de cumplimiento de la contraparte; en otros términos, si constituya una justificación de su incumplimiento. Parece preferible la respuesta negativa. Cuando la ley ha querido sancionar que el incumplimiento de la parte está justificado por el de la contraparte, ha codificado la excepción de incumplimiento (art. 1460): en cambio, no ha codificado ninguna excepción de onerosidad. La víctima de la onerosidad no está solo por ello liberada de su compromiso de cumplimiento: si quiere liberarse, no puede permanecer inerte sino que tiene la carga de asumir la correspondiente iniciativa (necesaria para hacer saber a la contraparte que el contrato está en crisis y no tendrá futuro, y para consentirle eventualmente predisponer una oferta de reducción a equidad).

Carga de actuar en juicio

El *incumplimiento anterior a la circunstancia sobrevenida* precluye al incumplidor el remedio (46.4). El *incumplimiento posterior a la circunstancia sobrevenida* no precluye el remedio, pero no está justificado (por una excepción de onerosidad sobrevenida, que no existe). Por lo tanto, el incumplidor responde por el daño producido por el incumplimiento hasta la demanda de resolución por excesiva onerosidad, que él haya tardíamente propuesto (y que sea luego estimada). Más bien, antes de que el gravado incumplidor plantee tal demanda, bien podría la contraparte prevenirlo y pedir contra él la resolución por incumplimiento: a este punto la excepción de onerosidad será tardía y no influyente.

Declaración extrajudicial

Surge la pregunta de si, con el fin de justificar el propio incumplimiento, la parte gravada deba necesariamente plantear una demanda judicial de resolución, o pueda limitarse a una declaración extrajudicial con la que se lamente de la onerosidad e indique su intención resolutoria. Depende. Si la contraparte no responde o incluso cuestiona, la parte gravada tiene la carga de pasar a la iniciativa judicial; pero si la respuesta de la contraparte es tal, de suscitar confianza respecto a su "comprensión" por la situación del gravado, a la sucesiva pretensión de cumplimiento y/o resarcimiento podrá oponerse una excepción de dolo general.

Sentencia constitutiva

La resolución por excesiva onerosidad deriva de una sentencia que la pronuncia, habiéndose determinado sus presupuestos: se trata de una sentencia constitutiva.

Según el modelo común, la resolución no retrotrae frente a los terceros, pero es retroactiva entre las partes, generando *obligaciones de restitución*. Por lo demás, la retroactividad se remonta al momento del contrato solo para los contratos de ejecución diferida (piénsese en la venta resuelta a iniciativa del vendedor por envilecimiento del precio diferido). En cambio, en los contratos de duración esta *no perjudica las prestaciones ya ejecutadas*, o más precisamente ejecutadas antes de la circunstancia sobrevenida onerosa: si el suministro deviene oneroso dos años después de su inicio, las prestaciones del primer bienio no se tocan.

Retroactividad entre las partes

Contratos de duración

Puede luego pensarse que la retroactividad tenga, para otros fines, un *dies a quo* distinto. Por ejemplo, que se remonte a la demanda judicial cuando se trata de marcar el límite temporal de la responsabilidad del gravado incumplidor: cuyo incumplimiento, como se ha visto, no está justificado por la circunstancia sobrevenida hasta que no plantee la demanda. Podría parecer raro que él responda por el incumplimiento de prestaciones que, si hubieran sido ejecutadas, serían repetibles: en realidad, tan raro no es.

Otros términos de la retroactividad

9. SIGUE: LA REDUCCIÓN A EQUIDAD

“La parte contra la que se ha demandado la resolución podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato” (art. 1467³). La reducción a equidad es un derecho potestativo del demandado en resolución, que este ejercita —en su interés— cuando valora que la utilidad de conservar el contrato valga más que el sobreprecio que debe desembolsar para reducirlo a equidad.

Derecho potestativo del demandado

El mecanismo está en gran medida superpuesto al de la reducción a equidad del contrato rescindible. Pueden reproducirse aquí las observaciones desarrolladas en esa sede: sobre la legitimación exclusiva del demandado (la reducción a equidad no puede ser pretensión del gravado, y tanto menos aplicada por el juez de oficio); sobre la calificación del ofrecimiento del legitimado como negocio unilateral recepticio; sobre su planteamiento en sede judicial y extrajudicial; sobre las consecuencias de los diversos posibles comportamientos del destinatario del ofrecimiento (40.6).

Remisión a la disciplina de la rescisión

Sin embargo, existe una diferencia significativa, que se refiere al aspecto esencial del mecanismo: cuáles contenidos deba tener el ofrecimiento, cuál tipo de reequilibrio deba proponer, para ser idóneo para neutralizar la resolución. Sabemos que, respecto al contrato rescindible, la reducción a equidad debe *recuperar la integridad del desequilibrio de valores*. Para el contrato resoluble, puede en cambio pensarse que baste menos: que sea necesario ya no reestablecer el equilibrio original de las prestaciones, sino ofrecer *lo que sea suficiente para reponer el desequilibrio dentro de los límites del alea normal del contrato*.

Diferencia: el nivel de reequilibrio

Ratio

Ello se obtiene no tanto de la distinta formulación de las normas (“modificación del contrato suficiente como para reestablecer la equidad” en el art. 1450; “modificar equitativamente las condiciones del contrato” en el art. 1467³), sino de la *distinta naturaleza de los defectos del contrato*, contra los que se reacciona. La sobrevenida onerosidad que grava a una parte no depende de la otra, y sería perfectamente fisiológica y tolerada si no excediese el alea normal del contrato: recuperar el margen de excedencia lleva al contrato a su justa fisiología. En cambio el contrato rescindible surge del ilícito aprovechamiento de una parte contra la necesidad de la otra: limitarse a llevar el desequilibrio *infra dimidium* dejaría al aprovechador un premio por su ilícito.

10. EL REMEDIO PARA LOS CONTRATOS GRATUITOS

No resolución
sino revisión
de la
prestación

El art. 1468 se ocupa del caso en el cual la onerosidad afecta la prestación debida en base a un “contrato en el que solo una de las partes ha asumido obligaciones”. Aquí el remedio para la parte gravada (que obviamente coincide con la obligada) no es la resolución, sino el derecho de “pedir una reducción de su prestación o una modificación en las modalidades de ejecución, suficientes para reconducirla a equidad”.

Ratio

La razón es evidente. Si no existiera esta norma, el obligado pediría la resolución, y frente a esta perspectiva es cierto que la contraparte ofrecería la reducción a equidad: porque ofreciéndola conserva al menos parte de la ventaja unilateral que el contrato le da, mientras si no lo ofreciera perdería aquella ventaja por completo. Tanto vale saltar un paso, y decir sin más que la consecuencia de la onerosidad no es la resolución sino exclusivamente la reducción a equidad; y a estar a que esta se configure, para los contratos en cuestión, como el único remedio contra la onerosidad, es obvio que quien se valga de ello sea la parte gravada (y no la contraparte, como está previsto por el art. 1467³).

Naturalmente deben subsistir los conocidos presupuestos: diferimiento y falta de agotamiento de la prestación afectada; imprevisibilidad; superación del alea normal. Sobre el contenido del remedio, puede reenviarse a lo dicho arriba (46.9): con la advertencia de que aquí el reequilibrio no puede hacerse retocando una retribución que no existe; se debe trabajar exclusivamente sobre la prestación afectada.

Contratos
Interesados
por el
remedio...

La fórmula de los contratos en los que “solo una de las partes ha asumido obligaciones” evoca la del art. 1333, relativa a los contratos con obligaciones solo del proponente, que se celebran sin aceptación (6.4): son esencialmente los *contratos gratuitos*.

... y contratos
del art. 1333:

ámbitos
distintos

En realidad, los fines del todo distintos del art. 1333 (regular la formación del contrato-acto) y del art. 1468 (remediar un defecto del contrato-relación) hacen improbable la plena coincidencia entre los ámbitos de las dos normas. El art. 1333 no cubre la donación, cuyo formalismo requiere un distinto procedimiento de celebración; ni los contratos reales gratuitos, que exigen la entrega; ni tal vez el mandato gratuito, porque implica obligaciones

(aunque no recíprocas, sino solo instrumentales) de provisión o reembolso a cargo del mandante, y una intrusión del mandatario en su esfera, que no parece compatible con la falta de aceptación. En cambio, todos estos contratos están abiertos al remedio del art. 1468.

Los respectivos campos de aplicación de los arts. 1467 y 1468 no siempre son netamente distintos. Considérese una opción, o un preliminar unilateral: si frente al derecho concedido se establece una retribución para el concedente, se aplica el art. 1467; si no se establece una retribución se aplica solo el art. 1468. Pero la retribución (que es como decir la causa) puede ser implícita, o correlativa solo indirectamente al derecho concedido, como sucede por ejemplo cuando la opción es uno de los tantos elementos de un más amplio contexto negocial (7.9): lo que complica el desciframiento.

También por esto, autorizada doctrina favorece una *combinación de los campos de aplicación* de los arts. 1467¹ y 1468 (y de los correspondientes remedios). Observa que en ciertos casos también el contrato gratuito (sometido por el art. 1468 a la sola reducción a equidad) podría soportar la resolución: por ejemplo, la opción, justamente; o bien la fianza por deudas futuras, cuando el garantizado no haya aún dado crédito. Y observa que, por el contrario, se recomendaría solo el remedio de la reducción a equidad, con exclusión de la resolución, para ciertos contratos que en cambio se consideran comúnmente sometidos al art. 1467: los contratos en los que una de las prestaciones haya sido ya completamente agotada en el momento en el cual la onerosidad sobreviene a afectar a la otra. La tesis es sugestiva: pero hasta ahora aislada.

El art. 1468 podría sugerir que el remedio contra la excesiva onerosidad no sea un remedio sinalagmático, y ni siquiera propiamente contractual, en cuanto apunta no a aliviar a *un contratante* vinculado en una relación de intercambio con otro contratante, sino más bien a *un deudor*. La tesis encontraría confirmación en el art. 2058². Pero vendría enérgicamente desmentido por la indiscutible orientación que concede el remedio también por el envilecimiento de la contraprestación esperada: es claro que aquí el remedio está dado no a un deudor en dificultad con su prestación, sino a un contratante que ve alterada en su daño la razón de intercambio del contrato.

11. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS REMEDIOS: LA EXCLUSIÓN DE LOS CONTRATOS ALEATORIOS

El ámbito de aplicación de los remedios contra la onerosidad sobrevinida se define a través de una serie de pasos, algunos de los cuales ya conocidos.

Es conocido el primer paso: están sujetos a los remedios los *contratos de duración* y los *de ejecución diferida*; están excluidos los contratos de ejecución instantánea e inmediata.

Resolución y
reducción:
Incertidumbre
de sus límites

Contrato y
obligación

Es conocida también la articulación de los dos subámbitos, a los que corresponden dos diversos órdenes de remedios: a los *contratos gratuitos* (con obligaciones de una sola parte) se aplica exclusivamente la reducción a equidad; a los *contratos onerosos* se aplica en vía primaria la resolución, y en vía eventual la reducción a equidad.

Contratos
aleatorios

Pero la más notable contribución a circunscribir el área cubierta por los remedios contra la excesiva onerosidad viene, negativamente, del art. 1469: los remedios “no se aplican a los contratos aleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes”. La clase de los contratos aleatorios —caracterizados por el riesgo jurídico-económico, que hace incierta la prestación— ha sido ya examinada (18.13-14), en su doble variante: contratos aleatorios típicos (“por naturaleza”); y contratos aleatorios atípicos “por voluntad de las partes”).

Ratio de la
exclusión

Se ha visto que los contratos aleatorios están excluidos de la rescisión por lesión (40.7). Es aún más evidente el motivo de su exclusión de los remedios por onerosidad sobrevenida. Haciendo el contrato, la parte sabe que la prestación es a riesgo: más bien, lo hace precisamente para correr el riesgo de la prestación, que pertenece a su causa. Si *el riesgo se realiza y afecta la prestación*, aunque por un evento no específicamente previsible, ello pertenece a la *fisiología del contrato*.

Límites de la
exclusión

El motivo de la exclusión define al mismo tiempo los límites. Los contratos aleatorios escapan a los remedios contra la onerosidad sobrevenida, solo *en cuanto la circunstancia sobrevenida realice exactamente el riesgo jurídico-económico* que —en el diseño legal del tipo, o en el orden querido por las partes— constituye el alea de ese determinado contrato; pero si realiza un riesgo mayor o distinto, los remedios operan.

Aplicabilidad
de los
remedios si
se realiza un
riesgo distinto
del alea
típico...

Ello vale para los contratos aleatorios típicos: destruida por incendio la cosa asegurada contra los daños, el asegurador no puede liberarse de la obligación de indemnizar al propietario alegando que el incendio era imprevisible y que la indemnización excede enormemente las primas recibidas; pero si el asegurador lamenta que la dramática devaluación monetaria hace irrisorias las primas pactadas frente al valor de la cosa asegurada (y por tanto de la eventual prestación indemnizatoria), puede invocar los remedios. Y tiene remedios aunque cambie (disminuya, o bien aumenta) el mismo riesgo asegurado: arts. 1897-1898.

... o del alea
pactado

Pero vale también para los contratos aleatorios atípicos (construidos como aleatorios por las partes, torciendo un tipo conmutativo): con la reserva de que aquí el juicio podrá ser más difícil, tratándose de interpretar el conjunto de las cláusulas para entender cuáles riesgos estén endosados a

una u otra parte; y si ellos integren propiamente ese riesgo jurídico-económico, sin el cual no existe alea en sentido técnico.

12. SIGUE: OTRAS CUESTIONES

A veces se asoma la idea de que, en el ámbito de los contratos onerosos, debe recortarse una zona sustraída a los remedios contra la onerosidad sobrevenida: estos cubrirían solamente los contratos sinalagmáticos; quedarían excluidos los contratos asociativos (en particular los de sociedad). La exclusión neta no está justificada (como no lo está la tesis que sustrae a los contratos asociativos de la resolución por incumplimiento: 43.18). Se deberá distinguir: si el riesgo imprevisible *afecte el conjunto de las prestaciones de todos los socios en cuanto destinadas a la organización social*, entonces se trata de un riesgo social que cada socio ha elegido correr y debe soportar; pero si, en cambio, afecta en modo diferenciado la prestación del socio singular, contra este riesgo individual no existe razón para negar los remedios.

Contratos
asociativos:

riesgo social...

... o Individual

Se ha sostenido también que los remedios sean inaplicables a los contratos preliminares, porque la onerosidad afectaría no la prestación propia de estos (celebrar el definitivo), sino la prestación deducida en el definitivo. La tesis debe ser rechazada, por lo absurdo de las consecuencias: la parte afectada por la circunstancia sobrevenida debería celebrar el definitivo, salvo pedir luego la resolución por la onerosidad sobrevenida ya en pendencia del preliminar. El sentido común exige que los remedios se activen ya contra el preliminar.

Contrato
preliminar

La jurisprudencia se ha negado a aplicar el art. 1467 a los mutuos en Ecu (la unidad de cuenta que ha precedido al Euro), devenidos muy onerosos para los mutuuarios italianos, en los años anteriores al 2000, a causa del desfavorable andamiento del cambio entre la lira y las otras divisas europeas. Los jueces han motivado, principalmente, basándose en la cláusula que atribuye al mutuuario el riesgo de cambio, presente en los contratos: algunas sentencias han visto un elemento que hace el contrato convencionalmente aleatorio *ex art. 1469*; otras un elemento que hace entrar la onerosidad en el alea normal del contrato *ex art. 1467³*. Otras motivaciones han sido: que la variación de los cambios no era imprevisible; que la onerosidad sobrevenida a cargo de los mutuuarios no puede decirse excesiva; que el remedio no es aplicable al mutuo, en cuanto contrato no sinalagmático (!).

Mutuos en
Ecu

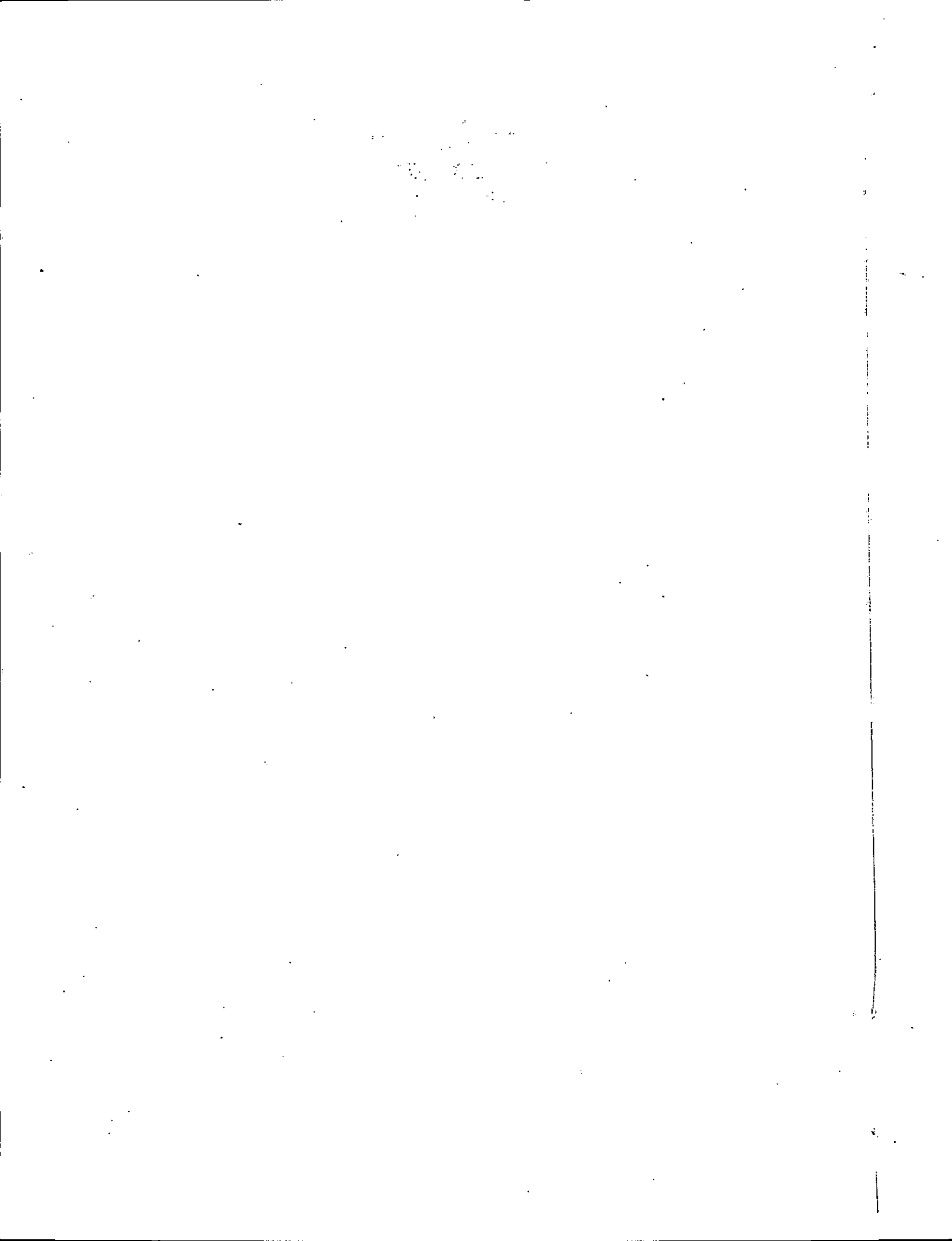
Se ha dicho que del campo del art. 1467 quedan fuera las prestaciones conformadas por normas imperativas; de manera que, frente a la ley que proroga imperativamente los contratos de locación bloqueando las rentas, el locador no podría reaccionar contra el contrato devenido para él excesivamente oneroso. La tesis puede compartirse, limitadamente a los casos en los cuales la onerosidad sufrida afecte precisamente el interés que la política del legislador ha querido sacrificar; no, en cambio, si la onerosidad afecta un interés distinto.

