

LA CONVENCION Y EL CONTRATO (CONTINUACION)

MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Doctor en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Profesor Principal de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO

I. Introducción.- II. Disposiciones Generales.- III. El Consentimiento.- IV. Forma del Contrato.- V. Contratos Preparatorios.- VI. Contrato con prestaciones Recíprocas.- VII. Cesión de Posición Contractual.- VIII. Excesiva Onerosidad de la Prestación.- IX. Lesión.- X. Contrato a Favor de Tercero.- XI. Promesa de la Obligación o del Hecho de un Tercero.

I. INTRODUCCION

En el séptimo número de la revista *ADVOCATUS* Nueva Época se ha publicado mi artículo titulado "La convención y el contrato". En dicho artículo se formula una pregunta relativa a si son aplicables a las convenciones las disposiciones generales de los contratos contenidas en la Sección Primera del Libro VII del Código Civil.

A fin de contestar esa pregunta creo conveniente hacer un análisis de aquellos Títulos de dicha Sección que pueden tener alguna relación con el problema de la aplicabilidad a las convenciones de las normas reguladoras de los contratos. Debo expresar que para hacer este análisis he utilizado muchas ideas vertidas en mi obra titulada "El contrato en general".

II. DISPOSICIONES GENERALES

El Título I contiene las reglas aplicables a todos los contratos y, salvo algunas excepciones, también a las convenciones.

El artículo 1351 define el contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Ya se ha visto que esta definición no es aplicable a las convenciones por cuanto las relaciones jurídicas creadas (reguladas, modificadas y extinguidas) por la convención no tienen carácter obligacional, esto es, no crean obligaciones. En lo demás, la definición del contrato calza con la definición de la convención.

En lo referente al artículo 1352, hay que ver si se trata de una convención con efectos reales o sin ellos.

En el primer caso hay que distinguir, a su vez, si se trata de un derecho real sobre muebles o sobre inmuebles.

Tomemos como ejemplos la convención sobre constitución de prenda (muebles) y la convención sobre constitución de hipoteca (inmuebles).

En el caso de la prenda, el artículo 1055 del Código Civil dispone que la prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación.

La entrega física no requiere mayor explicación. Se perfecciona mediante la entrega material del bien al acreedor.

Tratándose de la entrega jurídica, el artículo 1059 del Código Civil dispone que se entiende entregado jurídicamente el bien al acreedor cuando queda en poder del deudor. Agrega este artículo que la entrega jurídica solo procede respecto de bienes inscritos, surtiendo efecto, en este caso, desde su inscripción en el registro respectivo.

Se supone que el "registro respectivo" a que se refiere el artículo 1059 es el Registro de Bienes Muebles de que trata el Título VIII del Libro IX del Código Civil, que aún no se ha organizado, de modo que todavía no es posible constituir prenda con entrega jurídica, con excepción de la que grava los automotores.

En el caso de la prenda convencional con entrega física, para la constitución de la prenda se requiere no solo el consentimiento de las partes y la observancia de la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad, cuando existiera esta exigencia, tal como lo prescribe el artículo 1352 del Código Civil, sino también la entrega física del bien prendado.

Tratándose de la hipoteca el artículo 1097 del Código Civil dispone que por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. Según el inciso 3 del artículo 1099 del mismo Código, es requisito para la validez de la hipoteca que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble.

Ocurre en la hipoteca convencional, por lo tanto, algo semejante a lo que ocurre con la prenda con entrega física, esto es que, además del consentimiento de las partes y la observancia de la forma señalada por la ley, se exige un requisito adicional, que en un caso es la entrega física y en el otro la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Ambos ejemplos se refieren a acuerdos de voluntad para la constitución de derechos reales que requieren un requisito adicional, pero existen otra clase de convenciones, como las que versan sobre derechos personales, familiares, sucesorios, etc. y, en general, que no crean obligaciones, a los cuales sí es aplicable el artículo 1352 del Código Civil.

Los artículos 1353 al 1365, inclusive, del Código Civil son aplicables tanto a las convenciones como a los contratos.

Los artículos 1366 al 1369, inclusive, están fuera de sitio, por versar sobre la adquisición de derechos reales por contrato, legado o subasta pública, directa o indirectamente o por persona interpuesta, debiendo ir en la Sección Primera del Libro V del Código Civil.

