

Los contratos coligados, la cláusula penal y el argumento contra *preferentem* a raíz de un caso judicializado



JAIRO CIEZA MORA

Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima,
Profesor de Derecho Civil en el Postgrado y Pregrado de la Universidad
Nacional Mayor de San Marcos,
Profesor de Derecho y Literatura en la Universidad Antonio Ruiz de Montoya.

SUMARIO:

I. Antecedentes.

II. Cuestión materia de análisis jurídico:

1. Naturaleza de los contratos conexos y su aplicación o no al caso en concreto. Cláusula penal, su alcance en cuanto a las partes del contrato, su naturaleza jurídica y el momento en que se comprueba;
2. Sobre el ejercicio de la opción en un contrato de opción de venta (en el caso analizado) y el momento de la celebración del contrato definitivo;
3. Con respecto a la interpretación de la Cláusula Sexta del Contrato de Opción de venta. Interpretación contra *preferentem*;
4. Con respecto a la modificación del Contrato de opción de venta por la Carta fianza personal presentada por los representantes legales de TORCUATO y la "Reserva".



"Si me es posible, odiaré; si no amaré contra mi voluntad: tampoco el toro gusta del yugo, y a pesar de odiarlo, lo lleva. Huyo de tu frivolidad, pero tu hermosura me reclama cuando huyo; recrimino tu falta de moral, pero amo tu cuerpo. De manera que no puedo vivir ni sin ti ni contigo, y me parece no tener claro cuál es mi deseo."

Libro III. *Amores*. Ovidio.

I. ANTECEDENTES¹

- El 05 de agosto de 1997, TORCUATO TASSO S.A. celebró con EURÍPIDES S.A. tres contratos
 - **Contrato Marco de Arrendamiento Operativo** (Contrato Marco) teniendo por objeto el que las partes regulen los términos y condiciones generales que serán aplicables para todas las operaciones de arrendamiento operativo de bienes en que ambas partes participen.
 - **Contrato de Arrendamiento Operativo No. 666** (Contrato de Arrendamiento) teniendo por objeto la entrega en arrendamiento operativo, la posesión y uso, entre otros, de dos unidades de transporte (tractos), con placas No. XXXX, YYY, para destinarlas al transportes de carga.
 - **Contrato de Opción de Venta No. 777** (Contrato de Opción) teniendo como objeto el que TORCUATO TASSO S.A. (TORCUATO) quede vinculado a la celebración en el futuro del contrato definitivo, otorgándole el derecho de opción a EURÍPIDES S.A. (EURÍPIDES) de celebrarlo o no, según lo estipulado en los artículos 1419 y siguientes del Código Civil.
- Se pactó que una vez ejercitada la opción de venta, EURÍPIDES quedaba obligada a

cumplir con las obligaciones señaladas en el contrato definitivo, entre las principales:

- La obligación de enviar comunicación a TORCUATO dentro de los cinco días de formalizado el pago, manifestando el cambio de poseedor a propietario a fin de perfeccionar la tradición ficta.
- Realizar todos los actos y suscribir todos los documentos necesarios para que la compraventa de los bienes sea válida y eficaz.
- Mantener los bienes materia del contrato libre de todo gravamen o carga que impida, prive o limite la disponibilidad de los bienes.
- El 07 de marzo de 2000 se produjo un accidente de tránsito en la ciudad de Trujillo entre el vehículo propiedad de un tercero (ZZZ) y uno de los camiones de propiedad de EURÍPIDES (XXX) que formaba parte de los bienes materia del Contrato de Arrendamiento celebrado con TORCUATO. EURÍPIDES contaba con un seguro por la Compañía SÓFOCLES por responsabilidad civil frente a terceros hasta por US\$ 200,000.00.
- Verificada la conclusión del plazo de vigencia del Contrato de Arrendamiento, con fecha 05 de agosto del 2001, EURÍPIDES envió una carta notarial a TORCUATO mediante la cual le informa su intención de ejercer el derecho de opción de venta estipulado en el Contrato de Opción, solicitándole a este último el precio de venta pactado en dicho contrato, US\$ 60,000.00 (Sesenta Mil y 00/100 Dólares Americanos), teniendo como último día de pago el 05 de septiembre del mismo año.
- El 01 de septiembre de 2001 TORCUATO realiza el depósito correspondiente del monto solicitado por concepto del precio

1. El presente caso ha sido variado en los sujetos intervinientes así como en los hechos para ser adaptado al presente trabajo académico y proteger la reserva correspondiente.

de venta de los bienes materia del Contrato de Opción.

- TORCUATO con fecha 20 de septiembre envía la primera carta notarial a EURÍPIDES exigiéndole el cumplimiento de sus obligaciones al interior del Contrato de Opción, reiterándole que tenían un plazo no mayor de cuarenta y ocho (48) horas computadas a partir de dicha notificación para suscribir todos los documentos públicos y/o privados necesarios a fin de formalizar la transferencia de propiedad de los bienes materia del contrato.
- El 30 de septiembre de 2001, TORCUATO remite una segunda carta notarial a EURÍPIDES (luego se verá que esta carta es lo que considero como "reserva") en la cual le solicita:
 1. Se proceda a la entrega de la carta mediante la cual se formaliza la tradición ficta, así como a la firma de la documentación notarial respectiva y la entrega del comprobante de pago.
 2. Requerimiento del pago de la penalidad prevista en el artículo X del Contrato de Opción al haberse vencido el plazo establecido en el contrato para el perfeccionamiento y formalización de la transferencia vehicular.
- Recién con fecha 28 de julio de 2002, se llevó a cabo el Acta de Transferencia de Vehículos Automotores que otorga EURÍPIDES a favor de TORCUATO.
- El 26 de Noviembre de 2002, TORCUATO mediante carta notarial exige a EURÍPIDES "los requerimos a fin que en cumplimiento de la Cláusula X del Contrato de Opción de Venta No. 777 procedan al pago de la penalidad ascendente a US\$ 80,000.00".
- Mediante carta notarial de fecha 25 de diciembre de 2002, EURÍPIDES contesta a TORCUATO precisando que se suscribió el Acta de Transferencia de los Bienes a

favor de su representada ante el Notario de Lima Wilmar Valencia, luego que vuestra empresa y EURÍPIDES llegaron a un acuerdo respecto de las obligaciones de TORCUATO derivadas de la ocurrencia de un siniestro generado durante la vigencia del Contrato de Arrendamiento de los Bienes en Trujillo. Señala también, que de acuerdo a lo conversado con el Sr. Aristófanes, en su calidad de representante de TORCUATO (en adelante, la "Arrendataria"), resultaba necesario que vuestra empresa y los fiadores intervinientes en el Contrato de Arrendamiento suscriban una carta de compromiso, mediante la cual se obliguen a hacerse responsables del pago de los deducibles relacionados a la póliza contratada de los Bienes objeto del referido accidente vehicular así como al pago de cualquier exceso sobre el monto amparado por la respectiva cobertura de Responsabilidad Civil frente a terceros contratada a favor de los Bienes. Es por ello que, como consecuencia de ese accidente vehicular, señala EURÍPIDES, éste y el arrendatario se vieron en la necesidad de entrar a negociaciones previas a la transferencia de los bienes materia del Contrato de Opción, a efectos de llegar a un acuerdo respecto de las obligaciones de TORCUATO derivadas de dicho accidente.

- En fecha 20 de enero de 2003, EURÍPIDES responde a la carta notarial de TORCUATO alegando que existió una modificación consensuada del procedimiento de transferencia descrito en el Contrato de Opción, motivado por las negociaciones relacionadas al siniestro (carta de compromiso), por ello recalca que carece de todo sustento legal cualquier posible reclamo tendiente a cobrar la penalidad de US\$ 80,000.00 prevista en el Contrato de Arrendamiento.
- Con fecha 10 de mayo de 2003, TORCUATO interpone demanda judicial contra EURÍPIDES teniendo como petitorio:
 - ✓ El pago de penalidad equivalente a US\$ 80,000.00 prevista en la Cláusula

X del Contrato de Opción, en tanto la demandada incumplió su obligación de formalizar la tradición ficta de los bienes en el tiempo previsto contractualmente, así como su obligación de mantener los bienes materia del contrato libres de todo gravamen al momento de la transferencia y celebración del contrato definitivo de compra venta, es decir al momento en que se ejercitó la opción de venta conforme a lo previsto en el contrato referido, generando así, además, una demora en la inscripción del derecho de propiedad en los Registros Públicos.

- ✓ Intereses legales, así como costas y costos procesales que se generen en el presente procedimiento judicial.
- Con fecha 12 de julio de 2003, EURÍPIDES contesta la demanda judicial señalando:
 - ✓ Respecto de la naturaleza jurídica de los contratos celebrados con TORCUATO: el Contrato Marco, el Contrato de Arrendamiento y el Contrato de Opción, **son partes de una única operación económica (contratos conexos o coligados)**.
 - ✓ La penalidad establecida en el Contrato de Opción ha sido pactada exclusivamente a favor de EURÍPIDES, señalando expresamente "en ninguno de los extremos del Contrato de Opción, del Contrato de Arrendamiento, ni en el Contrato de Opción, se hace referencia expresa o tácita al eventual incumplimiento en el que pudiera incurrir EURÍPIDES, lo cual no hace sino corroborar que dicha penalidad fue pactada de manera exclusiva y excluyente a favor de esta última y no a favor de ambas partes como en forma errada

ha considerado TORCUATO, siendo ésta la razón por la cual esta última no tiene derecho a exigir a EURÍPIDES el pago de penalidad alguna"².

- ✓ Señala también "las partes finalmente decidimos que la transferencia ficta de los bienes operaría (no con la entrega de la carta a la que se refiere la Cláusula 2.1 del Contrato de Arrendamiento), sino a la firma de la respectiva Acta de Transferencia Vehicular, cuya formalización condicionamos (sin establecer plazo alguno para la firma de la misma) a la entrega de la garantía que respalde los eventuales daños y perjuicios derivados del referido siniestro".

