



W.H. VASQUEZ REBAZA (al cuidado de), *Principales cláusulas de la contratación privada contemporánea*, Ius et Veritas, Lima, 2021

1. – La doctrina general del contrato ya desde hace algún tiempo ha adquirido la idea de que cada tipo de contrato es un “plano de distribución de riesgos”¹, de modo que la elección de un contrato en vez de otro, y la propia elección del “tipo contractual”, representa una técnica para distribuir los riesgos dentro del contrato y permite valorar, respecto a su economía global, la compatibilidad entre la organización original de intereses y aquella presente al momento del cumplimiento.

Todo contrato tiene, en efecto, un equilibrio económico que las partes le atribuyen, de modo que su “economía” debe ser entendida como la repartición del riesgo de advenimientos que resulta en cada caso conforme al reglamento de intereses contractualmente previsto, en el cual cada prestación tiene siempre y solamente el valor de la contraprestación concedida por el contratante interesado en obtenerla, y no un abstracto y objetivo valor de mercado.

En la dinámica del derecho de los negocios el contrato deviene por lo tanto en un instrumento con el cual las partes, por un lado, organizan la mejor sistematización de sus intereses en base al tipo de contrato – o de operación económica – que intentan construir y realizar; por otro lado, predisponen una “red de protección del contrato” contra eventos externos, previsibles e imprevisibles, que pueden alterar la economía original del contrato, es decir, el originario equilibrio jurídico y económico que las partes habían dado al contrato en el momento de su diseño y celebración.

La adopción de cierto tipo de contrato es entonces indicio de la elección que los contratantes han querido realizar en mérito a la distribución de los riesgos que pueden derivar del contrato; de modo que, en base al modelo negocial al que las partes se han referido, se puede deducir qué contratante debe soportar las consecuencias que inevitablemente se vinculan al esquema jurídico formal en el que ingresa la íntegra operación económica.

La distribución del riesgo contractual demarca, en efecto, el límite dentro del cual se puede soportar oscilaciones capaces de incidir en la medida del intercambio sin, al mismo tiempo, ocasionar modificaciones capaces de impedir la realización de tal función y

¹ Werner FLUME, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, en *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, I, Karlsruhe, 1960, 147; Id., *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-Nueva York, 1975, 2ª ed., 507 y siguientes.



la medida fijada por las partes para repartir el riesgo contractual – dado que el evento sobrevenido puede incidir en la medida del intercambio, y por ende en la función concreta de intercambio – puede representar entonces un indicio de la dilucidación y de la valoración de los vicios de esta función, ya que permite aclarar sus eventuales alteraciones.

El problema se presenta sobre todo en el ámbito de la actividad de empresa, la cual, como es conocido, sufre situaciones que producen inestabilidad y aleatoriedad en la gestión de los negocios, en particular cuando se trata de operaciones económicas complejas, de contratos dirigidos a regular la adquisición de participaciones sociales de control de grupos empresariales, de sucursales de empresas, o bien que involucren contratos de obra internacionales o contratos de provisión de servicios, incluyendo servicios energéticos, prevalentemente estipulados entre partes contratantes pertenecientes a nacionalidades diversas entre sí, respecto a los cuales la falta de ejecución del contrato, o el atraso en el cumplimiento de prestaciones individuales, genera pérdidas económicas y financieras bastante relevantes y significativas.

2. – Uno de los instrumentos para administrar el riesgo contractual, es decir, el riesgo de un posible fracaso del programa negocial, es la cláusula.

La cláusula –noción y concepto al que se puede asignar una pluralidad de significados y adjetivaciones (cláusula autónoma, impuesta, etcétera) – es cualquier afirmación lingüística completa contenida en el texto del contrato que, cualquiera que sea su contenido, en la medida que tenga un significado lingüístico completo, racional y lógico, constituye una parte del contrato en sentido sustancial y formal.

Por lo tanto, es necesario resistir a cualquier tentación, de matriz puramente clasificatoria, de empadronar las posibles cláusulas y consiguientemente reconducirlas a la unidad para llegar a indicar todas las posibles articulaciones de la noción. Parece, en cambio, útil recordar la autorizada opinión² según la cual sería “vano intentar reducir a la unidad” los diversos significados que puede asumir el término cláusula del contrato.

La cláusula es entonces un “fragmento” del contrato.

Es una parte del texto que – ya sea que este tenga valor de regla, y por ende de compromiso para las partes; ya sea que en lugar tenga valor de mera enunciación de un hecho o de una circunstancia concerniente al contenido del contrato – tiene un valor preceptivo o solo enunciativo de la íntegra organización de intereses.

