

Los Contratos en Debate

Entrevista al Dr. EDUARDO BENAVIDES TORRES
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Con motivo de la Reforma del Código Civil se han constituido diversas Comisiones de Trabajo integradas por los más destacados juristas. Antes de la renuncia de la mayoría de sus miembros, una de estas Comisiones, la de Contratos - Parte General, elaboró un proyecto de modificación del Libro de Contratos del Código Civil, el cual es materia de la presente conversación que sostuvimos con el Profesor de Derecho de Contratos de la Pontificia Universidad Católica, Eduardo Benavides Torres, ahora ex-miembro de la citada Comisión.

Fiel a su estilo, el doctor Benavides nos brinda un análisis exhaustivo de los temas que motivan esta entrevista, tomando siempre una determinada posición, incluso, en el desarrollo de los conceptos más debatidos.

DyS: Doctor, en el Código anterior hubo 2 posiciones antagónicas: hacer un Código Civil para todas las personas o hacerlo sólo para los entendidos en Derecho. ¿Usted a cuál posición se adscribe?

EBT: Lógicamente yo creo que es importante que el lenguaje del Código sea lo suficientemente claro para que pueda ser utilizado por los particulares en general, pero creo que hay que tener mucho cuidado la técnica.

El Código anterior con el propósito de ser didáctico en muchos casos descuidó la técnica, por ejemplo cuando el código hace referencia a la Resolución del Contrato inmediatamente se dice “esta frase no es la adecuada”, pero se prefirió mantenerla porque los particulares ya se habían acostumbrado a hablar de resolución del contrato y era preferible entonces que se mantuviera dicho término. Creo

que en eso se cometieron algunos errores importantes aumentándose la confusión que ya podía existir, porque justamente mucha gente empezó a discutir si lo que se resolvía era el contrato o la obligación, basándose literalmente en lo que señala el Código al referirse a la resolución, por ejemplo dice: “la resolución deja sin efecto el contrato”, o sea, ataca los efectos del contrato: la relación obligatoria; y sin embargo, en otras partes se limita a decir “la resolución del contrato”, con lo cual podía dar a entender que lo que se estaba rompiendo era el vínculo. Por ello, creo que esa falta de claridad y de coherencia del Código al utilizar diversos términos en sentido ambiguo, distinto y discrepante, produce un daño en los particulares, ya que éstos finalmente no llegan a tener certeza sobre el significado exacto de los términos.

DyS: Sobre este punto, y tomando en cuenta la cultura jurídica de nuestro país ¿Qué implicancias tiene la definición de las figuras jurídicas en el Código Civil?

EBT: Un tema que seguramente se va a debatir en el seno de la comisión es si el nuevo Código debe o no abundar en definiciones como lo hace el código actual. Esto tiene un riesgo. Si bien es cierto que las definiciones permanentes permiten a los particulares, y los que no son legos en Derecho, pueden acceder a los conceptos y entenderlos bien, el riesgo se encontraría en la desventaja de que los conceptos evolucionan muy rápidamente, cambian; las instituciones se mantienen pero llegan a cubrir situaciones insospechadas como llega a ocurrir con el concepto de contrato, o de compraventa por ejemplo, y cuando de pronto nos encontramos con que la definición del código dice que la compraventa es un contrato mediante el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien en favor del comprador y éste a pagar su precio en dinero, nosotros nos encontramos hoy en día con que existen com-

praventas en las cuales el vendedor se obliga a transferir propiedad pero ya no a favor del comprador sino a favor de un tercero, y el comprador se obliga a pagar el precio pero no al vendedor sino a un tercero por indicación, obviamente, del vendedor; y nos encontramos ante contratos en los cuales de pronto el vendedor lo que pretende es un efecto real y no un efecto obligacional; o contratos de compraventa en los cuales el vendedor a lo que se obliga es a que al comprador adquiera y no a transferirle propiedad sino a garantizar el resultado que el comprador ad-

quiera la propiedad, lo cual es distinto a que en la práctica el efecto pueda ser muy similar. Entonces, cuando nos encontramos que la compraventa, tal como es manejada por los particulares, resulta comprendiendo situaciones mucho más ricas, allí es donde viene el cuestionamiento: ¿Realmente debe el código incluir definiciones o es mejor que como algunos códigos - el alemán por ejemplo- se decida prescindir de ellas? Porque de esa manera al Código le sería más fácil adaptarse a las situaciones nuevas que se pueden presentar en los próximos años.