- Con fecha 05 de agosto de 2003, se llevó a cabo la Audiencia de fijación de puntos controvertidos. Esta cuestión materia de análisis es:

Determinar si corresponde ordenar a EURÍPIDES cumplir con pagar a TORCUATO una penalidad equivalente a la suma de US\$ 80,000.00, prevista en la Cláusula X del Contrato de Opción.

II. CUESTIÓN MATERIA DE ANALISIS JURÍDICO

DETERMINAR SI CORRESPONDE A EURÍPIDES CUMPLIR CON PAGAR A TORCUATO UNA PENALIDAD EQUIVALENTE A LA SUMA DE US\$ 80,000 (OCHENTA MIL Y 00/100 DÓLARES AMERICANOS), PREVISTA EN LA CLÁUSULA X DEL CONTRATO DE OPCIÓN

Para determinar esta cuestión materia de análisis es necesario desarrollar los siguientes aspectos de interés:

2. Este es el motivo que me sugirió escribir sobre contratos coligados tomando un caso judicial como marco para desarrollar algunas ideas al respecto.

1. Naturaleza de los contratos conexos y su aplicación o no al caso en concreto. Cláusula penal, su alcance en cuanto a las partes del contrato, su naturaleza jurídica y el momento en que se comprueba.

Sobre la calidad de contratos conexos

Se ha argumentado por parte de EURÍPIDES que estamos ante contratos conexos o coligados y por lo tanto la cláusula penal solamente sería aplicable o exigible a TORCUATO y no a EURÍPIDES. El argumento central para esta argumentación es que lo señalado en el Contrato Marco con referencia a "eventos de incumplimiento" se aplica al Contrato de Opción de venta y en particular a la cláusula penal, y estos "eventos de incumplimiento" son solamente y únicamente los de TORCUATO. Y esto en función a que al ser contratos coligados (el Contrato Marco y el Contrato de Opción) la cláusula sobre "eventos de incumplimiento" del Contrato Marco se aplica también a los "eventos de incumplimiento" del Contrato de Opción.

La Cláusula Décima del Contrato Marco señala lo siguiente:

"DÉCIMA: EVENTOS DE INCUMPLIMIENTO
LA OCURRENCIA DE LOS SIGUIENTES HECHOS EFECTUADOS POR EL ARRENDATARIO CONSTITUIRÁ UN EVENTO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO OPERATIVO: (...)" (subrayado nuestro)

Por su parte, la Cláusula Séptima del Contrato de Opción señala:

VII. INCUMPLIMIENTO

ANTE UN EVENTO DE INCUMPLIMIENTO, SIN PERJUICIO DEL DERECHO DE LA PARTE AFECTADA PARA SOLICITAR A LA AUTORIDAD COMPETENTE LA EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN INCUMPLIDA O LA RESOLUCIÓN DEL MISMO, DICHA PARTE QUE INCUMPLIÓ DEBERÁ PAGAR UNA PENALIDAD ASCENDENTE A US\$ 80 000 (OCHENTA MIL DÓLARES AMERICANOS) DENTRO DE LOS DIEZ (10) DÍAS HÁBILES DE REQUERIDO EL PAGO.

Como se ha mencionado, el argumento central de EURÍPIDES para evitar la aplicación de la cláusula penal es que estamos ante contratos conexos y, por lo tanto, cuando la cláusula penal del Contrato de Opción hace mención a "eventos de incumplimiento" se refiere a los mismos "eventos de incumplimiento" del Contrato Marco.

Sobre la definición de contratos coligados, autorizada doctrina nacional señala lo siguiente:

"Los contratos coligados son aquellos contratos que están en una relación de reciproca dependencia entre uno y otro, en el sentido que son contratos vinculados no solamente en su ejecución o inejecución (eficacia o ineficacia funcionales), sino también en su validez o invalidez (eficacia o ineficacia estructural) por la existencia de una relación de interdependencia y en una unidad teleológica (...)."³⁴

3. MORALES HERVIAS, Rómulo, "Estudios sobre Teoría General del Contrato". Prólogo de Giovanni B. Ferri, Grijley, 2009, p. 357.
4. Sobre la noción de contratos coligados indicados por el autor que vengo citando se pueden, revisar: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Derecho Contractual. Nuevas formas contractuales. Contratos de larga duración. Contratos de crédito y financieros. Leasing. Fideicomiso*. Primera Edición. Palestra Editores, 2001, p. 23.; ALTERINI, Anibal Atilio. *Contratos civiles, comerciales y de consumo. Teoría General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 198, p. 194; GIORGIANNI, Michele. "Negozi giuridici collegati". *Revista italiana per le scienze giuridiche*. Fondata da Francesco Schupfer e Guido

Sin embargo, la misma doctrina reconoce la autonomía de cada contrato integrante de la relación de interdependencia. Así se señala:

"En efecto, la vinculación entre los contratos **no impide que cada contrato mantenga su propia individualidad y autonomía**. Asimismo, son queridos y concebidos como conectados entre sí por un nexo de reciproca interdependencia."⁵

Los contratos coligados, por ejemplo, tienen mucha presencia en los contratos de consumo. Por eso se ha señalado:

"Por este camino, abierto a los créditos de consumo, se llega a caracterizar 'el contrato vinculado': un contrato de compraventa está vinculado a un contrato de crédito cuando el crédito sirve para la financiación del precio de la empresa y los dos contratos

tienen que considerarse como una unidad económica. Vemos que la vuelve la idea de 'unidad económica' como base de la conexidad. Tiene que admitirse esta unidad cuando el prestamista se sirve de la 'colaboración' del vendedor, en la preparación o en la conclusión del contrato de crédito."⁶

Sobre los contratos conexos o coligados, autorizada doctrina española⁷, refiriéndose al contrato de arrendamiento financiero (pero que reconociendo las diferencias, se puede aplicar al contrato de arrendamiento operativo materia del presente caso) señala:

"Según el número primero de la Disposición Adicional citada, 'tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para di-

Fusinato, Direttore Pietro De Francisci. Soc. ed. Del Foro italiano, 1937, Año XII, Tomo XV, p. 330; DI NANNI, Carlo. "Colegamento negoziale e funzione complessa". *Rivista de Diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*. Parte Prima. Milán, 1977, Casa editrice Dottor Francesco Villardi, Año LXXV, pp. 302-304; MARIANI, Paola. "Il colegamento negoziale nel diritto privato". *Rivista de Diritto Privato*. Milán, Ipsoa Editore, abril-junio 1998, Año III, número 2, p. 254; FERRANDO, Gilda. "I contratti collegati". *Nuova Giurisprudenza civile commentata. Parte seconda. Rivista bimestrale delle nuove leggi civil commentate*. Al cuidado de Guido Alpa y Paola Zatti. Padua, CEDAM, 1986, Año II, pp. 271-272; GRISSINI, Alessandra. "Sulla definizione di colegamento contrattuale (Nota a Cass. Sez. I 25 agosto 1998, n. 5387)". *I contratti, Rivista di dottrina e giurisprudenza*. Abril 1999, Anno VII, número 4, p. 341; MINUTILLO TURTUR, Roberto. "I negozi collegati". *Giustizia civile. Rivista mensile di giurisprudenza* (Director: Mario Stella Richter). Milán, Giuffrè Editore, 1987, Año XXXVII, tomo II, p. 261.

Sobre contratos conexos en América Latina, se puede ver la obra de MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos Conexos. Grupos y redes de contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999. Este autor refiere entre otros a los siguientes juristas en materia de contratos coligados: MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Milán, 1952; *Contratto collegato*. En *Enciclopedia del Diritto*. Volumen X, Milán, 1962, pp. 80 y ss.; GASPERONI, N. "Colegamento e connessione tra negozi". *Rev. Dir. Comm.* 1955, pp. 357 y ss.; GANDOLFI, Giuseppe. "Sui negozi collegati". *Rivista de Diritto commerciale*. 1962, tomo II, pp. 342 y ss.; VENDITI A. "Appunti in tema di negozi giuridici collegati". *Giustizia Civile*. 1954, pp. 259 y ss.; DI SABATO, F. "Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del colegamento negoziale)". *Riv. Dir. Civ.* 1959, tomo I, pp. 412 y ss.; DI NANNI, C. "I negozi collegati nella recente giurisprudenza". *Dir y Giur.* 1976, pp. 130 y ss.; MACIOCE, F. "Un interessante caso di colegamento negoziale". *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1979, pp. 1586 y ss.; MARELLA, M. R. "Contratto unitario e colegamento negoziale nella vendita di 'hardware' e 'software': L'esperienza tedesca". *Riv. Crit. Dir. Priv.* 1985, pp. 81 y ss.; PONZANELLI, G. "La tutela del consumatore di servizi finanziari in Diritto Comparato". *Rivista de Diritto commerciale*. 1989, tomo I, pp. 591 y ss.; SCHIZZEROTTO, G. *Il colegamento negoziale*. Napoli, 1983; FUBINI, L. "Contribución al estudio de los contratos complejos (llamados mixtos)". *Revista de Derecho Privado*. 1931, pp. 1 y ss.; CIRILLO, G.P. "Sui colegamento funzionali di contratti". *Rivista giuridica italiana*. 1984, tomo I, pp. 1459 y ss. Entre otros autores incluidos los franceses y españoles.

5. MORALES HERVIAS, Rómulo. *Op. cit.*, p. 354.

6. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos conexos, grupos y redes de contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, p. 29.

7. LOPEZ FRÍAS, Ana. *Los contratos conexos*. Barcelona: José María Bosch, 1994, p. 110.

cha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. **El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario.**" (Resaltado nuestro).

