

Las cláusulas reputadas “no puestas” o “no escritas”: rescatando un concepto del olvido (Apuntes exclusivamente históricos)



JOSÉ LUIS GABRIEL RIVERA

Magíster en Derecho por la Universidad de Nancy (Francia).
Derecho Comparado por la Universidad de Strasbourg (Francia).
Miembro de la Asociación Henri Capitant (París).
Miembro fundador de la Asociación de Estudios de Derecho Privado (AEDP).

SUMARIO:

- I. Premisa.
- II. La evolución histórica de la figura:
 1. De Roma a Francia: Los orígenes.
 2. De Francia a los Códigos modernos: la Circulación.
- III. De vuelta a Francia: La Consolidación de la Figura.



I. PREMISA

Un lenguaje lleno de indefiniciones e imprecisiones acarrea, muy probablemente, que quien exprese una idea corra el gran riesgo de ser comprendido tan solo *parcialmente* o de manera *totalmente diferente* a sus propósitos. O, peor aún, podría darse el caso que quien exprese una idea *no sea para nada comprendido* por quien debía recibir el mensaje, eliminándose así toda posibilidad de diálogo, mejor dicho, de comunicación.

El ámbito del Derecho *no* escapa a esta premisa, pues son numerosos los casos en los cuales las *nociones jurídicas* empleadas dentro el quehacer jurídico cotidiano se caracterizan por su *ambigüedad o vaguedad*¹. Por ello, no debe sorprendernos el hecho de que exista un "estado de incompreensión" entre los diversos *agentes* del Derecho –jueces, abogados, legislador, investigadores, estudiantes, etc.– y que dicha indeterminación acarree, como lógica consecuencia, que nuestros jueces entiendan una Institución jurídica de la manera "A", que nuestro legislador las formulen de la manera "B", que nuestros abogados la apliquen de la manera "C" y que, finalmente, nuestros estudiantes –quienes más que imprecisiones, *buscan certezas*– terminen por no entender nada, empero *no* por falta de capacidad, sino por situarse en medio de esta Torre de Babel en la que puede convertirse una terminología jurídica no estudiada seriamente. Ahora, ello debería preocuparnos en demasía, pues son justamente estas *nociones* las que nos permiten entendernos en tanto agentes de Derecho y, por sobretodo, nos permiten comunicarnos –constituyéndose, así, en la base de nuestro *vocabulario jurídico diario*–.²

Dentro de este contexto, es nuestra intención presentar al lector un concepto que dada su "aparente simplicidad" ha pasado –desde nuestra perspectiva– totalmente desapercibido de la escena jurídica pese a su evidente relevancia práctica. Así, por ejemplo, si traemos a colación el artículo 171 del Libro II del Código Civil sobre el Acto Jurídico noticiamos que se establece que la condición resolutoria ilícita se tendrá por "*no puesta*". Sin ir más lejos, advertimos que en el artículo 736 del Libro IV sobre el Derecho de sucesiones se establece que las modalidades impuestas por el testador al heredero forzoso se tendrán por "*no puestas*". Centrando nuestra atención sobre otras disposiciones normativas como el artículo 182 de la Ley de Títulos Valores remarcamos que se ha establecido que toda cláusula que exima de responsabilidad al emitente del cheque se tiene por "*no puesta*". De igual forma, si nos detenemos un momento en la novel Ley del Contrato de Seguro encontramos que en su artículo 28 se ha establecido que las cláusulas que consagren caducidades a los derechos de los asegurados se tienen por "*no escritas*".

Luego de vistos estos ejemplos, resulta válido preguntarnos ¿en qué consiste exactamente el hecho que determinadas cláusulas sean consideradas "no puestas" o "no escritas"? ¿constituyen, tal vez, un exceso del vocabulario jurídico del legislador peruano?, ¿podrían tratarse de un concepto que repite, con otro nombre, instituciones jurídicas ya existentes?, ¿tendrían, tal vez, asidero legal autónomo dentro de nuestro ordenamiento jurídico? Las preguntas podrían ir y venir hasta convertirse en un cuestionario; sin embargo la intención del presente estudio se

1. Ello lleva, por ejemplo, a que en el ejercicio de la práctica diaria seamos testigos de cómo se confunden conceptos básicos como la ratificación (artículo 162 del Código Civil) con la confirmación (artículo 230-232 del Código Civil).
2. Es sintomático, y desde nuestro punto de vista de necesaria investigación, el hecho de cómo dentro de nuestro medio jurídico –muy a pesar de la amplia variedad de "lenguajes" atribuibles tanto a los jueces, al legislador y los abogados– nuestro sistema legal continúe operando. Sobre las relaciones entre Lenguaje y Derecho permitásenos evocar una distinción esbozada en Francia por el profesor Gérard Cornu quien con razón sostiene la existencia de un *discurso jurídico*, es decir un acto lingüístico en el cual se pone en marcha el lenguaje que los agentes –en nuestro caso los agentes de Derecho– utilizan y de un *vocabulario jurídico* que viene a ser el conjunto de términos, de un léxico especializado (*in intellectu*) véase CORNU, Gérard, *Linguistique juridique*. En: Domat. Droit Privé, Montchrestien, 2da ed., París, 2000, pp. 271 y ss.

dirigirá, más bien, a dar respuesta a las interrogantes antes planteadas y buscará determinar lo que este mecanismo denominado *cláusulas reputadas no puestas o no escritas* constituye dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Esperando contribuir al desarrollo de este olvidado concepto, hemos considerado pertinente emplear un plan de trabajo dividido en dos partes. Así pues, en la primera parte de nuestro plan (I), abordaremos el origen histórico de las cláusulas reputadas "no puestas" o "no escritas" y de cómo fueron a instalarse dentro del ordenamiento jurídico peruano. Posteriormente, dentro de una segunda parte (II), tendremos la ocasión de analizar la naturaleza jurídica de las cláusulas reputadas "no puestas" o "no escritas", otorgándole ese carácter de actualidad y de futuro, como se viene haciendo en ordenamientos jurídicos europeos.

En esta publicación, tendremos la oportunidad de abocarnos a la parte histórica del problema. En el siguiente número de la revista abordaremos en detalle y a la luz de los desarrollos doctrinarios, legales y jurisprudenciales de diversos ordenamientos jurídicos europeos, la noción y la naturaleza jurídica de las cláusulas reputadas "no puestas" o "no escritas", para finalmente invitar al lector a compartir nuestra opinión que considera que nos encontraríamos frente a un

concepto nuevo y con un futuro dentro de la codificación moderna. No piense el lector que esta división de nuestro estudio perjudicará su lectura.

II. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FIGURA

1. De Roma a Francia: Los orígenes.

Dentro de los diversos Derechos antiguos es, sin lugar a dudas, el Derecho romano³ del cual se disponen la mayor cantidad de fuentes escritas y el cual indiscutiblemente ha influenciado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países occidentales a través de sus principios, reglas y *iuris prudentia*. Por ello no debería sorprendernos el hecho que sea, justamente, en dicho sistema en el cual se encuentren los antecedentes escritos más remotos de las cláusulas reputadas "no puestas" o "no escritas".

Así pues, si –dentro del Derecho romano– centramos nuestra atención sobre el tópico de las *disposiciones testamentarias sometidas a condiciones imposibles* –esto es, sobre aquel tipo condiciones que conforme al normal curso de las cosas o de los hechos no podrían verificarse– encontraremos el antecedente de nuestro tema de estudio. Y ello ¿por qué? Porque es justamente la *iuris prudentia* romana la que va a

3. Particularmente, somos de la opinión que el Derecho romano no ha muerto, al menos no como símbolo y fuente de conocimiento. Precisamos, a aquellos que podrían tildar nuestras aseveraciones de caducas u obsoletas que en muchas ramas del Derecho actual como el Derecho comercial o administrativo –por citar tan solo dos ejemplos– se utilizan en la práctica diaria conceptos de Derecho civil. Ahora, quien se precie de dominar algún concepto de Derecho civil debe conocer –no digo necesariamente estudiar e investigar– algunas nociones básicas de Derecho romano por lo que no son tan aventuradas nuestras ideas.

No por nada el profesor alemán Reinhard Zimmermann ha postulado que tal y como sucedió en Europa hace siglos al crearse un Derecho Común: las bases romanistas contribuyeron a la creación de una Ciencia Jurídica Europea. En la actualidad estas mismas bases romanistas –que aún perviven en los diversos Códigos europeos– constituyen el elemento primordial para construir una Ciencia del Derecho Privado Europeo en estas épocas de Codificación y Unión Europea. A título solamente referencial sobre la obra del profesor alemán: ZIMMERMANN, Reinhard, *Roman Law and the harmonization of private law in Europe*. En: *Towards a European Civil Code*. HARTKAMP, Arthur, HESSELINK, Martijn; EHONDIUS, Ewoud, MAK, Chantal y DU PERRON, Edgar (editores), 4ta. ed., Kluwer Law International - Ars Aequi Libri, The Netherlands-Nijmegen, 2011, p. 34.

Este tema ha llamado nuestra atención desde nuestra primera etapa de investigación en Francia, al respecto permitamos el lector un exceso de confianza y remitirlo a un trabajo nuestro de próxima publicación: "¿Ciencia del Derecho Privado Europeo?: La contribución de Reinhard Zimmermann desde la Historia del Derecho y el Derecho Comparado".

dictaminar que tales condiciones⁴ –o cláusulas– imposibles sean consideradas “no escritas” –*pro non scripto haberi*–.

Si prestamos atención al Digesto, en particular a un extracto de una *responsa* del juriconsulto romano Marciano –en materia de sucesión testamentaria– advertimos que:

“Las condiciones escritas contra los Edictos de los Emperadores, o contra las leyes, o contra las disposiciones que tienen fuerza de ley, o las que son contra las buenas costumbres, o irrisorias, o de naturaleza de las que desaprobaban los pretores se tienen por no escritas; y se adquiere la herencia o el legado, lo mismo que si no se hubiese puesto condición para la herencia o legado” (el subrayado y las cursivas son nuestras).

Empero, ¿qué es lo que se pretendía –dentro del Derecho romano– al señalar que determinadas condiciones podrían ser consideradas “no escritas”? Según los profesores franceses Roland y Boyer la solución se enfocaba en presumir que el testador había ignorado los obstáculos que

las leyes de la naturaleza podrían ocasionar en la realización del evento, debiendo entenderse que si el testador hubiese tenido conciencia de ellos, no habría estipulado dicho tipo de cargos⁵. Se considera, pues, que los “nobles” motivos del testador al momento de estipular su testamento, o su “buena fe” iban más allá de lo que podría haber expresado por escrito.

Particularmente, consideramos que la solución es más simple de lo que parece, pues los juriconsultos romanos en aplicación del principio de conservación del testamento, evitando que la “nulidad” de la condición se extienda al testamento en su conjunto –lo que acarrearía que el “testador” quede sin testamento, lo cual era mal visto en Roma–, decidieron simplemente de manera práctica *excluir* –relegar, obviar, retirar– dicha disposición.

Ahora, muy a pesar de algunas remisiones expresas a las cláusulas reputadas “no puestas” o “no escritas” en: i) las Institutas de Gayo⁶, ii) un párrafo de unas Institutas de Marciano –sobre las disposiciones testamentarias a las cuales debía aplicarse “la regla” del ser consideradas

4. El fenómeno condicional es un fenómeno de estructura compleja. Su ontos se encuentra constituido por dos elementos claramente diferenciables: i) la cláusula condicional que será insertada al negocio jurídico y ii) el evento condicionante que deberá verificarse para producir o resolver los efectos. En la doctrina, la legislación y la jurisprudencia peruanas se emplea –salvo honrosas excepciones– indistintamente el término condición para aludir tanto a la cláusula condicional, como al hecho condicionante. En esta oportunidad, a efectos de no hacer aún más enrevesado el lenguaje que utilizaremos durante el desarrollo de nuestra investigación, quisiéramos permitirnos la licencia de utilizarlo en cualquiera de los dos sentidos, a sabiendas que ontológicamente constituyen dos elementos diversos, las dos caras de una moneda.

5. ROLAND, Henri y BOYER, Laurent, *Vitantur nec vitiant*. En: *Adages du Droit français*, 4ta. ed., Litec, Paris, p. 949.

6. Sobre la Buena Fe en materia de negocios testamentarios, en especial al momento de su interpretación, cabe precisar como bien hace Lanatta Guilhem que: “si bien en la interpretación del testamento son aplicables algunas de las normas generales que rigen los actos jurídicos, no puede hacerse esto en todos los casos porque el testamento es un acto jurídico unilateral y especialísimo. Por esta razón no le son aplicables las reglas que rigen, de manera especial, la interpretación de los contratos. En efecto al interpretar estos [entiéndase los contratos] debe atenderse a la buena fe entre las partes y, con respecto a los terceros, al cumplimiento de la obligación contraída y a la seguridad en los negocios [...]. En cambio, en el testamento, por su unilateralidad y por su gratitud, lo que interesa en los casos de duda es precisar cuál fue la voluntad que el testador quiso expresar, la finalidad que se propuso lograr mediante su testamento” Véase LANATTA GUILHEM, Romulo E., *Derecho de sucesiones*, Editorial Desarrollo S.A., Lima, 1978, T. II (*La sucesión testamentaria*), pp. 85-98, especialmente p. 89.