DyS: Doctor, ¿pero nuestro Código Civil no establece una cláusula abierta para que las particulares autorregulen sus intereses en la forma en que ellos convengan, bajo el límite de la juridicidad?

EBT: El Código permite la contratación atípica a pesar de que ese también es uno de los errores que tiene el Código en el uso de los conceptos, porque por ejemplo en ese artículo de la parte general, se señala que todos los contratos “incluso los innominados” se rigen por las reglas de código, cuando lo que se ha querido decir es “incluso las atípicos”, o sea, los que no están en el código. Los contratos innominados son los que no tienen un nombre y pueden estar incluso en el código como son los contratos de “Doy para que Hagas”, “Hago para que Des”, que están regidos en la parte de Prestación de Servicios, pero ahí por ejemplo el principio es claro.

Todos los contratos se rigen por el código, yo puedo celebrar contratos atípicos dentro de la auto-

nomía que tengo para regular mis relaciones con la otra parte y esos contratos son totalmente obligatorios y perfectamente eficaces. Sin embargo el gran problema que hay y todavía subsiste, y que muchos podrían decir que es un problema de cultura jurídica, es que no para todo el mundo los contratos atípicos tienen la misma fuerza y el mismo reconocimiento que tienen para nosotros.

Nosotros -los que conocemos algo de Derecho Civil- cuando discutimos estos temas en clase tenemos perfectamente claro que yo puedo celebrar el día de mañana un contrato nuevo, atípico, y éste es perfectamente eficaz.

Bueno, ese tema lamentablemente no es un tema tan claro para el Juez.

Los Jueces que son muy apegados al Código Civil, o muy formalistas cuando se encuentran con un contrato nuevo, atípico lo primero que tratan de hacer es encasillarlo en alguno de los contratos típicos del Código Civil, y tratan de ver cuál se le parece, con cuál concuerdan. Entonces, el gran problema que tenemos es que a ese contrato atípico de repente lo someten a las reglas de un contrato típico, lo cual es un método contrario al sentido de la contratación atípica ya que muchas veces la función, la realidad, y la utilidad de ese contrato es totalmente distinta; las partes pueden haber querido un tipo de negocio distinto con una función distinta a la regulada en los contratos típicos del Código Civil.

Reconociendo por supuesto, por que así está dispuesto en nuestro Código Civil, que es posible celebrar contratos atípicos, y que ello está basado en la libertad de contratación y en el principio de la autonomía privada en los contratos - el cual es incuestionable -; sin embargo, tenemos que reconocer también que en nuestro medio los contratos atípicos son impopulares y que así como nosotros, los abogados con la buena formación jurídica en contratos, y ustedes, estudiantes de derecho, se sienten cómodos manejando contratos atípicos, cuando llevamos esa realidad a otros medios y se la planteamos al Juez, éstos se sienten renuentes a aceptar que los contratos atípicos generan una obligación “tan obligatoria” como aquella que surge de un contrato típico.

“Hay jueces que ante un contrato atípico se sienten tentados a pensar que éste no tiene existencia real”.

Por lo tanto, el primer riesgo es uno de distorsión: Que al contrato se le quiera analizar bajo la óptica de un contrato distinto ante las dificultades que el Juez tiene para la calificación del contrato y para la regulación del mismo. El Juez se pregunta ¿cómo regulo este contrato que no lo tengo en el Código Civil? La respuesta más fácil puede ser asimilarla a una figura del Código Civil.

El segundo gran problema que suelen tener los Jueces se da cuando ya no solamente tienen dificultades para calificar el contrato, sino para reconocerle efectos. Hay jueces que ante un contrato atípico se sienten tentados de pensar que éste no tiene existencia real, que resulta ser una suerte de simulación y llegan incluso a sostener que las obligaciones creadas por ese contrato son, en todo caso, naturales, y por lo tanto inexigibles, y sólo en el caso en que las partes voluntariamente decidan cumplirlos estarán bien cumplidos y punto.

Yo creo que eso definitivamente es consecuencia de un falta de cultura jurídica, de formación jurídica en temas contractuales de la cual, evidentemente, antes de buscar culpables tenemos todos que reconocer que hay alguna responsabilidad y necesidad de formar mejor a nuestros jueces; creo que por ejemplo lo que se ha hecho el año pasado con los cursos de Despachos Judiciales es muy importante y creo que debe ser el inicio de un plan de formación y capacitación continua de los magistrados e igualmente de auxiliares de justicia que necesitan tener mucho mejor formación en estos temas.

DyS: Cree usted entonces, que la falta de cultura jurídica de nuestros Jueces justifica una definición de cada institución jurídica en el código civil.