Recordemos que en el caso hipotético propuesto no se trata de una opción de compra sino de una opción de venta, que es característica del contrato de arrendamiento operativo. En el caso de la opción de compra es el usuario (arrendatario financiero) el optante para celebrar o no la compra venta del bien cedido en uso. En el caso de la opción de venta es el arrendador operativo el optante para vincular al arrendatario para celebrar la venta del bien materia del contrato.

Del mismo modo, la doctrina que vengo siguiendo, refiriéndose específicamente al leasing mobiliario y a su vinculación con el contrato de opción, señala:

"Que en el leasing no hay transmisión automática de la propiedad al usuario del bien cuando paga la última cuota, dado que la adquisición del dominio sólo se produce mediante el ejercicio de la **opción de compra.**"⁸

Asimismo, incidiendo sobre la opción que deriva del contrato de leasing, se señala:

"Que el usuario del bien no tiene como propósito esencial obtener su propiedad,

dilatando en el tiempo el pago del precio, pues lo que pretende es conseguir su goce durante un tiempo determinado. En **este sentido, a la extinción del contrato puede ejercitar o no la opción de compra pactada.**"⁹

Asimismo, la doctrina española citada se pronuncia sobre la predisposición de las cláusulas en los contratos de leasing mobiliario manifestando:

"En este sentido, la principal fuente de regulación del arrendamiento financiero es (y de hecho está siendo en la práctica) lo dispuesto por las mismas partes contratantes. En concreto, **son las condiciones generales que redacta la sociedad de leasing y que suscribe el usuario** las que determinan las obligaciones y los derechos derivados del contrato. Por tanto, a ellas han de atenerse los contratantes, aunque, claro está, siempre que no infrinjan los límites de la autonomía privada."¹⁰

Ahondando en la adherencia del usuario (nuestro arrendatario financiero en la ley nacional), se ha escrito:

"(...) se deduce la vinculación existente entre la compraventa del bien y el arrendamiento financiero: la entidad crediticia compra el objeto para ceder su uso, **el usuario se adhiere al contrato de leasing** porque su contraparte ha adquirido o va a adquirir el material que necesita."¹¹

Resulta importante resaltar lo que se señala con respecto al incumplimiento en estos contratos que pueden ser conexos y, qué sucede cuando es el usuario (el arrendatario financiero) quien se ve perjudicado con el incumplimiento de la otra parte. Así se manifiesta la doctrina española:

8. *Idem.*, p. 113.

9. *Ibid.*

10. *Idem.*, p. 115.

11. *Idem.*, p. 116.

"La determinación de algunos de los efectos que puede producir en la operación de leasing el nexo entre los contratos es, según creemos, el aspecto de mayor interés planteado por dicha conexión."¹²

Las válidas interrogantes se plantean de la siguiente manera:

"[...] si el contrato de compraventa no llega a cumplirse o se cumple defectuosamente, surgen algunos interrogantes: ¿qué protección puede otorgarse a los que no son responsables de la falta de ejecución de las obligaciones contraídas, y, en particular, al usuario?, ¿qué relevancia jurídica puede tener la conexión contractual en estos casos? (...)."¹³

La respuesta de la doctrina es la siguiente:

"Por tanto, para precisar los efectos de la situación a que ahora aludimos, habrá que distinguir según que se haya incorporado o no tal pacto al contrato de arrendamiento financiero (si existe cláusula de exoneración de la sociedad de leasing por la ausencia de entrega del bien). Rivero Hernández considera que tal cláusula es nula y ha de tenerse por no puesta, por aplicación de la regla prohibitiva del abuso de derecho puesta en relación, en cuanto al concepto de abuso de derecho, con el artículo 10,1,c), números 3 y 6 de la L.G.D.C.U."^{14 15}

De la doctrina antes citada, podemos señalar que **pueden existir contratos conexos y coligados, es más, el contrato de leasing mobiliario (el de arrendamiento operativo calza en este tipo de contratos también) se estudia doc-**

trinariamente dentro de tales contratos; sin embargo, eso no significa que cada contrato integrante de la unidad económica pierda su autonomía y por tanto no se apliquen las cláusulas que se han predispuesto para cada contrato en particular. Los contratos conexos tienen interdependencia pero está se presenta sobre todo en los aspectos de ineficacia o invalidez (por ejemplo si se resuelve el contrato de arrendamiento financiero es lógico que no sobreviva el contrato de opción de venta o de compra) y en aquellos elementos en donde se aprecie con claridad su unidad funcional y económica pero, dicho esto, no implica de ninguna manera que las cláusulas de cada contrato no sean aplicables cuando son estructuradas para surtir efectos en las relaciones obligatorias del contrato particular, que mantiene su autonomía independientemente de su calidad de coligado.

Tal como se puede apreciar de la lectura de la Cláusula Décima del Contrato Marco, los supuestos ahí enumerados se consideraban eventos de incumplimiento **"del Contrato de Arrendamiento Operativo"**. No se ha señalado únicamente como "evento de incumplimiento" aquél que podría operar para cualquier tipo de contrato sino que especifica que se da en la relación jurídica que nace del Contrato de Arrendamiento.

Por ende, independientemente de que los Contratos suscritos entre EURÍPIDES y TORCUATO puedan ser considerados contratos conexos o coligados, esto no implica que las cláusulas de un contrato puedan ser utilizadas exclusivamente para interpretar otro contrato, máxime cuando la Cláusula Décima que se pretende incluir para la interpretación del Contrato de

12. *Idem.*, p. 118.

13. *Ibid.*

14. *Idem.*, p. 119.

15. Sobre el abuso del derecho, en sede nacional se puede revisar por su rigor académico: ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984 (Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial)*. Lima: Grijley, 2011, pp. 104 y ss.

Opción, señala claramente que es aplicable para el Contrato de Arrendamiento y no indica que sea para cualquier otro contrato con el que pueda configurar una operación económica única, como sería su aplicación interpretativa al Contrato de Opción.

Esta conclusión encuentra soporte, además, si consideramos que los eventos de incumplimiento del Contrato Marco y las del Contrato de Arrendamiento tienen sus propias penalidades, en el caso hipotético planteado, que son diferentes a la penalidad a que se refiere el Contrato de Opción. Así, podemos observar lo siguiente:

Contrato Marco:

NOVENA: RESOLUCIÓN

9.1- EN CASO DE PRODUCIRSE UN EVENTO DE INCUMPLIMIENTO EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO OPERATIVO, EURÍPIDES PODRÁ OPTAR ENTRE: (...)

Contrato de Arrendamiento:

NUMERAL 14.- PENALIDAD A QUE SE REFIERE EL NUMERAL 7.1.1 DEL CONTRATO MARCO
2% SOBRE EL MONTO DE LA CUOTA CON UN MÍNIMO DE US\$ 100.00 POR CADA DÍA CALENDARIO DE RETRASO.

Se aprecia que tanto el Contrato Marco como el Contrato de Arrendamiento contienen sus propias penalidades en caso del Evento de

Incumplimiento que señala la Cláusula Décima del Contrato Marco.

Por lo antes expresado, se colige que aquellos eventos de incumplimiento del Contrato de Opción no están determinados por la definición del "Evento de Incumplimiento" de la Cláusula Décima del Contrato Marco. Por lo tanto, consideramos que el Contrato de Opción es autónomo con respecto al Contrato Marco y al Contrato de arrendamiento, **independientemente de la unidad económico funcional antes expresada.**

Sobre la perspectiva de ver el contrato como operación económica y el "contrato fraccionado"

Debo incorporar en esta parte de la investigación el concepto de operación económica y el denominado "contrato fraccionado", a fin de ampliar la comprensión que existe sobre el fenómeno de los contratos conexos o coligados.

Quien de una manera enjundiosa estudia estos conceptos de la perspectiva moderna del contrato, es el profesor Enrinco Gabrielli¹⁶, quien, partiendo de la jurisprudencia de su país, desarrolla con amplitud el tema de los contratos coligados. Señala:

"Dos encomiables resoluciones de la Corte de Casación (una puntual y bien motivada decisión y, una articulada resolución de remisión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea) confirman, con la solidez de su planteamiento argumentativo, aquella tendencia -que en los últimos tiempos ha ganado crédito en la jurisprudencia de legitimidad- que valoriza la noción de operación económica como categoría ordenadora del derecho de los contratos."¹⁷

16. GABRIELLI, Enrico. *Estudios sobre Teoría General del Contrato*, Traducción, revisión y notas de Rómulo Morales Hervías y Walter Vásquez Rebaza. Lima: Jurista Editores, 2013. Tuvimos la suerte de escuchar al profesor Gabrielli, en el evento organizado a fines del 2013 por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
17. Ídem., p. 139. Las casaciones a las que se refiere el profesor de la Universidad de Roma "Tor Vergata" son: la Cass. 23 de abril de 2005, n. 8565, en CED Cassazione n. 580637, según la cual: "En tema de sub contrato de obra, el artículo 18 de la ley de 19 de marzo de 1990, n. 55 (que determina nuevas disposiciones para la prevención de la

Sobre la noción de operación económica del contrato, la doctrina que vengo siguiendo ha señalado:

"La noción de operación económica identifica una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí al reglamento, a todos los comportamientos que se vinculan con éste para la consecución de los resultados queridos, y a la situación objetiva en la cual el complejo de las reglas y los otros comportamientos se colocan, puesto que tal situación también concurre a definir la relevancia sustancial del acto de autonomía privada."¹⁸

Uno de los trabajos más difundidos sobre "Contrato y operación económica"¹⁹ señala en referencia a los negocios coligados (*negozi collegati*):

"Simultáneamente, y como veremos, la jurisprudencia en materia de negocios coligados (*negozi collegati*) recurre frecuentemente a consideraciones centradas en la estructura negocial y en la **unidad de la operación económica**." (Subrayado nuestro)

El autor que sigo ahora señala con criterio y, superando otras miradas que históricamente primaron, indica:

"Es así como madura una concepción distinta, según la cual el contrato es una operación económica: esta última existe en cuanto es un contrato. Si el contrato también es consentimiento, la operación misma no llega a existir sin el acuerdo: antes de éste sólo existe un proyecto de negocio."