7. Institutas de Gayo

Título X De las estipulaciones inútiles

⁹⁹⁸. También es inútil la estipulación hecha con una condición imposible de cumplir, como por ejemplo, la de tocar al cielo con la mano; pero nuestros maestros creen que es válido el legado hecho bajo condición imposible.

"no escritas"⁸– y iii) un debate muy citado por los romanistas entre sabinianos y proculeyanos⁹, lo cierto es que *no existen mayores certezas* sobre nuestro tema. Por ejemplo, una definición del *pro non scripto haberi* es ausente en este periodo. Ello podría deberse al poco interés que nuestro tema despertó y ha despertado; sumado al hecho que los testamentos –cuyas disposiciones podían ser consideradas como "no escritas"– permanecieron en un letargo que duró varios siglos.¹⁰

2.- Sin embargo, será en la Francia revolucionaria que la noción de las cláusulas reputadas "no puestas" o "no escritas" cobrará actualidad gracias a los redactores del *Code Civil* de 1804 (en adelante *Code*) y comenzará a ser estudiada

y aplicada a diversos supuestos, teniéndose como punto más elevado –dentro de este periodo– su adopción –por primera vez– dentro de un cuerpo de leyes organizado y sistemático. En efecto, el artículo 900 del *Code* señala que:

"En toda disposición entre vivos o testamentaria, las condiciones imposibles, aquellas contrarias a la ley y a las buenas costumbres serán reputadas no escritas" (el subrayado y las cursivas son nuestros).

Así pues, en este punto histórico se consagra la regla jurisprudencial romana sostenida por la escuela de los sabinianos¹¹ la cual establecía que las condiciones imposibles en materia testamentaria se tienen por "no puestas"; sin

como si tal condición no se pusiese [...]".

Hemos consultado: *La Instituta de Gayo*, sin traductor, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845, p. 203.

8. Sobre los desarrollos elaborados por los romanistas respecto de este pasaje son esenciales las reflexiones de BUONAMICI, Francesco, *Nota al §10 Instit. De hered. inst.* (II, 14). En *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, Año VII, 1895, pp.31-35; SCIALOJA, Vittorio, *Note minime sulle condizioni impossibili nei testamenti*. En *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, Año VII, 1895, pp. 36-38 y, nuevamente, SCIALOJA, Vittorio, *Sulle condizioni impossibili nei testamenti. Nuove considerazioni*. En: *Estratto dal Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, Anno XIV, Fascicolo 1, 1901, Impreso por el Istituto di Diritto Romano, Roma, 1902, pp. 5-46.
9. Se hace referencia a dos escuelas de pensamiento dentro del Derecho romano. Son célebres sus opiniones –usualmente opuestas– sobre diversos temas jurídicos. En particular sobre nuestro tema de estudio: los proculeyanos sostenían que las condiciones físicamente imposibles adicionadas a la institución de heredero, a los legados o a los fideicomisos anulaban estos actos, mientras que los sabinianos afirmaban que tales condiciones solo deberían considerarse como no escritas, por ende los actos (de base) pervivían. Mayores referencias en: PETIT, Eugène, *Tratado elemental de Derecho romano*. Traducción de José Ferrández Gonzalez. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1980, p. 749; BUFNOIR, Claude, *Théorie de la condition dans le divers actes juridiques, suivant le Droit romain*, Cotillon Éditeur, Kessinger Publishing, LLC Paris, 1866, p. 8 (nota 1); GIRARD, Frédéric, *Manuel élémentaire de Droit romain*, 4ta. ed., Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, Paris, 1906, p. 821; BONFATE, Pietro, *Historia del Derecho romano*. Traducción de José Santa Cruz Teijeiro: Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, Vol. II, pp. 329-336, especialmente p. 335; PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di Diritto romano*, 2da. ed., Athenæum, 1928, p. 159; ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co. Ltd - Kluwer, Cape Town - Deventer and Boston, 1990, p. 29.
10. Como señala Helmut Coing: "el testamento como disposición unilateral irrevocable, como lo había configurado el Derecho romano, había desaparecido de la vida jurídica de los pueblos continentales, cuando a finales de la época merovingia se rompe con las tradiciones del Bajo imperio. Su renacimiento en la Alta Edad Media se debe a la iglesia [...]". Para mayores precisiones, COING Helmut, *Derecho Privado Europeo*, Fundación Cultural de Notariado, Madrid, 1996, T. I (*Derecho Común más antiguo 1500-1800*), pp. 709 y 710.
11. Se hace referencia la regla sostenida por la escuela de los sabinianos que fue acogida en Roma. Sobre la regla sabiniana, nos informa Biondo Biondi que: "[...] para las disposiciones testamentarias aplicaron la famosa regla por la cual la condición imposible se considera *pro non scripta*, en vista que la disposición [de fondo] es sin lugar a dudas eficaz, es decir como si la condición no hubiese sido puesta" BIONDI, Biondo, *Successione testamentaria. Donazioni*, en *Trattato di Diritto romano*, dirigido por Emilio Albertario, Giuffrè Editore, Vol. X, Milan, 1943, p. 548. Para mayores precisiones, véase *infra* nota 9.

embargo, como habrá remarcado el lector acucioso se amplía su ámbito de aplicación, pues se considera que también pueden ser consideradas cláusulas “no escritas” aquellas adicionadas a los negocios *inter vivos*. La consagración legislativa de esta expansión refleja la tendencia que venía ganando adeptos en Doctrina. Sobre esta extensión, nos señala uno de los comentaristas del *Code Toullier* que: “El Código Civil ha ido más lejos. Él ha extendido a las donaciones, el principio que el Derecho romano no había aplicado, sino a los testamentos”.¹²

Sin embargo, una *peculiaridad* se evidencia en la codificación civil francesa, pues habiéndose extendido el considerar “no escritas” las condiciones imposibles desde los testamentos hacia “todas las disposiciones *inter vivos*”, el legislador francés vuelve a abordar el tema de las condiciones imposibles –ahora– en materia de obligaciones, empero aplicando la *nulidad* como sanción. Así queda establecido en el artículo 1172 del *Code*:

“Toda condición de una cosa imposible, o contraria a la buenas costumbres, o prohibida por la ley es nula, y vuelve nula la convención de la cual depende”
(las cursivas y el subrayado son nuestros).