² Cesare GRASSETTI, voz “Clausola del negozio”, en *Enciclopedia del diritto*, VII, Milán, 1960, p. 184.



La cláusula, sin embargo, por su autonomía lingüística y lógica, en su significado resulte capaz, en determinadas regulaciones de intereses, y a causa de lo que en aquella se ha redactado, de hacer depender de su contenido la realización del proyecto contractual global, una sola de sus partes o de neutralizar sus efectos.

La atención al tema de la cláusula, antes que a los tipos contractuales individuales que las contienen, también es fruto de la reciente consciencia adquirida de que el contrato – como esquema y modelo formal del acto de autonomía privada – está perdiendo progresivamente su connotación “nacional” o “interna” en una experiencia jurídica individual (sea esta de derecho codificado o de derecho común), puesto que el fenómeno de objetivización del intercambio contractual y de la progresiva difusión de la *lex mercatoria*, como regla objetiva del derecho del mercado internacional, desde hace tiempo señalado por Francesco Galgano, induce a superar en la consideración del contrato, ya sea a la mera representación conceptual que lo reconduce al contrato típico, o al contrato atípico, para proyectarlo en vez de ello a la dimensión de la operación económica³; ya sea a la necesaria referencia únicamente a la legislación nacional aplicable.

El derecho viviente y el dato de la praxis de los contratos internacionales nos muestra, en efecto, cómo los contratos “internos” de las experiencias jurídicas nacionales de derecho codificado se encuentran actualmente expuestos a la “contaminación” de cláusulas extraídas de modelos de contratos provenientes de países del *common law*, mediante la inevitable inserción, en los esquemas provenientes del derecho codificado interno, de cláusulas elucidadas en las praxis y en las regulaciones contractuales de países de derecho común.

Una consecuencia casi inevitable del nuevo paradigma negocial del derecho de los negocios es la circunstancia de que las controversias relativas al contrato sean remitidas a un centro arbitral – por la innegable ventaja ofrecida a cada parte de elegir a sus propios jueces –, antes que al juez nacional y de que a menudo la legislación aplicable no sea la del lugar de celebración del contrato, sino que para aquella negociación particular sea invocada una legislación incluso distinta a la legislación nacional de pertenencia de las partes contractuales, o la circunstancia de que la regulación del procedimiento pueda emanar de las denominadas “fuentes persuasivas”, como en el caso del reglamento arbitral Uncitral.

³ Vease por ejemplo en el derecho uruguayo, SEF 3-7-2015; SEF 9-123-2014; SEF 2-310-2011; SEF 1-123-2012; SEF 1-21-2011; SEF 2-9198-2011; TAC 4° 315/2007; y sobre todas, *Suprema Corte de Justicia*, n. 1241 de 12 de agosto 2019, in <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>. Sobre el tema, y también para ulteriores indicaciones, me permito reenviar, últimamente, a Enrico, GABRIELLI, *Autonomía privada, coligamiento negocial y estructura formal de la operación económica*, en *RDJDC (Uruguay)*, 2020.



3. – Un ejemplo particularmente útil para apreciar el valor tanto estructural como funcional de una cláusula dentro del reglamento negocial en su conjunto, es ofrecido por el fenómeno de la coligación negocial⁴, en el cual es posible apreciar cómo las cláusulas individuales pueden a veces articularse y coordinarse entre sí, conviviendo en la misma coligación entre contratos, independientemente de la posición que aquellas ocupan, ya sea en el contrato individual, ya sea en el diseño constructivo de la secuencia de negocios.

En las hipótesis de contratos coligados a menudo se refleja con evidencia el valor estructural y funcional de la cláusula – también mediante la referencia de que aquella puede operar en las disposiciones y reglas contenidas en los individuales contratos coligados entre sí – como instrumento para regular la organización de intereses en su globalidad, independientemente de su composición formal y estructura, puesto que una cosa es que un contrato determinado constituya el presupuesto de un contrato posterior (o de otros posteriores), como sucede en el caso de la coligación (necesaria y voluntaria) entre contratos; y otra cosa es que con la coligación negocial se quiera crear una operación conjunta, para realizar un interés que resulte funcionalmente unitario, aunque tal resultado se produce mediante la coligación de una pluralidad de contratos o de negocios jurídicos autónomos.

La unidad funcional de la operación económica perseguida por las partes no perjudica, en efecto, el problema de la unidad o pluralidad de los contratos, y por ende la individualización en concreto de una hipótesis de coligación⁵.