Y si el contrato es también un acto normativo, la misma operación económica extrae su propio modo de ser, su propia estructura de aquella regulación convencional. La operación sería amorfa, y ni siquiera sería concebible, sea en términos económicos, sea en términos jurídicos, sin el orden concretizado por la regulación convencional. Debe reconocerse en consecuencia, que "la regulación contractual es un elemento imprescindible del plano económico", y que "la regulación jurídica de la relación no es el ropaje formal con que se viste el negocio, sino el esqueleto de la estructura misma de la operación"²⁰.

Con respecto a la sentencia citada, se ha indicado por la doctrina que sigo que:

delincuencia de tipo mafioso y de otras graves formas de amenaza social), que ha impuesto (inciso 4) a la empresa adjudicataria del contrato de obra 'aplicar, para los trabajos y las obras confiadas en el subcontrato de obra, los mismos precios unitarios resultantes de la adjudicación, con un descuento no superior al 20%; tendiendo así a impedir un excesivo fraccionamiento de la operación económica con finalidades de disfrute del trabajo, es inaplicable (inciso 1) a los 'subcontratos de obra' o a los contratos de trabajo a destajo (*cottimi*) relativos a los contratos adjudicados o confiados antes de la entrada en vigor de la ley (7 de abril de 1990). En efecto, para evitar efectos elusivos de la normativa que posee fines de orden público, el límite temporal establecido por el citado inciso 1, debe referirse solo a la fecha de estipulación de los subcontratos que han surgido o que han repetido su fundamento económico-social del contrato de obra principal o de los otros actos de los cuales ha iniciado la operación económica entera o se ha derivado el contrato de obra inicial, y no a la fecha de formación de estos últimos. (En aplicación de tal principio, la Corte ha confirmado la sentencia de mérito y ha rechazado el recurso del contratista que solicitaba la anulación, en cuanto el inicio de la operación económica-constituida por la concesión-contrato-había tenido lugar en una fecha anterior a la entrada en vigor de la ley; sin embargo la Corte ha observado que, en consideración del hecho que el sub contrato de obra, al cual había dado lugar el contratista, había sido negociado en una fecha posterior a aquella, debía ser aplicada la nueva regulación limitativa de la reducción del precio, tal como había establecido el juez del mérito)."

18. Sobre los trabajos del autor sobre la operación económica, véase las citas 178 y 179 en GABRIELLI, Enrico. *Op. cit.*, pp. 139-140.
19. D'ANGELO, Andrea. "Contrato y operación económica". En *Estudios sobre el contrato en general, por los sesenta años del Código Civil italiano*. Selección, traducción y notas de Leysser León. Lima: ARA Editores, 1998, pp. 592 y ss.
20. *Idem.*, p. 610. Siguiendo a Carbone y al propio D' Angelo: *Contratti di operazioni e responsabilità delle imprese (La pratica del commercio internazionale e l'ordinamento italiano)*. En *Giur. Comm.*, 1984. El trabajo que vengo citando es

"En efecto, las resoluciones objeto de las presentes anotaciones emplean la aludida construcción conceptual -una de manera directa y la otra, indirecta- mediante la utilización de la noción de fraccionamiento negocial (que representa un necesario corolario de la idea de operación económica como categoría conceptual, como instrumento interpretativo para la reconstrucción y la calificación de determinados hechos concretos [*fattispecie concrete*] y para aplicar a estos últimos la relativa imposición fiscal, debida a causa de la efectiva realización de un resultado económico, valorado en sus efectos. Se trata de una tendencia que valora los efectos concretos del resultado económico conseguido por las partes, independientemente del aparente ropaje formal y de los instrumentos negociales mediante los cuales aquel resultado es perseguido y que por tanto acoge la idea de que más allá del esquema formal del tipo, el contrato es operación económica, es decir, concreta disciplina del autoreglamento de los privados intereses."²¹

La casación materia de comentario es interesante y sugestiva pues nos permite tomar nota de la utilización o uso del "fraccionamiento contractual", para lograr beneficiarse no pagando determinado impuesto o tributo que sí debería ser pagado de calificarse al contrato como una única operación económica. Si de lo que se trata al construir técnicamente un "fraccionamiento contractual" es eludir el pago de tributos estaríamos ante un fraude a la ley en donde existiría una norma de cobertura (justificación normati-

va del fraccionamiento o análisis individualizado de los contratos) frente a la vulneración de una norma imperativa (normas tributarias) de donde se concluye la trascendencia de morar al contrato como una unidad u operación económica.

Sobre el "fraccionamiento contractual", se ha señalado por la doctrina citada que:

"En efecto, la autonomía formal del concepto de operación económica también halla confirmación en la consideración de aquel fenómeno, señalado por algunas normas especiales diseminadas en el sistema, definible como 'fraccionamiento' contractual. En virtud de este último, con el fin de eludir una determinada regulación normativa, lo que por naturaleza y circunstancias sería o podría ser un único contrato, es fraccionado en una multiplicidad de contratos que poseen un contenido idéntico o heterogéneo, pero coincidente, en la sumatoria, con el 'contrato fraccionado'."²²

Por lo tanto:

"el análisis del intérprete del moderno Derecho de los contratos, en presencia de hipótesis de fraccionamiento negocial, debe tener por objeto la valoración global de la operación económica puesta en marcha por las partes con la técnica del fraccionamiento."²³

Un particular caso es comentado por la doctrina que vengo siguiendo para tratar el "problema de la unidad de la operación económica": Una

fundamental para comprender aspectos como: a) El valor normativo de la operación económica, b) Negocio como valor y negocio como hecho, c) Buena fe y orden económico, d) Atribución a la operación económica de naturaleza normativa propia, e) Criterio de congruencia e interpretación del contrato, f) Enunciados de las cláusulas, reglas deducibles de la operación económica y normas legales, g) Alteración de la operación económica, h) Examen de congruencia de la operación económica, i) El papel del juez en la aplicación de congruencia. La equidad.

21 GABRIELLI, Enrinco. *Op. cit.*, pp. 140-141. Se cita a GABRIELLI, Enrinco, *Tipo Contrattuale*. En *Enciclopedia Giuridica, Aggiornamento*. Volumen VIII. Roma. Istituto della enciclopedia italiana (ahora también en ID., *Studi sui contratti*). Turin, 2000, p. 699). Este estudio integra el libro que citamos precedentemente.

22 *Ibid.*, p. 142.

23. *Ibid.*

empresa transfiere la propiedad de un Hotel y de los muebles del mismo pero de manera separada, para lo cual la gestión de la venta de los muebles se hace a través de la empresa arrendataria. Más técnicamente se señala:

"Por tal cesión, la sociedad vendedora emitió una factura con la cual aplicó a la cesión la alícuota del 4% sobre el importe correspondiente al conjunto de inmuebles y una alícuota del 19% sobre el importe (de menor cuantía) relativo a la empresa hotelera-arrendamientos, bienes accesorios y valor global."²⁴

Aparentemente esta cesión se efectuó con la finalidad de eludir el Impuesto de Registro y pagar el IVA (Impuesto al valor agregado), sin embargo:

"La oficina IVA territorialmente competente calificó a la venta como un contrato cuyo objeto era un único conjunto empresarial y, por consiguiente, dispuso su rectificación para someterla al impuesto de registro en vez de al IVA; rechazando además que la sociedad adquirente pudiese detraer cuanto hubiese correspondido al título de IVA." (Subrayado nuestro)

Aquí se puede apreciar las dos perspectivas distintas: la primera de la empresa cedente que "fracciona" la operación en más de un contrato y, la perspectiva de la Administración tributaria que considera la operación como una de carácter único y, por lo tanto, ve al fraccionamiento como una fórmula elusiva. Así las cosas, la Corte debía definir la "calificación tipológica de la operación", en palabras de Gabrielli. Si tal construcción legal "es entendida como operación económica unitaria, es decir, como cesión de empresa, la imposición tributaria está sujeta a la regulación del impuesto de registro. Por el contrario, si se trata de cesiones autónomas

—aunque unidas entre sí por un nexo de coligación, ocasional, o en todo caso, que no está en capacidad de incidir sobre el plano de la regulación tributaria— entonces la imposición es aquella de la tasa de registro y en parte aquella relativa al IVA, con la consiguiente posibilidad de obtener la recuperación"²⁵.

La Corte resuelve de la siguiente manera, descrita por la doctrina seguida:

"La Corte, con una motivación digna de ser apreciada por la claridad argumentativa y la concatenación lógica de su razonamiento siguiendo a una consolidada jurisprudencia (Cass. 7 de junio 2003, n. 10660, Cass. 25 de febrero de 2002, en *Diritto e pratica tributaria*, Padua, 2003, núm. 2, p. 1007, con nota de GIULIANI), precisa que, en la búsqueda de la naturaleza intrínseca y de los efectos jurídicos de los actos —que representa el presupuesto y el criterio fijado por la ley para la aplicación del impuesto de registro— debe atribuirse relevancia preeminente a su causa real y a la reglamentación de los intereses efectivamente perseguida por los contratantes, aunque mediante una pluralidad de pactos no contextuales y que donde la operación económica es unitaria, más allá de las formas jurídicas con las que se le haya revestido no puede darse valor preeminente a la diversidad de objeto y de causa relativos, por ejemplo, a dos contratos, para negar su coligación y permitir un propósito elusivo de un hecho jurídico hipotético [*fattispecie*] tributario."²⁶

Así, finalmente se señala sobre el particular lo siguiente:

"En definitiva, la Corte confirma, enunciando el relativo principio que más allá del aparente tipo contractual o de la coligación, o del fraccionamiento entre contratos,

24. *Idem*, p. 143.

25. *Idem*, pp. 144-145.