Así pues, nos encontramos frente a dos posibilidades que se oponen en sí mismas: *i)* o bien considerar “no escritas” éstas cláusulas –conforme al artículo 900 del *Code*– *ii)* o bien declararlas nulas –o *ilícitas* como también se hace en Francia, conforme al artículo 1172 del *Code Napoléon*–. Frente a dicho dilema, la siempre creadora jurisprudencia francesa ha adoptado una interpretación inteligente de estos dos dispositivos. Al respecto, nos informan los Mazeaud y Chabas que:

“La jurisprudencia debió adaptar las disposiciones [artículos 900 y 1172] del Código Civil. Actualmente, ella establece bajo el

mismo régimen los actos a título gratuito y a título oneroso. Para ambos, la jurisprudencia decide que la nulidad del acto debe ser pronunciada si la cláusulas o condición ilícita es esencial, es decir, si esta cláusula o condición ha sido la causa impulsiva y determinante de la voluntad del contratante –incluso para una liberalidad–, y que, en el caso contrario [esto es cuando la cláusula o condición no es esencial], la cláusula es tan solo descartada [*écartée*], reputada no escrita, sin extinguir [*atteindre*] el acto [base] que subsiste –incluso un acto a título oneroso–.”¹³

Anteriormente, aludíamos a los redactores del *Code*, pues fue gracias a su obra que el tema materia del presente trabajo volvió a ser tomado en consideración como objeto de estudio. Sin embargo, ¿qué causas dieron origen a dicha situación? En este punto, una explicación histórica nos dará la respuesta. Sucede que a raíz de la Revolución francesa se marca un antes y un después dentro de la sociedad del país galo. Se buscaba romper con todas las estructuras políticas y económicas vigentes en ese momento y que eran consideradas como las causantes de la pobreza y desigualdad. Este cambio alcanzó los distintos aspectos de la vida cotidiana. Así pues, se suprimió el derecho de primogenitura dentro de la nobleza. Sin embargo, muchos testadores deseosos de dejar el patrimonio que constituía la herencia de la familia al primogénito buscaban hacer testadores a los demás hijos, pero condicionando dicha adquisición a condiciones imposibles.

Dichas estipulaciones fueron consideradas contra-revolucionarias, pues contravenían el espíritu del Nuevo Orden por lo que era necesario establecer un mecanismo de control que de una sola vez permitiese tanto la pervivencia del testamento como el borrado (*effacement*) de la condición imposible. Los redactores del

12. TOULLIER, Charles Bonaventure Marie, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, 5ta ed., Aug. Wahlen et Compagnie, Bruxelles, 1824, T. V, p. 153.
13. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon, MAZEAUD, Jean y CHABAS, François, *Obligations. Théorie générale*, en *Leçons de Droit civil*, 9ª ed., T. II, Vol. 1, Montchrestien, Paris, p. 322.

Code encontraron en las cláusulas “no escritas” la solución a los problemas. Así, por ejemplo, el legislador del 5 de septiembre de 1791 consideró que las cláusulas “no escritas” constituyen la manera a través de la cual los testadores no escaparan a la ley política y moderna.¹⁴

Cabe precisar que la adopción de dicho mecanismo, no fue bien visto por un comentador del Code¹⁵, el cual mostraba su perplejidad frente al uso de esta rara (*bizarre*) regla en materia de testamentos y, además, *criticaba* que se extendiese paulatinamente a las donaciones entre vivos, pese a que en el Derecho romano no se abordó dicha posibilidad. Sin embargo, más allá de las conclusiones de esta autorizada opinión, las cláusulas reputadas no escritas adquirieron carta de ciudadanía al ser reguladas en el artículo 900 del Code, constituyéndose en el mecanismo ideal para desincentivar a aquellos testadores que quisiesen establecer una condición ilícita o inmoral en sus testamentos.

La reputación lograda por el sistema legal francés en su conjunto haría que diversas de sus Instituciones circularan e influyesen en diversos ordenamientos jurídicos¹⁶. Las cláusulas reputadas “no puestas” o “no escritas” constituirían –si

bien es cierto en menor cuantía– parte de este proceso de expansión.

2. De Francia hacia los códigos modernos: la circulación.

Afirmábamos líneas arriba que el modelo jurídico francés habría de influenciar diversos sistemas europeos e, incluso, las codificaciones de los nacientes estados latinoamericanos¹⁷. De allí que muchas de sus disposiciones circularan¹⁸ –previa traducción– a otros ordenamientos jurídicos y que paulatinamente sean adoptadas como propias por las codificaciones receptoras.

Al respecto recuerda Sacco que: “el Code Civil estuvo vigente en Bélgica. El código holandés de 1838 no fue muy distinto del modelo francés. En Italia el Codice Albertino (Turín, 1937) y Borbónico (Nápoles, 1819) y luego, el Código de 1865 constituyeron imitaciones del Code Civil [también] el modelo egipcio de 1949, el Código sirio de 1949 [...] el Código de Algeria de 1975”¹⁹. Ahora bien, el sistema legal francés sigue influenciando en la actualidad otros ordenamientos. Por ejemplo, podríamos citar el nuevo Código de Derecho Internacional Privado de China –en vigor desde 2011– o el Código de

14. ROLAND y BOYER, voz *Vitiantur nec vitiant*, en *op. cit.*, p. 950.

15. MARCADÉ, Victor-Napoléon, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, T. III, 5ta. ed., Librairie de Jurisprudence de Cotillon, París, 1852, p. 385.

16. Entre las Instituciones que el Sistema francés ha legado al Derecho moderno nos permitimos reseñar –a manera de ejemplo– dentro del campo del Derecho Privado a nivel jurisprudencial: la noción de el abuso de derecho (*abus de droit*), las obligaciones de seguridad (*les obligations de sécurité*). A nivel doctrinal encontramos: la inexistencia de los actos jurídicos (*la théorie de l'inexistence*), la noción de patrimonio (*la notion de le patrimoine*), las teorías subjetivas de la causa (Henri Capitant) y las teorías anti-causalistas (Marcel Planiol), la reelaboración jurisprudencial y doctrinal de la acción pauliana o del enriquecimiento sin causa, entre otros.

17. Sobre la influencia del Code civil en Latinoamérica nos permitimos remitir a RAMOS NUÑEZ, Carlos, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

18. Es el profesor Sacco quien sostiene que los modelos jurídicos circulan por prestigio o por imposición. El caso de la regla de las cláusulas reputadas “no puestas” o “no escritas” nos parece un buen ejemplo de este fenómeno nuevo. Con respecto a las ideas del profesor italiano SACCO, Rodolfo, *La comparaison juridique au service de la connaissance du Droit*. En: *Études juridiques comparatives*, dirigida por André Tunc, Economica, París, 1991, pp. 113-128, especialmente p. 122.

Sin embargo, los estudios pioneros se encuentran ya en GAUDEMET, Jean, *Les transferts de Droit*. En: *L'année sociologique*, Vol. 27, 1976, pp.29-59 y en RODIERE, René, *Approche d'un phénomène: les migrations de systèmes juridiques*. En AA. VV., *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université de Science Sociales de Toulouse, Toulouse, 1978, pp. 947 y ss.

