

La libertad contractual en el Código Civil: entre regulaciones, limitaciones y silencios

Claudia MADRID MARTÍNEZ*

RVLJ, ISSN 2343-5925, ISSN-e 2791-3317, N.º 20, 2023, pp. 107-157.

SUMARIO

Breve introducción 1. De la autonomía de la voluntad a la libertad contractual en el Código Civil 2. Las regulaciones 3. Las limitaciones 4. Los silencios 4.1. La autonomía de la voluntad y la interpretación del contrato 4.2. La autonomía de la voluntad y las relaciones asimétricas 4.3. Una asimetría en el equilibrio económico del contrato: teoría de la imprevisión Una muy breve idea para terminar

Breve introducción

El tema la libertad contractual ha sido una constante en nuestra línea de investigación desde hace mucho tiempo. Un par de seminarios sobre Derecho Constitucional impartidos en 2002 por el profesor Enrique TEJERA PARÍS, en el Doctorado en Derecho de la Universidad Central de Venezuela, fueron un escenario propicio para empezar a analizar la tendencia que ya iniciaba

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado; Doctora en Ciencias mención Derecho; Profesora Titular. **Universidad de Colonia**, *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt (2012-2014). **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesora Titular. **Universidad Autónoma Latinoamericana**, Profesora investigadora parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI). **Universidad de Antioquia**, Profesora de Derecho Internacional Privado.

en Venezuela, con la célebre sentencia de los créditos indexados, y que auguraba una vida muy restringida a la autonomía de la voluntad. Esa tendencia, lamentablemente, ha ido en aumento, por lo que podríamos afirmar que la autonomía, en ocasiones, no parece ser ni suficiente ni plenamente libre.

No obstante, el principio de la autonomía de la voluntad sigue estando en la base de las regulaciones del Código Civil respecto de las relaciones contractuales. El Código reconoce su valor y también sus limitaciones, pero calla respecto de algunos aspectos puntuales. Por eso queremos dedicar este homenaje a un nuevo aniversario del Código Civil venezolano –80 años para el caso del Derecho de las Obligaciones–, volviendo sobre la noción de libertad contractual.

Para ello, comenzaremos por recordar algunos conceptos fundamentales, muy vinculados a la noción histórica de la autonomía de la voluntad, para luego entrar en sus limitaciones, tanto las que vienen del propio Código Civil, en particular, mediante la clásica noción de orden público, como aquellas que le llegan como consecuencia de la expansión del intervencionismo estatal. Finalmente, miraremos los silencios del Código analizando, en primer lugar, lo relativo a la importancia de la libertad contractual en la interpretación del contrato; en segundo lugar, los temas vinculados a la asimetría contractual; y, finalmente, el impacto que sobre esta pueda tener el cambio en las circunstancias y la consecuencial procedencia de la teoría de la imprevisión.

1. De la autonomía de la voluntad a la libertad contractual en el Código Civil

«Obra solo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en una ley universal»¹. Para que el hombre pueda querer lo que debe, su voluntad no ha de estar sometida a una ley extraña, pues al someter la voluntad a la ley de otro, no se obtiene nunca un deber, sino más bien una necesidad de obrar en interés de este otro. Ser ley para sí mismo, he

¹ KANT, Immanuel: *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Alianza Editorial. Trad. R. R. ARAMAYO. Madrid, 2002, A 52.

allí como concibió KANT la autonomía de la voluntad, concepto base para la ciencia jurídica.

Antes, en el siglo XVI, Hugo GROCIO había definido al contrato como un «acto voluntario», producto del libre ejercicio de la voluntad del hombre que, al igual que tiene poder sobre sus bienes, tiene completa soberanía sobre sus decisiones. Por medio de ese acto voluntario –entiende GROCIO– una persona promete alguna cosa a otra, con la intención de que esta acepte y pueda, por lo mismo, adquirir un derecho contra el promitente².

Con estas opiniones hemos de considerar también a autores como PUFFENDORF y WOLFF³. No es en tal sentido gratuito el lamento de MÉLICH ORSINI, quien, haciéndose eco de las palabras de VILLEY, afirma que «ha podido decirse con razón que “nuestra teoría del contrato es un regalo que nos ha hecho a los juristas un cierto grupo de filósofos de la Europa moderna” y que lamentablemente, por esa misma circunstancia, “nosotros debemos nuestra ciencia jurídica a pensadores perfectamente ignorantes del derecho”»⁴.

Esta noción filosófica llega al Derecho como «autonomía privada». Comúnmente definida como «el poder de autodeterminación de la persona»⁵, como

² GROCIO citado en AUGÉ, G.: «*Le contrat et l'évolution du consensualismo chez Grotius*». En: *Archives de Philosophie du Droit*. T. XIII. 1968, pp. 99 y ss., especialmente p. 104.

³ SOLARI y ROUHETTE citados por LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos*. 2.^a, Tirant lo Blanch. Valencia, 1993, p. 37.