EBT: Justamente ese es uno de los debates que tenemos ahora en el seno de la comisión de contratos.

Se ha propuesto que algunos contratos atípicos sean incorporados al Código, por ejemplo: el de Franquicia, el de Distribución, el contrato de Joint Venture, el de Factoring, etc. Frente a esa propuesta hay quienes están a favor y en contra, por ejemplo: 1) los gremios empresariales, los comerciales, y en general quienes más usan estos contratos modernos de índole empresarial están totalmente en contra. ¿Por qué? porque dicen que cada vez que el legislador interviene o se dedica a regular un con-

trato que a ellos les es útil, termina distorsionándolo, poniéndoles camisas de fuerza, parámetros. Ahí donde se quiere flexibilidad el legislador nos introduce rigidez.

Entonces es preferible a correr el riesgo de que los legisladores regulen estos contratos modernos, el dejarlos tal como están dice esta posición. 2) frente a esa propuesta de no regulación, e incluso de desregulación, existe otra que señala que el Derecho tiene que reconocer lo que ya existe en la realidad, estos contratos se celebran y en la medida en que cumplen una función económica y social tienen que ser reguladas por un código sea éste el civil o el de la empresa o cualquier otro código especial o por último recogido en normas sectoriales, y 3) hay posiciones intermedias. Hay quienes han dicho, por ejemplo, y eso va un poco en la línea de la pregunta, que no es necesario que tratemos de regular en detalle esos contratos, porque efectivamente son contratos que se han ido generando básicamente sobre la base de la agilidad empresarial y hay que dejarlos que fluyan libremente. Pero lo que sí tenemos que hacer señala esta posición, es consagrar una definición para cada uno de esos contratos o una suerte de declaración de reconocimiento, por ejemplo dedicarle dos artículos al Joint Venture para decir: el Joint Venture es el contrato mediante el cual dos o más partes se unen para realizar un negocio común aportando bienes y servicios, etcétera

Y otro artículo que diga "El Joint Venture se rige por la legislación sobre la materia y por la voluntad de las partes", por ejemplo.

En resumen, esta posición piensa que sería importante incluir una definición de estos contratos en el Código Civil, o un precepto general, para de esa manera, justamente, darle una especie de partida de reconocimiento a este tipo de contratos como para decir: Señores Jueces, por si acaso el Joint Venture no es un contrato que opera exclusivamente en el campo minero o petrolero, sino es uno que puede funcionar en cualquier campo". O el caso del Fideicomiso, hay quienes piensan que como esta figura está regulada en la Ley de Bancos sólo tiene cabida en el campo bancario y financiero. Entonces se sostiene en este caso, que se reconozca en un artículo general al Fideicomiso en el Código Civil, pero que no exista ninguna duda de que este contrato puede pactarse en cualquier campo, evitando en el futuro malas interpretaciones. 4) Hay otras posiciones que sostienen que sólo deben recogerse en el Código los

contratos que están más maduros, los que más se utilizan. Por ejemplo, algunos creen que el contrato de Franquicia, recién está siendo difundido que necesitaría de unos diez años más para ser recogido en algún código, lo cual no sucede con el Leasing ya que este contrato está "bien maduro" y por ello, según Manuel de la Puente, debería dedicársele un capítulo especial dentro de la parte de contratos típicos, a pesar de tener su propia ley sobre la materia y existir una mención a este contrato en la parte de arrendamiento en el actual código civil.

Entonces como vemos hay distintas posiciones, desde aquéllos que dicen no regulemos los contratos modernos hasta aquéllos que dicen regulemoslos en detalle, y finalmente quienes sostienen que hay que mencionarlos, o en todo caso mencionar algunos.

DyS: Fundamentalmente a qué responde la necesidad de elaborar un nuevo Código Civil, ¿a problemas de redacción, a una adecuación a la Constitución Política de 1993, o a un cambio en la doctrina peruana?

EBT: En las reuniones que sostuvimos en la Universidad de Lima se planteó que el trabajo se orientara básicamente a aspectos de redacción. Uno de los debates que ha habido en el seno de la comisión de reforma del Código Civil versó sobre los alcances de la reforma: una reforma radical (un nuevo código) o pulir algunos aspectos de éste. Yo debo advertir que existen tres posiciones que sostienen que es preferible no hacer cambios muy importantes. Por ejemplo, Fernández Sessarego y Max Arias Schreiber y otros ilustres juristas, sostienen que el Código Civil es un Código adolescente, es un Código joven que requiere madurar, al cual uno no puede criticar.