19. SACCO, Rodolfo, *Introduzione al Diritto comparato*, UTET, Turin, 1992, pp. 225-226.

las obligaciones y de los Contratos de Túnez –en vigor desde 2006–.²⁰ Además, su jurisprudencia –creadora e inteligente– a través de la *Cour de Cassation* nos ofrece nuevos conceptos como, por ejemplo, la nulidad por violencia económica o el deber de renegociar los contratos por imprevisión.²¹

4.- Volviendo a nuestro tema de estudio, señalábamos que el *Code* influyó otros ordenamientos jurídicos gracias a su bien ganada reputación. Así, por ejemplo, será en la Italia unificada que el *Code* dejará su impronta a través del *Codice Civile del Regno d'Italia* de 1865 toda vez que dicho cuerpo normativo importó varias de las disposiciones contenidas en el *Code*.²² Las cláusulas reputadas “no puestas” o “no escritas” no fueron la excepción. Basta apreciar el artículo 849 del *Codice* de 1865 en materia de Derecho de sucesiones en el cual se estableció que:

“En el testamento se tienen por no puestas [non apposte] las condiciones imposibles y aquellas contrarias a la ley o a las buenas costumbres” (el subrayado y las cursivas son nuestros).

En este punto, si efectuamos una rápida comparación del artículo 849 del *Codice* de 1865 y el artículo 900 del *Code Civil*, resulta a todas luces evidente que la codificación francesa influyó sobremanera en la codificación italiana. El artículo 849 del *Codice* italiano reafirma nuestra aseveración, pues –al menos en este punto– constituye una traducción casi literal

de su par francés. Ahora, este hecho no debe ser descartado liminalmente, pues tendrá una relevancia importante en cuanto al *nomen* de la institución materia de estudio dentro del ordenamiento jurídico peruano.

Así pues, al momento de revisar los distintos artículos en los cuales se aborda la figura bajo análisis salta a la luz que en algunos casos se hable de cláusulas que son consideradas “no puestas” –como se hace en el artículo 171 del Código Civil– y que en otros tantos se hable de cláusulas reputadas “no escritas” –como se hace en el artículo 28 de Ley de Contrato de Seguro–. Sin embargo, ¿habrá alguna diferencia entre ambas figuras? Desde nuestra perspectiva no existen razones para sostener una posible división, toda vez que la respuesta se encuentra en un tópico de traducción. Así pues, el legislador francés –fiel al Derecho romano– conservó el lenguaje de los juriconsultos que hacían referencia a cláusulas consideradas no escritas (*pro non scripta*) y así lo plasmó en su Código Civil. Por su parte el legislador italiano de 1865, a la hora de importar algunas Instituciones del Derecho francés se enfrentó al problema de expresar de la mejor manera y en su propio idioma lo que el legislador francés había querido decir. Por ello, –y desde nuestra perspectiva– consideramos que el legislador italiano de 1865 optó por utilizar una terminología más acorde con su lengua, escogiendo la expresión “no puestas” (*non apposte*) que en realidad no son sino las cláusulas “no escritas” del sistema francés a la *manera italiana*.

20. LE TOURNEAU, Philippe, *De la modernité du chapitre du Code tunisien des obligations et des contrats portant sur la responsabilité délictuelle* (del texto mecanografiado).

21. MAZEAUD, Denis, *Le Droit français, modèle pour les projets européens de droit des contrats (Quel venir pour le modèle juridique français?)*. En CABRILLAC, Rémy (dir.): *Quel avenir pour le modèle juridique dans le monde?*, en Collection “Etudes juridiques” dirigida por Nicolas Molfessis, Economica, París, T. 41, 2011, pp. 23-39, especialmente p. 37.

22. Esta importación por parte del legislador italiano ha llevado a cuestionarse en dicho medio, si en realidad existió una “originalidad italiana” o si, por el contrario, la adopción del *Codice Civile* de 1865 constituyó un mero proceso de traducción del *Code*. Al respecto el profesor Guido Alpa ha señalado que: “Los caracteres ‘originales’ de una experiencia deben ser buscados –si se quiere insistir en esta perspectiva– en todos sus componentes: no solo, pues, en la ley escrita –entendida normalmente como ley codificada–, sino también en su interpretación doctrinal y jurisprudencial, en la praxis de los trámites, en los comportamientos consolidados, además, naturalmente, en la legislación especial” ALPA, Guido, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, en Colezione Biblioteca universale, Editori Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 99.

Por ello, desde ya señalamos que frente a cualquier tipo de diferenciación entre ambas terminologías dentro del sistema peruano, se debería observar, en primer lugar, el dato histórico a efectos de dar una respuesta definitiva. Permitásenos precisar, asimismo, que si bien fue el *nomen* de cláusulas que se tienen por “no escritas” el que *inicialmente* se otorgó a la figura desde la época romana, fue la *terminología italiana* esto es, la de cláusulas reputadas “no puestas” – la que ha logrado conseguir mayor fortuna hasta la actualidad en nuestra legislación. Débase tal vez aquello a la influencia que el sistema italiano –en especial el del *Codice Civile* de 1942– ha tenido por sobre nuestra codificación –en especial, la del Código Civil de 1984–.

Siguiendo con lo referente a la terminología, si echamos un vistazo en todas las normas en las que se haga alusión el tema que estamos estudiando, se podrá apreciar que solo en la Ley del Contrato de Seguro se hace mención a las cláusulas reputadas “no escritas”, mientras que en todas las demás normas se hace siempre mención de cláusulas reputadas “no puestas”. Dato anecdótico este último que pone en evidencia como las Instituciones Jurídicas pueden ser desvirtuadas –e incluso hasta crearse toda una teoría sobre ellas– si es que no se atiende al dato histórico, tantas veces menospreciado.²³

5.- En este punto, quisiéramos precisar que el artículo 849 del *Codice del Regno de l'Italia* ha sido el antecedente del artículo 634 del *Codice Civile* de 1942, el cual –siempre en materia de sucesiones testamentarias– ha establecido que:

“En las disposiciones testamentarias se consideran no puestas [non apposte] las condiciones imposibles y aquellas contrarias a normas

imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, salvo en cuanto lo que se haya establecido en el artículo 626” (las cursivas y el subrayado son nuestros).