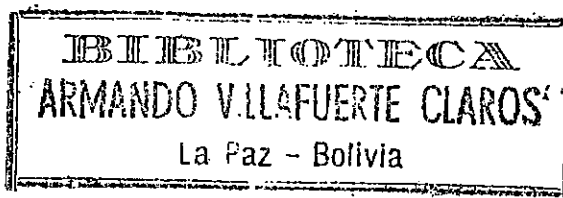
Prestaciones
conformadas
por normas
imperativas

BIBLIOGRAFÍA

- 1-12. V. MARTINO, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, en *Contratti Cendon*, XIII, Torino, 2000, p. 519; S.E. CIRIELLI, *Eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione contrattuale*, en AA.VV., *I precedenti*, al cuidado de G. Alpa, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, II, Torino, 2000, p. 793; E. GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, en *Trattato contratti Rescigno*, Torino, 1999, p. 1559; A. VESSICHELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone. Aggiornamento*, III, Torino, 1999, p. 2391; A. VALLA, *Autotutela della p.a. ed eccessiva onerosità dell'offerta*, en *Urbanistica e appalti*, 1998, p. 67; A. CERVINI, *Risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta dei mutui in valuta*, en *Giustizia civile*, 1997, I, p. 1417; F. DI MARZIO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta dei contratti di mutuo indicizzati all'Ecu*, en *Giustizia civile*, 1997, I, p. 1098; G. ACCARDO, *L'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione nei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, II, p. 1; G.C. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Milano, 1996; L. STANGHELLINI, *Eccessiva onerosità sopravvenuta degli impegni contrattuali del debitore assoggettato alla procedura di liquidazione del gruppo Efim?*, en *Rivista di diritto dell'impresa*, 1994, p. 521; F.A. MAGNI, *Preliminare di compravendita, eccessiva onerosità e comportamento dei contraenti*, en *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, 1, p. 1555; G. CRICENTI, *Inadempimento, eccessiva onerosità e ruolo della buona fede*, en *Giurisprudenza di merito*, 1993, p. 628; G. DE NOVA, *Risoluzione per eccessiva onerosità e convenzione di Vienna*, en *Contratti*, 1993, p. 580; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; P.E. CORRIAS, *Ritardo imputabile, eccessiva onerosità e principio di autoresponsabilità nell'appalto*, en *Rivista giuridica sarda*, 1992, p. 652; G. GROPPI, *Contratto di locazione e risoluzione per eccessiva onerosità*, en *Archivio delle locazioni e condominio*, 1992, p. 835; R. SABATO, *La sopravvenienza nell'appalto privato*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1992, II, p. 9; P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, VII, Torino, 1991, *ad vocem*; A. VESSICHELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, IV, 2, Torino, 1991, p. 980; E. GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, en *Contratto e impresa*, 1991, p. 479; F. MACARIO, *Eccessiva onerosità, riconduzione ed equità e poteri del giudice*, en *Il Foro italiano*, 1990, I, p. 565; R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, *ad vocem*; G.B. FERRI, *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, en *Quadrimestre*, 1988, p. 54; F. BONELLI, *Risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1988, p. 1; E. GABRIELLI, *Tipo negoziale, prevedibilità dell'evento e qualità di parte nella distribuzione del rischio contrattuale*, en *Giurisprudenza italiana*, 1986, I, 1, p. 1705; L. MARINO, *Preliminare, eccessiva onerosità sopravvenuta, offerta di riduzione ad equità*, en *Giurisprudenza italiana*, 1985, I, 1, p. 361; P. TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, Milano, 1983; A. GENTILI, *Presupposizione, eccessiva onerosità e sopravvenienza*, en *Giurisprudenza italiana*, 1983, I, 1, p. 1737; M. BESSONE - And. D'ANGELO, *"Presupposizione", sopravvenienza di eventi e problemi di teoria generale del contratto*, en *Rivista*

- del notariato, 1981, p. 1005; R. PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*, en *Il Foro italiano*, 1981, I, p. 2132; P. TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, en *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, *ad vocem*; O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979; M. BESSONE, *Impossibilità economica della prestazione clausola generale di buona fede e giudizio di equità*, en *Il Foro italiano*, 1979, V, p. 49; G. OSTI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza*, en *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973, p. 239; G. OSTI, *Clausola rebus sic stantibus*, en *Novissimo digesto italiano*, III, Torino, 1959, *ad vocem*; E. REDENTI, *Sulla nozione di eccessiva onerosità*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1959, p. 344; G. PINO, *La eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione*, Padova, 1952; A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950; C. BRACCIANTI, *Degli effetti delle eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Milano, 1946.
5. F. CARBONETTI, *Indicizzazione e contratto nell'età dell'inflazione*, Milano, 1988; P. TARTAGLIA, *L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie*, Milano, 1987; M. TRIMARCHI, *Svalutazione monetaria e ritardo nell'adempimento di obbligazioni pecuniarie*, Napoli, 1983; N. IRTI, *Inflazione e rapporti tra privati*, en *Giustizia civile*, 1981, p. 308; R. PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*, en *Il Foro italiano*, 1981, I, p. 133; E. QUADRI, *Questioni giuridiche sull'inflazione*, Bari, 1981; G. CARLI, *L'inflazione e i suoi riflessi sull'ordinamento giuridico*, en *Giustizia civile*, 1981, II, p. 298; E. QUADRI, *Il comportamento del debitore nella dinamica della risoluzione per eccessiva onerosità*, en *Rivista di diritto civile*, 1976, I, p. 333; O. CAGNASSO, *Appunti in tema di sopravvenienza contrattuale e svalutazione monetaria*, en *Giurisprudenza italiana*, 1980, I, 2, p. 420; E. QUADRI, *Congiuntura economica e svalutazione monetaria: osservazioni in tema di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, en *Studi in onore di L. Coviello*, Napoli, 1978, p. 660; G. FERRI, *Tendenza giurisprudenziali in tema di svalutazione monetaria*, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1949, p. 408.
 6. L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000; M. LIPARI, *Il rischio nell'appalto e l'alea normale del contratto*, en *Diritto dell'impresa*, 1985, p. 187; A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1960, I, p. 415.
 7. M. LIPARI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità: la struttura del giudizio di prevedibilità e la rilevanza dell'inflazione*, en *Giustizia civile*, 1985, I, p. 2795.
 8. R. GALBIATI, *Sulla deducibilità in via di eccezione della eccessiva onerosità*, en *Giurisprudenza italiana*, 1984, I, 1, p. 1665.
 9. L. MARES, *L'offerta di riduzione ad equità nel contratto eccessivamente oneroso*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, II, p. 53; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; A. DI MAJO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e reductio ad aequitatem*, en *Corriere giuridico*, 1992, p. 662; E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, en *Rassegna di diritto civile*, 1985, p. 710.





CAPÍTULO XLVII

PRESUPOSICIÓN Y REMEDIOS DE MANTENIMIENTO (DE ADECUACIÓN DEL CONTRATO)

1. Inadecuación de los remedios codificados.— 2. La presuposición: el problema.— 3. Las reglas de la presuposición.— 4. Los contratos de (larga) duración y la exigencia de estabilidad de la relación: inadecuación de los remedios ablativos.— 5. Los remedios de mantenimiento (de adecuación del contrato): remedios legales.— 6. Remedios convencionales.— 7. El remedio legal de última instancia: obligación de renegociar y su actuación específica.— *Bibliografía.*

1. INADECUACIÓN DE LOS REMEDIOS CODIFICADOS

Los remedios generales contra los contratos defectuosos, ilustrados en los precedentes capítulos, no responden de manera concluyente a los innumerables problemas que el contrato puede plantear. Diciendo “contrato”, se entiende sobre todo la relación contractual: en cuyo desenvolvimiento, intereses de una parte, mercedores de tutela, pueden encontrarse injustamente perjudicados sin que el supuesto dé hecho de lugar a la aplicación de ningún remedio legal típico, o en todo caso de ningún remedio idóneo para la eficaz protección del interés lesionado o amenazado.

La inadecuación del sistema de los remedios codificados puede manifestarse bajo un doble perfil.

Puede existir inadecuación en la descripción de los supuestos de hecho que dan lugar a algún remedio. Sucede algo, en el contrato, que justificaría la liberación del vínculo en el interés de una parte: pero el contrato no es nulo, ni anulable, ni rescindible, ni resoluble por ninguna de las tres causas generales de resolución, ni finalmente sujeto a una separación remedial de la parte necesitada de protección. Es necesario entonces *pensar algún remedio nuevo, no codificado*: responde a esta exigencia la figura de la presuposición, creada *praeter legem* por la doctrina y por la jurisprudencia (47.2-3).

Inadecuación:

en la descripción de los supuestos de hecho remediables...

... y en la
definición de
los remedios

Puede existir inadecuación en la definición de los específicos remedios que la ley prevé contra el contrato defectuoso. Los remedios legales son generalmente *ablativos*: se dirigen a liberar a las partes de sus compromisos contractuales, cancelando el contrato (sus efectos). Pero a menudo esta solución no es satisfactoria, porque la eficaz protección de los intereses merecedores de tutela, implicados en el contrato, requeriría no la cancelación de este, sino su mantenimiento con los diversos contenidos necesarios para obviar el defecto que lo aflige: de aquí la *búsqueda de remedios de mantenimiento*, que salven el contrato adecuándolo (47.4-7).

2. LA PRESUPOSICIÓN: EL PROBLEMA

Un caso

A compra a B un terreno edificable, pagándolo al precio de un terreno edificable, porque quiere edificar allí; pero poco después el plan regulador cambia, y el terreno se convierte en no edificable: el contrato se convierte de este modo en pesadamente dañoso para A.

Inaplicabilidad
de los
remedios
codificados

Si se hubiera pactado la condición resolutoria de la sobrevenida no edificabilidad, A podría invocar la disolución del contrato; pero el contrato no está condicionado. ¿A dispone de algún remedio legal, para liberarse del vínculo? No puede pedir la anulación por error, alegando que ignoraba la perspectiva de la no edificabilidad, luego verificada: el error de previsión, que recae sobre eventos futuros, no es relevante porque se considera error en los motivos no esencial (35.3). No puede pedir la resolución por excesiva onerosidad, por ejemplo, porque las prestaciones no estaban diferidas, o están agotadas (47.3-4). Estando a las normas codificadas sobre los remedios contractuales, A permanecería vinculado al contrato que lo perjudica: resultado que suena injusto.

Aplicabilidad
de la
presuposición

Pero en el derecho viviente ese injusto resultado no pasa: A puede invocar el principio de la presuposición; y el juez estima su demanda de liberarse del contrato, determinando que *ha venido a menos un presupuesto del contrato* mismo (la edificabilidad del terreno).

Elaboraciones
alemanas

La figura de la presuposición (*Voraussetzung*) fue elaborada por la pandectística alemana de mitad del 800, en un contexto en el que no existía una norma como nuestro art. 1467: su justificación teórica era la *voluntad implícita de las partes*, ya que se consideraba que estas, sin expresarlo, hubieran condicionado su consentimiento al presupuesto luego venido a menos. En los primeros años del 900, siempre en Alemania, la figura fue reelaborada en una perspectiva menos subjetivista: se hablaba de una *situación de base del negocio* (*Geschäftsgrundlage*), cuyo venir a menos habría destruido el fundamento del negocio mismo, privándolo de su eficacia.

Art. 1467

La introducción del art. 1467 es un ulterior paso en el desarrollo de la figura, y en su progresiva objetivización: en efecto la norma da puntual respuesta a muchos de los problemas

que antes de ella se afrontaban con la teoría de la presuposición. A muchos, pero, como se ha visto, no a todos. He aquí por qué esa teoría continúa, incluso entre nosotros, siendo difusamente aplicada.

3. LAS REGLAS DE LA PRESUPOSICIÓN

La jurisprudencia está bastante asentada al definir los caracteres de la presuposición, o los requisitos necesarios para que esta opere.

El "presupuesto" puede ser una *situación de hecho o de derecho*.

Puede referirse a una situación *presente o futura*.

Debe ser *objetivo y externo al contrato*: es decir independiente de la voluntad y de la actividad de los contratantes, y no deducido como materia de una obligación contractual.

No debe estar contemplado por el contrato.

Debe ser *compartido por ambas partes*; o, si es asumido por una sola de estas para que refleje su exclusivo interés, cuanto menos *conocido por la otra*.

Debe ser considerado por las partes (o por una parte, en el conocimiento de la otra) como dotado de *valor determinante* para la constitución o la permanencia del vínculo contractual.

Debe ser *percibido como cierto*: si las partes lo percibieran como incierto, tal percepción autorizaría a pensar (o al menos a sospechar) que estas han aceptado el riesgo de su inexistencia o de su venir a menos, contra el cual no pueden después insurgir.

Se ha ejemplificado la presuposición con el caso del terreno que se convierte en no edificable. Otros ejemplos, tratados por la reciente jurisprudencia son el contrato para provisión de combustible y conexas construcción de una estación de servicio como un proyecto agregado: la sobrevenida normativa regional impone una radical variante al proyecto. Preliminar de constitución de servidumbre funcional a una obra a realizar: se niega la concesión edilicia correspondiente a la obra. Contrata para la remoción de desechos tóxicos hospitalarios: se convierte en imposible el vaciado donde el contratista pensaba depositar los desechos. Y más. La estipulación (ya no revocable) a favor de un tercero, que es la novia del estipulante: se disuelve el noviazgo. Adquisición de las cuotas de la sociedad propietaria de los inmuebles, para tener a disposición los inmuebles: los inmuebles son sometidos a secuestro.

Precisa en el definir los requisitos de relevancia de la presuposición, la jurisprudencia es menos unívoca en el fijar las consecuencias: es decir el remedio aplicable cuando la situación presupuesta como presente al momento del contrato resulta en cambio inexistente; o cuando la situación

Características del "presupuesto"

Ejemplos

Consecuencias:

entre
Invalidez y
resolución

presupuesta como destinada a crearse o permanecer en el futuro no se crea o viene a menos posteriormente. A menudo habla, indistintamente, de invalidez o de resolución.

Razonando en términos de sistema, puede pensarse en referir la invalidez a los casos del primer tipo (*defecto originario*); y la resolución a los casos del segundo tipo (*defecto sobrevenido*). La resolución es fácilmente justificable con la invocación analógica del art. 1467 (invocación a menudo presente en las sentencias). La invalidez se sitúa en un cuadro de mayor incertidumbre: ¿anulabilidad, en conexión con la disciplina del error? o ¿nulidad, vinculable a la falta de un elemento esencial?

Buena fe

El fundamento de la figura está pacíficamente indicado en el principio de buena fe (objetiva). La buena fe precontractual (art. 1337) indica como es correcto distribuir entre las partes obligaciones de informar y deberes de informarse sobre los presupuestos y riesgos de la operación; la buena fe hermenéutica (art. 1366) ayuda a encontrar el sentido del texto contractual en orden al plan de repartición de los riesgos; si el texto contractual permanece no obstante insignificante, la buena fe ejecutiva (art. 1375), fuente de integración del contrato (21.6-7), puede fundar o bloquear pretensiones de las partes, en relación al venir a menos del presupuesto.

Enfoque
objetivo y
subjetivo

En esta perspectiva, se *desdramatiza la contraposición* entre enfoque objetivo y enfoque subjetivo a la presuposición. La dimensión subjetiva de la institución resulta de los requisitos puestos por la jurisprudencia, que valoran los comportamientos y las percepciones de las partes. Pero objetivo es el criterio con el cual comportamientos y percepciones deben valorarse: para reconstruir el *plan de la repartición de los riesgos acordados entre las partes*, y verificar cómo respecto a este se coloca el presupuesto invocado.

Transversalidad

La presuposición es tema típicamente transversal. Cruza los territorios del *error* y de la *circunstancia sobrevinida*, y de los correspondientes remedios. Luego el de la *condición* e incluso el de las relaciones entre *voluntad expresa y tácita*, y de la *interpretación e integración* del contrato. Finalmente el de la relación entre *causa y motivos*: decir que el presupuesto es relevante para la suerte del contrato significa decir que pertenece a la causa y no a sus motivos; la teoría de la presuposición redefine el fundamento y los límites del principio de irrelevancia de los motivos.

4. LOS CONTRATOS DE (LARGA) DURACIÓN Y LA EXIGENCIA DE ESTABILIDAD DE LA RELACIÓN: INADECUACIÓN DE LOS REMEDIOS ABLATIVOS

Los *remedios contractuales* son preferentemente *ablativos*: contra los defectos del contrato, ellos por lo común reaccionan con la *cancelación de sus efectos*. Ello vale en particular para los remedios sinalagmáticos: cuando sobrevienen problemas o dificultades que obstaculizan el buen funcionamiento de la relación contractual, el remedio típico es la *resolución*.

El remedio tiene un sentido: es mejor disolver el vínculo, antes que tener en pie un contrato con graves defectos de funcionamiento, que perjudican de manera seria el interés de una parte. Pero no se dice que la resolución sea el remedio ideal, para el interés de la misma parte legitimada a invocarla.

Posible idoneidad de la resolución

Para un ejemplo de las posibles consecuencias “catastróficas” de la resolución, piénsese en una gran operación de financiamiento a medio o largo plazo, en el curso del cual sobrevienen factores que hacen muy gravosa la posición de la parte que ha recibido un crédito: esta podría obtener la resolución del contrato; pero se encontraría en una situación peor de aquella por la que invocaba un remedio, ya que estaría obligada al reembolso inmediato de todo el financiamiento!

En general, puede decirse que la resolución se presenta no idónea en los casos en los que el contrato sirve para realizar operaciones de larga duración, técnicamente complejas y económicamente comprometedoras, que —una vez iniciadas— son *difícilmente reversibles*. Piénsese en las contrataciones para grandes obras de instalación o infraestructurales; o en la proyección, provisión, puesta en funcionamiento, mantenimiento de un complicado sistema informático para alguna gran organización privada o pública: incluso si sobrevienen problemas en la relación, es impensable que la realización del dique o de la plataforma petrolera o del puente suspendido sobre la bahía pueda ser dejada a la mitad, o proseguida por una empresa distinta; ni se puede pensar que el sistema informático (que ya condiciona toda la vida de la organización-cliente) sea desmantelado y rehecho *ex novo*.

Operaciones complejas y de larga duración

Contratos así tienen la característica de implicar una *relación muy intensa entre las partes*, cada una de las cuales (o al menos una de las cuales) organiza la propia esfera en función de esa relación con la otra, que se convierte para ella en absolutamente condicionante: estos se definen, con brutal traducción del término inglés, “relacionales” (*relational contracts*).

Contratos “relacionales”

Cuanto más complejo es un contrato, de larga duración, “relacional”, tanto más está destinado a ser inevitablemente “incompleto” (19.5). Y cuanto más un contrato es “incompleto”, tanto más difíciles se hacen los problemas de gestión de la relación contractual en la evolución de las circunstancias relevantes; y tanto más agudamente se sufre la inadecuación de los remedios codificados.

... e “Incompletos”

En estos casos, lo que razonablemente ocurre es que el contrato continúa con los ajustes necesarios para superar los problemas y las dificultades que se han presentado. Por lo tanto, son necesarios los *remedios no ablativos*, y en particular no resolutorios: más bien remedios que llamamos *de mantenimiento* porque justamente se dirigen a mantener en vida el contrato; o *de adecuación* porque salvan el contrato adecuándolo a las circunstancias y exigencias sobrevenidas.

Resistencia
legislativa
para resolver
los contratos
de duración

Existen claros indicios del rechazo del legislador por contemplar el remedio resolutorio en los contratos de duración. Como regla, el contrato se resuelve si el incumplimiento no tiene escasa importancia (art. 1455); pero para resolver el *suministro* ello no basta, siendo necesario que este tenga "notable importancia" y sea "tal de disminuir la confianza en la exactitud de los sucesivos cumplimientos" (art. 1564). Para la resolución de la *venta*, es suficiente que los vicios hagan la cosa simplemente "no idónea al uso para el cual está destinada o disminuyan de manera apreciable el valor" (art. 1490¹); para resolver la *contrata* es necesario algo más, es decir que los vicios hagan la obra "absolutamente no idónea para su destino" (1668²).

5. LOS REMEDIOS DE MANTENIMIENTO (DE ADECUACIÓN DEL CONTRATO): REMEDIOS LEGALES

La propensión a salvar, mediante la adecuación, contratos de otra manera llevados a la cancelación, está presente en modo difuso en el sistema legal. Recordemos algunos supuestos de hecho.

Rectificación

El *error de cálculo* no da lugar a la anulación, sino a la rectificación (35.10). Y el contrato viciado por *cualquier tipo de error* (y por analogía, quizá: todo contrato afectado por vicio de la voluntad) no es anulable si es rectificado (38.11).

Reducción a
equidad

El contrato *rescindible* por lesión y el *resoluble* por excesiva onerosidad no se resuelven si interviene la reducción a equidad (40.6; 46.9).

Reducción de
la contraprestación

La sobrevenida *imposibilidad parcial* de la prestación puede, en ciertas condiciones, determinar la disolución del contrato mediante separación del acreedor; pero el contrato puede también mantenerse, reduciéndose la contraprestación a su cargo (45.4).

Reducción del
precio

La venta de *cosa afectada por vicios* puede resolverse; pero alternativamente puede mantenerse, previa reducción del precio (art. 1492¹).

Variaciones
del proyecto y
del precio

Si en una *contrata* la obra no puede realizarse sin variar el proyecto, y las partes no se ponen de acuerdo sobre las variaciones, esta "crisis" del contrato puede desembocar en su disolución por vía de separaciones (art. 1660¹⁻²); pero también en su salvación mediante la adecuación por obra del juez, que determina "las variaciones a introducir y las correspondientes variaciones del precio" (art. 1660¹).

Revisión del
precio

Si durante la *contrata* intervienen significativas variaciones en el precio de los materiales y de la mano de obra, o "sorpresas geológicas" que hagan la obra notablemente más onerosa para el contratista, el remedio no es resolutorio sino de mantenimiento (art. 1664): la revisión del precio en el primer caso (primer párrafo); una justa compensación para el contratista en el segundo (segundo párrafo).

Equitativa
indemnización

A veces la adecuación es un resultado querido por la ley como modalidad de buen funcionamiento de la relación, prescindiendo de la perspectiva de su cancelación: el mandatario debe informar al mandante de las *circunstancias sobrevenidas* que pueden requerir modificaciones del encargo (art. 1710²), y el mandante está legitimado para introducir tales modificaciones.

Modificaciones del mandato

La jurisprudencia precisa que, cuando la oportuna información sea imposible, el mandatario debe en todo caso modificar la ejecución del mandato teniendo en cuenta las circunstancias sobrevenidas en salvaguarda del interés del mandante.

Entre los supuestos de hecho señalados corren ciertamente diferencias relevantes. A veces la adecuación se activa de manera automática; a veces está vinculada a una iniciativa de parte. La parte legitimada para introducirla puede ser la parte a cuyo favor esta opera; pero en algún caso puede ser la contraparte. Algunas veces los contenidos de la adecuación están predeterminados; otras veces son determinados por la parte legitimada; otras veces incluso son determinados por el juez. Y así en adelante.

Variedad de supuestos de hecho

Sin embargo, aquí se quiere sobre todo subrayar la *macro-ratio* que en general agrupa todos estos supuestos de hecho: *adecuar el contrato para salvarlo*, y para consentirle desarrollarse sobre bases más idóneas, teniendo en cuenta el problema que lo aflige. Las técnicas utilizadas se resumen en la idea de flexibilidad: se escapa a la rigidez de la alternativa entre cancelación del contrato defectuoso y su mantenimiento en el orden defectuoso que presenta (mediante la renuncia a accionar el remedio ablativo); se da al contrato la capacidad de adaptarse, flexiblemente, para obviar las circunstancias que lo hacen defectuoso.

Fundamento común

Flexibilidad

6. REMEDIOS CONVENCIONALES

Pero a los fines de la construcción de una relación contractual flexible, las mayores posibilidades y las mayores responsabilidades pertenecen a la autonomía privada. Aún antes que la ley, *es el mismo contrato el que debe preocuparse de su futuro, dotándose de elementos de flexibilidad*: es decir acogiendo cláusulas o contenidos capaces de realizar la autoadecuación de la relación frente a las circunstancias sobrevenidas.

Papel de la autonomía privada...

El contrato puede hacerlo valiéndose de esquemas legales típicos, ya prefigurados por las normas, y puestos a disposición de la autonomía privada. En general, responde al objetivo de una relación flexible la posibilidad de dejar indeterminado (y determinable solo luego) el objeto del contrato, o la adopción del esquema del *contrato per relationem*, en particular cuando la *relatio* se refiera a datos futuros (15.8): le corresponden las *cláusulas de llenado sucesivo* de contenidos dejados en blanco al momento del contrato.