Fernández Sessarego cita mucho el ejemplo de la casa nueva, en la que uno no puede hacer cambios al día siguiente de adquirida la casa; o el ejemplo de los zapatos nuevos que el primer día no quedan bien, se sienten incómodos, hay que esperar unos días por sentirlos cómodos.

En el caso del Código, no sé si hay que esperar años; porque ya pasaron doce años. Yo ciertamente no comprendo con esa posición, a mí me parece que ha pasado un tiempo razonable para que nos demos cuenta qué cosas del Código nos sirven, qué figura funciona bien y cuáles mal, como para que nos de-

mos cuenta que hay aspectos del Código que no calzan con la realidad actual, y la realidad ha evolucionado muchísimo; evidentemente el estado de cosas, la economía y el orden social han cambiado mucho en estos 12 años en el Perú. Y eso es una razón más que suficiente, además de las que han mencionado ustedes, como el cambio en la Constitución, para que el Código necesite un acomodamiento a las nuevas circunstancias, fuera de corregir los errores que tuvo el código anterior.

DyS: En lo referente al trabajo de la Comisión de Contratos - Parte General, ¿Cuál fue el espíritu de las Comisiones, qué ideas generales guiaron el trabajo de la misma en torno a las reformas planteadas?

EBT: Creo que el espíritu de la Comisión ha sido mantener de un lado las grandes líneas directrices del Código en la parte contractual, particularmente el perfil de lo que debe ser el contrato en el Código Civil según Manuel De la Puente, quien ha llevado los debates, es probablemente el que se ha impuesto.

Ha habido debates muy intensos sobre los diversos temas, algunos todavía no se han agotado como el de las cláusulas generales de contratación, pero yo diría que básicamente el espíritu de la Comisión es respetar los principios de autonomía privada, de buena fe contractual, y de colaboración es el contrato y de alguna manera flexibilizar algunos aspectos dentro del código que no guardaban coherencia con estos principios. Por ejemplo, el tema de los plazos en los contratos preparatorios que han sido una fuente permanente de conflicto y de quejas por parte de los particulares. Este es un tema que el pleno ha decidido eliminarlo, es decir, que el compromiso de contratar y el contrato de opción no van a estar sujetos a un plazo máximo de un año y seis meses, respectivamente, como sostiene el código actual, sino que el único requisito será que tenga un plazo determinado o determinable, pero serán las partes las que deciden cuál será ese plazo. Ya no se les impone un plazo como si fuere un mecanismo de protección a favor de alguna de las partes.

DyS: Esto no implica que el futuro Código Civil estaría abandonando el principio de tutela de la parte débil de la relación jurídica obligatoria.

EBT: Yo creo que a pesar de todo el código mantiene en la parte de contratos, y va a mantener, una posición de tutela a favor del contratante débil, lo cual es un aspecto del código con el cual yo no estoy cien por ciento de acuerdo, y lo cual ya ha sido fuente de algunos debates y en algunos de ellos, como en el caso de los plazos, la Comisión ha aceptado que dicha posición de tutela en ciertos casos no le corresponde al Código, pero en otros, en cambio, todavía se debe mantener esa función del Derecho Contractual de tutelar a la parte que se le considera débil.

DyS: Específicamente uno de los cambios más notorios que introduce el proyecto de reforma de la parte general de contratos se da en el artículo 1351 sobre la definición de Contrato ¿Qué alcances tiene llamar ahora "Acto Jurídico Plurilateral" al Contrato en vez del "acuerdo de voluntades" de nuestro actual Código Civil ?

EBT: Yo diría que acá hay dos aspectos muy importantes. Uno es reafirmar la vinculación de la teoría del contrato con el del acto jurídico, es decir, de alguna manera existió un divorcio entre contrato y acto jurídico en el código de 1984, y lo que se ha querido en este caso es reparar eso poniendo en claro que el contrato es, primero y antes que nada, un acto jurídico. Yo diría incluso, que este afán de vincular contrato con acto jurídico está llegando tan lejos que se ha propuesto que la parte de Objeto del Contrato salga de Contratación y que vaya al libro de Acto jurídico, o en todo caso que algunas de las reglas como las de Arbitrio de Tercero vayan, por ejemplo, al Libro de Obligaciones, propuesta que considero muy importante porque ayudaría de alguna manera a lograr la necesaria coherencia que se requiere en el Código en relación a los elementos del Acto Jurídico, a la Relación Jurídica que se genera, a los requisitos que debe tener la prestación y al contenido de la prestación.