Hasta este punto, nuestro tema de estudio se desarrolla históricamente dentro de los límites en los cuales venía discurriendo; es decir, que estas cláusulas reputadas “no puestas” o “no escritas” hacían su habitual aparición principalmente en materia de Derecho de sucesiones y de menor manera en materia de donaciones. Sin embargo, un hecho importante acaece con el *Codice Civile* de 1942, pues las cláusulas reputadas “no puestas” o “no escritas” pasan a ser extendidas y ubicadas dentro del campo de los negocios *intervivos*, pero no tan solo a través de una mera remisión dentro de una norma contenida en el libro de las sucesiones o de manera algo contradictoria en las clases de obligaciones como sucedió en el artículo 1172 del *Code*²⁴, pues el legislador italiano al momento de legislar, optó por ampliar el campo de acción de las cláusulas reputadas “no puestas” al ámbito de los contratos en general –en concreto, al Capítulo III que versa sobre la condición en los contratos–. El segundo párrafo del artículo 1354 del *Codice Civile* de 1942 señala que:

“Es nulo el contrato al cual se adiciona una condición, suspensiva o resolutoria, contraria a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

La condición imposible vuelve nulo el contrato si es suspensiva. Si se tratase de una condición resolutoria se tiene por no puesta [non apposta]”

(las cursivas y el subrayado son nuestros).

Dicha toma de posición, ciertamente ha de beneficiar el desarrollo de las cláusulas “no puestas” o

23. En nuestro medio, por ejemplo, con relación a la interrogante de si hemos acogido la noción de acto jurídico o de negocio jurídico, resultan esenciales los trabajos de: MORALES HERVIAS, Rómulo, *Código Civil de 1936 y doctrina peruana: recepción de la teoría general del negocio jurídico*. En *Proceso & Justicia*, N° 5, 2005, pp. 131-149; LEON HILARIO, Leysser, *Las malas lecturas y el proceso de codificación civil en el Perú. El acto jurídico, el negocio jurídico y la historia de una confusión en: El sentido de la codificación civil*, Palestra, Lima, 2004, pp. 62-109; ID., *Proceso & Justicia*, N° 2, 2002, pp. 121-132.

24. Véase, *infra* nota 13.

"no escritas", pues ya no solo la encontramos en los testamentos y, de manera residual, en las donaciones como se hizo en su momento en Francia, sino que, además, ahora la extensión alcanza a los *contratos en general, empero con la particularidad* que las cláusulas reputadas "no puestas" fueron acogidas *tan solo* en materia de *condiciones resolutorias imposibles*. Más allá de ello, cabe precisar que éste es un avance en la expansión de los diversos supuestos de la figura materia de estudio.

Lo que sí resulta peculiar es que respecto de las *condiciones suspensivas imposibles* se haya optado como remedio la nulidad²⁵. Nosotros creemos que esta diferenciación de tratamiento obedece a un excesivo "subjetivismo" en *materia de contratos*. Veamos cómo funciona el razonamiento:

- Si tomamos en cuenta "lo que las partes realmente hubiesen querido", resulta evidente pensar que al ser estipulada una *condición suspensiva* imposible, lo que se busca es que el hecho condicionante nunca se llegue a verificar –pues se trata de un hecho imposible–, por lo que –desde un inicio– las partes *nunca* quisieron que el contrato produzca sus efectos, *ergo* al no haber existido esa real voluntad por vincularse o crear el contrato se podría decir que "no hubo voluntad" por lo que se podría decir que el contrato es nulo por no haber existido una voluntad concreta.
- Si tomamos en cuenta "lo que las partes realmente hubiesen querido", resulta evidente pensar que al ser estipulada una *condición resolutoria* imposible, lo que las partes han querido es que el hecho condicionante nunca se verifique –pues es un hecho imposible–, por lo que –desde un

inicio– las partes estuvieron de acuerdo en que su contrato nunca deje de producirse sus efectos, *ergo* al ser la verdadera voluntad de las partes una producción *pura* –sin condiciones– de los efectos, no tendría que tomarse en cuenta condición alguna por lo que la mejor solución es considerar dicha modalidad como "no puesta".

En este punto, nos valemos de las observaciones del profesor Roppo quien comentando el segundo párrafo del artículo 1354 del Código de 1942 señala que: "[con] la condición suspensiva imposible [se] vuelve nulo el contrato [pues] las partes quieren que –en ausencia del hecho [condicionante] – los efectos contractuales no se produzcan. Por lo que si es cierto que el hecho no se producirá jamás, es coherente con la voluntad de las partes que los efectos no se produzcan"²⁶. Con relación a las condiciones resolutorias imposibles señala que: "[Cuando] la resolución resolutoria imposible 'se tiene por no puesta': el contrato vale como contrato no condicionado. La solución se muestra 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 condicionamiento"²⁷.

6.- Dentro de este *iter* histórico sobre las cláusulas consideradas "no puestas" o "no escritas" ¿por qué hemos querido citar la normativa italiana en este punto? La respuesta radica en que será la norma italiana evocada líneas arriba –artículo 1354 del *Codice*, segundo párrafo– la que, previa sal y pimienta del legislador peruano²⁸, devendrá el artículo 171 del Código Civil en materia de Acto Jurídico.

25. Al respecto, el profesor Bianca señala que, en realidad, el contrato deviene en ineficaz. Para mayores precisiones BIANCA, Cesare Massimo, *Il Contratto*, en *Diritto Civile*, T. III, Giuffrè Editore, Milán, 1984, p. 518.

26. ROPPO, Vincenzo, *Il Contratto*, en *Trattato di Diritto Privato* al cuidado de Giovanni Iudica y Paolo Zatti, Giuffrè Editore, Milán, 2001, p. 615.

27. ROPPO, Vincenzo, *El contrato*. Traducción de Nélvor Carreteros y traducción al cuidado de Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 570.

28. Aludimos a la "sazón del legislador peruano", pues éste adicionará a la norma italiana antes citada, el caso de

“La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto. La condición resolutoria ilícita y la física o jurídicamente imposible se consideran no puestas”

(las cursivas y el subrayado son nuestros).

Así pues, el legislador de 1984 –queriendo o sin querer–, sobre la base de una norma italiana, amplió aún más el alcance de las cláusulas reputadas “no puestas” o “no escritas”, ya que desde ese momento nuestro objeto de estudio pasa a formar parte de aquellas manifestaciones de voluntad destinadas a crear, modificar, regular o extinguir efectos jurídicos²⁹. ¿Podríamos decir, entonces, muy orondos que hemos dado un paso más adelante que el legislador francés o incluso que el legislador italiano? En este punto, estamos seguros que el lector intuirá nuestra respuesta, pues como se podrá constatar de un examen de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, muy poco se ha desarrollado sobre el tema –los encuentros y desencuentros será abordados con mayor detalle en la Segunda Parte del presente estudio–.

Ahora, antes de terminar con este *iter* histórico sobre las cláusulas reputadas “no puestas” o “no escritas” en el Código Civil de 1984, resulta válido preguntarnos ¿y qué pasó con las cláusulas reputadas “no puestas” o “no escritas” en el *Derecho de sucesiones* dentro del ordenamiento jurídico peruano? –al final de cuentas, fue en dicha rama del Derecho en la cual vio la luz nuestro tema objeto de estudio–.