⁴ MÉLICH ORSINI, José: *Doctrina general del contrato*. 4.^a, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2006, p. 11. El autor cita: VILLEY, Michel: «*Préface historique à l'étude des notions de contrat*». En: *Archives de Philosophie du Droit*. T. XIII. 1968, pp. 1 y ss., especialmente p. 3.

⁵ «El sentido inmediato del término se amplía así hasta comprender todo el ámbito de la autarquía personal. Se piensa entonces en la esfera de libertad de la persona, para ejercitar facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen. De modo que podría ser definida, como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social». Ver: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*. Reimp. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1971, pp. 11 y 12.

el poder «de autorregulación de los intereses propios entre los mismos interesados (...) que en la conciencia social es ya considerada como obligatoria para las partes»⁶, la autonomía privada puede verse, en primer lugar, como la posición del sujeto en el ámbito de su particular esfera jurídica, en el sentido de que su libertad le permite gozar y ejercer sus derechos subjetivos; o, en segundo término, como una posición de poder que le permite determinar por sí mismo sus relaciones jurídicas con los demás sujetos, dentro de los límites de lo lícito⁷.

En este último sentido ha de entenderse la libertad contractual, una manifestación del poder que, en el orden jurídico, corresponde a la persona para ejercitar sus facultades y someter su comportamiento a determinadas reglas de conducta, en su relación con los demás y el contrato representa, precisamente, el paradigma de este poder inherente a la persona⁸. Ese poder se manifiesta, en primer término, como «actividad y potestad creadora, modificadora o extintiva, de relaciones jurídicas entre individuo e individuo; relaciones cuya vida y vicisitudes están ya disciplinadas por normas jurídicas existentes» y, en segundo lugar, precisamente, como autorregulación, como autonomía creadora de normas⁹.

Sin embargo, entender que la voluntad es la fuerza que hace que el contrato sea vinculante para las partes supuso dejar atrás el formalismo romano y entender que la forma no es más importante que la voluntad de las partes de obligarse. Ese pacto desnudo que un día fue despojado de su poder obligatorio –*ex nudo pacto obligationem non parit*–, adquiere un nuevo cariz gracias a las ideas venidas del Derecho canónico donde el contrato es más una cuestión de ética que de técnica: *Servanda est fides, pacta sunt servanda*.

⁶ BETTI, Emilio: *Teoría general del negocio jurídico*. Comares. Trad. A. MARTÍN PÉREZ. Granada, 2000, p. 48.

⁷ MÉLICH ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), pp. 19 y 20.

⁸ LALAGUNA DOMÍNGUEZ: ob. cit. (*Estudios de Derecho...*), p. 41.

⁹ BETTI: ob. cit. (*Teoría general...*), pp. 53 y 54.

La escuela pandectista alemana, y en particular SAVIGNY, aportó también elementos fundamentales con su noción de negocio jurídico –*Rechtsgeschäft*– entendido como sinónimo de declaración de voluntad –*Willenserklärung*–¹⁰, y de contrato –*Vertrag*–, la principal manifestación del negocio jurídico, que nace cuando la declaración de voluntad de una parte coincide con la de otra u otras¹¹. La fuerza creadora de la voluntad expresada en el contrato se refleja en el contenido del artículo 305 del Código Civil alemán¹² y, de este lado del mundo, en el artículo 1437 del Código Civil de Andrés BELLO¹³. Esa voluntad, en la doctrina de SAVIGNY, tal como bien lo destaca GARCÍA AMIGO, es creadora pero también reguladora¹⁴.

En medio de este panorama, al cual se une el liberalismo económico con su *laissez faire, laissez passer*, «que sostiene que el mejor modo, el más adecuado a la naturaleza, y por lo mismo, el más científico, de organizar la

¹⁰ «*Unter Willenserklärungen oder Rechtsgeschäften sind diejenigen Tatsachen verstehen, die nicht nur freie Handlungen, sondern in welchen zugleich der Wille des Handelnden auf die Entstehung oder Auflösung eines Rechtsverhältnisses unmittelbar gerichtet ist*». Ver: SAVIGNY, Friedrich Carl: *System des heutigen römischen Rechts*. T. I. Veit. Berlín, 1840, pp. 98 y 99.

¹¹ «*Vertrag ist die Vereinigung mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihren Rechtsverhältnissen bestimmt werden*», *ibid.*, t. III, p. 3.

¹² «*Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit ein Gesetz ein anderes vorschreibt*». Luego de la reforma del Derecho de las obligaciones en 2002, el artículo 311 admite que el contrato también puede modificar la obligación: «*Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt*».

¹³ Esta influencia es notoria cuando la norma admite que las obligaciones nacen del «concurso real de las voluntades de dos o más personas». Ver: GUZMÁN BRITO, Alejandro: «Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídicos y del contrato (II): El sistema y el vocabulario de la negociabilidad jurídica en las codificaciones americanas». En: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. N.º 19. 1997, pp. 50 y ss., <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54551997000100003>, especialmente p. 55, reconoce que BELLO leyó la versión francesa del libro de SAVIGNY.