... e instrumentos

Inclusive con la *fianza por deudas futuras* (art. 1938), se puede conmensurar el compromiso de garantía a una entidad de crédito que, no conocida al momento del contrato, lo será solo seguidamente. Con las *cláusulas de indexación* se adecuan las retribuciones al cambiado poder de adquisición de la moneda. Con las *cláusulas de ius variandi* se permite al titular introducir las modificaciones de la relación que le parezcan cada cierto tiempo convenientes.

Flexibilidad limitada

Es interesante notar que, en el momento mismo en el cual la ley pone estos esquemas a disposición de la autonomía privada, la circunda de límites y cautelas: casi en la idea de que un cierto grado de flexibilidad es útil para la protección de intereses merecedores, pero un grado exagerado de flexibilidad podría ser inoportuno a la luz de otros intereses. De este modo, la indexación convencional de las rentas de las locaciones no habitacionales tiene un techo legal (art. 32² Ley 392/1978); la fianza por deudas futuras debe indicar la suma máxima garantizada; las cláusulas de determinación unilateral y de *ius variandi* son tratadas con el rigor que sabemos (15.11; 24.12-13). Y se recuerde como está protegida la determinación del objeto contractual por parte del tercero arbitrador (15.10).

Cláusulas de hardship...

Difusas sobre todo en la praxis de los contratos internacionales, las *cláusulas que en presencia de determinadas circunstancias sobrevenidas activan mecanismos de adecuación* son generalmente conocidas como cláusulas de *hardship* (traducible como "onerosidad"). Estas son significativas, en la medida en la que contemplen circunstancias sobrevenidas distintas de las que dan lugar a remedios legales; o bien, frente a circunstancias sobrevenidas legalmente relevantes, introduzcan remedios distintos de los legales. A menudo, por ejemplo, establecen que frente a la circunstancia sobrevenida la parte gravada puede suspender su cumplimiento: lo que no podría hacer en base al régimen legal (46.8). Pero, sobre todo, como se decía, ponen en juego técnicas de adecuación.

... y mecanismos de adecuación

Adecuación automática...

... o encomendada a un tercero...

... o a una de las partes...

Estas pueden ser distintas, según el factor al cual se confía la operación de adecuación. El factor puede ser un determinado objetivo de la realidad (una tasa, una fluctuación de precios, una cantidad, etc.): aquí la adecuación es automática, bajo el modelo de las cláusulas de indexación. Puede ser la determinación de un tercero, al cual se confía un arbitramento eventual *ex post*, de naturaleza modificatoria. Puede ser la determinación de una de las partes: y aquí se desliza en el problemático terreno de los poderes de conformación unilateral de la relación (15.10).

... o al acuerdo de las partes

Finalmente puede ser —y más a menudo es— el acuerdo de las partes, a lograr renegociando sobre los puntos de la relación afectados por la circunstancia sobrevenida: cláusulas de renegociación.

Cláusulas de renegociación

Si la renegociación tiene éxito, se obtiene un contrato modificatorio del original contrato-base: y la relación, adecuada, prosigue. Pero no es raro que la renegociación fracase.

Si fracasa porque una parte rechaza *tout court* renegociar, esta es violación de la cláusula, por lo tanto *incumplimiento contractual*. Puede fracasar porque una parte, aunque dando muestras de renegociar, lleva a la tratativa posiciones y pretensiones tan irracionales, caprichosas, exorbitantes, como para exponerse al inevitable disenso de la otra, y por consiguiente impedir el logro del acuerdo. También esto es incumplimiento. En efecto, también si la cláusula no lo precisa, la obligación de renegociar es entendida como *obligación de renegociar según buena fe*: y viola la buena fe quien se comporta en el modo indicado.

Fracaso de la renegociación

En general, el principio de buena fe tiene un papel muy importante en el campo de las circunstancias sobrevenidas relativas a contratos de larga duración, tan propenso a conductas especulativas, desleales, chantajistas de una parte contra la otra (si el comitente tiene absoluta necesidad que la obra realizada hasta la mitad sea terminada, el contratista puede ser tentado a aprovecharse para obtener una redefinición inicua de la relación).

Buena fe

7. EL REMEDIO LEGAL DE ÚLTIMA INSTANCIA: OBLIGACIÓN DE RENEGOCIAR Y SU ACTUACIÓN ESPECÍFICA

Puede darse que las partes no hayan pactado ninguna cláusula de renegociación, ni ningún otro remedio de adecuación frente a las circunstancias sobrevenidas.

En ausencia de pacto...

Interviene también aquí el principio de buena fe. Este puede generar a cargo de las partes, aunque no la hayan previsto, una obligación de renegociar, para adecuar su relación a las circunstancias sobrevenidas significativas que se hayan manifestado en el intervalo.

Obligación legal de renegociar....

Tratándose de obligación no prevista contractualmente, esta se presenta como obligación legal. El mecanismo que la inserta *ex lege* en el reglamento contractual es la integración. Específica fuente integradora es aquí —se repite— la buena fe (21.6-7).

... Introducida por la buena fe integradora

Sea que la obligación de renegociar tenga fuente contractual (cláusula de renegociación), sea que tenga fuente legal (buena fe integradora), se abre un problema para el caso de incumplimiento de la obligación: dado que quien rechaza renegociar, o renegocia contra la buena fe, es incumplidor, ¿cuál es el remedio contra su incumplimiento?

Incumplimiento de la obligación de renegociar de buena fe

Se responde: la resolución y el resarcimiento. Pero de esta manera se retrocede al resultado que la cláusula quería evitar: la destrucción del contrato.

Para escapar del círculo vicioso, algunos piensan en el art. 2932: la obligación de renegociar es *obligación de contratar las modificaciones del contrato-base, sugeridas por la razonabilidad y la buena fe*, la parte que por incumplimiento de la otra no obtiene este contrato modificatorio, al cual tiene derecho, puede pedir al juez que lo constituya con su

Art. 2932

sentencia (29.8-9). Ciertamente, no basta esto para garantizar que, de hecho, la contraparte cumplirá las nuevas condiciones contractuales establecidas por sentencia; pero al menos permite, para el caso que rechace cumplirlas, conmensurar sobre ellas el daño resarcible.

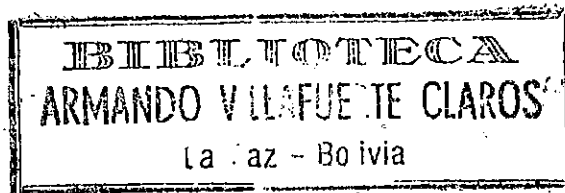
La solución puede parecer muy audaz. Pero, primeramente, el resultado de esta no es tan destructivo: equivale a dar a la parte gravada por la circunstancia sobrevenida ese mismo poder de invocar la *reducción a equidad del contrato desequilibrado*, que ya le corresponde en relación a los contratos gratuitos, y que en los contratos onerosos corresponde a la contraparte (de manera que, más que un remedio nuevo, se configuraría como una simple ampliación de la legitimación a un remedio ya previsto). Y luego un poco de audacia no hace mal, cuando se enfrentan problemas de justicia que escapan a los esquemas demasiado rígidos y restringidos de las tipificaciones legales.

BIBLIOGRAFÍA

- 2-3. L. ULISSI, *La presupposizione*, en AA.VV., *I precedenti*, al cuidado de G. Alpa, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fundada por W. Bigiavi, II, Torino, 2000, p. 821; S. MORRONE, *Alcune considerazioni in tema di presupposizione e condizionale risolutiva espressa*, en *Rivista giuridica del lavoro*, 1999, II, p. 342; G. ZUDASS, *Rilevanza della presupposizione nel caso di duplice affare concluso sia dall'intermediario che dal mediatore*, en *Rassegna giuridica umbra*, 1999, p. 671; C. CALDERONI, *Presupposizione e disciplina del contratto*, en *Giustizia civile*, 1998, I, p. 3163; I. AMBROSI, *Una sentenza che risolve il contratto concluso: cenni in tema di presupposizione e contratto preliminare*, en *Giurisprudenza di merito*, 1998, p. 66; G. COPPI, *Presupposizione ed errore sui motivi degli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, en *Giustizia civile*, 1998, II, p. 3; R. RESTANI, *Riflessioni su una giurisprudenza inedita in materia di presupposizione*, en *Vita notarile*, 1998, p. 1912; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997; F. DEL BENE, *Notazioni critiche sull'effettività del canone ermeneutico "ex fide bona" tra tutela dell'affidamento e presupposizione*, en *Giustizia civile*, 1997, II, p. 247; M. SERIO, *Presupposizione*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XIV, Torino, 1996, *ad vocem*; A. CERVINI, *Mutui in valuta e rischio di cambio fra realtà e presupposizione*, en *Giustizia civile*, 1996, II, p. 327; C. ANDRETTA, *Note in tema di presupposizione*, en *Vita notarile*, 1996, p. 465; A. SECRETO, *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza*, en *Giustizia civile*, 1996, II, p. 57; N. COSENTINO, *Presupposizione e sopravvenuta inedificabilità dei suoli*, en *Il Foro italiano*, 1995, I, p. 1601; M. MORETTI, *Transazione novativa e presupposizione*, en *Contratti*, 1993, p. 677; G. CICCIO, *Presupposizione e nullità del contratto*, en *Contratti*, 1993, p. 639; P. DE MARCHIS, *La cessione di pacchetti azionari e la teoria della presupposizione*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1992, I, p. 789; F. MACIOCE, *La presupposizione*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, III, Torino, 1991, p. 487; T. GALLETTA, *La clausola "rebus sic stantibus"*, en *Giurisprudenza Alpa-Bessone*, III, Torino, 1991, p. 543; V. PIETROBON, *Presupposizione (diritto civile)*, en *Enciclopedia giuridica*,

XXIV, Roma, 1991, *ad vocem*; M. BESSONE – And. D'ANGELO, *Presupposizione*, en *Enciclopedia del diritto*, XXV, Milano, 1986, *ad vocem*; C. SCOGNAMIGLIO, *Presupposizione e comune intenzione delle parti*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1985, II, p. 138; M. COSTANZA, *La presupposizione nella giurisprudenza*, en *Quadrimestre*, 1984, p. 597; E. PEREGO, *La presupposizione come istituto giurisprudenziale*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1983, p. 735; M. BESSONE - And. D'ANGELO, "Presupposizione", *sopravvenienza di eventi e problemi di teoria generale del contratto*, en *Rivista del notariato*, 1981, p. 1005; M. BESSONE, *Presupposizione, "causa" tipica del negozio, economia del contratto*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1979, II, p. 146; M. CASSOTTANA, *Presupposizione e rischio contrattuale negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1977, II, p. 11; E. ROPPO, *Orientamenti tradizionali e recenti tendenze in tema di "presupposizione"*, en *Giurisprudenza italiana*, 1972, I, 1, p. 211; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969; F. GIRINO, *Presupposizione*, en *Novissimo digesto italiano*, XIII, Torino, 1968, *ad vocem*; R. SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1948, II, p. 163.

- 4-6. V. M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; A. DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano, 2000; F. CRISCUOLI, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*, en *Rivista dell'arbitrato*, 1999, p. 71; P. GALLO, *Revisione del contratto*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVII, Torino, 1988, *ad vocem*; F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, en AA. VV. (al cuidado de N. Lipari), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, p. 193; M. TIMOTEO, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, en *Contratto e impresa*, 1998, p. 619; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; AA.VV. (contribuciones recogidas por U. Draetta y C. Vaccà), *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992; R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, *ad vocem*.



ÍNDICE ANALÍTICO^(*)

- Abandono [derelizione]:** 2.2
- Abstracción de la causa [astrazione della causa]:** 11.8; 16.3; 17.8-11
- Abuso [abuso]:**
- de dependencia económica [di dipendenza economica]: 37.7; 41.17
 - de posición dominante [di posizione dominante]: 4-3; 37.7; 41.1; 41.17
 - del fiduciario [del fiduciario]: 30.2-4
 - de la firma en blanco [di biancosegno]: 10.10; 10.13
 - de la representación [della rappresentanza]: 12.3-4; 12.9
 - del derecho [del diritto]: 21.7
- Acción [azione]**
- de anulación [di annullamento]: 12.4-5; 38.1-2; 38.6-7; 38.9; 39.5
 - de cumplimiento [di adempimento]: 43.2; 43.4; 43.7; 43.10; 43.14; 44.7; 45.1
 - de mera declaración [di accertamento]: 31.10
 - de nulidad [di nullità]: 38.1; 38.3; 38.6-7; 38.12; 39.4
 - de reducción [di riduzione]: 3.6; 29.6; 31.1
 - de reivindicación [di rivendicazione]: 13.7
 - de repetición v. Repetición del pago indebido
 - de rescisión [di rescissione]: 29.7; 49.5
 - de resolución [di risoluzione]: 43.2-3; 43.6-7; 43.10-11; 45.1; 46.6
 - de simulación [di simulazione]: 31.10
 - inhibitoria [inibitoria]: 27.11; 41.12; 41.17
 - redhibitoria [redibitoria]: 29.6
 - revocatoria [revocatoria]: 12.2; 17.17; 18.9; 25.2; 27.11; 28.3; 29.12; 33.3-4
 - revocatoria en la quiebra [revocatoria fallimentare]: 17.3; 31.8
- Acciones [azioni]:** 7.10; 15.7
- Aceptación [accettazione]**
- de la cesión del contrato [della cessione del contratto]: 26.8
 - de la donación [della donazione]: 6-10; 7.8
 - de la estipulación a favor de tercero [della stipulazione a favore di terzo]: 26.3-5
 - de la herencia [dell'eredità]: 2.2; 9.6-7
 - de la oferta contractual [della proposta contrattuale]: 5; 6; 7; 9.7; 10.8; 10.12; 11.2; 26.1; 26.3-4; 27.1
 - del cargo de administrador [della carica di amministratore]: 6.10
- Acta [verbale]:** 10.14; 33.16
- Acto [atto]**
- a título gratuito [a titolo gratuito]: 1.7; 5.11; 6.4; 6.9; 16.5; 16.7; 16.9-10; 18.19; 18.13
 - administrativo [amministrativo]: 21.11; 33.1; 33.17
 - colegiado [collegiale]: 10.14
 - conservativo [conservativo]: 27.5; 27.11; 28.2
 - de administración [di amministrazione]: 27.10-11
 - de comunicación [di comunicazione]: 11.4
 - de cortesía [di cortesia]: 1.7; 2.8; 16.10
 - de disposición del derecho condicionado [di disposizione del diritto condizionato]: 27.12
 - de extraordinaria administración [di straordinaria amministrazione]: 11.8; 34.4-5

* **Nota del editor.** El presente índice analítico reproduce el correspondiente de la edición original italiana. El primer número indica el capítulo y el segundo el apartado. Se han mantenido entre corchetes las respectivas locuciones italianas (hasta la más obvias) a fin de orientar al lector respecto a las —a veces meramente aproximativas— opciones de traducción seguidas en la presente obra.

- de intimación [*di intimidazione*]: 11.4
- de ordinaria administración [*di ordinaria amministrazione*]: 11.8; 34.1; 34.4-5
- dispositivo de derecho ajenos [*dispositivo di diritti altrui*]: 12.13
- judicial [*giudiziario*]: 10.11
- material [*materiale*]: 11.4; 15.9; 20.6
- negativo [*negativo*]: 32.7
- no negocial [*non negoziale*]: 3-12; 11.4; 15.9; 22.6; 31.13; 33.1
- no patrimonial [*non patrimoniale*]: 4.6
- no recepticio [*non ricettizio*]: 5.6; 5.9; 7.6; 11.8; 12.6; 26.4; 31.13; 38.9
- patrimonial entre vivos [*patrimoniale tra vivi*]: 3.11; 4.6; 34.3
- personal [*personale*]: 3.11; 4.6; 11.4; 34.3
- por causa de muerte [*a causa di morte*]: 3.11; 4.6
- positivo [*positivo*]: 32.7
- precontractual [*precontrattuale*]: 5.3; 7.7; 11.2; 27.1
- procesal [*processuale*]: 33.1
- recepticio [*ricettizio*]: 4.6; 5.3; 5.5.6; 5.9; 6.4-5; 6.8; 7.4; 7.6; 7.10; 9.4; 9.9; 11.8; 12.5; 12.10; 15.5; 24.3; 26.3-4; 31.13; 38.11; 40.6; 43.8-9
- solutorio (o de cumplimiento) [*solutorio (o di adempimento)*]: 16.5
- unilateral [*unilaterale*]: 2.2-4; 4.6; 5.3; 5.5-6; 5.11; 6.4; 7.4; 11.4; 11.8; 12.1; 12.5; 12.10; 13.5; 17.10; 29.2; 22.9; 24.3; 29.12; 30.5; 31.13; 34.6; 38.9; 38.13
- Actuación en nombre del representado [*spendita del nome*]: 11.2-3; 11.9; 12.4; 12.7; 12.9; 13.1-2**
- Acuerdo [*accordo*]**
 - contractual [*contrattuale*]: 1.1; 2.1-2; 2.4; 2.6; 5.1-3; 6.2-4; 6.8; 6.10-12; 7; 9.3; 9.5-7; 9.11; 10.9-10; 11.2; 12.10; 14.3; 15.7; 15.11; 16.11; 17.12; 19.1; 19.1-3; 19.6; 21.2; 21.6-9; 21.11; 22.1; 22.6; 22.8; 23.2; 14.12-13; 25.1; 25.3-4; 26.8; 31.4; 33.9-10; 33.15; 35.13; 36.7; 37.1; 47.7
 - de programa [*di programa*]: 3.9
 - simulatorio [*simulatorio*]: 31.2-8; 31.10-11; 31.13; 32.2-8
- Acuerdo [*deliberazione*]: 2.5; 3.8; 12.4; 13.1; 20.2; 33.16-17**
- Adecuación de la retribución [*adeguatezza del corrispettivo*]: 17.3-4; 21.5; 35.6; 40.1; 40.6; 41.7; 41.16; 45.9**
- Adhesión [*adesione*]**
 - al contrato abierto [*al contratto aperto*]: 6.7
 - al contrato estándar [*al contratto standard*]: 2.9; 41.2
- Administración Pública [*Pubblica amministrazione*]: 3.8-9; 4.6; 17.15; 29.9; 33.17; 34.1; 41.3**
- Administrador de sociedad [*amministratore di società*]: 11.2; 11.7; 12.4-5; 13.1; 17.15; 24.9; 34.1**
- Adopción [*adozione*]: 11.4**
- Adquisición [*acquisto*] a non domino: 22.5; 22.8; 25.4-5; 31.8; 33.5**
- Agenzia [*agenzia*]: 4.5**
- Alea normal del contrato [*alea normale del contratto*]: 18.13; 46.3; 46.6-7; 46.9-11**
- Alemania [*Germania*]: 3.2; 3.7; 3.10; 17.8-9; 20.7**
- Alquiler de fundo rústico [*affitto di fondo rustico*]: 18.1; 20.5; 24.8; 28.11; 28.7; 38.13**
- Amenaza [*minaccia*]: v. Violencia**
- Análisis económico del derecho [*analisi economica del diritto*]: 3.14; 23.1; 35.11**
- Animus donandi: 16.9**
- Anticresis [*anticresi*]: 10.3**
- Antitrust: 4.3; 17.13; 29.9; 33.7; 33.13-14; 36.2; 41.17**
- Anulabilidad y anulación [*annullabilità e annullamento*]: 10.12; 12.1-2; 12.3-4; 12.9; 17.6; 18.9; 20.9; 26.5; 29.4; 29.7; 33.12; 33.15; 33.17; 34.1; 34.2; 34.5-7; 35.2; 35.8; 35.10; 35.12-13; 36.1; 36.3; 36.6; 37.1; 37.4-5; 38.4-7; 38.9; 38.11; 39.3-7; 40.1; 42.5; 44.5; 47.3**
- Apariencia [*apparenza*]: 12.12; 13.7; 18.9; 31.1-2; 31.6-10; 31.8; 31.12; 31.14; 33.10; 33.16**
- Apertura de crédito [*apertura di credito*]: 9.6**
- Aporte de servicios [*conferenza di servizi*]: 3.9**
- Apresiasi de oficio [*rilevabilità d'ufficio*]: 9.11; 13.5; 18.5; 20.2; 27.8; 31.11; 38.5; 38.14; 39.1; 41.10; 44.3; 44.7-8; 45.1**
- Aprobación [*approvazione*]**
 - del contratante cedido [*del contraente ceduto*]: 26.8
 - por escrito (de las cláusulas onerosas) [*per iscritto (delle clausule onerose)*]: 10.3; 10.17; 41.3.4; 43.8
- Aprovechamiento [*aproffittamento*]: 40.1-2; 40.4; 46.9**
- Apuesta [*scommessa*]: 18.13**
- Arbitraje no formal [*arbitrato irrituale*]: 15.9**
- Arbitramiento [*arbitraggio*]: 10.10; 15.9-10; 33.13; 47.6**
- Ardid [*raggiro*]: v. Dolo**
- Arras [*caparra*]**
 - confirmatoria [*confirmatoria*]: 24.7; 24.9
 - penitencial [*penitenziale*]: 24.7
- Asamblea [*assemblea*]: 2.5; 10.14**
- Asimetrías informativas [*assimetriche informative*]: 3.14; 8.2; 36.3**
- Asociación (contrato de) [*associazione (contratto di)*]: 6.6-7; 10.4; 17.13; 24.11**

ÍNDICE ANALÍTICO

- Asociación [associazione]:** 13.1; 41.12
Asociación en participación [associazio-ne in partecipazione]: 18.1
Asunción de deuda [accollo]: 2.2; 6.4; 16.8; 26.1
Ausencia de rechazo [mancato rifiuto]: v. Rechazo
Autenticación de la firma [autenticazione della firma]: 10.9; 10.11
Autoasunción [autoassunzione]: 12.5
Autocontrato [autocontratto]: 12.5
Autodisciplina [autodisciplina]: 3.13
Autonomía privada [autonomia privata]: 2.1; 3.7; 6.8-9; 7.4; 7.8; 9.11; 10.18; 11.2; 11.6; 14.1; 15.9; 15.11; 16.4; 17.6; 17.14; 19.2; 21.2; 21.6-7; 21.9; 21.11; 22.1; 23.1; 23.5; 24.3; 24.5; 24.12-13; 25.1; 25.4; 25.6; 26.6; 27.1; 27.5; 27.15; 28.2; 28.4; 28.7; 30-1-2; 31.5; 31.12; 33.15; 34.1; 35.1-2; 35.13; 41.7; 42.6; 44.7
 - asistida [assistita]: 2.10
 - colectiva [collettiva]: 2.10; 22.8
Autoresponsabilidad [autoresponsabilità]: 2.8; 5.6; 5.10; 10.9-10; 12.12; 31.13; 35.13
Autorización [autorizzazione]:
 - del contratante cedido [del contraente ceduto]: 26.8
 - marital [maritale]: 3.6
Autostop [autostop]: 1.7
Autotutela [autotutela]: 24.9; 44
Aviso (deber o carga de) [avviso (obbligo o onere di)]: 5.8; 6.3; 26.10