Al respecto, cabe precisar que el legislador peruano, en el artículo 689 del actual Código Civil, ha guardado cierto espíritu del artículo 900 del *Code*. Veamos, pues, qué quedó del artículo francés:

“Las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos, se aplican a las

disposiciones testamentarias; y se tienen por no puestas las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley” (el subrayado y las cursivas son nuestros).

Obsérvese que el legislador *ya no apela a una condición imposible*, pero sí establece que deben ser consideradas “no puestas”, *las condiciones o los cargos que sean contrarios a las normas imperativas*. Al parecer la intención del legislador, ha sido la de preservar el testamento al considerar dichas condiciones o cargos como “no puestas” o “no escritos”. Para todos los demás supuestos en materia condicional, el legislador peruano remite a las normas sobre las modalidades de los actos jurídicos.

Sin embargo, y allí viene nuestra pregunta: ¿qué pasaría si por “A” o “B” circunstancias nos encontrásemos frente a una disposición testamentaria bajo *condición imposible*? Bueno, al remitirnos el artículo 689 del Código Civil a las normas del Acto Jurídico deberíamos *forzosamente* verificar si nuestro testamento fue supeditado con una *condición imposible suspensiva* –en dicho caso será inválido el testamento, 1er párrafo del artículo 171) o si fue supeditado con una *condición imposible resolutoria* –en dicho caso la condición o cláusula será reputada “no puesta” o “no escrita” y el *testamento pervivirá*, 2do párrafo del artículo 171–.

Así pues, si la elección del legislador ha sido la de conservar el testamento –como parece ser la intención al leer el artículo 689) podría entenderse que esta remisión a las normas generales del Acto Jurídico no es la manera más apropiada. Además, el legislador no es muy técnico en su lenguaje, pues queda la duda de saber si al referirse a la invalidez del acto en el artículo 171 ha querido establecer ¿la nulidad? o ¿la anulabilidad?, pues como sabemos éstos dos últimos Institutos son especies del género invalidez –al respecto nada ha especificado el legislador–.

la condición ilícita. Empero, el detalle está que en Italia las condiciones –suspensivas o resolutorias– ilícitas –contrarias a normas imperativas, como señala su primer párrafo– son nulas.

29. Sobre los conceptos que de negocio jurídico maneja la doctrina, consúltese el excelente trabajo del profesor MORALES HERVIAS, Rómulo, *Nuevas perspectivas del negocio jurídico*. En *Derecho & Sociedad*, N° 28, 2007, pp. 293-310.

Finalmente, hay una última norma en materia de sucesiones en la cual se apela a la terminología "no puesto" o "no escrito". Es el artículo 736 del Código Civil donde se hace alusión a la institución de heredero forzoso y se señala que ésta debe ser hecha de manera simple y absoluta. Por lo que, se precisa, que cualquier modalidad que imponga el testador se tendrá por *no puesta*. Con relación a esta norma, hacemos nuestras las breves pero precisas palabras del profesor Lanatta quien señalaba que "se trata de [una] norma elemental, pero que conviene expresar"³⁰. Es decir que el asunto, elemental en sí mismo, estaba por demás claro.

7.- En resumen: las cláusulas reputadas "no puestas" o "no escritas" de ser supuestos utilizados en materia testamentaria en Roma, ampliaron su radio de acción al ser aplicadas a los testamentos y –excepcionalmente– a las donaciones en Francia. De allí, continuando con su expansión, las cláusulas reputadas "no puestas" o "no escritas" pasaron a ser acogidas en materia de los contratos en general en Italia, para, finalmente, dentro del Código Civil peruano pasar a ser aplicadas en los actos jurídicos –negocios jurídicos–.

Sin embargo, el Código Civil no ha sido el único instrumento jurídico que ha acogido la figura de las cláusulas reputadas "no puestas" o "no escritas", pues son diversas la leyes que poco a poco han comenzado a hacer uso de aquellas como, por ejemplo, La Ley de Consolidación de Beneficios Sociales (Disposición Transitoria y Final Primera), la Ley de Valores (artículos 180.1, 181, 182) o la Ley del Contrato de Seguros (artículo 28) por lo que una reconstrucción de esta figura se hace necesaria, tal y como ha sucedido en el ordenamiento jurídico francés.

III DE VUELTA A FRANCIA: LA CONSOLIDACIÓN DE LA FIGURA

7.- Señalábamos anteriormente que fue en Francia en donde las cláusulas reputadas "no puestas" o "no escritas" adquirieron su carta de ciudadanía y desde donde comenzaron –modernamente– a circular hacia los demás ordenamientos jurídicos, como por ejemplo, el italiano. Claro que esta expansión se va dando en perspectiva codicística, pues como tuvimos ocasión de analizar a lo largo de nuestro *iter* histórico, los casos de aplicación de las cláusulas "no puestas" o "no escritas" se refirieron a los testamentos, luego a los contratos y, finalmente, a los negocios jurídicos. Sin embargo, las cláusulas reputadas "no puestas" o "no escritas" siguieron un camino aún *más amplio* en Francia, de allí que esta noción haya ido asentando sus raíces tanto en jurisprudencia, legislación y doctrina y que, poco a poco, comience a adquirir una autonomía propia –incluso existe una voz dentro del célebre *Vocabulaire Juridique* dirigido por el desaparecido profesor Gérard Cornu³¹). De cómo aconteció este proceso de consolidación que constituye la fase final del desarrollo histórico de las cláusulas reputadas "no puestas" o "no escritas", tendremos ocasión de informar al lector al abordar las siguientes líneas.

8.- Dentro del *iter* histórico, es menester identificar otro punto de importancia dentro del desarrollo de las cláusulas reputadas "no puestas" o "no escritas". Su retorno a la escena jurídica, se producirá de manos del legislador galo quien desde mediados de los años '40 comenzará a emplear nuevamente la terminología "reputada no escrita" en cuanto a temas muy concretos, pero que podemos reseñar de manera informativa. Por ejemplo, las normas referentes a las disposiciones sobre el arrendamiento de parcelas agrícolas para su explotación (*statut de fermage*) del año 1945 o las disposiciones relativas a los arrendamientos de locales comerciales para el desarrollo de

30. LANATTA GUILHEM, Rómulo, *Texto, exposición de motivos y comentarios del libro de sucesiones del Código Civil*. En REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (comp.), *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*, Impresión Talleres Industria Avanzada, 1985, T. V, p. 79.

31. ASSOCIATION HENRI CAPITANT, voz "reputée non écrite (clause)", en *Vocabulaire juridique*, bajo la dirección de Gérard Cornu, Presses Universitaires de France, París, 2011, p. 180. En dicho *Vocabulaire* se le define como: "proceso que permite mantener vivo un acto, eliminando de pleno derecho sus cláusulas irregulares".

negocios (*statut des baux commerciaux*) del año 1953³², en los cuales declaraba como “no escritos” supuestos de restricción de derechos reconocidos por la ley –para el primer caso, ley de 1945– o la resolución de pleno derecho de arrendamientos comerciales en caso de quiebra –para el segundo, ley de 1953–.