Respecto de la rescisión y resolución de los contratos contempladas en los artículos 1370 y 1371 debe tenerse presente que son instituciones destinadas a dejar sin efecto los contratos, en el primer caso por causal existente en el momento de celebrarlo, lo que justifica la retroactividad, mientras que la segunda deja sin efecto un contrato por causal sobreviniente a su celebración, lo que explica que opere solo a partir de que ocurre la causal y sobre el elemento contractual que está vigente en este momento, o sea la relación jurídica patrimonial creada por el contrato. Trabucchi¹ dice al respecto:

¹ TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, pg. 210.

"La resolución se distingue de las demás figuras, a cuyo lado se encuentra, porque no afecta al acto en sí, sino a sus consecuencias, o sea, a las obligaciones que del mismo nacen; repercuten no en el negocio en sí, sino en la relación por él generada".

Dado que tanto el contrato como la convención son acuerdos de voluntades susceptibles de ser dejados sin efecto por causales bien sea existentes en el momento de celebrarlos o bien sobrevinientes a su celebración, no existe inconveniente conceptual para que la convención sea rescindida o resuelta.

III. EL CONSENTIMIENTO

El artículo 1373 del Código Civil indica la manera como se celebra un contrato, estableciendo una secuencia de declaraciones que deben seguir un orden preciso: primero la oferta y luego la aceptación, de tal manera que el acuerdo de voluntades se realiza en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

No existe inconveniente alguno para aplicar este procedimiento a la formación de la convención, desde que la esencia de esta es, al igual que en el caso del contrato, un acuerdo de voluntades al que se llega mediante la conjunción de una oferta y una aceptación.

Esto da lugar a que todas las vicisitudes de la oferta y de la aceptación contempladas en los artículos 1374 a 1389, inclusive, son igualmente de aplicación a la convención.

La peculiaridad del contrato por adhesión regulado por el artículo 1390 del Código Civil radica en la manera como se llega al acuerdo de voluntades, de tal modo que no existe inconveniente en celebrar una convención por adhesión, esto es cuando una de las partes de la convención, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.

Las cláusulas generales de contratación son una manera de contratar que tiene por finalidad facilitar el tráfico masivo de bienes y servicios, por lo cual, en el caso de los bienes, puede estar destinado a la creación de derechos reales, lo que permite celebrar convenciones mediante cláusulas generales de contratación.

IV. FORMA DEL CONTRATO

Dado que la diferencia entre el contrato y la convención radica esencialmente en la clase de relaciones jurídicas que crean (con efectos obligacionales en el primero y sin ellos en la segunda), las disposiciones sobre la forma contenidas en los artículos 1411, 1412 y 1413 del Código Civil son igualmente aplicables a las convenciones. En este sentido pueden existir contratos solemnes y convenciones solemnes, esto es que solo son válidos si adoptan la forma prescrita por la ley bajo sanción de nulidad.

V. CONTRATOS PREPARATORIOS

Tanto por el compromiso de contratar como por el contrato de opción las partes se obligan a celebrar un contrato definitivo.

La celebración de un contrato definitivo da lugar a la creación de una relación jurídica obligacional, razón por la cual no puede la convención dar lugar a un contrato preparatorio.

Algo distinto es si en lugar de celebrar un contrato definitivo, el acuerdo de las partes versa sobre la celebración de una convención definitiva. Pienso que en este caso las partes pueden celebrar tanto un compromiso de convenir definitivamente, cuanto una convención de opción para celebrar una convención definitiva.

VI. CONTRATO CON PRESTACIONES RECÍPROCAS

La aplicación a las convenciones de las reglas de los contratos con prestaciones recíprocas ofrece insospechadas dificultades, por lo cual considero necesario hacer una exposición más detallada.

Se ha visto³ que la obligación, que constituye el objeto del contrato, es una relación jurídica en virtud de la cual una persona -el deudor- tiene el deber de ejecutar una determinada prestación a favor de otra persona -el acreedor-, quien tiene la facultad de exigirle. La obligación nace directamente de la celebración del contrato.

En cambio, la prestación es un comportamiento o conducta del deudor, consistente en un dar, hacer o no hacer, tendente a satisfacer el interés del acreedor. La prestación constituye el contenido de la obligación; su ejecución obedece no a la celebración del contrato, sino a la existencia de la relación jurídica obligacional creada por él.