Banca d'Italia: 4.5
Betti, Emilio: 3.11; 16.3
Bien futuro [bene futuro]: 15.5; 18.14; 22.7 (v. también Venta de cosa futura)
Buena fe [buona fede]
 - objetiva [oggettiva]: 1.8; 5.6-7; 6.3; 8.1-3; 9.7; 7.10; 10.10; 15.4; 17.11; 20.7; 21.6-8; 24.7; 24.13; 25.4; 27.8; 27.13; 32.1; 32.5; 33.5; 35.6; 35.12; 36.3; 38.9; 38.11; 38.14; 39.1; 40.6; 41.7-9; 43.4-5; 43.7; 43.11; 43.14-15; 44.1-3; 44.5; 45.4; 47.3; 47.6-7
 - subjetiva [soggettiva]: 7.5; 8.1; 12.1-2; 12.6; 12.12; 13.1; 27.12; 29.5; 29.12; 31.8-9; 34.6; 38.7; 38.13; 39.4-5; 41.16; 42.8; 42.10
Buenas costumbres [buon costume]: 10.12; 15.6; 17.12; 17.15-16; 18.2; 21.7; 25.2; 27.5; 33.12; 39.4

Calificación del contrato [qualificazione del contratto]: 10.17; 12.9; 18.5.6; 18.9; 19.6-7; 20.8; 24.5; 27.2; 31.3; 31.12; 31.14; 35.4

Call: 7.9; 27.6
Cámara de Comercio [Cammera di commercio]: 41.12
Capacidad e incapacidad [capacità e incapacità]: 11.6-7; 12.1; 15.10; 29.4; 34; 38.2; 39.2; 39.4-5
 - de entender y de querer [d'intendere e di volere]: 2.7; 3.11; 12.1; 34.2; 34.5; 37.1
 - jurídica [giuridica]: 11.2
 - legal [legale]: 7.2; 12.1; 12.12; 34.1-2; 34.5; 38.6; 39.5
 - natural [naturale]: 7.2; 10.12; 11.1; 11.3; 12.1; 34.1-2; 34.5-7; 35.2; 38.6; 39.5; 39.8
 - para contratar [di contrattare]: 7.2
 - para obrar [di agire]: 3.11-12; 11.2; 12.1; 34.3
Capitalismo [capitalismo]: 2.7-8; 3.3
Carga de la prueba [onere della prova]: 10.19; 12.7-9; 17.6; 17.9-10; 22.9; 25.11; 36.1; 39.1; 41.8-9; 43.2; 43.4
Cargo [onere]: v. Modus
Carta de [lettera di] patronage: 1.8
Carta de intención [lettera d'intenti]: 6.12; 8.2; 29.2
Caución [cauzione]: 43.16
Causa del contrato [causa del contratto]: 6.8-9; 10.5; 10.8; 10.19; 11.8; 13.5; 14.2; 15.2; 16; 17; 18.3; 18.6; 18.9-11; 18.14; 29.8-9; 22.9; 26.2; 26.7; 29.2-4; 29.7; 30.1-3; 31.3; 33.9; 33.12; 33.15; 39.1; 40.1; 42.5; 44.6; 46.2
 - de la prestación [della prestazione]: 16.5
Cesión [cessione]
 - de créditos de empresa [di crediti d'impresa]: 3.5; 18.1-2
 - de la hacienda [dell'azienda]: 3.5; 7.3; 10.6; 15.7; 18.15; 26.11; 31.3; 35.7
 - de la oferta [della proposta]: 5.5
 - de la opción [dell'opzione]: 7.10
 - del contrato [del contratto]: 3.5; 18.15; 22.10; 26.6-11; 35.7; 43.3
 - del crédito [del credito]: 3.12; 17.11; 17.17; 22.8; 25.2; 25.4; 25.8; 26.7; 26.9; 38.14
 - del poder representativo [del potere rappresentativo]: 11.2
Cesión de los bienes a los acreedores [cessione dei beni ai creditori]: 10.3
Cheque [assegno]: 12.9; 41.12
Circunstancias sobrevenidas al contrato [sopravvenienze contrattuali]: 21.7; 29.5-6; 25.8; 29.1; 29.4-5; 29.7; 42.5; 46.1; 46.8; 46.11; 47.3; 47.5-7
Cláusula [clausola]
 - abusiva: v. vejatoria
 - compromisoria [compromissoria]: 11.8; 29.8; 39.2; 42.9
 - de apertura [di apertura]: 6.7

- de desequilibrio y de sorpresa [*di sbilanciamento e di sorpresa*]: 41.8
- de estilo [*di stile*]: 19.4; 43.8
- de exoneración de responsabilidad [*di esonero di responsabilità*]: 26.9; 33.7; 41.3; 41.9; 44.8
- de indexación [*d'indicizzazione*]: 46.1; 47.6
- de pronta entrega [*di pronta consegna*]: 6.2
- de uso [*d'uso*]: 20.8; 21.4; 41.2-3
- onerosa [*onerosa*]: 3.8; 10.3; 17.3; 24.3; 24.13; 41.3
- penal [*penale*]: 21.5; 41.3; 44.6-7; 46.5
- *rebus sic stantibus*: 46.2
- resolutoria expresa [*risolutiva espressa*]: 2.3; 42.4; 43.8-9
- *solve et repete*: 44.5
- vejatoria [*vessatoria*]: 3.5; 8.2; 10.17; 17.3-4; 17.6; 20.9; 21.7; 22.10; 24.3; 24.12; 33.1; 33.13; 39.2; 41.3-11; 41.15
- Cláusulas contractuales** [*clausule contrattuali*]: 16.11; 19.3; 20.2; 20.6; 20.9; 21.3; 21.11; 24.5; 24.12; 27.5; 27.13; 39.1-2; 41.7; 46.5
- Code Napoleon**: 3.3; 16.1; 16.5; 22.4; 23.1; 40.1
- Código de Comercio** [*Codice di commercio*]: 3.5; 6.2; 6.4
- Comercio electrónico** [*commercio elettronico*]: 9.9; 10.13
- Comisión** [*commissione*]: 12.5; 15.7
- Common law**: 1.6; 3.2; 3.4; 30.5
- Comodato** [*comodato*]: 1.7; 6.8-9; 16.9; 17.6; 18.3; 18.9; 23.3; 24.8; 27.6
- Comportamiento concluyente** [*comportamento concludente*]: 5.10; 6.2; 6.4; 6.8; 9.2; 9.8; 10.8; 10.17; 12.10; 20.4; 20.6; 20.8; 2.3; 38.10
- Comunidad legal entre cónyuges** [*comunione legale fra coniugi*]: 3.6
- Concertaciones restrictivas de la competencia** [*intese restrittive della concorrenza*]: 1.8; 33.7; 33.12-14
- Condicio iuris**: 27.15; 33.17
- Condición** [*condizione*]: 5.5; 15.4; 22.2; 24.5; 25.8; 27; 28.2; 45.5
 - casual [*casuale*]: 27.6
 - de cumplimiento y de incumplimiento [*di adempimento e di inadempimento*]: 27.7; 43.8
 - legal [*legale*]: v. *Condicio iuris*
 - meramente potestativa [*meramente potestativa*]: 27.5-6; 43.8
 - mixta [*mista*]: 27.6; 27.14
 - negativa [*negativa*]: 27.3; 27.14
 - positiva [*positiva*]: 27.3; 27.14
 - potestativa [*potestativa*]: 27.6; 27.14; 33.9; 44.5
 - resolutoria [*risolutiva*]: 12-8; 24.4; 27.5; 27.7-8; 27.10-12; 27.14; 42.2; 43.8; 46.1
 - suspensiva [*sospensiva*]: 15.5; 22.2; 27.5; 27.7-8; 27.9; 27.11-12; 27.14; 33.9; 44.5; 45.3
- unilateral [*unilaterale*]: 27.9; 27.14-15; 43.8
- Condiciones generales de contrato** [*condizioni generali di contratto*]: v. contratos estándar
- Condominio** [*condominio*]: 10.14; 13.1; 15.8; 25.8
- Confesión** [*confessione*]: 3.12; 7.11; 10.15-16; 11.4; 17.11; 22.9; 31.13; 35.8
- Confianza** [*affidamento*]: 2.8; 3.4; 5.6; 7.2; 7.5-6; 8.2-4; 9.7-8; 10.9-10; 12.4; 12.6; 12.9; 12.11-12; 13.7; 16.11; 20.7; 21.7; 24.5; 25.4; 30.2; 34.2-3; 34.6; 35.11-12; 38.7; 39.5; 39.8; 40.2; 43.10-11
- Confirmación de la donación nula** [*conferma della donazione nulla*]: 38.12
- Conflicto de intereses** [*conflitto d'interessi*]: 12.3-5; 13.5
- Consentimiento** [*consenso*]
 - del derechohabiente [*dell'avente diritto*]: 1.3
 - informado [*informato*]: 1.3 (v. también Acuerdo contractual)
- Conservación del contrato** [*conservazione del contratto*]: 20.3; 20.9; 29.2; 38.14; 39.1
- Consob**: 4.5
- Consorcio** [*consorzio*]: 6.6-7; 10.3; 18.1; 24.11
- Constitución** [*Costituzione*]: 4.2-4; 17.14
- Consumidores** [*consumatori*]: 3.5; 4.4-5; 8.2; 9.9; 10.3; 10.5; 17.6; 17.14; 18.15; 20.9; 21.7; 23.5; 24.3; 24.8; 24.10; 24.12-13; 33.13-14; 36.2; 39.2; 41.1-2; 41.5-14; 41.18; 44.5; 44.7-8
- Contemplatio domini**: v. Actuación en nombre del representado
- Contenido del contrato** [*contenuto del contratto*]: 7.10; 10.5; 10.10; 12.1; 15.2; 21.10; 22.1; 35.11; 38.9; 38.13
- Contenido mínimo del acuerdo** [*contenuto minimo dell'accordo*]: 6.11
- Contradecларación** [*controdi chiarazione*]: 31.2; 31.6-14
- Contraoferta** [*controproposta*]: 5.7; 6.3; 6.5-7
- Contrata** [*appalto*]: 15.7; 16.11; 17.6; 18.3; 18.13; 18.15; 22.3; 24.4; 24.8; 24.12; 26.12-13; 29.9; 31-3; 42.5; 45.1; 47.5
- Contrato** [*contratto*]
 - a distancia [*a distanza*]: 3.5; 41.14
 - a favor de terceros [*a favore di terzi*]: 6.6; 20.2; 26.1-5; 29.3; 26.12; 43.3
 - a la orden [*all'ordine*]: 26.9
 - abierto [*aperto*]: 6.7; 45.11
 - abstracto [*astratto*]: v. Abstracción
 - agrario [*agrario*]: 10.3; 18.1-2; 38.14
 - aleatorio [*aleatorio*]: 15.3; 18.13-14; 40.7; 46.11
 - asociativo [*associativo*]: 3.13; 16.6; 18.11-12; 22.10; 24.11; 29.2; 31.13; 38.14; 40.7; 43.15; 46.12

ÍNDICE ANALÍTICO

- atípico [*atipico*]: 6.9; 16.4; 18.1-2; 18.5-7; 18.14; 26.2
- autónomo de garantía [*autonomo di garanzia*]: 3.5; 17.11; 44.5
- bajo nombre ajeno [*sotto nome altrui*]: 12.13; 31.4
- bancario [*bancario*]: 3.5; 8.2; 10.3; 10.17; 17.4; 18.15; 19.5; 24.12; 38.4; 41.13
- colectivo [*collettivo*]: 2.10; 3.13; 22.10
- con comunidad de fin [*con comunione di scopo*]: 6.7; 18.11-12; 43.15
- con efectos obligatorios [*a effetti obbligatori*]: 3.2; 6.9; 22.3; 22.7-8; 24.3; 26.6; 26.13; 29.2; 29.9; 30.1-2; 40.7; 43.14
- con efectos reales [*a effetti reali*]: 3.2; 6.5; 6.9; 10.3; 13.4; 22.7-8; 24.3; 24.5; 26.6; 26.13; 27.10; 28.3; 28.11-12; 29.2; 30.1-2; 38.7; 38.12; 40.7; 43.14; 45.5; 46.3
- con obligaciones del solo oferente [*con obbligazioni del solo proponente*]: 5.11; 6.4-6; 7.8-9; 9.2; 9.7-8; 16.6; 25.4; 27.7; 29.3; 46.10
- con prestaciones recíprocas (o de intercambio) [*a prestazioni corrispettive (o di scambio)*]: 15.1; 16.5-6; 16.11; 18.3; 18.11; 18.13; 26.6; 43.15
- con sí mismo [*con se stesso*]: 12.5
- conmutativo [*commutativo*]: 18.13
- consensual [*consensuale*]: 6.8
- de área [*di area*]: 3.9
- de barrio [*di quartiere*]: 3.5; 18.15
- de Derecho público [*di diritto pubblico*]: 3.9
- de duración [*di durata*]: 24.3-8; 26.13; 27.6; 27.10; 28.3-4; 42.9; 45.4; 46.3; 46.8; 47.4
- de duración determinada [*a tempo determinato*]: 28.6
- de duración indeterminada [*a tempo indeterminato*]: 24.8; 28.4-5; 28.11
- de ejecución continuada [*a esecuzione continuata*]: 24.6; 28.4
- de ejecución diferida [*a esecuzione differita*]: 24.3; 28.3; 46.3; 46.8
- de ejecución instantánea [*a esecuzione istantanea*]: 24.4-5; 28.3; 42.9
- de ejecución periódica [*a esecuzione periodica*]: 24.4; 26.6; 28.4
- de empresa [*di impresa*]: 3.5; 18.15
- de fijación [*di accertamento*]: 1.9; 16.10; 17.11; 22.9
- de financiamiento [*di finanziamento*]: 6.9; 25.4; 47.4
- de intercambio [*di scambio*]: v. con prestaciones recíprocas
- de la Administración Pública [*della pubblica amministrazione*]: 9.9; 10.3; 33.17; 41.3
- de viaje (o turístico) [*di viaggio (o turistico)*]: 8.2; 5.11; 10.3; 10.5; 18.1-2; 18.15; 24.12
- definitivo [*definitivo*]: 6.9; 10.7; 13.4; 16.8; 17.4; 21.7; 29.1; 29.3-5; 29.8; 29.11-12; 45.12
- disimulado [*dissimulato*]: 31.3; 31.6; 31.11
- estándar [*standard*]: 2.9; 3.13; 10.17; 20.9; 41.2-6; 44.5; 44.8; 45.5
- estimatorio [*estimatorio*]: 6.8
- fiduciario [*fiduciario*]: 11.2; 12.5; 30.1.3
- final [*finale*]: 5.3; 7.10-11; 10.7
- financiero [*finanziario*]: 3.5; 10.3; 18.15; 30.4; 38.4
- formal [*formale*]: 5.8; 6.2; 6.5; 10; 11.9; 15.8; 20.4
- gratuito [*gratuito*]: 1.7; 6.9; 16.5-7; 16.10; 18.9-10; 20.9; 40.7; 42.5; 43.14; 46.10; 47.7
- impuesto [*imposto*]: 2.12
- innominado [*innominato*]: 16.4
- instrumental o dependiente [*strumentale o dipendente*]: 10.7
- mixto [*misto*]: 17.6; 18.4-5
- modificativo [*modificativo*]: 9.7; 10.7; 16.10; 24.12; 40.6
- negociado fuera de los locales comerciales [*negoziato fuori dai locali commerciali*]: 3.5; 9.9; 10.3; 18.15; 24.10; 28.11; 34.4; 41.14
- normativo [*normativo*]: 3.13; 10.18; 16.6; 22.10
- oculto [*occulto*]: 31.14
- oneroso [*oneroso*]: 16.6; 18.9; 20.9; 42.5; 43.15; 45.1; 46.7
- para la gestión de portafolios [*per la gestione di portafogli*]: 18.2
- para persona por nombrar [*per persona da nominare*]: 13.4; 29.3
- *per relationem*: 15.8; 46.6
- personal [*personale*]: 7.3; 35.7 (v. también *Intuitus personae*)
- plurilateral [*plurilaterale*]: 6.6-7; 18.12; 26.8; 31.2; 31.13; 39.3; 43.3; 43.15; 45.1
- por adhesión [*per adesione*]: 2.9; 41.6
- por automático [*per automatico*]: 9.6
- por cuenta de quien corresponda [*per conto di chi spetta*]: 13.6
- preliminar [*preliminare*]: 5.3; 6.9; 7.11; 10.7; 10.15; 10.18; 16.8; 17.4; 18.6; 21.7; 22.10; 28.3; 29; 46.10; 46.12
- preparatorio [*preparatorio*]: 7.9
- real [*reale*]: 6.8-9; 9.11; 16.9; 22.8; 29.2; 38.13; 46.10
- resolutorio [*risolutorio*]: 9.7; 10.7; 24.2; 26.7

- simulado [*simulato*]: 31.2-6; 31.10-13
- sinalagmático [*sinallagmatico*] (v. también - con prestaciones recíprocas): 18.11
- solutorio [*solutorio*] (v. también Acto solutorio): 16.8; 24.2
- telemático [*telematico*]: 9.9
- típico [*tipico*]: 5.11; 18; 24.3; 24.8; 26.1
- tipo [*tipo*]: 2.10; 22.10
- unilateral [*unilaterale*]: 6.4-7; 9.7; 16.6; 16.10; 26.3; 26.6; 46.7 (v. también Acto unilateral y Negocio unilateral)
- vinculado [*collegato*] v. Vinculación entre contratos
- Contrato social** [*contratto sociale*]: 2.8; 8.6
- Control de precios** [*controllo dei prezzi*]: 17.3
- Controlling language clause**: 9.4
- Convalidación** [*convalida*]: 38.9-12; 40.5; 41.10
- Convención** [*convenzione*]
 - sobre contratos de viaje [*sui contratti di viaggio*]: 4.7
 - sobre el *leasing* y el *factoring* internacionales [*sul leasing e sul factoring internazionali*]: 4.7
 - sobre el *trust* [*sul trust*]: 30.5
 - sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales [*sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*]: 4.7
 - sobre la venta internacional de muebles [*sulla vendita internazionale di mobili*]: 4.7; 7.6
- Convenciones** [*convenzioni*]
 - internacionales [*internazionali*]: 4.7; 41.9
 - matrimoniales [*matrimoniali*]: 1.3; 1.10; 3.6; 10.4; 18.2
 - urbanísticas [*urbanistiche*]: 1.10; 3.9
- Conversión del contrato nulo** [*conversione del contratto nullo*]: 10.15; 25.7; 28.5; 33.16; 38.14; 39.1
- Conveyance**: 3.2
- Convivencia (acuerdos de)** [*convivenza (accordi di)*]: 1.3; 17.12; 17.15
- Corrección** [*correttezza*]: 8.1; 20.7; 21.6
- Correo electrónico** [*posta elettronica*]: 9.9; 41.14
- Corte Constitucional** [*Corte costituzionale*]: 4.2
- Costos de transacción** [*costi transattivi*]: 3.14
- Crédito al consumo** [*credito al consumo*]: 3.5; 10.3; 10.5; 18.15; 24.10; 41.13
- Culpa** [*colpa*]: 5.3-4; 5.6; 8.1; 10.16; 12.8; 12.11-12; 25.4; 27.13-14; 33.7; 36.3-4; 37.6; 39.8; 43.4; 44.8
- Curador** [*curatore*]: 8.4; 29.5; 31.7-8; 34.4
- Custodia** [*custodia*]: 8.2; 10.13

- Datio in solutum**: 1.9; 10.5; 16.8; 18.6; 18.9
- De Groot, Huigh (Hugo Grocio)**: 16.1
- Deber de hablar** [*dovere di parlare*]: 9.5-7
- Deber legal de contratar** [*obbligo legale di contrarre*]: 2.12; 21.11; 22.10; 29.2-3; 29.9; 30.3; 47.7
- Declaración** [*dichiarazione*]
 - bajo nombre falso [*sotto falso nome*]: 10.9; 12.13; 31.4
 - de ciencia [*di scienza*]: 3.12; 22.9; 31.2; 31.13
 - de no querer cumplir [*di non voler adempiere*]: 44.2
 - de nombramiento [*di nomina*]: 10.7; 13.5
 - reconocitiva [*ricognitiva*]: 17.10; 22.9
- Default rules**: 19.5
- Delegación** [*delegazione*]: 16.8; 17.10
- Denuncia de los vicios** [*denuncia dei vizi*]: 3.12
- Denuntiatio**: 7.8; 7.12
- Depósito** [*deposito*]: 1.7; 6.8-9; 16.9; 18.9; 26.1
- Derecho** [*diritto*]
 - de la personalidad [*della personalità*]: 1.3-5; 17.14
 - personal de goce [*personale di godimento*]: 10.3; 15.1; 22.8
 - potestativo [*potestativo*]
 - real [*reale*]
- Derecho Internacional Privado** [*diritto internazionale privato*]: 4.7
- Derivados financieros** [*derivati finanziari*]: 3.3
- Desconocimiento de la firma** [*disconoscimento della firma*]: 10.9-11
- Despedida** [*disdetta*]: 11.4; 12.10; 24.3; 28.7
- Destinatario de la oferta** [*oblato*]: 5; 6; 7.2-4; 7.7-8; 9.5-7; 9.11; 20.7
- Determinación y determinabilidad del objeto** [*determinatezza e determinabilità dell'oggetto*]: 6.11; 10.10; 15.3; 15.7-8; 15.11; 17.3.8; 18.14; 20.4; 29.2; 31.14; 33.9
- Devaluación monetaria** [*svalutazione monetaria*]: 46.5; 46.7
- Digestum**: 3.10
- Diligencia** [*diligenza*]: 8.1; 10.13; 12.11-12; 21.6; 35.11; 41.2; 44.2
- Dirección** [*indirizzo*]: 9.9
 - del destinatario de la oferta [*oblato*]: 6.5
 - del oferente [*del proponente*]: 5.3-4; 5.6; 6.2
- Direccionamiento de la declaración contractual** [*indirizzamento della dichiarazione contrattuale*]: 5.4-5; 6.7; 9.8; 33.10; 35.13
- Directivas europeas** [*Direttive europee*]: 4.7; 10.13; 41.5; 41.13
- Disclosure agreement**: 6.12
- Disenso (oculto o evidente)** [*dissenso (occulto o palese)*]: 5.7; 33.10; 35.13
- Divergencia entre voluntad y declaración** [*divergenza fra volontà e dichiarazione*]: 2.7
- División** [*divisione*]: 6.7; 10.3; 40.7