¹⁴ GARCÍA AMIGO, Manuel: «Idea del contrato: cincuenta años después (Consideraciones previas a una definición del contrato)». En: *Foro*. N.º 2 (*Nueva época*). 2005, pp. 11 y ss., especialmente p. 30.

economía en provecho de la sociedad, es permitir el libre juego de la economía privada»¹⁵, nace el Código Civil francés, que entiende al contrato como «*une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*» (artículo 1101), lo cual implica que el contrato es producto de la voluntad.

No obstante, esta definición del Código Civil francés parece limitar la función del contrato al nacimiento de la obligación, con lo cual se puso de manifiesto la distinción entre contrato y convención, de manera que el contrato es una convención que crea obligaciones, mientras que si se pretende modificarlas, transmitir las o extinguirlas, se trata de una convención no calificada como contrato¹⁶. En ese sentido, luce más acertada la definición que introdujo el artículo 1098 del Código Civil italiano de 1865: «*Il contratto è l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico*», afinada por el legislador en 1942 al sustituir, en el artículo 1321, la expresión vínculo jurídico por «*rapporto giuridico patrimoniale*».

En el caso de Venezuela, hubo una primera referencia legislativa a la libertad contractual en la Ley de 10 de abril de 1834, generalmente conocida como «Ley de libertad contractual». El considerando de esta Ley empezaba por reconocer a la «libertad, igualdad y seguridad de los contratos» como elementos fundamentales para la prosperidad de la República. No obstante, la Ley parece más enfocada en la ejecución de la obligación que en el reconocimiento expreso de la libertad contractual, y solo se refiere expresamente a esta en el artículo 2, al disponer que: «En todos los demás contratos, así como el interés que en ellos se estipule, cualquiera que sea, también se ejecutará estrictamente la voluntad de los contratantes».

Esta Ley respondió, según comenta CORSI, a la situación económica que experimentaba Venezuela en aquellos tiempos¹⁷. En efecto, la situación

¹⁵ MÉLICH ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), p. 19.

¹⁶ *Ibid.*, p. 9.

¹⁷ Ver: CORSI, Luis: «El Derecho de las Obligaciones en la codificación civil (evolución y perspectivas)». En: *Homenaje a Tomás Enrique Carrillo Batalla*. T. I. UCV. A. GRILLET, coord. Caracas, 2009, pp. 445 y ss., especialmente p. 461.

económica, política y social dejada por la Guerra de Independencia fue enfrentada por este instrumento normativo, que fue también muy criticado, pues aunque su objetivo era fomentar el financiamiento a productores agrícolas, terminó por convertirse en un instrumento que incentivaba la usura¹⁸, trayendo «ruinosas consecuencias»¹⁹.

Con el inicio de la codificación, la influencia francesa –tomada a través del Código de BELLO²⁰ y, en menor medida, del proyecto de Código Civil español de Florencio GARCÍA GOYENA²¹– se hizo presente en Venezuela. Así en los códigos civiles de 1862 y 1867, se entendió que «El contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede estar constituida por una o muchas personas».

Con el viraje hacia el Código Civil italiano de 1865 que se produjo con el Código venezolano de 1873, el concepto de contrato se amplió, y empezó a admitirse que el contrato no solo crea obligaciones, sino que también puede reglarlas, modificarlas o extinguirlas. Esta definición se ha mantenido hasta hoy, con la sola modificación introducida en 1942, cuando se admitió que el contrato también puede transmitir obligaciones²².

¹⁸ Se trató de un «instrumento legal aprobado en el gobierno de los conservadores, fue un documento de carácter liberal que incentivó la usura, motivo por el cual muchos hacendados (deudores) quedaron arruinados, ya que los prestamistas (acreedores), al hacer sus respectivos préstamos a los hacendados-propietarios que devengaban un interés muy alto, derivado de estas transacciones comerciales». Ver: YBARRA, Jaime: «Estrategias electorales en Venezuela: 1830-1858». En: *Revista Mañongo*. N.º 36, Vol. XIL. UC. Valencia, 2011, pp. 149 y ss., especialmente p. 152; BRITO FIGUEROA, Federico: *Historia económica y social de Venezuela*. 8.ª, UCV. Caracas, 2009, p. 238.

¹⁹ CORSI: ob. cit. («El Derecho de las Obligaciones...»), p. 461.

²⁰ Artículo 1438: «Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas».

²¹ Artículo 973: «El contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan, respecto de otra o más, a dar alguna cosa o prestar algún servicio».

²² MÉLICH ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), p. 8.