Consecuentemente, el cumplimiento de la obligación es asumir el deber jurídico frente al acreedor, mientras que la ejecución de la prestación es practicar el acto en que ella consiste. Nos encontramos, pues, en dos planos completamente distintos: la obligación atañe al contrato; la prestación se vincula a la obligación.

En el campo de la reciprocidad, las obligaciones son recíprocas cuando nacen coligadas entre sí en razón de la celebración del contrato.

En el caso de la prestación, la reciprocidad se manifiesta mediante no solo la existencia de prestaciones a cargo de cada una de las partes, sino en la vinculación existente entre ellas, de tal manera que tienen, así, la calidad de prestación y de contraprestación.

Se trata, por lo tanto, de dos reciprocidades distintas, que tienen necesariamente que coexistir. No es posible que ambas prestaciones sean recíprocamente exigibles si las respectivas obligaciones no son recíprocamente contraídas.

Si no mantenemos el contrato tradicionalmente llamado bilateral (reciprocidad de obligaciones), será muy difícil, si no imposible, explicar los efectos de los contratos que crean obligaciones recíprocas como la compraventa, la permuta, el suministro, etc.

Por otro lado, si no admitimos el contrato con prestaciones recíprocas, la reciprocidad faltará en el momento en que es más necesaria, o sea, cuando ha llegado la oportunidad de exigir la ejecución de las prestaciones.

Enfocando de esta manera el problema de la reciprocidad, el proceso obligacional empieza con la creación de las obligaciones recíprocas mediante el

³ DE LA PUENTE y LASALLE, Manuel. *El contrato en general*. Tomo II. Lima: Palestra Editores, 2001, pg. 248.

contrato bilateral y termina con la preparación de la ejecución de la prestación a través del contrato con prestaciones recíprocas.

Sin embargo, no debe creerse que se trata de dos contratos distintos, uno creador de obligaciones recíprocas y otro de prestaciones recíprocas, sino de un solo contrato que cumple ambos roles en distintos momentos del proceso de su celebración y ejecución. Llámesele contrato bilateral o contrato recíproco, siempre será un contrato que al celebrarse vinculará recíprocamente las obligaciones y al ejecutarse la relación jurídica obligacional creada por él, vinculará recíprocamente las prestaciones.

Estas razones me llevan a pensar que el sistema peruano en materia de reciprocidad contractual está articulado en dos ejes: uno de ellos, la existencia de obligaciones recíprocas; y el otro, la exigibilidad de prestaciones recíprocas. Sin embargo, ambos efectos son derivados de un mismo contrato, que puede llamársele propiamente *contrato recíproco*.

En estas condiciones, como el contrato recíproco crea obligaciones recíprocas, su lugar no puede ser ocupado por una convención, la cual, por su naturaleza, es incapaz de crear obligaciones recíprocas y, consecuentemente, prestaciones recíprocas, desde que ya se ha visto que las prestaciones recíprocas tienen su origen en la relación jurídica obligacional creada por el contrato recíproco.

Consecuentemente, la reciprocidad no es un elemento natural de las convenciones (como personalmente creo que tampoco lo es de los contratos), de tal manera que la convención no goza de las ventajas que concede a las partes el contrato recíproco, que son la excepción de incumplimiento, la excepción de caducidad de término, la resolución por incumplimiento y la teoría del riesgo.

Sin embargo, pienso que en ejercicio de la libertad de configuración interna que concede el artículo 1354 del Código Civil pueden las partes de una convención estipular consensualmente que esta tenga carácter recíproco, esto es que las prestaciones (si es que cabe utilizar esta expresión) sean recíprocas y permitan la excepción de incumplimiento, la excepción de caducidad de término, la resolución por incumplimiento y/o la teoría del riesgo.

VII. CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL

El artículo 1435 del Código civil establece lo siguiente:

"Artículo 1435.- En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual.

Se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión.

Si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cesionario, el contrato sólo tendrá efectos desde que dicho acuerdo haya sido comunicado al cedido por escrito de fecha cierta."

Este artículo está basado en que exista la posibilidad que una de las partes de un contrato pueda ser sustituida por un tercero. Esto, desde luego, no es susceptible de ocurrir en los contratos *intra persona*.