- hereditaria [*ereditaria*]: 3.7
- Divorcio** [*divorzio*]: v. Separación y divorcio
- Doble enajenación inmobiliaria** [*doppia alienazione immobiliare*]: 25.4
- Documento**: 10.8-10; 10.12; 10.17; 12.10; 12.8; 17.5; 26.9; 31.2
- de legitimación [*di legittimazione*]: 9.6; 26.9
- informático [*informatico*]: 9.9-10; 10.15
- reconocitivo [*ricognitivo*]: 10.8; 10.15-16; 10.19; 12.10
- Dogma de la voluntad** [*dogma della volontà*]: 2.7; 3.10-11; 31.2; 35.1
- Dolo** [*dolo*]: 8.1-2; 10.9; 12.2; 12.11; 26.10; 32.9; 36; 38.6; 39.4; 39.8
- determinante [*determinante*]: 10.9; 36.7
- incidente [*incidente*]: 8.5; 10.9; 36.7
- omisivo [*omissivo*]: 8.2; 36.3
- Dolus bonus**: 36.5
- Domat, Jean**: 16.1
- Donación** [*donazione*]: 2.2; 4.3; 6.4; 6.9-10; 10.4; 10.12; 11.4; 15.5; 15.9; 16.9; 16.11; 17.18; 18.6; 18.9-10; 27.5; 29.2-3; 31.1; 31.6; 33.16; 34.6; 35.3; 38.12; 36.6; 46.10
- de módico valor [*di modico valore*]: 39.7
- indirecta [*indiretta*]: 17.3; 18.10; 26.7
- manual [*manuale*]: 6.8-9
- modal [*modale*]: 18.9; 43.14
- Donación de órganos** [*donazione di organi*]: 1.3; 1.5; 9.7; 33.12

- Efecto traslativo del consentimiento** [*effetto traslativo del consenso*]: 17.9; 22.4-8; 24.5; 26.9
- Efectos del contrato** [*effetti del contratto*]: 5.3; 11.2; 12.3-4; 13.5; 14.2; 15.1; 22; 23.1-3; 25; 28.3; 29.1; 30.1; 31.1-2; 31.4-5; 31.10; 31.12; 33.12; 38.12-14; 39.6; 42.1
- Eficacia e ineficacia del contrato** [*efficacia e inefficacia del contratto*]: 5.8; 8.2; 8.4; 10.12; 10.17; 12.3; 12.6-7; 12.9-11; 15.5; 17.6; 17.17; 20.9; 22.2; 23.5; 24.7; 27.1-2; 31.5; 31.10; 31.12; 33.2-5; 33.12-13; 34.1; 38.9; 38.12; 39.8; 41.2-3; 41.10; 42.1; 43.7; 43.10
- Ejecución de la prestación** [*esecuzione della prestazione*]
- y celebración del contrato [*e conclusione del contratto*]: 5.11-12; 6.2-3; 6.6; 7.6; 9.5; 10.8
- y juridicidad del compromiso [*e giuridicità dell'impegno*]: 1.6-8
- y recuperación del contrato inválido [*e recupero del contratto invalido*]: 33.16; 38.10; 38.12-13; 39.4; 39.6; 41.16
- Ejecución del contrato** [*esecuzione del contratto*]: 6.8; 9.7; 20.4; 21.6; 24.3; 24.5-6
- Ejecución específica de la obligación de contratar** [*esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre*]: 3.8; 6.9; 10.7; 13.7; 29.8-9; 29.12; 30.3
- Empleo público** [*impiego pubblico*]: 3.9
- Empresario y empresa** [*imprenditore e impresa*]: 3.5; 4.4; 7.3; 11.6-7; 12.12; 13.2; 18.15; 20.8-9; 21.4; 22.10; 29.9; 34.4; 35.7; 40.2; 41.1-2; 41.6; 41.15; 41.17
- Emptio rei sperata**: 15.5; 18.14
- Emptio spei**: 15.5; 18.14
- Endoso** [*girata*]: 26.9; 38.14
- Engineering**: 3.5
- Enriquecimiento sin causa** [*arricchimento senza causa*]: 16.5; 26.2; 39.5; 40.5; 42.9-10
- Entrega** [*consegna*]: 1.7; 6.3; 6.11; 9.11; 10.5; 15.7; 16.9; 16.11; 18.1; 18.9; 21.3; 21.7; 22.4-5; 22.8; 26.9; 29.2-3; 38.12; 44.3; 45.5; 46.3
- Equidad** [*equità*]: 10.15; 20.9; 21.5-6; 21.8; 40.6
- Equilibrio contractual** [*equilibrio contrattuale*]: 15.19; 17.4; 20.7; 21.5; 27.8; 39.1; 40.1-2; 41.7; 41.10; 41.18; 42.5; 46.2; 46.9; 46.9 (v. también Adecuación de la retribución)
- Equitativa apreciación** [*equo apprezzamento*]: v. Equidad
- Erbvertrag**: 3.7
- Error** [*errore*]: 5.7; 8.5; 10.9; 10.12; 10.19; 12.1; 15.10; 16.2; 21.7; 31.14; 35; 36.1; 36.6; 38.6; 38.11; 47.5
- común [*comune*]: 35.12
- de cálculo [*di calcolo*]: 35.10; 47.5
- de derecho [*di diritto*]: 19.7; 21.1; 29.7; 35.4; 35.8
- de previsión [*di previsione*]: 35.3; 47.2
- determinante [*determinante*]: 35.3; 35.6-8; 35.10
- en el objeto o en la cualidad del objeto [*sull'oggetto e sulla qualità dell'oggetto*]: 15.1; 35.4; 35.5-6; 35.8
- en el precio [*sul prezzo*]: 35.6
- en el tipo [*sul tipo*]: 35.4; 35.8
- en el valor [*sul valore*]: 35.6
- en la cantidad [*sulla quantità*]: 35.10
- en la persona [*sulla persona*]: 7.3; 35.7
- en los motivos [*sui motivi*]: 18.10; 35.3; 35.6-8; 35.13; 36.1; 47.2
- esencial [*essenziale*]: 8.2; 10.9; 12.2; 35.3-8; 36.7
- excusable [*scusabile*]: 35.2; 35.11; 39.8
- obstativo [*ostativo*]: 5.5; 10.10; 10.13; 11.3; 31.2; 35.13
- reconocible [*riconosibile*]: 10.9; 35.3; 35.11-13; 39.8
- Escritura privada** [*scrittura privata*]: 5.8; 10.3-4;

- 10.8-9; 10.11; 10.13-14; 10.17-19; 29.11; 31.11; 38.14
- Escritura pública [atto pubblico]:** 6.9; 10.4; 10.9; 10.12; 10.15; 10.17-19; 29.11; 31.6; 38.11
- Estado de necesidad [stato di bisogno]:** 2.9; 17.4; 40.1-2; 40.3; 40.5; 40.7-8; 41.17
- Estado de necesidad [stato di necessità]:** 40.2
- Estado de peligro [stato di pericolo]:** 2.9; 17.4; 40.1-2; 40.5
- Estado liberal [Stato liberale]:** 2.11; 21.9
- Estado social [Estado social]:** 2.11
- Excepción [eccezione]**
- de incumplimiento [d'inadempimento]: 20-2; 16.9-10; 29.8; 43.4; 43.14; 44.2-3; 45.2; 46.4
 - suspensiva [sospensiva]: 43.4; 44.1-5
- Exceptio doli:** 17.11; 44.5
- Excesiva onerosidad sobrevenida [eccessiva onerosità sopravvenuta]:** 29.7; 46
- Exceso de poder representativo [eccesso di potere rappresentativo]:** 12.3; 12.9; 13.1
- Expectativa [aspettativa]:** 2.2; 9.3; 27.11-12
- Expromisión [espromissione]:** 2.2; 6.4; 16.8
- Factor [istitutore]:** 13.2
- Factoring:** 3.5; 17.3
- Falsus nuncijs:** 11.3
- Falsus procurator:** 8.4; 12.9; 24.2; 33.4-5
- Familia [famiglia]:** 1.3; 3.6; 12.4; 37.1
- Fianza [fideiussione]:** 2.2; 6.4; 6.6; 9.2; 12.10; 15.11; 16.7-8; 17.2; 17.11; 18.10; 25.4; 27.6; 34.2; 46.10; 47.6
- omnibus: 4.5; 15.11; 21.7; 33.13
- Ficción de verificación de la condición [finzione di avveramento della condizione]:** 7.10; 27.13-15
- Fideicomiso [fiducia]:** v. Contrato fiduciario
- Firma [firma]:** 6.8; 9.11; 9.3; 10.5; 10.8-10; 10.19; 11.9; 12.9; 20.7; 33.10; 33.16; 36.7; 37.5; 38.12; 38.14; 41.3
- digital [digitale]: 9.9; 10.13; 11.9
 - falsa [falsa]: 10.9; 12.11; 33.10; 33.16; 38.1-2; 38.12
- Firma en blanco [biancosegno]:** 10.10; 10.13; 15.9; 35.13
- Fondos comunes de inversión [fondi comuni d'investimento]:** 30.4
- Fondos de pensiones [fondi pensione]:** 30.4
- Forma [forma]:** 3.11; 5.5; 5.8; 6.2; 6.5-6; 6.9-10; 7.4; 7.10-11; 9.8-9; 10; 11.8-9; 12.6; 12.10; 13.5; 15.8; 15.10; 16.9; 17.3; 17.9-10; 18.9; 20.4; 22.9; 24.2-3; 25.6; 26.7; 29.2; 31.6; 33.9; 38.9; 38.14; 41.1; 41.3; 41.16; 41.18
- para la aceptación [per l'accettazione]: 5.8; 9.11; 10.18
 - para la prueba [per la prova]: 10.16-18
 - para la validez [per la validità]: 10.15; 10.17-18
 - voluntaria [volontaria]: 5.8; 10.18; 11.8
- Formación progresiva del contrato [formazione progresiva del contratto]:** 5.5; 6.11; 12.9; 15.5; 15.11; 33.13; 38.13
- Formatos y formularios [moduli e formulari]:** 9.11; 20.9; 41.4
- Formularios [formulari]:** v. Formatos y formularios
- Fotocopia [fotocopia]:** 10.11
- Franchising:** 3.5; 22.10
- Francia:** 2.2-3; 3.10; 29.1
- Fraude a la ley [frode alla legge]:** 12.2; 17.17; 30.2
- Frutos [frutti]:** 27.10; 42.10
- Fuerza de ley del contrato [forza di legge del contratto]:** v. Vínculo contractual
- Fuerza de título (del contrato inválido) [forza di titolo (del contratto invalido)]:** 39.7
- Funciones (acuerdos sobre) [funzioni (accordi su)]:** 1.9
- Fundación [fondazione]:** 10.4; 13.1
- Garantía [garanzia]:** 16.8; 17.11; 18.14; 25.4; 25.6; 26.10; 35.9; 42.6; 42.9; 43.15
- Gentlemen's agreements:** 1.8
- Gestión [gestione]**
- de negocios ajenos [di affari altrui]: 16.6-7; 12.2; 13.3
 - de portafolio [di portafogli]: 30.4
- Gratuidad [gratuità]:** v. Acto y contrato a título gratuito
- Gross disparity:** 17.4
- Hardship clause:** 47.6
- Herederos [eredi]:** 3.7; 7.2; 9.6; 18.9; 29.5; 31.7; 38.2; 43.14
- Herencia (venta de) [eredità (vendita della)]:** 3.7; 7.2-3
- Hipoteca [ipoteca]:** 10.3; 10.12; 16.8; 17.17; 22.8; 29.6; 29.12; 37.4
- Idioma (del contrato o de las declaraciones contractuales) [lingua (del contratto o delle**

- dichiarazioni contrattuali*): 5.7; 9.2; 9.4; 10.12
- Igualdad [*uguaglianza*]: 4.3; 14.4 (v. también Paridad de tratamiento)
- Ilícitud [*illeceità*]: 3.11; 10.19; 17; 21.10; 25.4; 25.6-7; 31.6; 31.11; 33.11; 38.3; 40.8
- del objeto [*dell'oggetto*]: 15.6; 29.2; 33.15; 38.12
 - de la condición [*della condizione*]: 27.5
 - de la causa [*della causa*]: 16.4; 17.12-18; 25.2; 30.2; 38.14
 - de los motivos [*dei motivi*]: 17.18
- Imposibilidad [*impossibilità*]
- de la condición [*della condizione*]: 27.5; 33.9
 - del objeto [*dell'oggetto*]: 15.4; 25.6; 33.16
 - sobrevenida de la prestación [*sopravvenuta della prestazione*]: 8.2; 15.5; 24.9; 25.6; 27.5; 28.3; 29.2; 43.4; 45
- Imputabilidad del incumplimiento [*imputabilità dell'inadempimento*]: 43.4; 43.14; 44.1; 46.4
- In claris non fit interpretatio*: 20.1; 20.4
- Incompletitud del contrato [*Incompletezza del contratto*]: 19.5; 21.2; 46.1; 47.4
- Incumplimiento eficiente [*inadempimento efficiente*]: 23.1
- Indebido [*indebito*]: v. Repetición del pago indebido
- Indemnización [*indennizzo*]: 7.5-6; 24.9-10; 25.6
- Individualización [*individuazione*]: 6.11; 22.6; 45.5
- Ineficacia [*inefficacia*]: v. Eficacia e ineficacia
- Inexistencia [*inesistenza*]
- del contrato [*del contratto*]: 17.2; 33.16; 38.13; 39.8
 - del objeto [*dell'oggetto*]: 15.5; 17.2
- Información (deber de) [*informazione (obbligo di)*]: 8.2; 8.4-5; 10.3; 36.3; 41.14-15
- Inhabilitado [*inabilitato*]: 7.2; 11.6; 34.4-5
- Iniciativa económica privada [*iniziativa economica privata*]: 4.2
- Inoponibilidad [*inopponibilità*]; v. Oponibilidad e inoponibilidad
- Inscripción [*trascrizione*]: 10.3; 10.17; 10.19; 22.4-5; 22.8; 25.4-5; 27.12; 28.11; 22.9; 29.11-12; 30.3; 31.8; 33.5; 38.7; 38.13; 39.4-6; 40.5; 42.8
- Inseminación heteróloga [*inseminazione eterologa*]: 1.3
- Instrumentos financieros [*strumenti finanziari*]: 3.3; 22.8; 30.4
- Integración del contrato [*integrazione del contratto*]: 6.11; 7.11; 10.5; 15.8; 15.11; 19.5-7; 20.7-8; 21; 22.1; 23.3; 28.4; 28.6; 35.9; 39.2; 41.2; 47.7
- Intención de las partes (jurídica y empírica) [*intento delle parti (giuridico ed empirico)*]: 1.6
- Interdicto [*interdetto*]: 11.6; 34.1-3; 34.5
- Interés [*interesse*]
- del estipulante [*dello stipulante*]: 26.2
 - en la prestación [*della prestazione*]: 8.6
 - negativo [*negativo*]: 7.5; 8.7; 7.10-11; 27.15; 36.7; 42.10
 - positivo [*positivo*]: 7.10-11; 8.4; 8.7; 27.15; 36.7; 42.10
- Intereses [*interessi*]: 10.3; 10.5; 10.7; 17.14; 17.18; 42.10
- usurarios [*usurari*]: 4.5; 33.10; 33.13; 40.8
- Internet: 5.7; 9.2; 9.9; 10.13
- Interposición [*interposizione*]: 17.17; 31.8
- real [*reale*]: 31.4
 - ficticia [*fittizia*]: 30.2; 31.4; 31.6
- Interpretación del contrato [*interpretazione del contratto*]: 3.5; 12.5; 18.9; 18.15; 19.6-7; 20; 21.4; 27.2; 29.2; 25.12; 27.2; 35.2; 35.8-9; 39.2; 41.3-4; 41.11
- Intimación a cumplir [*diffida ad adempiere*]: 11.4; 43.7; 43.10
- Intuitus personae: 11.4; 29.5; 30.1; 35.7; 36.3
- Invalidez [*invalidità*]: 8.2; 8.4; 10.5; 10.9; 10.12; 10.19; 11.2; 13.5; 17.6; 20.6; 33.1-2
- Invitación a ofrecer [*invito a proporre*]: 5.5; 5.9; 6.7
- Irregularidad del contrato [*irregolarità del contratto*]: 33.12
- Ius variandi: 2.3; 9.11; 23.5; 24.9; 24.12-13; 26.4; 41.16; 46.1; 47.6
- Juego [*gioco*]: 17.13
- Juramento [*giuramento*]: 10.16
- Juridicidad del compromiso [*giuridicità dell'impegno*]: 1.6-8
- Justa causa [*giusta causa*]: 7.6; 8.3; 12.6-7; 24.3; 24.8
- Kelsen, Hans: 3.13
- Lando, Ole: 4.6
- Leasing: 3.5; 7.9; 18.2; 21.7
- Legado [*legato*]: 26.3
- Legítima y legitimarios [*legittima e legittimari*]: 3.6; 31.11
- Lesión [*lesione*] *ultra dimidium*: 40.1; 40.4; 40.7
- Letra de cambio [*cambiale*]: 12.9-10; 17.10; 38.14
- Leyes especiales [*leggi speciali*]: 4.5; 5.11; 6.1; 24.9-10; 33.7; 33.12-13; 33.15; 38.12; 41.13; 41.18
- Leyes regionales [*leggi regionali*]: 45.5
- Liberalidad [*liberalità*]: 3.6; 7.11; 10.5; 16.9; 17.3; 18.6; 18.10; 26.2; 31.3
- Libertad contractual [*libertà contrattuale*]: 2.1; 2.6;

- 2.11-12; 15.2; 17.3; 18.2; 19.2; 21.5; 21.9; 21.11; 22.10; 23.2; 24.13; 25.7; 26.1; 27.1; 40.1
- Libertades personales [libertà personali]:** 4.2; 17.4
- Living will:** 1.3
- Locación [locazione]:** 2.10; 6.8; 7.11; 10.3; 10.15; 17.14; 17.17; 18.3; 21.10-11; 22.3; 24.6; 26.11; 26.13; 28.1; 28.6-7; 28.11; 31.2; 38.13; 39.1; 39.4; 45.12
- Lugar de celebración del contrato [luogo di conclusione del contratto]:** 5.1; 5.12; 6.2, 6.5; 10.9; 12.9; 18.4; 40.4
- Maine, Henry S.:** 2.7
- Mala fe [malafede]:** 8.1; 12.2; 12.6; 12.8; 13.1, 15.10; 26.8; 29.12; 31.8; 34.5-6; 36.7; 39.5; 40.2; 42.8; 42.10
- Mandato [mandato]:** 6.10; 10.7; 11.2; 11.7-8; 12.3; 12.5-8; 13.7; 15.7; 15.9; 16.8; 18.3; 18.9; 22.13; 29.9; 30.2; 31.4; 35.7; 43.14; 47.5
- gratuito [gratuito]: 6.4; 43.14; 43.17; 46.10
- Mandato de crédito [mandato di credito]:** 22.6
- Masa de cosas [massa di cose]:** 22.6
- Matrimonio [matrimonio]:** 1.3; 3.11; 11.4; 17.14-15; 27.1; 27.5; 33.16-17; 34.4; 38.1
- Mauss, Marcel:** 16.9
- Mayoría (acuerdo por) [maggioranza (deliberazione a)]:** 2.5
- Mediación [mediazione]:** 15.7
- Mentira [menzogna]:** v. Dolo
- Ministro del Tesoro:** 4.5
- Minuta [minuta]:** 6.11; 29.2
- Modificación del reglamento contractual [modifica del regolamento contrattuale]:** 9.7; 9.11; 21.7; 23.3-5; 24.12-13; 40.6; 46.9; 47.5
- Modus:** 6.4; 9.5; 12.6; 18.9; 22.8; 27.5; 43.17
- Monopolio:** 2.12
- Mora [mora]**
- del acreedor [del creditore]: 22.6; 29.8; 45.2
 - del deudor [del debitore]: 22.5; 46.4
- Motivo [motivo]:** 12.2; 16.2; 16.11; 17.6; 17.18; 18.10; 26.2; 27.2; 33.11; 35.2-3; 35.7; 35.13; 38.9; 46.1; 47.3
- Muerte [morte]**
- del contratante [del contraente]: 12.8; 18.14; 24.9; 26.4; 29.5; 35.7 (v. también Herederos)
 - del declarante [del dichiarante]: 3.5; 7.2-3; 7.7-8; 10.9; 12.5; 18.15;
 - y sucesión en el contrato [e successione nel contratto]: 26.11
- Multa penitencial [multa penitenziale]:** 24.7
- Multipropiedad [multiproprietà]:** 3.3; 3.5; 8.2; 9.4; 10.3; 10.5; 18.1-2; 18.15; 24.10; 38.4
- Mutatio libelli:** 8.6
- Naturaleza [natura]**
- de la prestación [della prestazione]: 18.3; 41.7; 43.1; 45.2
 - del contrato [del contratto]: 10.16; 12.1; 18.9; 18.14; 20.8; 26.3; 27.11; 35.2; 35.4; 35.8; 46.11
 - del negocio [dell'affare]: 5.8; 6.2; 6.4-5; 7.3; 7.8; 26.3
- Negocio [negozio]**
- de actuación [di attuazione]: 2.8; 5.10; 6.2; 9.6
 - indirecto [indiretto]: 17.17; 30.2
 - preparatorio [preparatorio]: 5.3; 29.2
 - unilateral [unilaterale] (v. también Acto unilateral): 11.8; 12.9; 13.5; 24.3; 27.1; 29.3; 38.11; 40.6; 41.17; 43.7-8; 45.9
- Negocio jurídico [negozio giuridico]:** 3.10-11; 4.6; 11.8; 15.9; 20.6; 31.2; 33.1; 38.10; 40.6
- New properties:** 2.6
- Niño (contrato del) [bambino (contratto del)]:** 33.10
- Norma jurídica [norma giuridica]:** 3.12
- Normas [normas]**
- dispositivas [dispositive]: 5.7; 15.11; 20.2; 20.8, 21.3-4; 21.10; 24.5; 33.12; 35.8; 41.3
 - imperativas [imperative]: 4.3; 9.11; 15.6; 17.13-17; 18.2; 20.2; 21.3; 21.6-7; 21.10; 21.12; 22.4; 23.1; 27.5; 28.7; 30.2; 33.6; 33.11-12; 34.1; 35.8; 38.14; 39.2; 39.8; 46.12
 - primarias [primarie]: 21.11
 - secundarias [secondarie]: 4.5; 21.3; 21.11
 - supletorias [suppletive]: 21.3; 21.10
- Notificación [notificazione]**
- de la aceptación de la donación [dell'accettazione della donazione]: 6.10
 - de la cesión del contrato [della cessione del contratto]: 26.8-9
 - de la cesión del crédito [della cessione del credito]: 3.12; 22.8
- Nulidad [nullità]:** 6.11; 10.5; 10.15-19; 12.9; 15.4-5; 15.10; 17.3; 7.6-10; 17.12-17; 19.2; 18.14; 20.3; 20.9; 21.6; 21.10-11; 24.13; 25.2; 25.7; 26.2; 27.5-6; 28.5; 29.2; 29.7; 31.6; 31.12; 31.14; 33.6-14; 34.1; 34.7; 35.13; 38.3-5; 38.7; 38.12-14; 39.3-4; 39.6-7; 40.8; 41.3; 41.10; 41.17; 42.6; 44.8; 45.5; 47.3
- derivada [derivata]: 33.14
 - especial [speciale]: 33.14; 41.10; 41.17
 - parcial [parziale]: 27.5; 39.1-2; 41.10