26. *Idem*, pp. 145.

o de la consideración de circunstancias parciales o de algunos comportamientos negociales, lo que cuenta sobre el plano de la interpretación del acto de autonomía, es la consideración de la unidad de la operación económica creada por las partes y del efecto que en concreto se ha querido realizar con ésta.²⁷

Como se aprecia, el concepto del contrato como operación económica unitaria y el concepto del contrato fraccionado permiten observar dos perspectivas de cómo afrontar situaciones jurídicas diversas y que influyen, en este caso, en el escenario tributario. El autor citado, en este caso, nos señala que los contratos deben ser apreciados unitariamente como una operación conjunta económica y jurídica y no hemos de dejarnos llevar por el "aparente ropaje" formal de la operación, sino apreciar en su integridad la construcción del contrato y sus efectos para de esta forma resolver un caso de acuerdo a criterios no solamente jurídicos parciales sino con una visión integral del contrato. El fraccionamiento contractual, como en el caso mencionado, puede ocultar una práctica elusiva tributaria que, en este caso, la Corte no ha dejado pasar. Puede este caso ser comprendido desde la mirada del fraude a la ley en donde la norma de cobertura es la libertad de contratación y la norma imperativa vulnerada es la norma tributaria²⁸.

Analizado el caso desde la mirada del abuso del derecho -entendido como la contradicción entre el derecho subjetivo y el legítimo interés- se ha señalado:

"Por consiguiente, en el intento de verificar la posibilidad de reconducir el fraccionamiento contractual elusivo al cauce del

principio de abuso del derecho de fuente comunitaria, la Corte de Casación solicita al Tribunal de Justicia de la Unión Europea esclarecer, por un lado, si el fin elusivo debe ser exclusivo o prevalente y, por el otro, "si de cara a la aplicación del IVA puede ser considerado abuso del derecho (o de formas jurídicas) -con la consiguiente falta de percepción de ingresos comunitarios propios derivados del impuesto al valor agregado- la celebración separada de contratos de arrendamiento financiero (*leasing*), de financiamiento, de seguro, de intermediación, que tuvo como resultado la sujeción al IVA únicamente de la contraprestación por la concesión en uso del bien. Ello mientras la conclusión de un único contrato de *leasing*, según la praxis y la interpretación de la jurisprudencia nacional, tendría como objeto también el financiamiento, y por ende, comportaría la imposición IVA de la contraprestación entera."²⁹

Aspecto interesante sobre el fraccionamiento contractual y su relación con la coligación contractual entendida como una única operación económica se señala de la siguiente manera:

"La novedad que presenta la resolución bajo comentario consiste en que la intuición de que la alternativa calificadora, más que entre contrato unitario- y como tal dotado de una única causa concreta- y coligación de contratos, debe ofrecerse entre el fraccionamiento ilícito del contrato de *leasing* y coligación lícita de contratos (de arrendamiento no financiero y de financiamiento y garantía), quedando firme por tanto, la circunstancia de que el hecho jurídico concreto [*fattispecie*] está compuesto

27. *Idem.*, p. 146.

28. Esto se refleja cuando se señala: "En sede de aclaración, la Guardia de Finanzas hipotetiza que la operación así estructurada, constituye a los fines del IVA un negocio unitario, en el cual la contraprestación global debida al *lessor* (concedente) es artificioamente fraccionada para reducir la base imponible. Con tal fin -se afirma- viene creado un mecanismo por el cual en lugar de uno son estipulados diversos contratos, cuyas funciones, sin embargo, son reconducibles al *leasing* y son desarrolladas por sociedades del mismo grupo empresarial, con la finalidad de 'sustraer' el componente financiero del *leasing*." *Idem.*, p. 148.

29. *Idem.*, p. 153.

por una pluralidad de contratos autónomos y distintos.³⁰

Sobre el particular, finalmente se indica:

"En ese sentido, según la indicada doctrina, se debería considerar que el ordenamiento reconduce a la unidad a la operación económica y ello a los fines y en los límites de la regulación que se quería violar o eludir; **de modo que los contratos fraccionados permanecerán autónomos y diversos para todos los otros aspectos y continuarán desarrollando cada uno su propia función económica**".^{31 32}

En sede nacional, poco se ha tratado sobre la **operación económica en la teoría del contrato**, sin embargo la doctrina italiana que venimos siguiendo lo ha desarrollado en extenso y con una bibliografía amplia³³.

Sobre el contrato como operación económica con claridad conceptual se ha señalado:

"De ahí que el contrato, como hecho jurídico concreto, debe ser reconsiderado, según el prisma por la nueva y diversa dimensión de la realidad en la cual está destinado a producir sus efectos, para configurarlo según una noción que se encuentre en aptitud de dar cuenta, en toda su complejidad y complejidad, de la multiplicidad y el conflicto de los intereses que en cada hecho jurídico concreto singular concurren en la construcción del acto y de la actividad de la cual la autonomía privada es expresión: **vale decir, en la dimensión de la operación económica**".³⁴

(Resaltado nuestro)

Con claridad se manifiesta que:

"En tal contexto es que la operación económica expresa, más allá de las fórmulas empleadas por las partes para definirla del aspecto exterior del esquema adoptado, el significado más profundo del poder de autonomía reconocido a los privados."³⁵

30. *Idem.*, p. 156.

31. Sobre las técnicas de fraccionamiento y coligación, se ha señalado: "Por lo tanto se trata de técnicas negociales con las cuales se quiere en un caso, unir figuras negociales típicamente distintas; en el otro fraccionar una figura típicamente unitaria.

En ambos casos, se utiliza con tal propósito una pluralidad de contratos con la única, relevante, diferencia que en la coligación el poder de autonomía incidiría en la regulación de los tipos correlativos; en el fraccionamiento, el poder de autonomía incide, modificándolo, en el esquema del tipo fraccionado". *Idem.*, p. 158.

32. Autora relevante en el tema de fraccionamiento es AZARO, Andrea Maria. *Frazionamento contrattuale e autonomia privata*. Turín: 2004, pp. 107 y ss. Cit. por GABRIELLI, Enrico. *Op. cit.*, p. 141.

33. GABRIELLI, Enrico. *Op. cit.*, pp. 171 y ss. A nivel de América Latina, aparte de los trabajos citados de de Mosset Iturraspe y Morales Hervías, se puede revisar el enjundioso trabajo de LORENZETTI, Ricardo Luis. "Redes contractuales y contratos conexos". En *Contratación contemporánea, contratos modernos, derecho del consumidor*. Tomo II. Colombia: Palestra Editores/Editorial Temis, 2001, pp. 114 y ss.

34. GABRIELLI Enrico. *Op. cit.*, p. 179. Con claridad señala: "En efecto, es tarea del intérprete asegurar el necesario recambio de los conceptos y de las categorías ordenantes (ASCARELLI, Tullio. *Il negozio indiretto e le società commerciali*, 1930, pp. 5 y ss.) con el fin de evitar el peligro de que el apego a la tradición impida la comprensión de los nuevos y concretos fenómenos sobre los cuales el derecho común de los contratos está llamado a operar, de modo que los institutos, aunque permaneciendo fieles a los valores y a la lógica del ordenamiento, se modifican en consonancia con la modificación de la realidad que ellos están llamados a organizar y regular conceptualmente.

En efecto, más allá del tipo, opera la regulación del autorreglamento de los interés privados: esto es, la concreta operación económica en su unidad formal".

35. *Idem.*, p. 180.

Es interesante revisar en la doctrina seguida la llamada "superación de la teoría de la causa como función económico social", que no voy a desarrollar en el presente trabajo pero que queda como tema pendiente para quienes admiramos la completitud conceptual de la dogmática en aspectos tan relevantes y motivadores como el planteado³⁶.

Sobre la noción de operación económica como categoría conceptual, se señala que

"identifica una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí al reglamento, a todos los comportamientos que se vinculan a éste para la consecución de los resultados queridos, y a la situación objetiva en la cual el conjunto de las reglas y los otros comportamientos se colocan, puesto que tal situación también concurre a definir la relevancia sustancial del acto de autonomía privada."³⁷

Asimismo se señala que:

"el negocio, así como es construido por los privados, debe ser considerado en su unidad formal, esto es como 'operación económica', independientemente del tipo individual o del conjunto de tipos -aun cuando se encuentren coligados entre ellos o sean dependientes- que las partes han utilizado para construir su organización de intereses."³⁸

En el sentido favorable, entender el contrato como operación económica se ha dicho:

"las situaciones, las relaciones, los intereses que constituyen la sustancia real de todo contrato pueden resumirse en la idea de 'operación económica', de modo que con

el término *contrato* no se hace referencia tanto a las operaciones económicas concretamente realizadas en la efectiva experiencia del tráfico, sino más bien a aquélla que podríamos llamar su formalización jurídica, por lo cual la regulación del negocio encuentra, en la estructura del contrato, su punto de directa influencia formal."³⁹

Sobre la aplicación de la cláusula penal a ambas partes en la relación obligatoria

Ahora bien, cabe analizar la naturaleza de la Cláusula Penal estipulada en el Contrato de Opción y la posibilidad que podría tener aquella parte de solicitar el cumplimiento de la prestación además de solicitar la penalidad por el incumplimiento de la prestación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. El artículo 1341 del Código Civil regula la Cláusula Penal de la siguiente manera:

"Artículo 1341.- El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización por daño ulterior. En este último caso el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores."

Queda claro que la función de la Cláusula Penal (cuando no se pacta daño ulterior) es limitar cualquier resarcimiento al monto previsto en esta cláusula.

De otro lado, el artículo 1342 del Código Civil, mismo que regula la Cláusula Penal Moratoria, se refiere al derecho que tiene el acreedor a

36. Al respecto, véase: "La superación de la teoría de la causa como función económico-social". *Ibid.*, pp. 180-182.

37. *Ibid.*, p. 188.