Así, el artículo 1133 del Código Civil vigente dispone que «El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico». El contrato puede definirse –y así lo hace MÉLICH ORSINI– como un «negocio jurídico bilateral capaz de crear, reglamentar, transmitir, modificar y extinguir una relación jurídica de cualquier naturaleza entre las partes que concurren a su celebración, y no solo es eficaz en lo que se refiere a vínculos de naturaleza personal (de contenido patrimonial o extrapatrimonial) entre las partes, esto es, derechos de créditos (lo que se llama “eficacia personal” del contrato), sino que también puede afectar el estado de los derechos reales (la llamada “eficacia real” del contrato)»²³.

Siendo el contrato una convención, un negocio jurídico, serán las partes quienes, en uso de su voluntad, de su libertad contractual, determinarán libremente sus relaciones convencionales, y tal expresión de la voluntad será obligatoria para ellas, pues «Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes» (artículo 1159 del Código Civil venezolano).

Tal es la importancia de la voluntad en la formación de los contratos, que hoy no se pone en duda su carácter de principio general del Derecho²⁴, en tanto es una expresión de la libertad de la persona²⁵, cuyo reconocimiento por la Ley

²³ Ídem.

²⁴ «Las decisiones judiciales entienden en forma general, en el mismo sentido que la doctrina, que el principio de la autonomía de la voluntad, constituye un principio general del Derecho sobre el cual reposa la teoría general del contrato y su regulación jurídica. La doctrina venezolana afirma que, en materia contractual, debe tenerse como un principio el que la mayor parte de las normas legales son supletorias de la voluntad de las partes, las cuales solo están dirigidas a suplir el silencio o la imprevisión de las partes, salvo por aquellas normas de carácter imperativo». Ver: ANNICCHIARICO, José y MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «El Derecho de los contratos en Venezuela: hacia los principios latinoamericanos de Derecho de los contratos». En: *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Mélich Orsini*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. C. MADRID MARTÍNEZ, editora. Caracas, 2012, pp. 19 y ss., especialmente pp. 24 y 25.

²⁵ «El principio de la autonomía de la voluntad tiene como concepción o regla fundamental la libertad de los particulares de autorregularse, manejar sus intereses a su

positiva se impone por exigencia de la Ley natural²⁶. En este sentido, ya en otras oportunidades la hemos considerado inmersa, ante la ausencia de una mención expresa, en la norma del artículo 20 de la Constitución de la República²⁷, según la cual «Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social»²⁸.

Así, al ser «la autonomía de la voluntad (...) la máxima manifestación de la libertad» podríamos entenderla fundamentada en la norma, en la medida que esta es, «en términos generales, la máxima consagración del derecho a la libertad, entendiendo este como la posibilidad de escoger, de elegir, de actuar conforme a la autodeterminación, sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico»²⁹.

El profesor MORLES HERNÁNDEZ no ve con buenos ojos la fundamentación de la autonomía en el precepto constitucional, debido a la «precariedad» de la situación en la que pone a este principio, al hacerlo depender de las interpretaciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para la cual –afirma MORLES HERNÁNDEZ haciéndose eco de las palabras de DELGADO

conveniencia». Ver: DE FREITAS DE GOUVEIA, Edilia: «La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 1. Caracas, 2013, pp. 37 y ss., especialmente pp. 45 y 46.

²⁶ LALAGUNA DOMÍNGUEZ: ob. cit. (*Estudios de Derecho...*), pp. 46 y 47.

²⁷ *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 36 860, de 30-12-99.

²⁸ MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «La libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo». En: *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Mélich Orsini*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. C. MADRID MARTÍNEZ, editora. Caracas, 2012, pp. 105 y ss., especialmente p. 120. En sentido similar, DE FREITAS DE GOUVEIA: ob. cit. («La autonomía de la voluntad...»), p. 46, ha afirmado que «Esa esencia de la noción de libertad jurídica la podemos derivar en nuestro ordenamiento jurídico del artículo 20 de la Constitución».

²⁹ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Alcance del artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (libre desenvolvimiento de la personalidad)». En: *Revista de Derecho*. N.º 13. TSJ. Caracas, 2004, pp. 13 y ss., especialmente pp. 33 y 19.

SOTO³⁰— «la esencia de los derechos, especialmente de los derechos sociales, no es un límite último sino un concepto que depende de la idea de Estado plasmada en la Constitución, lo que es superior y subordina cualquier norma o exigencia jurídica particular»³¹. La posición extrema de la Sala, sin duda, ha arrinconado a la autonomía, pero ello, en nuestra opinión, no tiene por causa la vinculación de la autonomía con el artículo 20 de la Constitución.