La segunda ventaja de esta modificación en el concepto de contrato, está en el hecho de reafirmar los aspectos más objetivos de la contratación sin relegarlos, pero sí quitándole énfasis a el término:

“... el espíritu de la Comisión ha sido mantener de un lado las grandes líneas directrices del Código en la parte contractual...”

Acuerdo de Voluntades, el cual es un concepto por el cual Manuel De la Puente tiene y ha tenido predilección, pero que es un camino muy cuestionado en la doctrina moderna.

DyS: Otro punto que hemos podido observar en varios artículos del proyecto, es el reemplazo de la palabra celebrar, por el término concertar. ¿Qué inspiró dicho cambio?

EBT: Esto igualmente es resultado del propósito de coherencia entre los diversos libros del Código, lo que ocurre es que quien tomó la decisión de utilizar el término concertar fue la Comisión de Acto Jurídico. Dicho Comisión, luego de realizar un estudio etimológico, consultando cuál era el sentido adecuado para decir celebrar, encontró que este término no era el más feliz, ni el más adecuado, ni el más exacto. Aunque el término nos parezca un poco raro es preferible utilizar el mismo término utilizado por la Comisión de Acto Jurídico.

DyS: En cuanto al Objeto de Contrato, la redacción de los artículos 1402, 1403 y 1404 no ha sido modificada a pesar de que usted reiteradas veces ha criticado la misma.

EBT: Yo decía efectivamente que habían problemas de redacción en el Código en la parte relativa al objeto del contrato. Defectos que, curiosamente, los hemos estado empezando a corregir en la Comisión y no en la Subcomisión. Por ejemplo, cuando se dice que la obligación que es objeto del contrato debe ser lícita estamos aclarando de que no es la obligación la que es objeto del contrato, sino la obligación cuya creación, modificación, regulación o extinción es lo que es objeto del contrato. Sin embargo, uno de los criterios que se ha adoptado es el de que no es necesario decir “la obligación que es objeto de contrato”, sino simplemente si yo digo que lo que es objeto del contrato es la creación, regulación modificación y extinción de obligaciones en el artículo 1402, el artículo siguiente sólo diría “la obligación debe ser lícita y físicamente posible.

En este punto quisiera reiterar que existe una propuesta de llevar este tema a los libros de Acto Jurídico y de Obligaciones. En particular, porque es evidente que los requisitos que se expresan en los artículos 1403 y 1404, en relación a la obligación, a la prestación, y al bien, servicio o abstención, que son el contenido de la prestación, no son requisitos que correspondan solamente a las obligaciones nacidas de los contratos. Este mismo requisito se va a exigir en relación a una obligación nacida de un acto jurídico unilateral por ejemplo, y por tanto, probablemente, un mejor lugar para tratarlo sería en el Libro de Obligaciones. Sin embargo, la propuesta de modificación del Código está buscando precisar algunos aspectos erróneamente regulados en los artículos 1403 y 1404.

DyS: Existe una posición crítica que señala que la creación, modificación, regulación y extinción de obligaciones, no configura el Objeto del Contrato, sin el efecto del mismo. ¿Se va a recoger esta propuesta en el Código, o por su mera trascendencia teórica y no social, se mantendrá sin cambios el artículo 1402?

EBT: Esa es justamente es la crítica de Carlos Cárdenas, que se está discutiendo en la Comisión. Este artículo 1402 es de inspiración directa de Manuel de la Puente. Si ustedes leen en su libro esta parte encontrarán que son casi las mismas palabras que él utiliza, y él sostiene que básicamente hay sobre este particular tres o cuatro posiciones: una primera sería la del artículo 1402; la segunda sería la de considerar Objeto del Contrato la obligación en sí; la tercera supone considerar Objeto del Contrato la conducta, posición que es muy aceptada por quienes dicen que lo que les interesa a las partes es la conducta; y existe una cuarta posición seguida por muchas de los juristas que forman parte de la Comisión de Acto jurídico en el sentido de que el objeto sería el bien.

Nuestro código, que ha seguido el criterio del Código Civil Italiano, acoge la primera posición, porque la pregunta sobre el Objeto del Contrato apunta hacia qué es lo que se coloca frente al contrato y qué es lo que el contrato busca generar precisamente como efecto, qué es lo que está en la mira del contrato. Y eso según Manuel De la Puente es la creación, regulación, modificación y extinción de obligaciones, lo cual seguramente va a ser contras-

tado en la Comisión con las posiciones mencionadas.