38. *Ibid.*

39. *Ibid.*, p. 195.

exigir el cumplimiento de la prestación debida además de solicitar el pago de la penalidad prevista en la Cláusula Penal. Así, se señala lo siguiente:

"Artículo 1342.- Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad el cumplimiento de la obligación"

En la exposición de motivos de este artículo, en nuestro Código Civil de 1984, se indica que:

"El artículo 1342, que reproduce conceptualmente el artículo 341 del Código Civil alemán, contiene idénticos principios que el artículo 1341. Se refiere a la estipulación de la cláusula penal para los casos de mora o en resguardo de un pacto determinado. En estas hipótesis, el acreedor tendrá el derecho de exigir, además de la obligación principal, el íntegro de la cláusula penal y el resarcimiento del daño ulterior, si así lo hubiera pactado y si tal daño ulterior existiera."⁴⁰

Como se puede apreciar, la inspiración de nuestro Código Civil con respecto a la cláusula penal moratoria se basa en el BGB Alemán, el mismo que es comentado por autorizada doctrina alemana, señalando al respecto lo siguiente:

"Pena Convencional

I. Una de las modalidades más importantes de la promesa condicionada es la pena convencional o cláusula penal. Es el acto por

el cual el deudor promete al acreedor una prestación (consistente por lo general en dinero) para el caso de que deje incumplida o no cumpla debidamente, sobre todo puntualmente, una obligación, a la que suele darse el nombre de obligación principal (artículo 160 del Código Civil alemán)."⁴¹ (Resaltado nuestro)

Como se aprecia, Von Tuhr define brevemente a la cláusula penal o pena convencional.

"La pena convencional es una promesa accesorio que se incorpora como sanción a la obligación principal. Por eso no existe pena convencional sino obligación alternativa (artículo 72 Código Civil alemán) cuando alguien promete una suma de dinero además de otra prestación, a elección suya o del acreedor."⁴²

"La pena convencional vence al cumplirse la condición bajo la cual ha prometido el deudor abonar la pena, es decir cuando al deudor no cumpla, o no cumpla debida o puntualmente el crédito principal. El momento decisivo es aquél en que la deuda principal vence. Para el vencimiento de la pena no es necesario que el deudor se constituya en mora (mediante intimación con arreglo al artículo 102 del Código Civil alemán) ni que medie el plazo supletorio del artículo 107 (Código Civil alemán)."⁴³

Debe resaltarse de lo antes glosado que la cláusula penal se debe aplicar desde el mismo momento en que el incumplimiento en ella re-

40. REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil*. Tomo V. p. 465.

41. VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Tomo II. Traducido del alemán y concordado por W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934.

42. *Idem.*, p. 236.

43. Sobre la cláusula penal desde una perspectiva comparatística, véase: GORLA, Gino. *El contrato, problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*. Traducción y notas de comparación y adaptación al derecho español de José Ferrandis Vilella. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1995, pp. 282-308. Se ha señalado por el distinguido autor que los fines de la cláusula penal (en sentido amplio) pueden distinguirse como sigue: 1. Liquidación convencional del daño resarcible según las reglas jurídicas sobre la materia; 2. Creación convencional de una sanción de resarcimiento o con carácter de satisfacción, junto a otra sanción preestablecida por el ordenamiento

gulado se verifique. Es decir, desde el momento del incumplimiento de la prestación debida.

De otro lado, otro de nuestros referentes en materia de cláusula penal moratoria es el Código Civil italiano, que la regula en sus artículos 1382 al 1384 del Código Civil, de la siguiente manera:

"SECCIÓN II del Código Civil Italiano

De la cláusula penal y de la seña

1382. Efectos de la cláusula penal.- La cláusula por la que se convenga que en caso de incumplimiento o de retardo en el cumplimiento uno de los contratantes quedará obligado a efectuar determinada prestación, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a la prestación prometida, si no se hubiera convenido la resarcibilidad del daño ulterior. La pena se debe independientemente de la prueba del daño.

1384.- Reducción de la pena.- La pena podrá ser disminuida equitativamente por el juez, si la obligación principal hubiera sido ejecutada en parte o si el monto de la pena fuese manifiestamente excesivo, teniendo siempre en consideración el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento."

Como es de verse, la redacción de los artículos arriba citados es muy similar a la de nuestro ordenamiento jurídico.

Comentando el Código civil italiano, la más autorizada doctrina se pronuncia sobre la cláusula penal moratoria, de la siguiente manera:

"La cláusula penal, prevista en los arts. 1382-1384 del Código Civil italiano vigente consiste, a nuestro parecer, en una fattespe-

cie compleja de formación sucesiva, constituida por un acto de voluntad y por un comportamiento humano: por un contrato unilateral, obligatorio, con el cual las partes apuntan a aplicar una sanción punitiva contra la falta de observancia por parte de un sujeto (el deudor en la relación obligatoria principal o un sujeto obligado a la observancia de la prohibición del *alterum non laedere*), de una regla de conducta legal o convencional; y por un comportamiento humano consistente en una actividad o en una omisión opuestas al comportamiento debido, que resulta atraído a la fattespecie por la voluntad de las partes, como punto de referencia y antecedente inmediato de la eficacia de toda la fattespecie. Tiene como presupuesto una relación jurídica o un deber jurídico, cuya falta de realización u observancia es prevista. Su característica es una función jurídica (objetiva) penal o punitiva: el deber de resarcir el daño (eventualmente causado por la inobservancia de la obligación o del deber), se mantiene autónomo, pero puede ser o no tomado en consideración, concretamente, a través del régimen (aplicado con la cláusula) de su relación con el efecto típico (penal o punitivo) de la cláusula misma."⁴⁴

Con respecto a la hipótesis típica por retraso de la prestación a cargo del deudor, se señala lo siguiente:

"Si se considera la hipótesis límite, en la cual falte totalmente o sea descartada (convencionalmente o de hecho) la consideración del aspecto del resarcimiento del daño, es posible identificar una cláusula penal

jurídica, pero considerada insuficiente por el estipulante; 3. Creación convencional de una sanción con carácter no de satisfacción sino de pena; 4. Creación convencional de una sanción absolutamente ausente en el ordenamiento jurídico, por la que sin la cláusula la promesa quedaría privada de sanción. De estos fines, el referido a la cláusula penal en estricto es el previsto en el numeral 3). Así se señala por el autor que sigo: "En todos estos casos existe una pena privada, en sentido propio, que solamente tiene por objeto presionar sobre la voluntad del deudor para inducirles a cumplir. Si se quiere hablar de cláusula penal o de pena en sentido propio, este término corresponderá solamente a los casos que estamos examinando." Idem., p. 290.

44. TRIMARCHI, Vincenzo Michele. *Cláusula penale*. En *Novissimo Digesto Italiano*, Volumen III. UTET, 1959, pp. 351-352. En LEÓN, Leysser. *Derecho de las relaciones obligatorias*. Lima: Jurista Editores, 2007.

pura. En la cual la penalidad es prevista (o conminada) solo como sanción por el incumplimiento o por el retraso. Esta es, ciertamente, la hipótesis típica. El artículo 1382 del Código Civil (Italiano) no permite que se pueda ver en la cláusula penal una cláusula de liquidación anticipada del daño.⁴⁴⁵

En particular, y con respecto al retraso en el cumplimiento de las obligaciones y su relación con la cláusula penal, otro sector de la doctrina italiana señala:

"La penalidad por el retraso

Si la penalidad ha sido estipulada para el simple retraso, el acreedor puede demandar a la vez la prestación principal y la penalidad (artículo 1383 del Código Civil italiano)

La previsión de una penalidad para el retraso no es obstáculo para la interposición de una demanda de resolución, cuando exista un plazo esencial o cuando el retraso supere la tolerabilidad normal.

De por sí, la aceptación de la prestación tardía no descarta que se pueda hacer valer la cláusula penal estipulada específicamente para el retraso.

Si el retraso es proseguido por el incumplimiento, el acreedor podrá obtener, además de la penalidad, el resarcimiento del daño consiguiente al incumplimiento.⁴⁴⁶ (Resaltado nuestro)

En el presente caso, la Cláusula Penal en el Contrato de Opción se encuentra regulada, como ya se ha indicado, de la siguiente manera:

VII. INCUMPLIMIENTO

ANTE UN EVENTO DE INCUMPLIMIENTO, SIN PERJUICIO DEL DERECHO DE LA PARTE AFECTADA PARA SOLICITAR A LA AUTORIDAD COMPETENTE LA EJECU-

CIÓN DE LA OBLIGACIÓN INCUMPLIDA O LA RESOLUCIÓN DEL MISMO, DICHA PARTE QUE INCUMPLIÓ DEBERÁ PAGAR UNA PENALIDAD ASCENDENTE A US\$ 80 000 (OCHENTA MIL DÓLARES AMERICANOS) DENTRO DE LOS DIEZ (10) DÍAS HÁBILES DE REQUERIDO EL PAGO.

Como se puede apreciar de la cláusula penal invocada, ésta se aplica a cualquiera de las partes que se encuentre en una situación de retardo en la ejecución de su prestación, por lo tanto puede ser atribuida tanto a EURÍPIDES como a TORCUATO y no solamente al arrendador operativo, de lo contrario no habría estipulado: "el perjuicio a la parte afectada" ni se habría pronunciado sobre "dicha parte que incumplió". Un análisis sistemático del contrato de opción nos convence de que esta cláusula **es oponible a cualquiera de las partes** que haya incumplido con una prestación derivada de la inejecución de la obligación o del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la misma. Una interpretación diferente no sería proporcional ni atendería al principio de equilibrio contractual⁴⁷. Independientemente de lo antes señalado, que bastaría para afirmar una posición sobre la aplicación de la cláusula en comento a cualquiera de las partes y no solamente a una, y de manera complementaria considero que en el caso concreto una de las partes ha predispuesto las cláusulas del referido Contrato de Opción por lo que es de aplicación la interpretación objetiva regulada el artículo 1401 del Código Civil que establece:

"Artículo 1401.- Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra."