En Colombia, por ejemplo, la autonomía también se ha fundamentado en normas constitucionales —entre ellas, según veremos, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad—, pero la Corte Constitucional no ha tomado el mismo camino. En efecto, la Corte ha afirmado que la autonomía privada goza de «garantía constitucional»³² y se deduce de otros derechos consagrados por la Carta Magna: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 14); el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (artículo 16); el reconocimiento de la función social de la propiedad (artículo 58); la libertad de asociación (artículos 38 y 39); y la libertad de actividad económica y de iniciativa privada (artículo 333)³³. La autonomía no es —afirmaba la Corte en una decisión de 2003³⁴— «... un derecho patrimonial (...) ni depende de ciertas situaciones jurídicas, no es disponible ni enajenable por parte de su titular o de un tercero —Estado o particular— y no es atribuido *ex negotium*...». Se trata más bien de un derecho que «... tiene su

³⁰ DELGADO SOTO, Francisco: *La idea de derecho en la Constitución de 1999*. UCV. Caracas, 2008, pp. 172-177.

³¹ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: «El declive de los estudios de Derecho privado». En: *Revista Propiedad Intelectual*. N.º 19. ULA. Mérida, 2016, pp. 51 y ss., especialmente pp. 62 y 63.

³² Corte Constitucional, sentencia N.º SU-157, de 10-03-90, unifica expedientes T-153.327 y T-152.413, acción interpuesta por Gilberto Gaviria Posada y Luis Enrique Villalobos Castaño.

³³ Así lo entiende MORALES HUERTAS, Margarita: «Constitución y límites a la autonomía privada». En: *Autonomía privada. Perspectivas del Derecho contemporáneo*. Universidad Externado de Colombia. M. NEME, coord. Bogotá, 2018, pp. 195 y ss., especialmente pp. 202 y 203.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia N.º T-423, de 23-05-03, acción de tutela instaurada por Amparo Franco Vélez vs. Granahorrar.

fuente directa en la Constitución y en la Ley, y constituye desarrollo imprescindible...» de los derechos antes mencionados.

Al vincular la autonomía privada con la noción de Estado social –*ex* artículo 1 de la Constitución³⁵–, la Corte Constitucional colombiana ha estimado que:

... la autonomía de la voluntad privada no se concibe como un simple poder subjetivo de autorregulación de los intereses privados, «sino como el medio efectivo para realizar los fines correctores del Estado social, a través del mejoramiento de la dinámica propia del mercado» [sentencia T-668 de 2003] de manera tal que debe entenderse limitada y conformada por el principio de dignidad humana, los derechos fundamentales de las personas, la prevalencia del interés general, la función social de la propiedad (artículo 58), el bien común como límite a la libre iniciativa privada, la función social de la empresa (artículo 333), la dirección general de la economía a cargo del Estado y los poderes estatales de intervención económica (artículo 334).

En Venezuela, sin embargo, hemos presenciado cómo la jurisprudencia se ha empeñado en arrinconar a la libertad contractual, incluso después de formada. A estas limitaciones volveremos *infra*, antes veremos más de cerca las regulaciones fundamentales que, respecto de la autonomía, están contenidas en el Código Civil venezolano.

2. Las regulaciones

Según ya hemos afirmado, el Código Civil venezolano reconoce la voluntad de los sujetos, como el poder de reglamentar el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen; y la Ley, en este ámbito, solo jugará un rol

³⁵ Constitución Política, artículo 1: «Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general».

supletorio. Esta idea pone de manifiesto, por un lado, la fuerza normativa –y por ello vinculante– del contrato, es decir, su poder para producir normas, y, por otro, las relaciones de esas normas derivadas de la autonomía de la voluntad con el Derecho objetivo.

Mucho se ha discutido sobre el carácter originario o derivado de la autonomía de la voluntad y ello, en el fondo, tiene que ver precisamente con el problema –ya puesto de manifiesto en 1977 por BIANCA– del reconocimiento del contrato como fuente normativa de Derecho objetivo³⁶.

FERRI, por ejemplo, entiende que la autonomía es una manifestación del poder atribuido a la persona de crear normas jurídicas, dentro de los límites establecidos por la Ley. Siendo así, entre norma jurídica y autonomía solo existe una diferencia de grado, pues la autonomía es un poder derivado y limitado, debido a que las normas estatales sustraen del poder privado ciertas materias que se reserva para su regulación³⁷. En sentido similar, HINESTROSA ve en la autonomía privada un poder normativo que, aunque con «menor alcance», produce normas de Derecho objetivo, «en ejercicio de un poder delegado» en los sujetos negociales por el ordenamiento jurídico³⁸.

Dentro de la doctrina española, LALAGUNA DOMÍNGUEZ admite que entre norma jurídica y acto de la voluntad no solo existe una diferencia de grado, sino que además ha de considerarse que la norma de Derecho objetivo es un presupuesto de la libertad jurídica de la persona; mientras que la voluntad es una expresión de tal libertad. La voluntad es, en definitiva, un poder originario por ser expresión, en el orden social, de exigencias de la naturaleza

³⁶ BIANCA, Cesare Massimo: *La autorità private*. E. Jovene. Nápoles, 1977, p. 1.