Incluso, hay quienes dicen que el debate es absolutamente inofensivo porque esta es una discusión meramente teórica y doctrinal pero que no tiene ningún efecto práctico. A mí lo que más me importa es que queda claro de que en la medida en que el objeto del contrato es distinto del contrato, en la medida de que los efectos que genera el contrato son distintos del contrato en sí, lo que yo puedo hacer en materia de esos efectos, es distinto de lo que ocurre al momento de la celebración del contrato, y por tanto yo tengo la libertad para celebrar un contrato sobre bien futuro, sobre un bien ajeno, gravado, embargado, etcétera, y eso no me representa ningún problema.

DyS: En el caso de los supuestos que determinan la caducidad de la oferta cuando no se ha establecido plazo, se aprecia en el proyecto que se han ampliado supuestos. ¿Cuál es la importancia de esta modificación?

EBT: El Código actual diferenciando entre oferta de contratación entre presentes y entre ausentes establecía en primer lugar que en el caso de una oferta para contratar entre presentes la respuesta debería ser enseguida y si no era así, la oferta caducaba; y para el caso de la contratación entre ausentes también debía haber una respuesta inmediata, solamente había que tener en cuenta el tiempo suficiente para que la respuesta llegue a conocimiento del oferente, lo que llamamos “el término de la distancia”.

En el proyecto de reforma del código se ha considerado necesario reconocer que hay situaciones en las cuales el destinatario de la oferta necesita de un tiempo para poder analizarla y tomar una decisión, necesita un plazo de reflexión, y que por lo tanto el Código al establecer el término “seguidamente” podía estar considerando al destinatario de la oferta a dar una respuesta inmediata sin tener un tiempo suficiente como para reflexionar, analizar, comparar, hacer estudios y tomar una decisión. Por eso justamente se ha introducido una referencia a las circunstancias del caso y a la naturaleza de la operación, para que quede claro que en ciertos casos ese plazo debe ser uno más flexible.

El tercer supuesto del art. 1385 del Código Civil en cambio, sólo se está mudando de sitio, de lugar, a fin de hacer que esté regulado conjuntamente con

el artículo 1384, el cual regula la retractación de parte del oferente.

DyS: *¿Cuál cree usted que va a ser el nuevo papel de INDECOPI en los contratos con cláusulas generales de contratación?*

EBT: Sobre este punto existen dos posiciones. Nosotros habíamos acordado en el seno de la Comisión de que a INDECOPI le corresponda el papel de probar las cláusulas generales de contratación y le corresponda además, señalar qué bienes y servicios, encajando dentro del supuesto del artículo 1394, son los que deben ser contratados obligatoriamente con arreglo a cláusulas aprobadas administrativamente. Estas dos funciones deben ser ejercidas por INDECOPI dado que esta institución tiene de un lado la responsabilidad por la tutela del consumidor, y de otro lado también tiene responsabilidad por lo que es la tutela del libre mercado, por lo que es garantizar la libre competencia; y las cláusulas generales cumplen no solamente una función de protección al consumidor, sino cumplen también una función en el ámbito de la libre competencia, en lo que es garantizar que en una económica del mercado los particulares tengan derecho de utilizar un mecanismo de contratación que es sumamente seguro, rápido, eficaz, y que se puede prestar a abusos, para los cuales existen controles, pero que tienen, sin duda, un valor positivo.

En una reunión de la Comisión donde estaban presentes los funcionarios de INDECOPI, éstos manifestaron que ellos preferían que el control que haga este organismo de las cláusulas no sea uno previo, sino *a posteriori*, sosteniendo que dentro de la experiencia de INDECOPI, el control de las situaciones de abusos del consumidor era mucho más eficaz cuando se hacía teniéndose celebrado un contrato que ya se estaba aplicando, que cuando el contrato esté en proyecto o en redacción. Esto se produce así según INDECOPI, porque en muchos casos lo que aparentemente se presenta como abusivo cuando uno lo lee en una cláusula resulta que en la realidad, en la práctica, de acuerdo a la lógica de un negocio, resulta teniendo sentido.

Por ejemplo la cláusula que prohíbe el prepago o que permite capitalizar intereses, de pronto tiene sentido en función de determinados negocios y en otros no, y que por lo tanto, INDECOPI debería tener la función de ver que en cada situación parti-

cular se justifican no esas cláusulas, las cuales no deberían ser catalogadas como abusivas a priori.