Inicialmente se opinó que para que pudiera efectuarse la cesión de posición contractual se requería que el contrato materia de la cesión fuera recíproco.

Esta opinión fue recogida por el artículo 1406 del Código Civil italiano, según el cual cada una de las partes podrá sustituir a sí misma un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones recíprocas, si estas no hubiesen sido todavía ejecutadas, con tal que la otra parte consienta en ello.

El artículo 41 de la primera Ponencia sustitutoria del Código Civil peruano redactada por el doctor Max Arias-Schreiber conservó la exigencia de que el contrato materia de la cesión fuera con prestaciones recíprocas. Si se hubiera conservado esta orientación se habrían presentado todas las dificultades expuestas en el rubro "Contrato con prestaciones recíprocas", (numeral V)

Empero, en el artículo 84 de la quinta Ponencia sustitutoria, se suprimió la referencia al contrato recíproco, quedando la referencia hecha a los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente.

En estas condiciones, no existe inconveniente legal alguno para que se pacte ceder a un tercero la posición en una convención que no sea *intuitu personae*.

VIII. EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN

El artículo 1440 del Código Civil establece lo siguiente:

"Artículo 1440.- En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas."

Se entiende por contrato conmutativo aquel en el que la entidad de las prestaciones puede establecerse al momento de celebrarse el contrato, de tal manera que cada parte conoce cuál es el contenido de su prestación y el de la otra parte, si la hubiere.

Al lado opuesto del contrato conmutativo se encuentra el contrato aleatorio, que puede ser definido como aquel en el que la existencia o la determinación del valor concreto de la prestación o contraprestación depende de un factor incierto al momento de celebrarse el contrato, que puede alterar su contenido patrimonial.

Un tema que ha dado lugar a disparidad de criterios y que tiene particular interés para determinar si es posible aplicar a una convención los efectos de la excesiva onerosidad de la prestación, es el relacionado con la posición que ocupa la clasificación de contratos en conmutativos y aleatorios.

Gran parte de la doctrina (Planiol, Mazeaud, Puig Brutau, Gomes) la considera como una subdivisión de los contratos onerosos. Otros autores que admiten la clasificación de unilaterales y bilaterales (Albaladejo) la encuadran dentro de la categoría de los contratos bilaterales. Finalmente, ciertos juristas italianos (Torrente-

Schlesinger, Messineo, Bianca) la ubican como un carácter del contrato de prestaciones recíprocas.

Es conveniente pronunciarse sobre el particular dado que he opinado anteriormente en el rubro "Contrato con prestaciones recíprocas" que la convención no goza de las ventajas que concede a las partes el contrato recíproco (contrato bilateral o contrato con prestaciones recíprocas).

De conformidad con el artículo 1924 del Código Civil, la renta vitalicia puede constituirse a título oneroso o gratuito, lo que pone de manifiesto que no puede considerarse que en el régimen civil peruano los contratos conmutativos y aleatorios sean una subdivisión del contrato oneroso o del contrato de prestaciones recíprocas, pues la renta vitalicia, siendo un contrato aleatorio, puede ser gratuita y, por ello, de prestación de una sola parte, lo que determina que la clasificación de contratos en conmutativos y aleatorios tenga carácter principal y no constituya una subclasificación.

Es perfectamente posible que una convención sea conmutativa en el sentido que cada una de las partes, al momento de celebrarla, conoce la entidad de las prestaciones.

La convención, a semejanza del contrato, es el resultado de la conjugación de los intereses de las partes para crear un equilibrio de intereses, que no es necesariamente económico.

Puede ocurrir que ese equilibrio se rompa por razón de acontecimientos extraordinarios e imprevistos que determinen que la convención resulte excesivamente onerosa para una de las partes por lo cual esta puede solicitar al juez el restablecimiento del equilibrio roto.

IX. LESIÓN

El texto del artículo 1447 del Código civil es el siguiente:

"Artículo 1447.- La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor que las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.

Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos."

Puede observarse que la acción de rescisión por lesión obedece a motivos parecidos a la resolución por excesiva onerosidad de la prestación, pero existen ciertas diferencias entre ambas instituciones.