³⁷ «El fenómeno de la autonomía privada está visto así en su aspecto de limitación o autolimitación de la ordenación estatal, que deja espacios en los que puede insertarse la actividad normativa de los particulares». Ver: FERRI, Luigi: *La autonomía privada*. Trad. L. SANCHO MENDIZÁBAL. Madrid, 1969, pp. 10 y 11.

³⁸ HINESTROSA, Fernando: *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*. Vol. I. 3.^a reimp., Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2019, p. 120.

humana que se imponen al Derecho objetivo. La autonomía es, antes que un poder normativo, una expresión de la libertad del ser humano³⁹.

Creemos que en el ámbito interno, tal como lo ha planteado KANT, la voluntad es soberana y autónoma; sin embargo, en el campo del Derecho necesita, al menos, la vigencia del principio *pacta sunt servanda* para poder desplegar su fuerza vinculante⁴⁰. No habría manera, distinta del proscrito uso de la fuerza física, de obligar a un sujeto a cumplir con su obligación sin la vigencia de este principio.

Respecto de las relaciones entre las normas derivadas de la voluntad y las contenidas en el ordenamiento jurídico, luce atractiva la tesis de GRONDONA, quien estima que, aunque la lejanía, la fractura entre autonomía y autoridad suelen darse por sentadas, tanto como la contraposición entre orden jurídico de los particulares y orden jurídico estatal, es preferible entender que entre autonomía y autoridad hay una relación biunívoca que permite que el contrato se enriquezca del ordenamiento jurídico y viceversa⁴¹.

Ahora bien, en Venezuela, como en todos los Estados cuyos códigos civiles tienen su fuente directa o indirectamente en el sistema francés, «Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes». Tal es el postulado del artículo 1159 del Código Civil, norma que, según apunta MÉLICH ORSINI, reconoce a las «voluntades particulares» el poder de «reglamentar por sí mismas el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen». El profesor MÉLICH ORSINI es particularmente claro cuando observa: «las partes contratantes determinan libremente y sin intervención de la Ley, pero con una

³⁹ LALAGUNA DOMÍNGUEZ: ob. cit. (*Estudios de Derecho...*), p. 40.

⁴⁰ «Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca». Ver: KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho, Introducción a la ciencia del Derecho*. 17.^a, Edit. Universitaria. Buenos Aires, 1981, p. 153.

⁴¹ GRONDONA, Mauro: «Poderes de los privados, fuentes y transformaciones del Derecho. Búsqueda de un nuevo orden conceptual». En: *Autonomía privada. Perspectivas del Derecho contemporáneo*. Universidad Externado de Colombia. M. NEME VILLAREAL, coord. Bogotá, 2018, pp. 83 y ss., especialmente pp. 86 y 87.

eficacia que el propio legislador compara con la de la Ley, los contratos que ellas celebran». Frente a estas determinaciones de las partes –insiste el autor– la Ley no cumple más que un rol supletorio⁴².

Comentando la norma correspondiente con el vigente artículo 1159 en el Código Civil de 1896, DOMINICI afirmaba que «Con estas palabras quiere decir el legislador que las partes están obligadas a respetar y cumplir las estipulaciones establecidas en el contrato como han de cumplir y respetar las leyes, pues lo supone formado legalmente»⁴³. Esta última expresión de DOMINICI coincide, de alguna manera, con el contenido de las normas correspondientes del Código Civil francés de 1804⁴⁴ –solución que se mantiene luego de la reforma de 2016⁴⁵– e italiano⁴⁶, y con el Código Civil de BELLO⁴⁷ que, inspirado

⁴² MÉLICH ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), p. 20. «También como consecuencia del fundamento de la fuerza obligatoria del contrato en la autonomía de la voluntad, las partes son libres de regular sus relaciones económicas particulares, derogando total o parcialmente todas las normas supletorias contenidas en el Código Civil, en el Código de Comercio y demás leyes (artículo 1159 del Código Civil)». MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de obligaciones. Derecho Civil III*. T. II. 11.ª, UCAB. Caracas, 2001, p. 528.

⁴³ DOMINICI, Aníbal: *Comentarios al Código Civil venezolano (reformado en 1896)*. T. II. 3.ª, Colegio de Abogados-Librería Destino. Caracas, 1982, p. 575. En sentido similar, CASAS RINCÓN, César, *Obligaciones civiles. Elementos*. T. I. Artes Gráficas. Caracas, 1946, p. 138, ha afirmado que «Este es el precepto impuesto por el legislador en interés general de la sociedad; el contrato es el precepto que las partes se imponen libremente a sí mismas para determinar sus derechos y regular sus relaciones particulares. Para que obliguen como la ley, es preciso que estén celebrados con arreglo a la ley, esto es, que reúnan todos los requisitos referentes a su esencia y a su forma, porque si falta alguno el contrato no existe, y no existiendo no puede crear al vínculo que obliga al igual que la ley».

⁴⁴ Artículo 1134: «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*».

⁴⁵ Artículo 1103: «*Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits*».

⁴⁶ Artículo 1123: «*I contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti*».