En este sentido, nos encontramos ante una **cláusula penal moratoria** en donde el punto que ve-

45. TRIMARCHI, Vincenzo Michele. *Op. Cit.*, p. 443.

46. DE NOVA, Giorgio. "Cláusula Penal". En *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*. Tomo II. Turin: UTET, 1988. pp. 377-383. En LEÓN, Leysser. *Op. cit.*, p. 444.

47. Sobre el concepto de equilibrio contractual, revíse los trabajos de GABRIELLI y D'ANGELO aquí citados.

nimos dilucidando se refiere a establecer si hubo incumplimiento por parte de EURÍPIDES en alguna de las prestaciones dentro del Contrato de Opción.

De esta manera, concluimos este punto señalando que la Cláusula Penal es aplicable a ambas partes de la relación contractual ante un evento de incumplimiento presentado por cualquiera de ellas⁴⁸.

2. Sobre el ejercicio de la opción en un contrato de opción de venta (en el caso analizado) y el momento de la celebración del contrato definitivo

El artículo 1419 del Código Civil señala:

"Artículo 1419.- Por el contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no."

Cuando se señala que "una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo", la norma hace referencia al concedente de la opción; es decir, la parte que no ejercerá la opción pero que queda vinculada a celebrar un contrato definitivo por la sola declaración del optante. En el presente caso, dentro del Contrato de Opción de venta celebrado entre las partes, queda claro que quien quedaba vinculado (quien era el concedente de la opción) era TORCUATO, "El Cliente".

De otro lado, cuando se indica que "la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no" se refiere a quien ejercerá la opción; es decir, el "optante". En este caso, el optante era EURÍPIDES.

Así, el numeral 3.1 de la Cláusula III precisa cuál es el objeto del Contrato de Opción de la siguiente manera:

III. OBJETO

3.1. POR EL PRESENTE CONTRATO, EL CLIENTE QUEDA VINCULADO A LA CELEBRACIÓN EN EL FUTURO DEL CONTRATO DEFINITIVO, Y LE OTORGA EL DERECHO DE OPCIÓN A EURÍPIDES DE CELEBRARLO O NO, SEGÚN LO ESTIPULADO EN LOS ARTÍCULOS 1419 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO CIVIL.

Como se puede apreciar, la redacción del numeral 3.1 es idéntica a la prevista en el artículo 1419 del Código Civil. Manuel De la Puente desarrolla este artículo y señala, dentro de las definiciones en doctrina comparada la desarrollada por Massimo Bianca, quien "define la opción como el contrato preparatorio que atribuye a una de las partes el derecho de constituir la relación contractual final mediante una propia declaración de voluntad"⁴⁹.

Es decir, con la sola declaración del optante ya se habría constituido la relación contractual definitiva, significa que se habría celebrado el contrato definitivo.

De otro lado, De la Puente cita a Messineo en cuanto a las consecuencias que generan esta investidura de poder que tiene el optante. Como se podrá observar, las acciones sólo pueden ser efectuadas por el optante, quedando el concedente sometido a su voluntad:

"Sobre el particular, considera Messineo que de la 'potestad' del optante (...) se deducen las siguientes consecuencias:

- a) Que depende del interés y de la voluntad del optante dar lugar o no al nuevo contrato (...) mientras que el concedente, en cuanto queda a la merced

48. Para un análisis más amplio de la cláusula penal, revítese KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La cláusula penal: su régimen jurídico en el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1981.

49. BIANCA, Massimo. *Il Contratto*. Milán: Giuffrè Editore, 1984. Cit. por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Tomo II. Primera reimpresión. Segunda edición. Lima: Palestra Editores, agosto 2003, p. 227.

del primero, asume a investidura de 'sometido' (...)"

- b) Que cualquier iniciativa al respecto parte solamente del optante.
- c) **Que la aceptación del optante basta para perfeccionar el nuevo contrato.**⁵⁰ (Resaltado nuestro)

Una de las consecuencias de invertir con esta potestad al optante es que con la sola aceptación de éste se perfecciona el contrato definitivo.

Se habla de una aceptación del "optante" (EURÍPIDES) por cuanto se considera que el "concedente" (en este caso, TORCUATO) ha formulado una oferta irrevocable y queda en potestad del optante (EURÍPIDES) el aceptar la oferta y con ello, quedar ambos vinculados por el contrato definitivo que sustituye al contrato de opción desde este momento. Sin embargo, lo aquí expresado no implica que estemos simplemente ante una oferta irrevocable toda vez que esta última, además de sólo ser unilateral, tiene diferencias con el contrato de opción.

Como se ha podido observar, tanto la legislación como la doctrina señalan que al momento del ejercicio de la opción por parte del optante queda celebrado el contrato definitivo.

Ahora bien, es importante en este punto referirnos a lo expresamente estipulado en el Contrato de Opción. Así, el numeral 4.1. del mismo señala:

IV. CONDICIONES Y PROCEDIMIENTO DEL EJERCICIO DE LA OPCIÓN

4.1. PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DEFINITIVO BASTARÁ ÚNICAMENTE LA COMUNICACIÓN MEDIANTE CARTA SIMPLE O NOTARIAL DE EURÍPIDES, EN EL SENTIDO DE HABER EJERCIDO EL DERECHO DE OPCIÓN DE VENTA. EL CONTRATO DEFINITIVO SE ENTEN-

EN EL CUAL LA COMUNICACIÓN LLEGUE AL DOMICILIO DEL CLIENTE, NO PUDIENDO EL CLIENTE SUSTRARSE A SUS EFECTOS NI INCUMPLIR DICHA SITUACIÓN.
(...)

Tal como expresamente se indica en este numeral, "el contrato definitivo se entenderá celebrado en el momento en el cual la comunicación llegue al domicilio del Cliente [TORCUATO]."

De esta manera, queda claro que el Contrato Definitivo de Compraventa de Bienes muebles (tractos) había quedado celebrado desde el momento en que se notificó en el domicilio de TORCUATO el ejercicio de la opción por parte de EURÍPIDES.

Esta afirmación se ve también corroborada por lo estipulado para el momento de pago de los bienes. El numeral 6.4 del Contrato de Opción señala:

6.4. FECHA DE PAGO DE LOS BIENES: DENTRO DE CINCO (5) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DEFINITIVO O DEL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA Y/U OTRA FORMALIDAD, SEGÚN DISPONGA EURÍPIDES.

TORCUATO cumplió con el pago de los bienes el dentro del plazo estipulado contractualmente. Es decir, ya para la fecha del pago de los tractos, se había celebrado el Contrato Definitivo de Compraventa de Bienes muebles.

Ahora bien, la tradición de los vehículos era una de las obligaciones del contrato definitivo y ésta se realizaría de acuerdo con lo previsto en el numeral 6.7 de este Contrato:

50. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, p. 236.

6.7. MOMENTO DE LA TRADICIÓN DE LOS BIENES: DENTRO DE LOS CINCO (5) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES DE OCURRIDO LO SEÑALADO EN EL NUMERAL 6.5 PRECEDENTE, EURÍPIDES DEBERÁ (i) ENVIAR UNA COMUNICACIÓN POR ESCRITO AL CLIENTE MANIFESTANDO EL CAMBIO DE SU TÍTULO POSESORIO A PROPIETARIO, EN CASO QUE EL CLIENTE TENGA LA POSESIÓN DE LOS BIENES, O (ii) ENVIAR UNA COMUNICACIÓN POR ESCRITO AL TERCERO QUE TENGA LA POSESIÓN DE LOS BIENES MANIFESTANDO LA TRANSFERENCIA EFECTIVA DE PROPIEDAD DE LOS BIENES A FAVOR DEL CLIENTE, EN CASO SEA UN TERCERO QUIEN TENGA LA POSESIÓN DE LOS BIENES. DESDE EL MOMENTO DE NOTIFICADAS TALES COMUNICACIONES SE ENTENDERÁ QUE HA HABIDO TRADICIÓN FICTA EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 902 DEL CÓDIGO CIVIL, Y EN CONSECUENCIA, QUE SE HA PERFECCIONADO LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES, SIN NECESIDAD DE NINGÚN ACTO ADICIONAL POR PARTE DE TORCUATO.

Este numeral concuerda con lo preceptuado en el numeral 1 artículo 902 del Código Civil. Así, se configuraría la figura de la *traditio brevi manu*; es decir, se da la tradición cuando "cambia el título posesorio de quien está poseyendo". En este caso, esta tradición se constituiría mediante la comunicación por escrito que EURÍPIDES realizaría dentro de los 05 días hábiles siguientes al pago de los bienes por parte de TORCUATO.

De lo antes señalado podemos afirmar que el Contrato definitivo de Compraventa ya había quedado celebrado con la notificación a TORCUATO de la intención de optar por la venta que efectuó EURÍPIDES y lo que genera son las obligaciones que se detallan dentro de la Cláusula VII, siendo una de ellas, la tradición de los vehículos.

3. Con respecto a la interpretación de la Cláusula Sexta del Contrato de Opción. Interpretación contra preferentem.

Como se mencionó precedentemente, sin perjuicio de los argumentos hasta aquí planteados, un argumento de refuerzo -aunque no imprescindible para el análisis- es la evaluación de los contratos analizados para ver si cumplen las características esenciales de ser contratos con cláusulas predisuestas.