Este es un criterio, pero ha habido otro distinto en la Comisión, por el cual se sostuvo que junto al control jurisdiccional debe haber un control administrativo, el cual deberá ser previo. Asimismo, este control administrativo es facultativo, y siendo facultativo a quien lo solicita y lo obtiene, se le otorgan ciertas ventajas, como por ejemplo que las cláusulas se incorporan a su oferta, que por lo tanto siendo facultativo automáticamente no vemos ninguna razón por la cual los comerciantes no pueden acudir a INDECOPI para lograr que sus cláusulas sean aprobadas.

El criterio que ha tenido la comisión, además, es que se requiere que exista una única institución que tenga a su cargo la aprobación de esas cláusulas, para que no ocurra lo que pasa actualmente, que es la existencia de una serie de organismos y de instituciones; tenemos un “monstruo de mil cabezas” que aprueba las cláusulas. Y algunas cláusulas son consideradas buenas por un Ministerio y otros las consideran malas, lo cual atenta contra la seguridad jurídica.

DyS: *Uno de los aspectos llamativos del Proyecto del Código, consiste en regular separadamente la garantía de buen funcionamiento, confiriéndole un capítulo entero a una sólo artículo. ¿Qué opinión le merece la ubicación de esta norma en el Proyecto?*

EBT: La Garantía de Buen Funcionamiento ya estaba regulada en el Código Civil, sin embargo, se encontraba mal ubicada. Esto es así, por que la garantía de buen funcionamiento no tiene nada que ver con el saneamiento por vicios ocultos.

En primer lugar, esta garantía no es imperativa, no es obligatoria, no es legal, es un pacto por el cual las partes libremente establecen que en caso el bien que se transfiere o que se entregue, presente algún desperfecto dentro de cierto plazo, el adquirente tendrá el derecho a conseguir que el bien sea reparado o que se resuelva el vínculo y se le devuelva el precio pagado o que se le indemnice de alguna manera.

Es claro que la garantía de buen funcionamiento se diferencia completamente del saneamiento por vicios ocultos, ya que en esta, no existe vicio oculto, no hay un desperfecto escondido, el desperfecto

puede haberse manifestado después y no al momento de la celebración del contrato. Lo que interesa en ese caso es que simplemente el bien se haya malogrado, que no funcione más. Por ejemplo, entonces, yo no tendría que demostrar que mi reloj tenía un defecto al momento de la transferencia, sino basta señalar que ya no funciona.

Es por ello que, con buen criterio, se ha “sacado” la garantía de buen funcionamiento de la parte de sanamiento por vicios ocultos y se le ha puesto en un capítulo aparte.

De repente es excesivo que tenga un capítulo aparte porque estamos, finalmente, ante una figura que es voluntaria, y no obligatoria. Para ser sinceros, todavía se está pensando cual sería el mejor lugar para regular la garantía de buen funcionamiento, de repente en Compraventa, o mantenerla en un capítulo aparte, o quizá ni siquiera regularla, ya que después de todo hay muchísimos pactos que no están regulados y que, sin embargo, son perfectamente posibles de ser celebrados. Por ejemplo, el pacto de preferencia, el cual es muy utilizado en muchos tipos de contratos.

La garantía de buen funcionamiento se ha pretendido regular bajo el argumento de Arias Schreiber y Manuel de la Puente, quienes señalan que esta garantía es muy importante y muy utilizada en el comercio minorista, y por lo tanto, es bueno que el particular sepa que tiene un derecho. En ese sentido, coincido en que podría ser muy conveniente su regulación.

DyS: *La supletoriedad de las normas del Código Civil se encuentra establecida claramente en el art. 1354 de dicho Código. ¿No es redundante, remarcar este figura, al anexar a algunos artículos de la parte de Contratos la frase: “... salvo pacto en contrario”?*

EBT: Sí, ese artículo es un poco redundante, yo coincido con ustedes. Creo que si ese artículo de pronto lo sacáramos, no le haríamos ningún daño al Código. Como he dicho, uno de los propósitos del Código anterior fue el de hacer un Código para el

común de las gentes y, probablemente, para el común de las gentes sí podría ser importante que exista un artículo en el cual se diga que las normas del Código tienen básicamente carácter supletorio, y que

no son imperativas salvo que del propio texto de la norma se pueda inferir ese carácter imperativo.

Yo no tengo ninguna duda de que para un Abogado, o para un estudiante de Derecho con una buena formación jurídica, ese principio se en-

cuentra ínsito en la contratación. Las normas de contratación por su naturaleza son normas supletorias de la voluntad de las partes, salvo en aquellos temas en los cuales evidentemente hay consideraciones de interés público, de protección, etc. Pero repito, en esto, el Código mantiene una línea coherente, la línea de tratar de, aunque a veces sobreabunden palabras, ser absolutamente claros en la afirmación de ciertos principios. Técnicamente este artículo probablemente no sea de lo mejor pero cumple una función de claridad, si se quiere, para efectos del manejo que hacen del Código los no letrados.