En el plano del análisis de la operación económica y de su conformación estructural a menudo es la cláusula individual, o el resultado interpretativo que se extrae de un conjunto combinado de cláusulas, el indicio interpretativo para individualizar y calificar cuál es la disciplina de la organización de intereses en su integridad, como ocurre, por ejemplo, ya sea en el caso de los negocios únicos con estructura compleja, ya sea en el caso de la coligación entre negocios.

⁴ Para el derecho peruano, cfr. Rómulo MORALES HERVIAS, *Contratos coligados*, en *Estudios sobre teoría general del contrato*, 2006, Lima, 2006, 363; WALTER VASQUEZ REBAZA, *La (visible) presencia de los contratos coligados en el sistema jurídico peruano*, en *Revista jurídica del Perú*, 2012, 157 y siguientes.

⁵ Cfr. Enrico GABRIELLI, *El contrato. Del tipo contractual a la operación económica*, Santiago de Chile, Olejnik, 2020; ID., *Operación económica y teoría del contrato*, Buenos Aires-Turín, Astrea-Giappichelli, 2017, *passim*; ID., *Estudios sobre teoría general del contrato*, Lima, Jurista Editores, 2013, 463 y siguientes.; ID., *Doctrina general del contrato*, I, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 2009, 17 ss.; ID., *El Código de Napoleón, el contrato y “la operación económica”*, en (<https://ius360.com/columnas/enricogabrielli>); ID., *La operación económica en la teoría del contrato*, en *IUS ET VERITAS*, 22 (44), 16-40, (<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12019>).



En la primera hipótesis, en el plano estructural, se asiste a un contrato único de contenido complejo caracterizado por la existencia de un propósito negocial objetivamente único, que se refleja en el nexo existente entre las diversas prestaciones con una intensidad capaz de impedir que cada una de aquellas prestaciones pueda ser relacionada a una causa típica distinta, de modo que las diversas prestaciones se presentan entre sí como orgánicamente interdependientes y dirigidas a conseguir un resultado unitario indivisible.

En la segunda hipótesis, en cambio, se está en presencia de un mecanismo (ya sea voluntario o legal) que, en el plano estructural, describe a un esquema articulado, a través del cual las partes persiguen un resultado económico unitario y complejo, que sin embargo es realizado, no mediante un contrato individual, sino a través de una pluralidad coordinada de contratos. Sin embargo, cada uno de tales contratos conservan su propia y autónoma causa, aunque cada una de estas se encuentra dirigida a realizar, en su conjunto, un resultado ulterior respecto a aquel expresado en la causa de los contratos individuales organizados en secuencia. Con la consecuencia que, en tales hipótesis, la coligación, aun pudiendo determinar un vínculo de recíproca dependencia entre los contratos en secuencia, no excluye que cada uno de ellos se caracterice por una propia causa y conserve una distinta individualidad jurídica.

El criterio de distinción entre una y otra hipótesis, además de la naturaleza estructural, es de carácter funcional, puesto que depende de la unidad o pluralidad de los intereses perseguidos por las partes, que a menudo debe ser individualizada mediante la interpretación de las cláusulas individuales –o de un conjunto de cláusulas– que de aquella unidad o pluralidad representan el momento de enlace o que, por el contrario, indican su separación.

Se trata, por ejemplo, de resaltar si, en determinadas situaciones, se está en presencia de múltiples contratos autónomos, en ocasiones estipulados incluso por sujetos distintos, pero cada uno de aquellos dotado de una causa propia, que como tal podría vivir una vida propia, pero que, en concreto, se coloca dentro de una operación, la cual, en su globalidad, está dirigida a realizar un fin unitario y ulterior, respecto a aquel proyectado por la causa negocial individual involucrada en el esquema. Fin que trasciende la causa de los negocios individuales o de los individuales comportamientos de ejecución, que se puede apreciar solo en relación a la especificidad de la operación económica concebida por las partes.

El encuadramiento del problema y la calificación de la hipótesis no solo tiene relieves teóricos, respecto a la configuración estructural de las hipótesis individuales, sino sobre



todo aplicativos, como resulta evidente por cuanto concierne por ejemplo al juicio de licitud y de protegibilidad del interés concretamente perseguido, que debe ser efectuado en concreto, evaluando la naturaleza del efecto querido, más allá de la pantalla formal mediante la cual se proyecta la representación exterior de la estructura negocial empleada.

La presencia de una pluralidad de negocios, y eventualmente también de partes negociales, hace surgir, ante todo, el problema de si se puede considerar que todos los contratos involucrados en la secuencia pueden calificarse como coligados – o si algunos de ellos tienen solo un nexo de ocasionalidad con la coligación – con la consiguiente indivisibilidad del resultado económico de los contratos individuales, respecto al efecto final perseguido con la coligación; o si se trata de una operación económica unitaria, y por ende de un único interés y de una única función negocial concreta, caracterizada por lo tanto por un fin ulterior respecto a aquel propio de los tipos individuales.