⁴⁷ Artículo 1545: «Todo contrato legalmente celebrado es una Ley para los contratantes».

en el mismo principio, entiende que para «ser una Ley para los contratantes» ha de tratarse un «contrato legalmente celebrado»⁴⁸.

Ahora bien, al entender que la fuerza de Ley del contrato deriva del hecho de que el mismo haya sido legalmente formado, DOMINICI parece entender que la sola voluntad no basta para que el contrato despliegue su fuerza obligatoria, y que si así lo hace es porque el legislador lo ha querido. Además, ha de entenderse, tal como lo pone de manifiesto SANOJO, que no debe creerse «que un contrato sea exactamente una Ley bajo todos los respectos. Lo son únicamente para el efecto de su cumplimiento entre las partes», pues las estipulaciones contractuales han de ser procesalmente tratadas como cuestiones de hecho y no de Derecho, tal como ocurre con la Ley⁴⁹.

Ahora bien, como consecuencia del reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el Código Civil, ha de entenderse que las partes pueden dar a sus convenciones la forma, denominación y naturaleza que deseen, pues es bien sabido que los derechos de crédito, precisamente por su base consensual, no están establecidos en un *numerus clausus*, como ocurre con los derechos reales⁵⁰. Su forma y contenido solo encuentran límite, en principio, en la propia voluntad de las partes y así lo reconoce el legislador al permitir los contratos atípicos (artículo 1140 del Código Civil venezolano).

Igualmente, tal como hemos afirmado, las partes pueden derogar las normas previstas en la Ley y modificar diversos aspectos del contrato. MÉLICH ORSINI

⁴⁸ Una disposición idéntica está contenida en el artículo 1602 del Código Civil colombiano: «Todo contrato legalmente celebrado es una Ley para los contratantes».

⁴⁹ SANOJO, Luis: *Instituciones de Derecho civil venezolano*. T. III. Gráficas San Sebastián. Madrid, 1953 (reimp. de la primera ed.: Imprenta Nacional. Caracas, 1873), pp. 35-36. Ver también: OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo: *Teoría general del negocio jurídico*. 7.^a reimp., de la 7.^a ed., Temis. Bogotá, 2021, pp. 306-308.

⁵⁰ Ello, a pesar de las discusiones que puedan plantearse al respecto. Para examinar las posturas que se han planteado, ver: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria y PÉREZ FERNÁNDEZ, Carlos: *Curso de bienes y derechos reales*. Editorial RVLJ. Caracas, 2022, pp. 227-233.

refiere, por ejemplo, que las partes pueden establecer medios de transmisión de la propiedad, distintos del «consentimiento legítimamente manifestado» (artículo 1161); pueden pactar cláusulas penales (artículo 1257) para sustituir los criterios de determinación de los daños indemnizables (artículos 1273 y ss.); pueden alterar la regla aplicable en caso de pérdida de la cosa debida (artículo 1344), y pueden, desde luego, alterar la estructura formal del contrato⁵¹.

Respecto del tema formal, hemos de tener en cuenta que, en Venezuela, la solemnidad en los contratos es excepcional y, aunque no existe una norma que expresamente lo reconozca, en nuestro sistema rige el principio de libertad de formas, de manera que las partes son libres de elegir la manera en que han de exteriorizar su voluntad y solo excepcionalmente han de ajustarse a las exigencias del legislador. La voluntad de las partes puede incluso crear la necesidad de formas particulares para el perfeccionamiento del contrato⁵².

El profesor MÉLICH ORSINI parte de la idea según la cual el artículo 1141 del Código Civil no incluye, entre los requisitos esenciales para la existencia del contrato, referencia alguna a la forma, con lo cual, en su opinión, esta norma «consagra implícitamente la doctrina de que para la existencia del contrato basta en general con el puro consentimiento»⁵³. Así, los contratos solemnes y también los reales —en la encrucijada entre aceptar su carácter consensual o considerarse sometidos a esa forma especial que supone la entrega de la cosa⁵⁴— son excepcionales⁵⁵.

⁵¹ MÉLICH ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), pp. 20 y 21.

⁵² Las partes pueden, afirman MADURO LUYANDO y PITTIER SUCRE: ob. cit. (*Curso de obligaciones...*), t. II, p. 128, crear «mediante contratos preliminares la necesidad de cumplir ciertas formalidades para que el contrato definitivo sea vinculante (contratos solemnes por voluntad de las partes)».

⁵³ MÉLICH ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), pp. 41 y 42.

⁵⁴ El «contrato real es un verdadero anacronismo en los tiempos modernos». Así lo afirma acertadamente el profesor Enrique LAGRANGE, citado por DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Curso de Derecho Civil III. Obligaciones*. Editorial RVLJ. Caracas, 2017, p. 479.