Solo existe lesión cuando el desequilibrio de las prestaciones es contemporáneo a la celebración del contrato. En el caso de la excesiva onerosidad de la prestación, las prestaciones están equilibradas en el momento de celebración del contrato, pero se desequilibran posteriormente, en el lapso comprendido entre la celebración y la ejecución del contrato. Esta diferencia de oportunidad en la existencia del desequilibrio es el rasgo fundamental que distingue ambas figuras.

Sin embargo, hay que tomar en consideración las siguientes diferencias adicionales:

1. En el caso de la lesión, el desequilibrio puede provenir del abuso por parte del lesionado de la necesidad apremiante del lesionado, como ocurre en el régimen legal peruano, mientras que tratándose de la excesiva onerosidad de la prestación el desequilibrio obedece al advenimiento de un acontecimiento extraordinario e imprevisible.
2. La acción por lesión está destinada, en primer lugar, a obtener la rescisión del contrato, mientras que la acción por excesiva onerosidad de la prestación tiene como objeto principal la revisión del mismo.
3. En el caso de la lesión, el demandado puede reconvenir el reajuste del valor, mientras que tratándose de la excesiva onerosidad de la prestación cuando no fuera posible la revisión del contrato por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitare el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato.

Pese a estas diferencias, la razón de ser de ambas instituciones es la misma; o sea, proteger el equilibrio de los intereses de las partes. El contrato es la conjugación de los intereses de las partes, de tal manera que el modelaje del contenido contractual responde al interés común de ambas, siendo así como se llega a formar el equilibrio contractual, de tal manera que el contrato es el instrumento jurídico utilizado para crear un equilibrio entre lo que las dos partes desean realizar a través de él.

Así como la acción por excesiva onerosidad de la prestación está destinada a restablecer el equilibrio contractual roto por el acaecer de un acontecimiento extraordinario e imprevisible aun cuando puede devenir en acción de resolución -la acción por lesión se orienta a evitar que siga teniendo efecto un contrato celebrado existiendo un desequilibrio contractual- aunque puede reconvenirse el reajuste del valor.

En estas condiciones, dada la similitud entre los efectos de la excesiva onerosidad de la prestación y de la lesión, cabe opinar que las partes de una convención pueden pedir al juez la rescisión de esta por lesión.

X. CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

Por razón de este contrato, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona.

No siendo posible que mediante una convención se asuma una obligación, pues ello es propio del contrato, la institución del contrato en favor de tercero no es realizable a través de una convención.

XI. PROMESA DE LA OBLIGACIÓN O DEL HECHO DE UN TERCERO

Mediante la promesa se crea una obligación a cargo del promitente, por lo cual, en virtud de las razones expuestas al analizar el contrato a favor de tercero, una convención no es apta para prometer el hecho ajeno.

En cuanto al contrato por persona a nombrar, las arras confirmatorias, las arras de retractación y las obligaciones de saneamiento, no se percibe la razón que impida que las disposiciones de los Títulos XII, XIII, XIV y XV del Libro VII del Código Civil sean aplicables a las convenciones.

Manuel de la Puente y Lavalle

San Borja, 25 de enero de 2003.

Señores
Miembros de la Comisión de Edición de ADVOCATUS
Presente

Estimados señores:

En el número 7 de su estimada revista "ADVOCATUS Nueva Epoca" se han servido ustedes publicar mi artículo titulado "La convención y el contrato".

Al redactar dicho artículo omití involuntariamente los siguientes párrafos que preceden a los tres últimos:

"Resulta así que esta omisión del codificador ha dado lugar a que no exista ley que consagre la obligatoriedad de las convenciones, lo que daría lugar, en principio, a que el juez, no obstante considerar que las convenciones son obligatorias, no pueda declararlo".

"Sin embargo, el inciso 8. del artículo 139 de la Constitución establece que el juez no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, debiendo, en tal caso, aplicar los principios generales del derecho".

"Uno de los principios generales del derecho, mundialmente aceptado, es el aforismo latino *pacta sunt servanda* (el pacto obliga), por lo cual el juez, en ausencia de ley, debe aplicar para juzgar sobre la obligatoriedad de las convenciones, este principio general".

Mucho les agradeceré que se sirvan formular la aclaración correspondiente, en el modo y oportunidad que estimen más conveniente.

Muy atentamente,


Manuel de la Puente y Lavalle