Sin embargo, existe una ley dentro de la cual nuestras cláusulas reputadas “no puestas” o “no escritas” comenzarán a ser objeto de análisis y estudio, volviéndose un tópico de interés tanto para la jurisprudencia como para la doctrina. Es, la ley de 10 de julio de 1965 sobre las disposiciones relacionadas con la Copropiedad de edificios colectivos –*copropriété des immeubles bâtis*), que se establece en su artículo 43 que son reputadas “no escritas” las cláusulas que limiten los derechos de los copropietarios (artículos 37 y 42) y las cláusulas que limitan las partes comunes (artículo 6).

Ahora, hemos querido referirnos expresamente a este dispositivo, pues a partir de él la jurisprudencia comienza a plantearse³³, en base a casos concretos, si el derecho de acción respecto de las cláusulas reputadas “no escritas” contenidas en la norma sobre la *Copropiedad de edificios colectivos* prescribía o no conforme a las disposiciones del *Code*. Sobre dicho punto, la respuesta vendrá de la *Cour de Cassation* que a través de un *arrêt*³⁴ de 1 de abril de 1987³⁵ establecerá que:

“[D]ado que tales cláusulas reputadas no escritas [...] se consideran no haberse verificado [o producido] por efecto de la ley,

los copropietarios demandantes están en su derecho de [accionar]”.

Como se puede observar, con este *arrêt* se consagra la imprescriptibilidad del ejercicio de la acción dirigida a la declaración por parte del juez de una cláusula como “no escrita” o “no puesta”. Al respecto, algunos autores señalan que este hecho presenta ventajas, pues otorga a la parte afectada la herramienta necesaria para poder solicitar que una cláusula se declare “no escrita”, además, se evita el tener que lidiar con problemas concernientes con la determinación exacta del inicio de la prescripción que varios problemas ocasiona en la vía civil. En general, existe un consenso positivo por las cláusulas reputadas “no puestas” o “no escritas” y por las ventajas que presenta.

9.- Ahora, si nos trasladamos al campo del Derecho de sociedades, se ha señalado que dentro del ámbito de la prescripción –mecanismo destinado a ofrecer seguridad jurídica– “se va situando una categoría “particular de las irregularidades” que escapa al transcurso del tiempo y cuyo campo de aplicación se va expandiendo al considerar como cláusulas “no puestas” o “no escritas” aquellas que, por ejemplo, i) atribuyen a los administradores una remuneración no prevista por ley o ii) aquellas que restringen el ejercicio de la acción social, entre otros supuestos”³⁶. Ahora, si bien es cierto esta referencia normativa es respecto de la Ley de Sociedades Comerciales del año 1966, podemos afirmar que la tendencia expansiva no ha declinado, bástenos citar, por ejemplo, el Código de Comercio francés en

32. BAILLOD, Raymonde, *À propos des clauses réputées non écrites*. En *Mélanges dédiés à la mémoire de Louis Boyer*, Université de Sciences Sociales de Toulouse, Toulouse, 1996, pp. 15-16.

33. Note el lector que en este punto comienza a perfilarse uno de los rasgos diferenciales de las cláusulas reputadas “no puestas” o “no escritas” respecto de otras Instituciones:

34. Sobre la significación del término francés *arrêt* nos permitimos remitir a la nota del traductor 13 de nuestra traducción del artículo del profesor Le Tourneau intitulado “El verdor de la culpa en la responsabilidad civil (o de la relatividad de su ocaso)”, que es publicado en este mismo número de **Advocatus**.

35. Casación de 1 de abril de 1987 de la Tercera Sala Civil, en *Revue de Droit immobilière*, N° 2, 1987, p. 278 (con observaciones de François Givord y Claude Giverdon).

36. HANNOUN, Charley, *Remarques sur la prescription de l'action en nullité en Droit des sociétés*. En *Revue de sociétés*, 1991 (del texto mecanografiado).

el cual las cláusulas reputadas "no puestas" o "no escritas" se encuentran, prácticamente, al mismo rango que las nulidades, pues son numerosas las disposiciones en las cuales se hace referencia expresa a las cláusulas reputadas "no escritas". Como se puede apreciar, el tema materia del presente estudio va asentando cada vez más su propia autonomía conceptual.

10.- Asimismo, si centramos nuestra atención sobre el Código del consumidor [*Code la consommation*] de Francia, podremos advertir que en dicho cuerpo legislativo –frente a las problemática que generan las cláusulas abusivas– se ha apostado por un camino diverso al de varias codificaciones europeas como, por ejemplo, la italiana, estableciéndose que las cláusulas abusivas son reputadas no escritas (artículo L. 132-1, 6to. párrafo).

Ello tuvo su origen en la Directiva N° 93/13/CEE del Consejo Europeo del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que buscaba que los Estado Miembros establezcan normas afines entre ellos, más aún si la intención era el desarrollo de un mercado común. El artículo 6 de la Directiva evocada señala que:

"Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas"
(las cursivas y el subrayado son nuestros).

Como se puede apreciar, dando cumplimiento a la Directiva europea sobre los supuestos de cláusulas abusivas en el Derecho de los consumidores, el legislador francés optó –desde nuestra perspectiva– por el mecanismo más lógico si el propósito de la Directiva era que el contrato siga siendo vinculante entre las partes sin cláusulas abusivas, esto es, optar porque dichas cláusulas sean reputadas "no puestas" o "no escritas" y el contrato pueda pervivir. En este punto se puede apreciar cómo, irrefutablemente, las cláusulas reputadas "no puestas" o "no escritas" consolidan elegantemente su presencia.

11.- En este punto, el lector avisado podrá advertir que la temática de las cláusulas reputadas "no puestas" o "no escritas" no termina con estas líneas, muy por al contrario, recién comienza. Dependerá ya de los jueces, del legislador y de los estudiosos recrear –en el sentido de volver a crear– en clave peruana el verdadero sentido que estas tan olvidadas cláusulas reputadas "no puestas" o "no escritas", poseen dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Nosotros simplemente hemos querido llamar la atención sobre el tema. Ya sobre su naturaleza jurídica, los distintos desarrollos doctrinales, su aplicación práctica e incluso sobre las innumerables denominaciones que sobre ella se han esbozado, tendremos oportunidad de abordar en la Segunda Parte de este estudio. Por el momento, invitamos al lector, a tomar en cuenta estos apuntes exclusivamente históricos sobre las cláusulas reputadas "no puestas" o "no escritas" esperando que este tema capte en él, el mismo interés que captó en nosotros.