ÍNDICE ANALÍTICO

- relativa [*relativa*]: 10.18; 38.4-5; 39.6; 41.3; 41.10
- sobrevenida [*sopravvenuta*]: 33.13
- suspendida [*sospesa*]: 33.13
- textual [*testuale*]: 33.7-8; 33.11
- virtual [*virtuale*]: 33.8
- Nuncius**: 11.3; 12.1

- Objetivación del contrato** [*oggettivazione del contratto*]: 2.8; 3.11; 18.10
- Objeto del contrato** [*oggetto del contratto*]: 6.11; 10.3; 10.5; 10.10; 14.2; 15; 17.12; 18.2; 20.8-9; 22.7; 26.6; 29.6; 29.2; 29.5; 29.8; 31.3; 33.9; 33.12; 35.2; 35.4-6; 35.8; 36.7; 41.3; 41.7; 41.11; 44.8; 46.8
- Obligaciones** [*obbligazioni*]: 1.2; 3.2; 5.1; 5.11; 13.3; 15.1; 15.11; 16.5; 17.10-11; 22.3; 25.6; 28.1; 30.2; 42.10; 43.4; 45.2; 46.2; 46.10
- Obra (contrato de)** [*opera (contratto di)*]: 11.4
- Occupación** [*occupazione*]: 2.2
- Oferta** [*offerta*]
 - al público [*al pubblico*]: 5.9-11; 6.2
 - de toma directa [*a prelievo diretto*]: 5.10
 - fuera de sede de productos financieros [*fuori sede di prodotti finanziari*]: 33.7; 41.14
 - pública de adquisición (opa) [*pubblica di acquisto*]: 5.9-10; 7.8; 8.2
- Oferta de contrato** [*proposta di contratto*]: 5; 6; 7; 9.3; 9.5; 9.7; 9.11; 10.8; 10.13; 27.1; 41.14
 - irrevocable [*irrevocabile*]: 6.5; 7.3; 7.7-8; 9.11 (v. también Revocación de la oferta)
- Onerosidad** [*onerosità*]: 1.7; 6.9; 16.6; 16.9; 17.3; 18.13; 31.3
- Opción** [*opzione*]: 2.2; 5.3; 6.4; 7.9-10; 10.7; 10.19; 16.7; 21.8; 22.10; 27.6; 27.8; 29.2-3; 32.7; 39.1; 46.3; 47.10
- Operación económica** [*operazione economica*]: 3.14
- Oponibilidad e inoponibilidad** [*oponibilità e inoponibilità*]: 10.9; 10.17; 12.3; 12.6; 12.8; 13.1; 25.5; 25.8; 26.5; 26.10; 27.8; 29.3; 31.7-9; 33.5; 39.4-5; 40.5; 41.2-3; 42.8
- Orden público** [*ordine pubblico*]: 4.3; 9.11; 10.12; 15.6; 17.12; 17.14-17; 18.2; 21.6-7; 21.12; 22.4; 24.13; 25.2; 27.5; 28.5; 33.7; 33.12; 36.2; 42.6; 43.8; 44.8
 - internacional [*internazionale*]: 4.7
- Organizaciones** [*organizzazioni*]: 2.5; 2.10; 3.8; 3.13; 7.3; 9.8; 11.6; 12.12; 13.1; 20.2; 22.10; 31.13
- Overbooking**: 7.13

- Pacta sunt servanda**: 16.1; 23.2; 32.1; 46.1
- Pacto** [*patto*]: 1.10
- agregado o contrario a documento [*aggiunto o contrario a un documento*]: 10.7; 10.16; 20.6; 24.2; 31.11
- comisorio [*commissorio*]: 17.17; 30.2; 33.7; 44.6
- de honor [*d'onore*]: 1.8
- de llenado [*di riempimento*]: 10.10
- de no competencia [*di non concorrenza*]: 10.3; 10.5; 10.16-17; 18.3; 22.10; 25.8; 28.6
- de no enajenar [*di non alienare*]: 25.7-8; 28.6; 28.11; 38.14
- de retroventa [*di retrovendita*]: 24.2
- de voto [*di voto*]: 17.14
- en derogación [*in deroga*]: 2.10
- leonino [*leonino*]: 40.7
- parasocial [*parasociale*]: 1.8; 7.12; 10.14; 18.2
- sobre la forma [*sulla forma*]: 5.3; 10.18; 29.2
- sobre la resolución [*sulla risoluzione*]: 42.6
- sucesorio [*sucessorio*]: 1.10; 9.7
- territorial [*territoriale*]: 3.9
- Pacto en el proceso penal** [*patteggiamento*]: 4.6
- Pactum fiduciae**: 40.7
- Padres** [*genitori*]: 8.4
- Pago** [*pagamento*]: 1.9; 43.2; 46.5
- Pandectística** [*Pandettistica*]: 3.10; 31.2; 46.2
- Paridad de tratamiento** [*parità di trattamento*]: 2.11-12; 4.3; 17.14; 21.7; 21.12; 33.15; 41.8; 46.3
- Parte compleja** [*parte complessa*]: 3.7; 6.6; 38.2; 38.9; 43.3
- Patrimonialidad del contrato** [*patrimonialità del contratto*]: 1.2-5
- Pericia contractual** [*perizia contrattuale*]: 15.9
- Permuta** [*permuta*]: 18.3-4
- Plazo** [*termine*]: 5.5; 5.7-8; 6.3; 6.5; 7.7-9; 7.11; 12.8; 15.4; 25.7; 27.8; 28; 29.8; 43.4; 45.5; 46.3
 - esencial [*essenziale*]: 43.9
 - final [*finale*]: 24.3; 24.5; 27.4; 28.1; 28.4; 28.7; 42.1
 - inicial [*iniziale*]: 5.7; 24.3; 28.1; 28.3
 - para el cumplimiento [*per l'adempimento*]: 29.8; 43.7
 - para el rechazo de la oferta [*per il rifiuto della proposta*]: 6.5
 - para la aceptación de la oferta [*per l'accettazione della proposta*]: 5.8; 7.7
 - para la declaración de nombramiento [*per la dichiarazione di nomina*]: 13.5
 - para la ratificación [*per la ratifica*]: 12.10
- Pluralidad de ordenamientos jurídicos** [*pluralità degli ordinamenti giuridici*]: 3.12
- Poder** [*procura*]: 2.3; 10.7; 10.18; 11.3-5; 11.6-8; 12.1-4; 12.6-8; 12.12; 13.4-5; 13.7; 17.11
- Poder contractual** [*potere contrattuale*]: 2.11

- Posesión (acuerdos sobre la) [possessione (accordi sul)]:** 1.9
- Posesión vale título [possessione vale titolo]:** 12.12; 17.11; 22.4-5; 27.12; 31.8; 38.7; 39.4; 42.8
- Posiciones procesales (acuerdos sobre) [posizioni processuali (accordi su)]:** 1.9
- Pothier, Robert-Joseph:** 16.1; 35.1
- Prácticas interpretativas [pratiche interpretative]:** v. Usos
- Preaviso (deber de) [preavviso (obbligo di)]:** 24.3; 24.8
- Precio [precio]:** 6.11; 10.8; 15.7-8; 15-10-11; 16.11; 17.3; 17.17; 18.10; 24.7; 27.2; 27.7; 29.3; 29.6; 31.5; 31.8; 41.7; 41.11; 46.3
- Prelación [prelazione]:** 2.2; 5.3; 6.4; 7.11-12; 10.7; 12.10; 16.7; 17.17; 25.2; 25.7; 31.9; 38.14
- Prenda [pegno]:** 6.8-9; 10.3; 10.17; 17.17; 22.8
- Prescripción [prescrizione]:** 7.8; 10.19; 12.4; 17.11; 25.6; 27.11; 29.7; 31.10; 38.6-7; 38.11; 38.13; 40.5; 41.10; 42.10
- Presentación en juicio (de la oferta contractual) [produzione in giudizio (della proposta contrattuale)]:** 6.10; 10.8
- Presuposición [presupposizione]:** 35.3; 47.2-3
- Principio nominalista [principio nominalistico]:** 46.5
- Principios del derecho europeo de los contratos [principi del diritto europeo dei contratti]:** 4.7; 17.4; 41.18
- Procedimiento administrativo [procedimento amministrativo]:** 3.8-9
- Profesional [professionista]:** 18.15; 20.9; 41.6-12
- Prohibición de enajenación [divieto di alienazione]:** 25.4; 25.7-8
- Promesa [promessa]:** 2.4; 3.2; 22.9; 25.4; 27.7
- al público [al pubblico]: 2.4; 7.6; 5.11
 - de la obligación o del hecho del tercero [della obbligazione o del fatto del terzo]: 18.14; 25.3; 25.6
 - de mutuo [di mutuo]: 6.9; 29.2
 - de pago [di pagamento]: 2.4; 17.10
- Promesas unilaterales [promesse unilaterali]:** 2.4; 5.11; 6.2; 6.4; 17.10; 42.6
- Propiedad [proprietà]:** 1-2; 3.3; 4.2; 10.3; 15.1; 17.11; 22.3; 22.6; 27.10; 28.1; 29.1; 29.9; 30.1; 30.3; 31.9
- Propiedad fiduciaria [proprietà fiduciaria]:** 30-3-4
- Prorroga tácita [proroga tacita]:** 28.7
- Prospecto [prospetto]:** 8.2
- Protestatio:** 9.8; 20.6; 38.10
- Prueba [prova]**
- de la simulación [della simulazione]: 31.11
 - escrita [scritta]: 31.11
 - por presunciones [per presunzioni]: 5.6; 10.16; 10.18; 22.9
 - testimonial [testimoniale]: 10.16-18; 20-6; 31.11 (v. también Forma, Pacto agregado o contrario a documento, Carga de la prueba)
- Publicidad [pubblicità]:** 10.3-4; 10.17; 12.6; 13.5; 22.8; 38.7; 38.12-13; 39.5
- Publicidad engañosa [pubblicità ingannevole]:** 36.2
- Puntuación [puntuazione]:** 6.11
- Put:** 7.9; 27.6
- Querrela de falsedad [querela di falso]:** 10.9; 10-12-13
- Quiebra [fallimento]:** 8.4; 12.8; 29.5; 34.1; 37.4; 40.3; 42.5
- Ratificación [ratifica]:** 10.7; 12.9-10; 13.4; 27.15
- Rechazo [rifiuto]:** 2.2; 5.11; 6.4-5; 7.11; 22.6; 25.6; 26.3; 29.5; 29.7; 32.7
- de la oferta [della proposta]: 5.7; 5.9; 6.4-5; 7.8; 9.5; 9.7-8; 11.2
 - del poder [della procura]: 11.8
 - de la ratificación [della ratifica]: 12.10
- Rechtsgeschäft:** 3.10
- Recibo [quietanza]:** 3.12; 10.8; 10.16; 31.13
- Reconocimiento [riconoscimento]**
- de la deuda [del debito]: 2.4; 17.10; 22.9
 - del hijo natural [del figlio naturale]: 11.4; 17.14
- Rectificación [retifica]**
- del contrato anulable [del contratto annullabile]: 38.11; 47.5
 - del error de cálculo [dell'errore di calcolo]: 35.10
- Reducción a equidad [riduzione a equità]**
- del contrato rescindible [del contratto rescindibile]: 24.12; 40.6; 40.8; 346.9; 47.7
 - del contrato resoluble [del contratto risolubile]: 2.3; 24.12; 46.8-9; 47.5
 - de la penalidad [della penale]: 44.7
- Reducción del plazo [riduzione del termine]:** 7.11; 25.7
- Reglamento contractual [regolamento contrattuale]:** 1.10; 9.3; 14; 18.2; 19; 20.2-3; 21.2-4; 21.6; 21.9-11; 22.1; 22.10; 23.1; 23.3; 24.12; 27.1; 28.3; 28.11; 35.9; 39.2; 41.2; 44.5; 46.1
- Relación de gestión [rapporto di gestione]:** 11.7-8; 12.3; 12.7-8; 17.11
- Relación jurídica [rapporto giuridico]:** 1.6; 22.1; 23.4
- Relaciones contractuales de hecho [rapporti contrattuali di fatto]:** 2.8; 22.1; 23.4

- Relatio:** 10.6; 15.7-9; 20.4; 21.1; 31.6; 47.6
- Relatividad de los efectos contractuales** [*relatività degli effetti contrattuali*]: 25.1-6; 25.8; 26.1
- Remedios contractuales** [*rimedi contrattuali*]: 2.4; 13.5; 26.2; 27.13-14; 29.6-10; 32; 33.2-3; 35.9; 39.1; 40.1; 41.1; 41.10; 41.12; 42.4; 44.1; 46.8; 47.4
- colectivos [*collettivi*]: 41.12
 - de mantenimiento (de adecuación) [*manutentivi (di adeguamento)*]: 29.6; 32.5; 46.8-12; 47.4-7
 - extintivos (de destrucción) [*estitivi (di annientamento)*]: 29.5; 32.5; 47.1; 47.12
 - sinalagmáticos [*sinallagmatici*]: 2.4; 18.11; 42.5; 43.14; 43.17; 44.1; 45.10
- Remisión de la deuda** [*remissione del debito*]: 6.4; 16.10; 26.3
- Renegociación (obligación de)** [*rinegoziazione (obbligo di)*]: 21.7; 24.13; 29.2; 29.6-7; 32; 33.2; 47.6-7
- Renovación del contrato** [*rinnovazione del contratto*]: v. Reproducción del contrato
- Renta** [*reddito*]: 10.3; 18.13-14; 26.1
- Renuncia** [*rinuncia*]: 5.8; 7.7; 10.7; 11.4; 12.5; 12.7-8; 16.7; 16.10; 18.14; 26.3-4; 27.9; 27.15; 38.12-13; 42.6; 43.8
- a la herencia [*all'eredità*]: 2.3
- Repetición del pago indebido** [*ripetizione dell'indebito*]: 16.5; 17.11; 17.16; 35.2; 38.7; 39.4-5; 40.5; 42.7; 42.10; 44.1
- Reporte** [*riporto*]: 6.8-9
- Representación** [*rappresentanza*]: 11; 12; 13; 15.9; 22.7; 34.1; 36.5
- aparente [*apparente*]: 12.12
 - de la empresa comercial [*dell'impresa commerciale*]: 11.6; 13.2; 18.15
 - del factor [*institoria*]: 3.5
 - directa [*diretta*]:
 - *in incertam personam*: 13.4
 - legal [*legale*]: 11.2; 11.4-7; 11.9; 12.2; 12.8; 13.6; 34.3
 - orgánica [*organica*]: 2.5; 11.5.7; 11.9; 12.2; 12.8; 13.6; 34.3
 - pasiva [*passiva*]: 11.4-5; 11.8-9
 - procesal [*processuale*]: 11.5-6
 - sin poder [*senza potere*]: 12.9; 12.12; 22.2
 - voluntaria [*volontaria*]: 11.2; 11.5-7; 12.8; 12.10; 13.1
- Reproducción del contrato** [*riproduzione del contratto*]: 6.11; 10.19; 29.3
- Res perit domino:** 22.5; 27.10; 45.5
- Resarcimiento del daño** [*risarcimento del danno*]: 6.3; 6.9; 8.1; 8.3; 8.7; 9.7; 12.4; 12.11; 15.5; 21.5; 23.1; 23.3; 24.9-10; 26.1; 27.7; 28.1; 36.1; 36.7; 37.1; 38.7; 39.8; 42.10; 43.2; 43.10; 44.5-7; 45.3; 45.3; 47.7
- Rescate** [*riscatto*]: 7.8-9; 7.12; 24.2; 24.5
- Rescisión** [*rescissione*]: 16.11; 17.3; 21.5; 29.7; 33.1; 38.5; 40; 41.17; 44.5; 46.11
- Reserva** [*riserva*]
- de ley [*di legge*]: 4.5
 - de nombramiento del contratante [*di nomina del contraente*]: 11.9; 13.4; 29.2
 - mental [*mentale*]: 31.2
- Reservación** [*prenotazione*]: 7.13; 29.11-12
- Resolución** [*risoluzione*]: 17.6; 23.4-5; 24.5; 26.1; 27.2; 28.1; 27.13-14; 28.5; 29.5-6; 29.8; 29.12; 38.5; 42; 45.5; 47.3-4; 47.7
- de derecho [*di diritto*]: 43.6-9; 45.1
 - judicial [*giudiziale*]: 43.6; 43.8; 43.10
 - parcial [*parziale*]: 43.12
 - por excesiva onerosidad [*per eccessiva onerosità*]: 24.12; 46; 47.2
 - por incumplimiento [*per inadempimento*]: 24.9; 42.9; 43; 44.2
 - por imposibilidad sobrevenida [*per impossibilita sopravvenuta*]: 45
- Responsabilidad** [*responsabilità*]
- contractual [*contrattuale*]: 1.7-8; 3.4; 8.6; 15.4; 18.9; 21.7; 22.7; 26.9; 27.15; 35.9; 37.4; 41.3; 42.10; 46.8
 - extracontractual [*extracontrattuale*]: 1.7-8; 4.4; 8.2; 8.6; 12.3; 12.9; 12.11; 27.10; 35.9; 37.4; 40.2; 41.17; 44.8
 - médica [*medica*]: 2.8
 - por acto ilícito [*da atto illecito*]: 7.4
 - por celebración de contrato inválido [*per conclusione di contratto invalido*]: 10.10; 36.3; 39.8
 - por falsas informaciones [*per false informazioni*]: 8.2
 - precontractual [*precontrattuale*]: 3.4; 3.8; 5.8; 6.3; 6.11; 7.5; 7.10; 8.1-3; 8.6; 10.10; 10.19; 11.2; 12.11; 15.4-5; 22.10; 26.10; 35.6; 38.7; 39.8; 40.2; 42.10; 45.2
- Reticencia** [*reticenza*]: v. Dolo omisivo
- Retracto** [*retrato*]: 7.12
- Retribución** [*corrispettivo*]: 15.7; 17.2-3; 17.6; 17.18; 18.9; 21.8; 16.7; 41.7
- Retroactividad** [*retroattività*]: 13.5; 24.2; 25.5-6; 29.12; 30.3; 33.4
- de la anulación [*dell'annullamento*]: 39.5
 - de la condición [*della condizione*]: 27.10-12; 27.15; 28.2
 - de la ley [*della legge*]: 27.10; 33.13

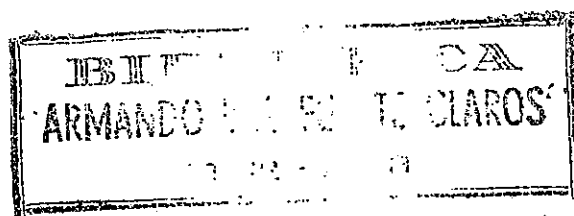
- de la nulidad [*della nullità*]: 39.4
- de la ratificación [*della ratifica*]: 12.10; 27.15
- de la resolución [*della risoluzione*]: 42.7-9; 43.8; 46.8
- Revocación [*revoca*]**: 9.11; 34.3; 31.3
 - de la aceptación [*dell'accettazione*]: 6.2; 7.4
 - de la estipulación a favor de tercero [*della stipulazione a favore di terzo*]: 26.2; 26.4
 - de la oferta [*della proposta*]: 5.8-9; 6.3; 7.5-6; 7.9
 - de la oferta al público [*dell'offerta al pubblico*]: 5.9; 5.11; 7.6
 - de la promesa al público [*della promessa al pubblico*]: 5.11; 7.6
 - del mandato [*del mandato*]: 12.7; 24.9
 - del poder [*della procura*]: 12.5-7; 13.2
 - del testamento [*del testamento*]: 11.4
- Riesgo contractual [*rischio contrattuale*]**: 5.5; 9.4; 18.13-14; 20.2; 22.5; 24.12; 27.2; 27.8; 27.14; 35.11; 41.14; 46.1; 46.7; 46.11-12
- Romano, Santi**: 3.13
- Ruptura de la tratativa [*rottura della trattativa*]**: 8.3