En el primer caso, la disciplina en sede de interpretación (y por ende también aquella relativa por ejemplo a la invalidez, o a los criterios y parámetros que gobiernan la ejecución del contrato) será aquella atomística relativa a los contratos individuales, y por ende, a los segmentos negociales individuales colocados en secuencia.

En el segundo caso, la interpretación, aun evaluando la relación que existe entre la función realizada por el contrato individual, considerado autónomamente, y los otros, deberá tener en cuenta la función realizada por el conjunto de los contratos vinculados, a causa del interés económico y jurídico unitario perseguido por las partes, precisamente mediante la construcción de una única y unitaria estructura jurídica caracterizada por una unidad del efecto a realizar.

El intérprete deberá por lo tanto examinar y evaluar, en el plano técnico de la construcción de la organización de intereses y de su efectiva relevancia, su función – y su perímetro estructural – para apreciar la diferencia entre pluralidad de contratos, cada uno con causa autónoma, contrato único con estructura compleja y unidad formal de la operación. Si no se razona en esta dirección, de hecho, no se logra apreciar aquella unidad morfológica, además de funcional que, bajo el aspecto no sólo estático, sino también dinámico, el intérprete debería tener presente, a fines de una reconstrucción orgánica de las hipótesis contractuales individuales, ya sea para una comprensión plena del significado sustancial de la organización de intereses objeto de examen y de valoración, ya sea para encuadrarlas en un sentido o en otro.

En el contexto indicado, juegan un rol esencial precisamente las cláusulas contractuales individuales, puesto que estas representan a menudo el momento de vinculación, en el plano de los efectos queridos por las partes, de las diversas y articuladas reglas que



componen el contenido y la estructura de los negocios individuales en secuencia, o de sus segmentos individuales y nexos de coligación, y constituyen, a veces incluso implícitamente, los indicios interpretativos de la coligación y de sus efectos.

4. – El volumen al cuidado de Walter Vásquez Rebaza ofrece un testimonio importante de los relieves que la articulación de estos diseños constructivos de reglas, expresión de autonomía privada y negocial, y de sus estructuras formales asume progresivamente en el derecho de los negocios y del comercio internacional.

Las cláusulas individuales comentadas en el volumen, y su evaluación, toca e incide, en efecto, en sus aspectos principales, ya sea del contrato en general, ya sea de los contratos individuales.

En el primer plano de observación, uno de los temas investigados en el presente volumen es precisamente aquel de la regulación de las hipótesis de imprevisión y cambio de circunstancias contractuales⁶, o de las cláusulas que tienden a mantener la estabilidad del contrato, mediante la exclusión convencional por obra de las partes de la posibilidad de su resolución, de modo que tal exclusión puede constituir por sí misma un remedio contractual: es más, el único remedio⁷.

La investigación – que obviamente no podría extenderse hasta comprender todas las cláusulas que en la praxis del derecho viviente encuentran expresión en materia contractual – examina algunas hipótesis que inciden también en los elementos estructurales del contrato en general, de modo que, además de los ya señalados aspectos relativos al riesgo contractual y a la fuerza mayor, se abordan los aspectos de la formación del contrato, por cuanto concierne a la reserva de la confidencialidad en las tratativas⁸; de su completitud, con el análisis de la *merger clause*⁹; del objeto, con respecto a la cláusula de *earn out*¹⁰; ya sea de los posibles acuerdo sobre la forma¹¹, de la posibilidad de crear una li-

⁶ Cfr. Francesca BENATTI, *Modificación de circunstancias y cláusulas contractuales*; Rodrigo MOMBORG, *Las cláusulas de hardship como mecanismo de adaptación del contrato*; Marcela CASTRO, *Las cláusulas de indemnidad y la distribución de riesgos en la contratación comercial*; Sheraldine PINTO, *La cláusula de fuerza mayor en los contratos petroleros*.

⁷ Enrico GABRIELLI, *La cláusula de exclusive remedy*.

⁸ Fiorella VÁSQUEZ, *El acuerdo de confidencialidad en los tratos preliminares*.

⁹ Giorgio DE NOVA, *Merger clause y contrato ajeno*.

¹⁰ Fabio SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Reflexiones sobre el marco legal de la cláusula earn out en la teoría general del contrato*.