De acuerdo al artículo 1390 de nuestro Código Civil:

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

La doctrina nacional más autorizada refiriéndose a los contratos por adhesión señala:

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

las estipulaciones (para adherirse) y la que contiene la oferta (para contratar), lo cual está en contra del procedimiento de formación del contrato (tanto paritario como por adhesión) que requiere únicamente la aceptación de la oferta. Resulta ineludible, pues, que en el contrato por adhesión las estipulaciones formen parte de la oferta.⁵¹

Asimismo, esta misma doctrina con respecto a la predisposición o estipulación unilateral de las cláusulas en este tipo de contratos señala lo siguiente:

"Puede observarse que lo que, en realidad, caracteriza al contrato por adhesión no es tanto que el destinatario se vea en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente la oferta, lo cual vemos que no es totalmente cierto, sino que las estipulaciones que constituyen la oferta son fijadas unilateralmente por el oferente y no surgen como fruto de tratativas previas."⁵²

De las características y operatividad de este tipo de negocios jurídicos (arrendamiento operativo) y de la revisión de los contratos aquí analizados, considero que se cumplen los requisitos para ser catalogados como contratos por adhesión en donde una de las partes (el arrendador) estipula de manera unilateral las cláusulas del contrato por la celeridad del tráfico y por los usos comerciales en este tipo de contratos. Eso me parece bien pues permite un desarrollo fluido de las transacciones comerciales y el desarrollo del negocio en el mercado. Ahora, eso implica también establecer determinados cánones interpretativos en algunas circunstancias en que las cláusulas de dichos contratos sean ambiguas o discutidas controversialmente en un caso como el presente.

Desde esta perspectiva el artículo 1370 del Código Civil italiano ha señalado:

51. DE LA PUENTE Y LA VALLE, Manuel. *Op. cit.* Tomo I. p. 652.

52. *Idem.*, p. 677.

53. *Idem.*, p. 828.

"1370. Interpretación contra el autor de la cláusula.- Las cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato o en formularios dispuestos por uno de los contratantes se interpretarán, en casos de duda, a favor del otro."

Nuestro artículo 1401 del Código Civil importando, esta norma del Código italiano, preceptúa:

"Artículo 1401.- Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra."

El reconocido y recordado profesor a quien vengo citando al respecto señala:

"Consecuentemente, interpretar las estipulaciones redactadas por el predisponente para incorporarse a las cláusulas generales de contratación y a las **ofertas de los contratos tipo por adhesión** (que es el campo de acción del artículo 1401) es necesariamente tratar de encontrar cuál es el sentido que el propio predisponente les ha querido dar."⁵³

(Resaltado nuestro)

Con respecto a la estipulación *contra stipulatorem*, el profesor De la Puente señala:

"No es criticable, como se ha visto, la regla *contra stipulatorem*. **Por el contrario, es loable que se exija al predisponente un deber de expresarse claramente y que se sancione el incumplimiento de este deber estableciendo que la estipulación que, por su oscuridad o ambigüedad, da lugar a dudas sobre su verdadero sentido, se aplique a favor de la contra parte.** Lo censurable es que a este procedimiento se le llame

"interpretación."⁵⁴
(Resaltado nuestro)

De lo señalado hasta aquí y como argumento de refuerzo, la interpretación que ha de darse a la cláusula respectiva del Contrato de Opción es una interpretación que sea más favorable a quien no estipuló las cláusulas de manera unilateral, es decir a TORCUATO.

4. Con respecto a la modificación del contrato de opción de venta por la carta fianza personal presentada por los representantes legales de torcuato y la "reserva"

Del análisis de los hechos descritos, debo señalar que el Contrato de Opción no fue modificado pues no hubo voluntad de las partes para modificarlo. Tampoco se debe dejar de mencionar la **reserva** efectuada por TORCUATO en la que requiere a EURÍPIDES el cumplimiento de la penalidad. Esta **reserva** se expresa en la carta enviada por TORCUATO y de la que no se rectifica en ningún momento. Por lo que, los actos tendientes a la suscripción del acta de transferencia vehicular no enervan el derecho de TORCUATO a exigir la penalidad por el retardo producido por EURÍPIDES. Así lo establece la doctrina más autorizada:

"La penalidad por el retraso"

Si la penalidad ha sido estipulada para el simple retraso, el acreedor puede demandar a la vez la prestación principal y la penalidad (artículo 1383 del Código Civil italiano).

La previsión de una penalidad para el retraso no es obstáculo para la interposición de una demanda de resolución, cuando exista un plazo esencial o cuando el retraso supere la tolerabilidad normal.

De por sí, la aceptación de la prestación tardía no descarta que se pueda hacer

valer la cláusula penal estipulada específicamente para el retraso.

Si el retraso es proseguido por el incumplimiento, el acreedor podrá obtener, además de la penalidad, el resarcimiento del daño consiguiente al incumplimiento.⁵⁵

(Resaltado nuestro)

De otro lado es importante en este extremo hacer mención a lo que señala acreditada doctrina sobre la reserva:

"La pena convencional prometida por la inobservancia de la fecha o lugar de incumplimiento de la obligación puede según el artículo 160, apartado 2 (Código Civil alemán), reclamarse **además** del cumplimiento toda vez que con ella se trata simplemente de reparar el daño causado al acreedor por no haberse cumplido la obligación en el momento o lugar oportunos. Sin embargo, el acreedor solo puede exigir que se le resarza este daño, sobre todo el daño moratorio, cuando exceda a la cuantía de la pena convencional y pruebe la existencia de una culpa por parte del deudor (artículo 161, apartado 2, del Código Civil alemán). **La pena por inobservancia de la fecha o lugar del cumplimiento desaparece cuando el acreedor renuncia expresamente a ella o cuando acepta sin reservas la prestación que se le ofrece tardíamente o en lugar que no es el indicado. La reserva es una declaración de voluntad dirigida por el acreedor o su representante al deudor o al representante de éste, declaración que debe formularse antes de aceptar la prestación o en el momento mismo de aceptarla o a más tardar inmediatamente después de aceptada ésta, para impedir, que se produzca. Con arreglo a las normas legales, la pérdida del derecho a reclamar la pena. Si se omite la reserva el crédito penal se extingue, aun**

54. *Idem.*, p. 829.

55. DE NOVA, Giorgio, voz, "Cláusula Penale". En *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Tomo II, Turin: UTET, 1988, pp. 377-383. Cit. por: LEON, Leysser. *Op. cit.*, p. 444.

cuando estuviese muy lejos del ánimo del acreedor renunciar a él. En cambio el acreedor solo pierde el derecho a reclamar la indemnización de los daños moratorios cuando la aceptación sin reservas del cumplimiento tardío envuelva la renuncia tácita a la indemnización.”⁵⁶
(Resaltado nuestro)

Los contratos se crean, modifican o regulan de acuerdo a la común intención de las partes y, en este caso, ni un compromiso de fianza solidaria ni menos un correo electrónico pueden considerarse como elementos idóneos para su modificación o variación. Debo recalcar que en ningún momento TORCUATO expresó su voluntad ni expresa ni tácita para modificar el contrato y el hecho de propender y exigir la variación de la titularidad por los daños que se le estaban generando, al no contar con todos los atributos del derecho de propiedad, no significa de ninguna manera la renuncia a la exigencia de una cláusula penal que estaba plenamente vigente y que se orientaba a la aplicación de la prestación tardía.

Debo señalar que el siniestro ocurrido y descrito precedentemente antes que EURÍPIDES comience a exigir la carta de compromiso, es un evento que resulta no relevante para el análisis de las consecuencias jurídicas del Contrato de Opción, pues en primer término existía un seguro por responsabilidad civil frente a terceros hasta por una suma considerable (US\$ 200,000.00) y en segundo lugar, la carta compromiso no es más que una mera ratificación de los fiadores solidarios de su obligación en caso que el resarcimiento a los terceros sobrepase el monto coberturado por el seguro. Esto de ninguna manera justifica la modificación de los términos contractuales del contrato de opción.

Como puede apreciarse, **la formalización de la tradición ocurrió meses después de efectuado el pago cuando, de acuerdo al Contrato de Opción, debió efectuarse unos días después**

de realizado el pago por parte de TORCUATO.

Asimismo y como hemos señalado, el hecho de desear el cumplimiento de la obligación por parte de EURÍPIDES para efectuar la variación de titularidad a favor de TORCUATO no enerva su potestad de esta empresa para exigir la cláusula penal por la prestación tardía.

1. La Carta de Compromiso presentada al proceso por EURÍPIDES no establece en ninguno de sus numerales una modificación al Contrato de Opción, máxime cuando ni siquiera lo menciona sino que se presenta en el contexto del Contrato de Arrendamiento.
2. De otro lado, no se aprecia del expediente algún otro documento que pueda acreditar la modificación de mutuo acuerdo del Contrato de Opción.
3. Otro aspecto que es importante señalar es el hecho que el siniestro que supuestamente era el motivo central para “modificar” el Contrato de Opción sucedió más de un año antes de que EURÍPIDES exigiera la Carta de Compromiso para que se acceda a celebrar la transferencia definitiva. Es decir, EURÍPIDES no exigió ninguna carta de compromiso por el siniestro durante más de un año y recién cuando se le exige a esta empresa el cumplimiento de la Cláusula Penal en la comunicación efectuada por TORCUATO solicitan la denominada carta de compromiso. Esta actitud de la demandada da a entender que habría incorporado este requerimiento para justificar el cumplimiento inoportuno de su prestación y la neutralización de la ejecución de la Cláusula Penal.

Considero que no hubo modificación al Contrato de Opción en cuanto al momento para formalizar la tradición ficta, pues no hubo voluntad de las partes para modificarlo. Por lo que el plazo para ejecutar la prestación por

56. VON TUHR, Andreas. *Op. cit.*, p. 240.

parte de EURÍPIDES fue largamente superado, siendo pasible de ejecución de la cláusula penal prevista contractualmente. Como ya señalé, los contratos descritos pueden ser catalogados como contratos conexos o coligados aunque su especificidad no desaparece y, la aplicación de las cláusulas de cada uno de los contratos que forman parte de una operación económica unitaria son aplicables a cada

contrato en particular; salvo que sean, por su propia naturaleza, inevitablemente aplicables a todos los contratos conexos, situación que considero no se presenta en el caso analizado. El presente análisis me ha servido también para esbozar el marco de los contratos coligados, y la perspectiva del contrato como operación económica.