- Sale and lease back**: 17.17
- Secrecy agreement**: 6.12
- Secuestro convencional [*sequestro convenzionale*]**: 6.8
- Seguro [*assicurazione*]**: 7.8; 10.16; 12.2; 12.9; 13.6; 17.2; 18.13; 18.15; 24.8; 26.1; 26.4; 26.13; 33.7; 36.4; 40.7; 42.5; 43.6; 45.1; 46.11
- Sentencia [*sentenza*]**
 - constitutiva [*costitutiva*]: 13.7; 29.2; 29.3; 29.8; 29.10-11; 30.3; 32.2; 39.5-6; 40.5-6; 42.3; 43.6; 43.10; 46.8; 47.7
 - meramente declarativa [*dichiarativa o di accertamento*]: 32.2; 39.4; 39.6; 40.6; 46.6; 43.10; 45.1
- Separación patrimonial [*separazione patrimoniale*]**: 30.4
- Separación unilateral [*recesso unilaterale*]**: 2.3; 10.3; 10.5; 11.4; 18.13; 23.5; 24; 27.6; 28.6; 33.4; 34.6; 42.9; 43.5
 - *ad nutum*: 24.3
 - convencional [*convenzionale*]: 2.3; 24.3; 24.5-6; 27.1; 42.2
 - de arrepentimiento [*di pentimento*]: 24.10; 41.14
 - de autotutela [*di autotutela*]: 24.9; 42.4
 - de liberación [*di liberazione*]: 23.5; 24.4
- Separación y divorcio (acuerdos en vista de) [*Separazione e divorzio (accordi in vista di)*]**: 1.5; 17.12; 17.14
- Servicio postal [*servizio postale*]**: 6.8
- Servidumbre [*servitù*]**: 38.13; 45.3
- Settlor**: 30.5
- Silencio [*silencio*]**: 2.2; 5.8; 6.4; 9.2; 9.5-8
- Simulación [*simulazione*]**: 4.6; 9.5; 9.7; 17.17; 30.2; 31; 33.1; 33.3
- Sociedad [*società*]**: 2.8; 6.6-7; 10.3-4; 10.15; 12.4; 13.1; 18.1-2; 18.11; 24.11; 31.13; 38.13; 29.3; 39.6
- Soluti retentio**: 17.16; 39.4
- Solve et repete**: v. Cláusula *solve et repete*
- Somuniministro [*somministrazione*]**: 15.11; 17.6; 18.2; 46.8
- Standstill agreement**: 6.12
- Status**: 2.7; 2.11; 17.14
- Subasta televisiva [*asta televisiva*]**: 5.10; 41.14
- Subprovisión [*subfornitura*]**: 3.5; 6.2; 8.2; 10.3; 10.5; 10.8; 10.11; 15.11; 17.4-5; 18.15; 21.10-11; 24.12; 26.12-13; 38.13; 41.15-17
- Subsanación del contrato nulo [*sanatoria del contratto nullo*]**: 38.12-13
- Sucesión [*successione*] *mortis causa***: v. Herederos, Muerte
- Sucesiones anómalas [*successioni anomale*]**: 3.7
- Suscripción [*sottoscrizione*]**: v. Firma
- Sustitución automática (de precios y cláusulas) [*sostituzione automatica (di prezzi e clausule)*]**: 2.10; 21.10-11; 39.2

- Tasa límite [*tasso soglia*]**: 40.8
- Telefax**: 10.11; 41.16
- Telegrama [*telegramma*]**: 10.11
- Teletext**: 9.9
- Televenta [*televendita*]**: 5.10
- Telex**: 10.11
- Temor reverencial [*timore riverenziale*]**: 37.7
- Teoría preceptiva [*teoria precettiva*]**: 2.8; 3.13
- Testamento [*testamento*]**: 1.3; 2.3; 11.4; 26.4; 27.5; 33.16-17; 35.12; 38.2
- Texto contractual [*testo contrattuale*]**: 1.10; 9.3; 10.8-10; 10.19; 14.3; 29.3; 20.2-4; 20.6-9; 21.2; 21.4; 21.11; 41.2
- Tiempo de la celebración del contrato [*tempo di conclusione del contratto*]**: 5.1; 6.2
- Tipo contractual [*tipo contrattuale*]**: 4.4; 6.10; 16.1; 16.3-4; 18.21; 21.5; 31.3; 35.4; 41.16; 46.6
- Titularidad fiduciaria [*intestazione fiduciaria*]**: 30.2; 30.4; 31.4
- Títulos de crédito [*titoli di credito*]**: 2.4; 22.8; 26.9; 31.13
- Titulus y modus adquirendi**: 18.8; 22.4; 22.8; 29.1

ÍNDICE ANALÍTICO

- Tolerancia (acuerdos de tolerancia) [tolleranza (accordi di)]:** 1.9
- Tolerancia de acreedor [tolleranza del creditore]:** 43.4; 43.7; 43.14; 44.2
- Tort:** 3.4
- Trabajo (contrato de) [lavoro (contratto di)]:** 2.8; 2.10; 11.4; 15.7; 17.12; 17.14; 21.7; 24.9; 24.12; 28.5; 33.16; 34.3; 38.13; 39.6
- Traditio:** v. Entrega
- Transacción [transazione]:** 6.6-7; 10.3; 10.5; 10.16; 15.9; 18.3; 18.12; 20.5; 22.9; 29.12; 35.8; 39.3; 40.5; 40.7; 43.14
- Transfert:** 22.8
- Transparencia (principio de) [trasparenza (principio di)]:** 8.2; 41.1; 41.11; 41.16
- Transporte [trasporto]:** 1.7; 5.11; 6.8; 9.6; 13.6; 16.10; 18.9; 21.10; 26.1; 44.8
- Tratado de reaseguro [Trattato di riassicurazione]:** 1.10
- Tratamiento de los datos personales [trattamento dei dati personali]:** 1.3
- Tratativa [trattativa]:** 6.11-12; 8.1-3; 8.6; 12.4; 12.11; 13.4; 16.11; 41.3; 41.9
- Trust:** 3.2; 30.5
- Trustee:** 30.5
- Tutela real [tutela reale]:** 7.12; 12.12; 27.12; 30.3
- Tutor [tutore]:** 7.2-3; 34.3
- Unidroit:** 4.7; 17.4
- Usos [usi]:** 5.8-9; 6.2; 6.4-5; 7.8; 21.5; 26.3; 29.8
- interpretativos [interpretativi]: 20.8-9; 21.4
 - negociales [negoziali]: 20.8; 21.4
 - normativos [normativi]: 21.4
- Usucapión [usucapione]:** 38.7; 38.13; 39.4
- Usura [usura]:** 17.4; 40.8
- Venire contra factum proprium:** 5.7; 9.8; 21.7
- Venta [vendita]:** 6.4; 6.8; 6.11; 10-6-7; 10.19; 13.6; 15.10; 16.8; 17.2; 18.1; 18.3; 18.6; 18.11; 18.14; 22.4-5; 22.6; 26.1; 27.2; 27.6; 27.9; 27.11; 29.2; 29.6; 31.2; 31.5-6; 25.9; 42.5-6; 46.5
- con pacto de rescate [con patto di riscatto]: 7.10; 17.17; 24.5
 - con reserva de satisfacción [con riserva di gradimento]: 7.10
 - de cosa ajena [di cosa altrui]: 22.7; 25.3; 20.2
 - de cosa futura [di cosa futura]: 15.5; 18.14; 22.7; 29.2; 31.6; 33.13
 - de cosa genérica [di cosa generica]: 22.6; 45.5
 - de herencia [di eredità]: 10.3; 10.19
- Verificación de la firma [verificazione della firma]:** 10.9; 10.11
- Vicios de la voluntad [vizi della volontà]:** 2.9; 3.11-12; 11.3; 12.2; 15.10; 29.5; 29.10; 26.1; 29.10; 35.1; 36.1; 36.4; 37.7; 38.2; 38.6; 38.9-10; 39.8; 40.1 (v. también Capacidad e incapacidad, Dolo, Error, Violencia)
- Vida familiar (acuerdos sobre la) [vita familiare (accordi sulla)]:** 1.3
- Vinculación entre contratos [collegamento fra contratti]:** 17.3; 17.5-6; 17.17; 18.4; 26.12; 29.4; 19.12; 40.7; 41.7
- Vínculo contractual [vincolo contrattuale]:** 3.13; 22.2; 23; 24.1; 24.8; 24.12-13; 25.1; 27.6; 28.1; 35.2; 42.1; 42.5; 46.1; 47.3
- Vínculos perpetuos [vincoli perpetui]:** 28.5
- Violencia [violenza]:** 36.7; 37; 39.4; 39.8; 40.2
- Voluntad contractual [volontà contrattuale]:** 2.1; 2.6-8; 9.1; 9.10; 10.1; 10.8; 10.12; 11.3; 11.9; 12.2; 18.2; 18.7; 18.14; 19.1-3; 20.3-8; 21.2-4; 21.11; 22.1; 23.2; 24.5; 26.3; 27.6; 28.11; 46.11
- expresa [espressa]: 7.7; 7.10; 9.2; 43.8
 - hipotética [ipotetica]: 38.14; 39.1-2
 - tácita [tacita]: 6.2; 9.2; 9.5-6; 9.8; 11.8; 12.6; 12.10; 27.9; 38.10; 43.8
- Voto [voto]:** 2.5; 11.4; 27.15
- Windscheid, Bernhard:** 3.10



ÍNDICE GENERAL

<i>Prefacio de la edición peruana por Juan Espinoza Espinoza</i>	9
<i>Introducción</i>	15
<i>Bibliografía general</i>	17
<i>Lista de fuentes</i>	19

Primera Parte LA FIGURA

CAPÍTULO I

LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO Y LAS RELACIONES JURÍDICAS PATRIMONIALES

1. La definición del contrato	29
2. La materia del contrato y los supuestos de hecho limítrofes: patrimonialidad del contrato	30
3. Los acuerdos lícitos sobre materias no patrimoniales.	31
4. La patrimonialización lícita de acuerdos sobre materias no patrimoniales.	33
5. Los acuerdos ilícitos sobre materias no patrimoniales	34
6. La juridicidad del contrato: intención "jurídica" e intención "empírica"	35
7. Las relaciones de cortesía	37
8. Los pactos de honor (<i>gentlemen's agreements</i>)	39
9. Otros acuerdos en los márgenes del contrato	41
10. Contrato: polisemias y sinonimias	43
<i>Bibliografía</i>	44

CAPÍTULO II

EL CONTRATO COMO ACUERDO: VOLUNTAD Y LIBERTAD CONTRACTUAL

1. El valor del acuerdo	47
2. El contrato y los actos unilaterales	49
3. <i>Sigue</i> : actos unilaterales intrusivos y no intrusivos	52
4. <i>Sigue</i> : las promesas	53
5. Los actos de las organizaciones: deliberación, voto, acuerdo	55
6. El acuerdo, la voluntad, la libertad	58
7. El dogma de la voluntad y su crisis	58
8. La objetivación del contrato: teoría de la declaración y las relaciones contractuales de hecho	60
9. Contrato personalizado y contrato estandarizado; contrato negociado y contrato por adhesión	63
10. Autonomía individual, autonomía colectiva y autonomía asistida	65
11. Las restricciones públicas de la libertad contractual	67
12. El contrato impuesto	68
<i>Bibliografía</i>	69

CAPÍTULO III

EL CONTRATO EN LA ORGANIZACIÓN JURÍDICA

1. Premisa	73
2. El contrato y la obligación	74
3. El contrato y la propiedad (los bienes)	75
4. El contrato y la responsabilidad	76
5. El contrato y la empresa	77
6. El contrato y la familia	79

7. El contrato y la sucesión <i>mortis causa</i>	80
8. El contrato y la acción pública: contratos de las administraciones públicas	81
9. El contrato como paradigma general de la acción pública	83
10. El contrato y los otros actos jurídicos: la teoría del negocio jurídico	85
11. La crisis del negocio jurídico	86
12. Los actos no negociales	88
13. El contrato y la norma	88
14. El contrato y el análisis económico del derecho	90
<i>Bibliografía</i>	91

**CAPÍTULO IV
LAS FUENTES DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS**

1. Premisa	95
2. El contrato y la Constitución: tutela constitucional de la libertad contractual	96
3. La aplicación directa de las normas constitucionales, y el principio de igualdad	97
4. El contrato en el código civil	99
5. El contrato y las leyes especiales	101
6. Ámbitos de aplicación de la disciplina del contrato	102
7. Derecho internacional privado. Uniformación internacional del derecho de los contratos	104
<i>Bibliografía</i>	105

**Segunda Parte
LA FORMACIÓN**

**CAPÍTULO V
LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO: OFERTA Y ACEPTACIÓN**

1. El acuerdo de las partes y la celebración del contrato	111
2. Esquemas normativos para la celebración del contrato	112
3. Oferta y aceptación: actos negociales, unilaterales, recepticios	113
4. El esquema general: oferta aceptada, con aceptación conocida por el oferente (o llegada a su dirección)	115
5. La oferta de contrato	116
6. La aceptación: conocimiento y recepción	118
7. Los requisitos de la aceptación: conformidad a la oferta. La contraoferta. El rechazo de la oferta	120
8. <i>Sigue</i> : oportunidad y formalidad de la aceptación	122
9. La oferta al público	124
10. Cuestiones particulares de la oferta al público	126
11. Oferta al público y promesa al público	127
12. El lugar de celebración del contrato	129
<i>Bibliografía</i>	129

**CAPÍTULO VI
ESQUEMAS PARTICULARES PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO**

1. Premisa	133
2. El contrato celebrado mediante inicio de la ejecución: área de aplicación del esquema	134
3. <i>Sigue</i> : inicio de la ejecución y deber de aviso	136
4. El contrato celebrado mediante oferta no oportunamente rechazada	137
5. <i>Sigue</i> : problemas aplicativos	140
6. La celebración de los contratos plurilaterales	141
7. La adhesión al contrato abierto	143
8. El contrato celebrado mediante entrega de la cosa: contratos reales y consensuales	144
9. <i>Sigue</i> : la justificación de la realidad	145
10. Otros supuestos de hecho: aceptación de la donación; elaboración común del contrato; presentación en juicio de la oferta contractual	147
11. La formación progresiva del contrato	149

ÍNDICE GENERAL

12. Las cartas de intención	151
<i>Bibliografía</i>	152

CAPÍTULO VII VICISITUDES Y CIRCUNSTANCIAS DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

1. Premisa	155
2. La pérdida de eficacia de la declaración: muerte e incapacidad sobrevinida del declarante	156
3. <i>Sigue</i> : la derogación por la oferta irrevocable, y por el declarante empresario	158
4. La revocación de las declaraciones contractuales: revocación de la aceptación	159
5. La revocación de la oferta: generalidad, e indemnización a favor del aceptante	161
6. <i>Sigue</i> : la revocación de la oferta como acto no recepticio	162
7. La oferta irrevocable	164
8. <i>Sigue</i> : el plazo de la irrevocabilidad; las irrevocabilidades legales	166
9. La opción: relaciones con la oferta irrevocable	168
10. <i>Sigue</i> : problemas de disciplina de la opción	170
11. La prelación	171
12. <i>Sigue</i> : la <i>denuntiatio</i> y la tutela del prelacionario; prelaciones legales y tutela real	173
13. La reserva	175
14. El contexto de la formación del contrato	176
<i>Bibliografía</i>	177

CAPÍTULO VIII TRATATIVAS Y RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

1. Buena fe en las tratativas y responsabilidad precontractual	181
2. Los deberes precontractuales: en particular, los deberes de información	182
3. Las situaciones de daño precontractual: falta de celebración del contrato (ruptura de la tratativa)	185
4. <i>Sigue</i> : celebración de contrato inválido (o ineficaz)	187
5. <i>Sigue</i> : celebración de contrato no conveniente	188
6. La naturaleza de la responsabilidad	189
7. El daño resarcible	190
<i>Bibliografía</i>	192

CAPÍTULO IX LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD CONTRACTUAL

1. Voluntad y manifestación de voluntad	195
2. La manifestación expresa: declaraciones contractuales	196
3. Declaración contractual y texto contractual	197
4. El idioma del contrato	199
5. La manifestación tácita: valor del silencio	201
6. Los comportamientos concluyentes y los denominados negocios de actuación	202
7. El deber "de hablar"	204
8. Problemas de la manifestación tácita de voluntad: la <i>protestatio</i> ; otras cuestiones	207
9. Los contratos de celebración informática y telemática	208
10. La identidad del autor y del destinatario de la declaración	210
11. La formación del contrato y la autonomía privada	211
<i>Bibliografía</i>	214

CAPÍTULO X LA FORMA DEL CONTRATO

1. Manifestación de voluntad, y forma	217
2. El principio de la libertad de la forma: regla y excepciones	218

3. Los contratos formales, y las razones de las formas vinculadas: escritura privada	219
4. <i>Sigue:</i> escritura pública	221
5. El contenido mínimo de la formalización y los requisitos especiales de forma-contenido	222
6. <i>Sigue:</i> contratos formales y remisión a datos externos (<i>relatio</i>)	224
7. La forma de los contratos instrumentales o dependientes	224
8. La escritura privada: naturaleza del documento	226
9. <i>Sigue:</i> la suscripción y la fecha	228
10. La firma en blanco	230
11. Telegrama, telex, telefax, fotocopias	232
12. La escritura pública	233
13. Documento informático y firma digital	236
14. Las actas de los colegiados	238
15. Las consecuencias de la inobservancia de la forma: forma para la validez	238
16. <i>Sigue:</i> forma para la prueba	239
17. <i>Sigue:</i> otros perfiles de relevancia de la forma. La destrucción del documento	241
18. Las formas voluntarias	242
19. La reproducción del contrato	244
<i>Bibliografía</i>	247

**CAPÍTULO XI
LA REPRESENTACIÓN: NOCIÓN, FUNCIÓN Y ÁMBITOS**

1. La noción de representación: actuar "por cuenta" de otros y "en nombre" de otros	251
2. El mecanismo operativo	252
3. El <i>nuncius</i>	255
4. El objeto de la representación	256
5. Representación sustancial y procesal	257
6. Fuentes, tipos y regímenes de la representación	258
7. Representación y gestión	261
8. El poder	262
9. La actuación en nombre del representado	266
<i>Bibliografía</i>	267

**CAPÍTULO XII
EL EJERCICIO DE LA REPRESENTACIÓN**

1. La capacidad para obrar	271
2. Vicios de la voluntad y estados subjetivos	272
3. Abusos de la representación	273
4. El conflicto de intereses	275
5. El contrato consigo mismo	278
6. La extinción de la representación: revocación del poder	279
7. El poder irrevocable	281
8. Otras causas de extinción de la representación	282
9. La representación sin poder	284
10. La ratificación	287
11. La responsabilidad del falso representante	290
12. La representación aparente	292
13. Contratos bajo nombre ajeno; actos dispositivos de derechos ajenos	294
<i>Bibliografía</i>	295

**CAPÍTULO XIII
FIGURAS ESPECIALES DE REPRESENTACIÓN**

1. La representación orgánica	299
2. La representación en la empresa comercial	301

ÍNDICE GENERAL

3. La gestión de negocios representativa	302
4. El contrato para persona por nombrar	303
5. <i>Sigue</i> : la declaración de nombramiento	305
6. El contrato por cuenta de quien corresponda	307
7. La denominada representación indirecta	308
<i>Bibliografía</i>	310

Tercera Parte EL REGLAMENTO

CAPÍTULO XIV EL REGLAMENTO CONTRACTUAL

1. Contrato y reglamento contractual	315
2. Objeto, causa, efectos y reglamento contractual	316
3. Acuerdo, texto y reglamento contractual	317
<i>Bibliografía</i>	318

CAPÍTULO XV EL OBJETO DEL CONTRATO

1. El objeto del contrato en sentido genérico (el bien) y específico (la prestación)	319
2. Objeto y contenido del contrato	322
3. Los requisitos del objeto	323
4. El objeto imposible	323
5. La inexistencia del bien. Contratos sobre bienes futuros	325
6. El objeto ilícito: normas imperativas, orden público y buenas costumbres (reenvío)	327
7. Determinación y determinabilidad del objeto. La identificación del bien	328
8. La determinación <i>per relationem</i>	331
9. La determinación remitida al tercero: arbitramiento; arbitraje no formal; pericia contractual	332
10. La disciplina del arbitramiento	334
11. La determinación remitida a las partes, o a una parte	336
<i>Bibliografía</i>	338

CAPÍTULO XVI LA CAUSA DEL CONTRATO

1. La causa y el principio causalista	341
2. Las teorías de la causa: subjetivas y objetivas	342
3. Las teorías objetivas: causa abstracta (tipificada) y causa concreta (individualizada)	343
4. La causa como medio de control dirigista de la autonomía privada: crítica	344
5. Causa de la prestación y causa del contrato	345
6. La causa de los contratos onerosos: reciprocidad de ventajas y sacrificios jurídicos	347
7. La causa de los contratos gratuitos: la ventaja empírica del sacrificado	348
8. <i>Sigue</i> : el reforzamiento o la realización de un preexistente crédito (causas de garantía y de cumplimiento) ..	349
9. <i>Sigue</i> : el interés subjetivo del sacrificado (el sustento de la forma y de la entrega)	350
10. Otros elementos de sustento de causas débiles: en particular, la relación preexistente entre las partes	352
11. Causas y motivos del contrato	353
<i>Bibliografía</i>	356

CAPÍTULO XVII LA RELEVANCIA DE LA CAUSA: CONTRATOS SIN RAZÓN Y CONTRATOS ILÍCITOS

1. Premisa	359
2. La ausencia de causa	359

3. La adecuación de la retribución	361
4. <i>Sigue:</i> nuevas tendencias	364
5. Los contratos vinculados	364
6. <i>Sigue:</i> la relevancia de la vinculación	366
7. Defectos genéticos y defectos funcionales de la causa	368
8. El contrato abstracto: principio de la causa y principio de abstracción	368
9. El rechazo de la abstracción en el campo de los derechos reales	370
10. Aperturas a la abstracción en el campo de las obligaciones	370
11. Otras figuras de la abstracción	372
12. Contratos ilícitos: la causa ilícita	374
13. Los parámetros de la ilicitud: normas imperativas	376
14. <i>Sigue:</i> orden público	377
15. <i>Sigue:</i> buenas costumbres	380
16. Contrato inmoral y no repetición de la prestación	382
17. El contrato en fraude a la ley	383
18. El motivo ilícito	386
<i>Bibliografía</i>	387

**CAPITULO XVIII
TIPOS Y ESTRUCTURAS CONTRACTUALES**

1. El tipo contractual y la disciplina legal de los tipos: contratos típicos y atípicos	393
2. Los contratos atípicos: libertad y límites	395
3. Definición y elasticidad del tipo: contratos típicos y prestaciones típicas	398
4. Los contratos mixtos	400
5. La calificación del contrato	401
6. Tipo y causa	403
7. La tendencia a la tipificación y la centralidad de los tipos	404
8. Estructuras contractuales y clasificaciones de los contratos	405
9. Contratos onerosos y gratuitos	406
10. Gratuidad y liberalidad: contratos liberales y contratos interesados	409
11. Contratos con prestaciones recíprocas y con comunidad de fin	410
12. Los contratos plurilaterales con comunidad de fin	412
13. Contratos aleatorios y conmutativos	413
14. <i>Sigue:</i> alea típica y atípica; el tratamiento de los contratos aleatorios	415
15. Clasificaciones de los contratos por la calidad de las partes	417
<i>Bibliografía</i>	419