¹¹ Silvana FORTICH, *El acuerdo sobre la forma: Referencia al derecho positivo francés*.



mitación al poder de disposición, con respecto a la cláusula “*de no enajenar*”¹²; o bien, a los efectos de las cláusulas de *pari passu* en la circulación de los créditos¹³.

La investigación realizada en el libro sigue los pasos de la antigua y tradicional bipartición contractual entre *venditio* y *locatio*, y siguiendo aquel sendero se realiza también el análisis de las cláusulas que pertenecen más estrictamente al plano de indagación que concierne a estas hipótesis contractuales individuales.

La venta y el contrato de obra, en efecto, se revelan una vez más – también frente a la invasión de la economía globalizada y de los contratos estipulados mediante internet – entre los esquemas de mayor atractivo para el estudioso de los fenómenos negociales en el derecho de los contratos individuales, de modo que de las páginas del libro surgen los problemas, aflorados en la venta, ya sea de matriz nacional, ya sea esta internacional¹⁴, de los pactos permitidos y prohibidos¹⁵, de la cláusula de reserva de propiedad¹⁶. Temas, problemas y cuestiones que ocupan las páginas del volumen en la parte dedicada al primer modelo.

A quien ha organizado la investigación y coordinado sus temas ciertamente no le ha sido ajeno que en una economía de empresa donde la prestación de servicios se ejecuta también en países lejanos de la sede del constructor, al frecuente recurso al modelo del contrato de intercambio se le une, por su constante aplicación, el esquema del contrato de obra, ya sea de bienes o de servicios, y además del tema clásico de los vicios ocultos¹⁷.

Se revelan de este modo las técnicas de negociación¹⁸ y de resolución de controversias¹⁹, a veces suscitadas por la presencia en los contratos de cláusulas arbitrales debidas

¹² Lilian SAN MARTÍN, *Cláusulas de no enajenar*.

¹³ Freddy ESCOBAR, El caso Elliott y el dilema de la cláusula *pari passu* en la deuda soberana: entre el *holdout* y el default estratégico.

¹⁴ Robert HILLMAN, El artículo 29(2) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: Un nuevo esfuerzo para aclarar los efectos jurídicos de las cláusulas de “*No Oral Modification*”.

¹⁵ Alfredo SORIA, *Pactos permitidos y prohibidos en el contrato de compraventa*.

¹⁶ Antonio ALBANESE, *La cláusula de reserva de propiedad en el derecho civil italiano*.

¹⁷ Eric Franco REGJO, *La cláusula de responsabilidad por vicios ocultos posteriores a la aceptación de la obra*.

¹⁸ Sharon GRADOS *La cláusula de ampliación de plazo en los contratos de construcción*; Katherine Waidhofer, *Cláusulas de incentivo de pago en contratos de construcción*.

¹⁹ Jaime GRAY-Jonnathan BRAVO, *La fatalidad de los reclamos en los contratos de construcción FIDIC: a propósito de los dispute boards*.



a la participación de una pluralidad de empresas en *joint venture* o en contratos plurilaterales²⁰ vinculados a grandes construcciones inmobiliarias, se profundiza, puntualmente y con una investigación exhaustiva, los aspectos del encargo de trabajos subcontratados²¹, o de las operaciones financieras subyacentes²², a veces dirigidas también al mercado de capitales, necesarias para la realización de las obras o de los servicios requeridos.

5. – El volumen – que se aprecia en particular por la capacidad de ofrecer al lector, sea este un teórico o práctico – un examen analítico y exhaustivo de los problemas y de las soluciones vinculados a las cláusulas individuales objeto de estudio – se revela de segura utilidad también desde la perspectiva de verificar, con respecto a su constante aplicación práctica en el derecho de los contratos, si las soluciones ofrecidas por la doctrina en su encuadramiento, en la sistematización teórica y en la interpretación de la disciplina a aquellas aplicables, encuentran una verificación efectiva en las decisiones de los jueces, o cuál es su grado de adhesión y de recepción, y hasta qué punto el coloquio entre doctrina y jurisprudencia puede ser proficuo y fértil para la obtención, sobre todo en el mundo de los contratos, de aquella certeza en la aplicación del *regulae juris* que desde siempre representa una de las aspiraciones más buscadas por los doctores de la ley.

[Enrico Gabrielli]

²⁰ Gino RIVAS, *La cláusula arbitral en relaciones contractuales multiparte*.

²¹ Walter VASQUEZ, *Las cláusulas back-to-back en los contratos de construcción*.

²² Diego MANSILLA-Leonardo VALDÉZ, *Las cláusulas de revisión de renta en operaciones inmobiliarias de cesión del uso y aprovechamiento comercial en el Perú*.