DyS: *Conocemos su preocupación sobre los efectos que tienen los cambios de circunstancias sobre las relaciones contractuales. En este proyecto ¿qué disposiciones nuevas, o qué nuevas ideas se están plasmando sobre este tema?*

EBT: La mayor parte de lo que se ha hecho en materia de cambio de circunstancias, ha sido más bien corregir el texto vigente, por ejemplo, el artículo 1442, donde hay una regla que se aplica no solamente al supuesto del art. 1440 como lo dice el articulado, sino que se aplica también a todos los supuestos de excesiva onerosidad de la prestación. Hemos corregido también el artículo 1440 y 1442 para permitir que el perjudicado por la excesiva onerosidad pueda no solamente pedir que la prestación excesivamente onerosa sea reducida o que la contraria sea aumentada, sino también para poder solicitar que se modifiquen las modalidades de ejecución: por ejemplo, yo podría pedir que se me de un plazo para cumplir o podría pedir que el lugar

“... yo tengo la libertad para celebrar un contrato sobre bien futuro, (...) bien ajeno, gravado, embargado, etc. y eso no me representa ningún problema”.

del cumplimiento sea distinto porque de esa manera se alivia la excesiva onerosidad, con lo cual se le da un poco más de facultades a los Jueces.

La primera innovación que se ha incluido es una disposición que permite a los Jueces, cuando se les plantea una demanda por excesiva onerosidad, y el Juez considera que existe una apariencia de Derecho y razones atendibles que darían a entender que hay un supuesto de excesiva onerosidad frente al cual se requiera actuar rápidamente porque sino el daño que se iría a causar sería sumamente grave, disponer la suspensión de la relación obligacional. Esto resulta muy importante, porque, en un proceso judicial que dura mucho tiempo, por el sólo hecho de presentar la demanda yo no estoy facultado a dejar de cumplir. Imaginemos que yo tengo una prestación que se ha vuelto muy onerosa y que es una prestación periódica, y se me vence la cuota, y resulta que ya presenté mi demanda pero el Juez no hace pronunciamiento alguno, y éste va a demorar todavía un año más. Esto, que de alguna manera podía haber sido diferido en las normas procesales vía las medidas cautelares, ha sido delegado al Juez en tal sentido.

A mí me hubiera gustado que esta parte de alteración de circunstancias recogiese algunos supuestos onerosos como el de la frustración del fin del contrato, pero soy consciente que todavía esto para la mayoría de los miembros de la Comisión resulta demasiado innovador y aquí es donde entra el criterio básicamente conservador de la Comisión, en el sentido de que es preferible esperar algún tiempo para darle cabida en el Código a figuras que son muy nuevas, y por ello los cambios que se hagan no son cambios demasiado de fondo.

DyS: No es un contrasentido regular detalladamente figuras que tienen una aislada aplicación en la realidad, y a la vez, adoptar un criterio restrictivo e incluso desregulador con respecto a los contratos típicos que gozan de un ámbito de aplicación muchísimo más importante?

EBT: Estoy de acuerdo con eso. Yo creo que hay algunas figuras que están reguladas en el Código y que no merecen una regulación porque su aplicación en la realidad es diminuta, por ejemplo, el pacto de retroventa en el caso del contrato de compraventa, que es un pacto, estoy seguro, que si ustedes al realizar un trabajo de investigación revisan

los minutarios en alguna notaría se van a encontrar con que ese pacto es uno en un millón si tenemos suerte; pero estamos dedicándole toda una serie de artículos del Código a una figura que a los particulares no les sirven ni les útil. Y en ese caso como en otros casos esta figura básicamente se ha mantenido por razones de tradición jurídica, y no por ninguna otra razón.

En cambio, contradictoriamente, el Código por ejemplo sanciona con nulidad otros pactos, como el de mejor comprador, el de preferencia en beneficio del vendedor, y otros más, que son pactos que si las partes le ven sentido, a ellas que lo pacten. Otra cosa distinta es no regular esos pactos, pero prohibirlos tampoco tiene sentido. Las partes deben decidir si les conviene o no les conviene. DYS

Entrevista realizada por Jorge Acevedo Mercado y Mario Solís Córdova, miembros de Derecho y Sociedad.