**CAPÍTULO XIX
LA CONSTRUCCIÓN DEL REGLAMENTO CONTRACTUAL:
VOLUNTAD DE LAS PARTES Y FUENTES EXTERNAS**

1. Pluralidad de fuentes del reglamento contractual	425
2. La determinación voluntaria	426
3. La manifestación de voluntad: el texto contractual y las cláusulas del contrato	427
4. Cláusulas de estilo y otros contenidos no preceptivos del texto contractual	429
5. La determinación por fuentes externas (integración)	430
6. La construcción del reglamento contractual: interpretación, calificación e integración	431
7. Juicios de hecho y valoraciones jurídicas en la construcción del reglamento contractual	432
<i>Bibliografía</i>	432

**CAPÍTULO XX
LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO**

1. Razones y fines de la interpretación	435
2. Las reglas de la interpretación	436

ÍNDICE GENERAL

3. Interpretación subjetiva y objetiva	438
4. La interpretación subjetiva: letra del contrato y común intención de las partes	439
5. Expresiones generales; ejemplificaciones	441
6. Criterio de comportamiento; criterio de la globalidad	442
7. La interpretación objetiva: el criterio de la buena fe	444
8. <i>Sigue</i> : coherencia al contrato; prácticas interpretativas	445
9. La interpretación objetiva finalizada: conservación del contrato; interpretación contra el predisponente; reglas finales	446
<i>Bibliografía</i>	449

CAPÍTULO XXI LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO

1. La integración del contrato: fines, modos y bases normativas	453
2. La integración supletoria	454
3. Las normas dispositivas	455
4. Usos normativos y usos contractuales (cláusulas de uso)	456
5. La equidad	457
6. La buena fe: perfiles teóricos	460
7. Aplicaciones prácticas del principio de buena fe	462
8. Supuestos de hecho típicos de integración judicial	464
9. La integración imperativa	465
10. Las normas imperativas (prohibitivas y conformativas)	465
11. La sustitución automática de precios y cláusulas	466
12. Las normas unilateralmente imperativas	468
<i>Bibliografía</i>	469

Cuarta Parte LOS EFECTOS

CAPÍTULO XXII LOS EFECTOS DEL CONTRATO

1. Los efectos del contrato	475
2. Efectos y eficacia del contrato	476
3. Efectos obligatorios y efectos reales	477
4. El efecto traslativo del consentimiento	479
5. Consecuencias del consentimiento traslativo: en particular, la transferencia del riesgo	481
6. Límites internos al operar del consentimiento traslativo: transferencia de cosas genéricas e individualización	482
7. <i>Sigue</i> : transferencia de bienes futuros y de bienes ajenos	484
8. Límites externos al principio consensualista	485
9. Los contratos de fijación	488
10. Los contratos normativos	489
<i>Bibliografía</i>	491

CAPÍTULO XXIII EL VÍNCULO CONTRACTUAL

1. La "fuerza de ley" del contrato o el vínculo contractual	495
2. Las razones del vínculo	496
3. Los significados del vínculo	497
4. Los grados de intensidad del vínculo	498
5. Cancelación y modificación del vínculo: las "causas admitidas por la ley"	499
<i>Bibliografía</i>	501

**CAPÍTULO XXIV
DISOLUCIÓN Y MODIFICACIÓN DEL VÍNCULO:
RESOLUCIONES, SEPARACIONES, IUS VARIANDI**

1. Premisa	503
2. El mutuo disenso	503
3. La separación unilateral	505
4. Contratos de ejecución instantánea y contratos de duración	506
5. La separación convencional: en los contratos de ejecución instantánea	508
6. <i>Sigue</i> : en los contratos de duración	510
7. Multa penitencial y arras penitenciales	511
8. Separaciones legales: las separaciones de liberación (en los contratos de duración de tiempo indeterminado) ..	512
9. <i>Sigue</i> : las separaciones de autotutela	514
10. <i>Sigue</i> : las separaciones de arrepentimiento	515
11. Las separaciones de los contratos asociativos	516
12. <i>Ius variandi</i> : los supuestos de hecho legales	516
13. <i>Ius variandi</i> y autonomía privada	518
<i>Bibliografía</i>	520

**CAPÍTULO XXV
LOS EFECTOS DEL CONTRATO Y LOS TERCEROS**

1. El principio de relatividad de los efectos contractuales	525
2. Lo que el principio de relatividad no significa	526
3. Los significados del principio de relatividad	528
4. Excepciones al principio de relatividad	529
5. La oponibilidad del contrato a los terceros	530
6. La promesa del hecho del tercero	531
7. Los pactos de no enajenar: límites de validez	533
8. <i>Sigue</i> : prohibiciones de enajenación y terceros. Ámbito del art. 1379	535
<i>Bibliografía</i>	536

**CAPÍTULO XXVI
CONTRATO A FAVOR DE TERCERO, CESIÓN DEL CONTRATO Y SUBCONTRATO**

1. El contrato a favor de tercero	539
2. Las causas de la estipulación a favor de tercero	541
3. Vicisitudes del derecho estipulado: el rechazo del tercero	543
4. <i>Sigue</i> : la revocación del estipulante	545
5. <i>Sigue</i> : derecho del tercero y vicisitudes del contrato	546
6. La cesión del contrato: nociones y objeto	547
7. Causa y forma de la cesión	550
8. El consentimiento del contratante cedido	550
9. Los contratos a la orden	552
10. Las posiciones de los sujetos involucrados	553
11. Las cesiones legales	556
12. El subcontrato	557
13. Disciplinas del subcontrato	558
<i>Bibliografía</i>	559

**CAPÍTULO XXVII
LA CONDICIÓN**

1. La condición y los efectos del contrato	563
2. Condición suspensiva y resolutoria	565
3. El hecho condicionante	567

ÍNDICE GENERAL

4. Hecho incierto y futuro	568
5. Condiciones ilícitas e imposibles	569
6. La condición potestativa	572
7. Condición y prestación. Condiciones de cumplimiento y de incumplimiento	575
8. Verificación y ausencia de la condición	576
9. La condición unilateral	578
10. La retroactividad de la condición	579
11. La pendencia de la condición: expectativas y derechos precarios. Actos conservativos y actos de ejercicio ..	581
12. Actos de disposición en pendencia de la condición	582
13. La obligación de buena fe en pendencia de la condición	584
14. La ficción de verificación de la condición	586
15. Las condiciones legales	588
<i>Bibliografía</i>	590

CAPÍTULO XXVIII EL PLAZO

1. El plazo del contrato: inicial y final	593
2. Plazo y condición	594
3. El plazo inicial: contratos de ejecución diferida	596
4. El plazo final: opciones del legislador	597
5. Contratos de duración indeterminada	597
6. Contratos de plazo necesario: libertad y límites; ley y juez	598
7. El vencimiento del plazo final: renovaciones y prórrogas	600
<i>Bibliografía</i>	601

CAPÍTULO XXIX EL CONTRATO PRELIMINAR

1. El contrato preliminar: noción y función	603
2. Requisitos y ámbito de aplicación	605
3. Las variantes: preliminar unilateral; preliminar de ejecución anticipada	608
4. La causa del definitivo y las relaciones definitivo-preliminar	610
5. El preliminar afectado por vicios y sobrevenidas: remedios de destrucción	611
6. <i>Sigue</i> : remedios de adecuación	613
7. Los remedios planteables tras la celebración del definitivo	614
8. El incumplimiento del preliminar y la sentencia constitutiva: presupuestos	616
9. Ámbitos de aplicación del art. 2932	618
10. Naturaleza y régimen de la sentencia constitutiva	619
11. La inscripción del preliminar: actos que se pueden inscribir	620
12. El efecto de "reserva de prioridad" de la inscripción y sus presupuestos. La tutela de los créditos	621
<i>Bibliografía</i>	623

CAPÍTULO XXX EL CONTRATO FIDUCIARIO

1. El contrato fiduciario: noción y posición sistemática	629
2. Naturaleza y elementos del contrato fiduciario	630
3. La tutela del fideicomitente	633
4. Gestiones fiduciarias y "separación patrimonial". La propiedad fiduciaria	634
5. El <i>trust</i>	636
<i>Bibliografía</i>	637

**CAPÍTULO XXXI
LA SIMULACIÓN**

1. El fenómeno	639
2. La estructura de la simulación: contrato simulado y acuerdo simulatorio	640
3. Simulación absoluta y relativa	643
4. La interposición ficticia	644
5. La simulación respecto a las partes: el contrato simulado	646
6. <i>Sigue:</i> el contrato disimulado	647
7. La simulación respecto a los terceros: terceros perjudicados por la simulación	648
8. <i>Sigue:</i> terceros causahabientes del simulado adquirente	650
9. <i>Sigue:</i> terceros acreedores	653
10. La acción de simulación	654
11. La prueba de la simulación	656
12. La calificación del contrato simulado	658
13. El campo de la simulación	659
14. Las figuras limítrofes	660
<i>Bibliografía</i>	662

**Quinta Parte
LOS REMEDIOS**

**CAPÍTULO XXXII
LOS REMEDIOS CONTRACTUALES**

1. Vínculo contractual y contrato defectuoso: los remedios contractuales	667
2. Tipos de remedios: negociales, judiciales (procesales) y legales	669
3. <i>Sigue:</i> remedios en el interés de la parte y en el interés general	670
4. <i>Sigue:</i> remedios por defectos originarios y por defectos sobrevenidos	670
5. <i>Sigue:</i> remedios extintivos (de destrucción) y de mantenimiento (de adecuación)	671
6. La teoría de los remedios contractuales y los arbitrios del legislador	672
7. Remedios contractuales y actos negativos o con efectos negativos	672
<i>Bibliografía</i>	673

**CAPÍTULO XXXIII
LA INVALIDEZ DEL CONTRATO:
NULIDAD Y ANULABILIDAD**

1. La categoría de la invalidez	675
2. Invalidez e ineficacia	676
3. Ineficacia remedial y no remedial	677
4. Ineficacia originaria y sobrevenida	678
5. Ineficacia absoluta y relativa. Inoponibilidad del contrato	679
6. La nulidad y sus causas: el sistema del art. 1418	680
7. Las nulidades textuales	681
8. Las nulidades virtuales	683
9. Las nulidades estructurales: el contrato insensato e incompleto	683
10. <i>Sigue:</i> la ausencia de acuerdo	684
11. Las nulidades políticas: el contrato desaprobado	686
12. <i>Sigue:</i> el contraste con normas imperativas. Contratos ilegales e irregulares	686
13. Nulidad suspendida y nulidad sobrevenida	689
14. Las nulidades especiales	691
15. El interés subyacente a las causas de nulidad	693
16. Nulidad e inexistencia	694
17. La anulabilidad y sus causas: remisión	697
<i>Bibliografía</i>	698

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO XXXIV LAS INCAPACIDADES PARA OBRAR

1. Incapacidad para obrar, incapacidad jurídica y defecto de legitimación	703
2. Las incapacidades para obrar: legal y natural	706
3. Las incapacidades absolutas: menores, interdictos judiciales y legales	707
4. Las incapacidades relativas: menores emancipados e inhabilitados	708
5. La incapacidad natural: incapacidad de entender o de querer	710
6. <i>Sigue</i> : el grave perjuicio del incapaz y la mala fe de la contraparte	711
7. Los límites de la anulabilidad por incapacidad para obrar: ajustes	713
<i>Bibliografía</i>	714

CAPÍTULO XXXV EL ERROR

1. Los vicios de la voluntad	717
2. El error: intereses en juego y líneas de la disciplina	718
3. Error esencial, error determinante del consentimiento y error en los motivos	720
4. El error esencial: sobre la naturaleza del contrato	723
5. Los errores relativos al objeto: sobre el objeto del contrato y sobre la identidad del objeto de la prestación	723
6. <i>Sigue</i> : el error sobre la cualidad del objeto de la prestación	725
7. El error sobre la persona de la contraparte. Los contratos "personales"	727
8. El error de derecho	730
9. Error, incumplimiento y garantía	733
10. Error de cálculo y error de cantidad	734
11. El error reconocible	735
12. <i>Sigue</i> : error reconocido y error común	737
13. El error obstativo	739
<i>Bibliografía</i>	742

CAPÍTULO XXXVI EL DOLO

1. El dolo-engaño como vicio de la voluntad	745
2. La conducta engañosa: maquinación y mentira	747
3. <i>Sigue</i> : la reticencia (dolo por omisión) y los deberes de información	748
4. <i>Sigue</i> : engaño intencional y engaño involuntario	750
5. El <i>dolus bonus</i> : aptitud de la conducta para engañar y aptitud de la víctima para ser engañada	751
6. El dolo del tercero	752
7. El dolo incidente y el resarcimiento del daño	753
<i>Bibliografía</i>	754

CAPÍTULO XXXVII LA VIOLENCIA

1. La violencia-amenaza: violencia "moral" y "física"	757
2. La credibilidad de la amenaza	758
3. Los caracteres del mal amenazado: mal externo al contrato; mal notable	760
4. La injusticia del mal y la amenaza de ejercitar un derecho	761
5. Nexo de causalidad entre amenaza y contrato. Violencia "incidente"	764
6. La amenaza del tercero y el problema de la intencionalidad	764
7. En los márgenes de la violencia: temor, peligro, necesidad y dependencia económica	765
<i>Bibliografía</i>	766

CAPÍTULO XXXVIII
LOS REGIMENES DEL CONTRATO INVÁLIDO:
LEGITIMACIÓN, PRESCRIPCIÓN Y RECUPERACIÓN

1. Las diferencias de tratamiento entre contrato nulo y anulable	769
2. La legitimación para invocar la anulabilidad. La anulabilidad absoluta	770
3. La legitimación para invocar la nulidad	772
4. Las nulidades relativas	772
5. La apreciación de oficio de la nulidad	774
6. Anulabilidad y prescripción	776
7. Nulidad y prescripción	777
8. La recuperación de los contratos inválidos	779
9. La convalidación del contrato anulable: convalidación expresa	780
10. La convalidación tácita	782
11. La rectificación del contrato anulable (por error)	783
12. La insubsanabilidad del contrato nulo: regla y excepciones	784
13. Ejecución y publicidad como factores de recuperación	786
14. La conversión del contrato nulo	787
Bibliografía	790

CAPÍTULO XXXIX
EL TRATAMIENTO DE LOS CONTRATOS INVÁLIDOS:
OTROS PERFILES

1. La nulidad parcial del contrato	793
2. Cuando el art. 1419 ¹ está fuera de juego: en particular, la integración legal del contrato parcialmente nulo	796
3. Nulidad y anulabilidad en el contrato plurilateral	797
4. Nulidad, retroactividad y terceros	798
5. Anulación, retroactividad y terceros	800
6. Los efectos del contrato nulo y del contrato anulable	802
7. Nuevamente sobre invalidez, nulidad y anulabilidad	803
8. La responsabilidad por celebración de contrato inválido	804
Bibliografía	806

CAPÍTULO XL
LA RESCISIÓN

1. Disminuciones de la libertad contractual y contratos injustos: el remedio de la rescisión	809
2. El contrato celebrado en estado de peligro	811
3. El contrato celebrado en estado de necesidad (rescisión por lesión): el estado de necesidad	813
4. <i>Sigue:</i> la lesión y el aprovechamiento	815
5. La acción de rescisión y el régimen del contrato rescindible	817
6. La reducción a equidad	819
7. El ámbito del remedio	821
8. Rescisión y usura	822
Bibliografía	823

CAPÍTULO XLI
REGULACIÓN DEL MERCADO Y PROTECCIÓN DE LOS CONTRATANTES DÉBILES

1. Mercado, contratos y regulación	827
2. Los contratos estándar (condiciones generales de contrato): la eficacia frente al adherente	828
3. <i>Sigue:</i> aprobación específica de las cláusulas onerosas	830
4. <i>Sigue:</i> interpretación; formatos y formularios	832
5. Las cláusulas vejatorias en los contratos de los consumidores: de la directiva europea a los arts. 1469- <i>bis</i> y ss.	833

ÍNDICE GENERAL

6. El ámbito de la disciplina: contratos entre consumidores y profesionales	834
7. El concepto de cláusula vejatoria: definición y criterios generales	835
8. La presunción de vejatoriedad para las cláusulas de la "lista gris"	837
9. Elementos impeditivos de la vejatoriedad: reproducción de actos normativos, tratativa sobre la cláusula	839
10. El remedio individual: "ineficacia" de las cláusulas vejatorias	840
11. Otras reglas	842
12. El remedio colectivo: la acción inhibitoria	842
13. La protección de los consumidores-contratantes en la legislación de sector	843
14. Contratos negociados fuera de los locales comerciales; contratos a distancia	844
15. La subprovisión	845
16. Los contratos de subprovisión	846
17. El abuso de dependencia económica	847
18. La regulación del mercado y el impacto sobre el derecho de los contratos	849
<i>Bibliografía</i>	850

CAPÍTULO XLII LA RESOLUCIÓN: CAUSAS Y REGÍMENES

1. La resolución del contrato en general	859
2. Las fuentes de la resolución: resoluciones voluntarias y legales	860
3. Los modos de la resolución: por automatismo, por sentencia y por negocio	861
4. Las razones de la resolución: resoluciones remediales y no remediales	862
5. La resolución como remedio sinalagmático	863
6. Intereses protegidos y disponibilidad del remedio resolutorio	865
7. Las consecuencias de la resolución	866
8. Las consecuencias respecto a los terceros	867
9. Las consecuencias entre las partes: contratos de ejecución instantánea y contratos de duración	868
10. <i>Sigue</i> : restituciones y resarcimientos	869
11. Resolución e invalidez	870
<i>Bibliografía</i>	871

CAPÍTULO XLIII LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

1. Los incumplimientos y los remedios	873
2. Frente al incumplimiento: la alternativa entre cumplimiento y resolución y los intereses de la partes	874
3. La legitimación para la iniciativa resolutoria	877
4. Presupuestos de la resolución: incumplimiento injustificado; incumplimiento imputable	877
5. <i>Sigue</i> : la gravedad del incumplimiento	880
6. Resolución judicial y de derecho	881
7. La resolución de derecho: intimación a cumplir	883
8. <i>Sigue</i> : cláusula resolutoria expresa	884
9. <i>Sigue</i> : plazo esencial	887
10. La resolución judicial: efectos de la demanda	888
11. Después del incumplimiento, pero antes de la demanda	890
12. Incumplimiento y resolución parcial	891
13. Incumplimientos recíprocos	892
14. Los campos de aplicación de la disciplina	893
15. <i>Sigue</i> : los contratos (plurilaterales) con comunidad de fin	894
<i>Bibliografía</i>	895

CAPÍTULO XLIV INCUMPLIMIENTO Y REMEDIOS: OTROS PERFILES

1. Premisa	901
2. La excepción de incumplimiento	901
3. <i>Sigue</i> : el incumplimiento justificado	903

4. La alteración de las condiciones patrimoniales de la contraparte	905
5. La exclusión convencional de las excepciones suspensivas ("solve et repete")	906
6. La cláusula penal	908
7. Sigue: la disciplina de la penalidad	909
8. Las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad	911
Bibliografía	914

**CAPÍTULO XLV
LA RESOLUCIÓN POR IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA**

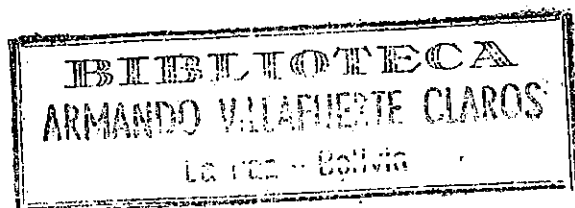
1. Por qué la imposibilidad sobrevenida de la prestación resuelve el contrato	919
2. Los caracteres de la imposibilidad resolutoria	920
3. La imposibilidad sobrevenida y la esfera del acreedor	922
4. La imposibilidad parcial	923
5. Los contratos con efectos reales	924
Bibliografía	926

**CAPÍTULO XLVI
LA RESOLUCIÓN POR EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIDA**

1. Las circunstancias sobrevenidas: problemas y remedios	929
2. Los remedios contra la excesiva onerosidad: presupuestos y ratio	931
3. El diferimiento de la prestación debida	932
4. La falta de extinción de la prestación afectada por la onerosidad	933
4. La falta de extinción de la prestación afectada por la onerosidad	934
5. La excesiva onerosidad de la prestación: onerosidad directa e indirecta	937
6. Sigue: el alea normal del contrato	937
7. La imprevisibilidad	939
8. Los remedios: la resolución. Posición de la parte gravada	941
9. Sigue: la reducción a equidad	942
10. El remedio para los contratos gratuitos	943
11. Ámbito de aplicación de los remedios: la exclusión de los contratos aleatorios	945
12. Sigue: otras cuestiones	946
Bibliografía	

**CAPÍTULO XLVII
PRESUPOSICIÓN Y REMEDIOS DE MANTENIMIENTO
(DE ADECUACIÓN DEL CONTRATO)**

1. Inadecuación de los remedios codificados	949
2. La presuposición: el problema	950
3. Las reglas de la presuposición	951
4. Los contratos de (larga) duración y la exigencia de estabilidad de la relación: inadecuación de los remedios ablativos	952
5. Los remedios de mantenimiento (de adecuación del contrato): remedios legales	954
6. Remedios convencionales	955
7. El remedio legal de última instancia: obligación de renegociar y su actuación específica	957
Bibliografía	958
Índice analítico	961



EL CONTRATO

VINCENZO ROPPO

El libro *El contrato*, que el profesor Vincenzo Roppo ha presentado a la comunidad académica, es un ejemplo de modelo persuasivo, al no limitarse a realizar una amplia reseña del formante legislativo, jurisprudencial y doctrinario de la experiencia jurídica italiana, lo cual ha sido realizado de una manera impecable y precisa, sino que propone interpretaciones y formula aportes originales en esta materia. Si bien el autor manifiesta que su trabajo, en verdad, se trata de dos libros en uno, quisiera poner en relieve que el operador jurídico peruano puede encontrar un libro más: el de acto jurídico.

Juan ESPINOZA ESPINOZA
Del prefacio a la edición peruana

ISBN:978-612-4038-04-4



9 786124 038044

ACETA
JURIDICA