⁵⁵ «El consentimiento es la piedra angular para la formación de la mayoría de los contratos, lo que explica el auge y la abundancia de los contratos consensuales y la limitación de los otros dos tipos de contratos: los reales y los solemnes». Ver: MADURO LUYANDO y PITTIER SUCRE: ob. cit. (*Curso de obligaciones...*), t. II, p. 521.

Ahora bien, a pesar del reconocimiento de la fuerza de la voluntad en materia contractual, la noción de libertad contractual es esencialmente relativa. Su relatividad se ha manifestado a través de ciertos límites y limitaciones, derivados los primeros de la intrínseca significación de los actos que de ella emanan y, las limitaciones, provenientes de circunstancias externas de carácter político, económico o social⁵⁶. Los límites encuentran sus principales fuentes en la Ley y en el orden público y las limitaciones en razones de carácter económico y social. Hoy, sin embargo, ambas nociones se han fundido con un resultado nefasto para el contrato y, desde luego, para la voluntad. Veamos.

3. Las limitaciones⁵⁷

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, el rol de la autonomía de la voluntad como fundamento de la fuerza vinculante del contrato ha ido decreciendo. Podríamos mencionar como primera causa de este decrecimiento, tomando las ideas de CARO GÁNDARA, la pérdida de protagonismo de los códigos y la aparición de leyes sociales que han conducido al abandono de la concepción del contrato como realización de la libertad para dar paso a la consideración de su función social. El contrato –continúa la autora haciéndose eco de la opinión de VOLPE⁵⁸– constituye una relación obligatoria compleja que va más allá de las meras contraprestaciones entre las partes, y «... expresa una ética contractual material que exime al deudor de su obligación en caso de excesiva onerosidad, que busca restablecer el equilibrio material entre las prestaciones y que considera inadmisibles el ejercicio abusivo o antisocial de los derechos»⁵⁹.

⁵⁶ Distinción tomada de LALAGUNA DOMÍNGUEZ: ob. cit. (*Estudios de Derecho...*), p. 48.

⁵⁷ Algunas ideas serán tomadas de nuestro trabajo: ob. cit. («La libertad contractual...»), pp. 120 y ss.

⁵⁸ VOLPE, Fabrizio: *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*. Edizioni Scientifiche Italiane. Roma-Nápoles, 2004, pp. 23 y ss.

⁵⁹ CARO GÁNDARA, Rocío: «En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: el enfoque de justicia relacional». En: *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*. 2.^a, Universidad de Granada-Civitas-Thomson Reuters. S. SÁNCHEZ LORENZO, editor. Madrid, 2013, pp. 53 y ss., especialmente p. 75.

En segundo término, hemos de mencionar, indudablemente, la naturaleza ahora social del Estado de Derecho. En efecto, el siglo xx vio al Estado convertirse en otro jugador de la dinámica contractual impactando, desde luego, la estructura y contenido del contrato. Pero ha sido el tránsito del Estado de Derecho al Estado social de Derecho lo que ha dejado más profundas huellas en las relaciones privadas y, aunque tal como hemos sostenido en otras oportunidades⁶⁰, la proporcionalidad habría de guiar la intervención del Estado, lo cierto es que su predominio sobre la vida privada es tan importante en nuestros días, que ha provocado una expansión hacia cualquier elemento referente a la organización jurídica que interese directamente a la sociedad estatal, cubriendo de esta manera todas las áreas que, aun no siendo de su competencia directa, representan algún interés vital para él.

En otras ocasiones hemos comentado algunas decisiones de la Sala Constitucional que ilustran la forma en que el Estado venezolano entiende su naturaleza de Estado social⁶¹. Destaquemos ahora la decisión de la Sala Constitucional⁶² en la que decidió un recurso de nulidad contra algunos artículos de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, especialmente relacionados con el contrato de adhesión. Nos interesa esta decisión en particular, pues, en ella, la Sala hace un especial énfasis en desdibujar la línea que separa al Derecho privado del Derecho público. División cuya importancia es obra, según la Sala, del Estado liberal, que entendía a ambas ramas del Derecho como «cuerpos comunicados, distintos e independientes». Bajo esta forma de Estado, afirma la Sala:

... los particulares solo estaban vinculados por el Derecho privado; el aparato estatal solo debía dedicarse, tanto judicial como administrativamente a hacer valer dicho Derecho privado. Por lo tanto, era lógico afirmar en ese entonces (y solo para ese entonces), que la relación entre proveedor y consumidor era solo y exclusivamente de Derecho privado o de Derecho Civil; es decir, solo con arreglo a dicha doctrina y para la época en que era

⁶⁰ MADRID MARTÍNEZ: ob. cit. («La libertad contractual...»), pp. 114-117 y ss.

⁶¹ Ver: *ibíd.*, pp. 128-139.

⁶² TSJ/SC, sent. N.º 1049, de 23-07-09, <https://bit.ly/3gPJy6T>.

aceptada cabría afirmar que el Derecho público no puede intervenir en la revisión o control de los acuerdos mediante los cuales los sujetos de la actividad comercial regulan sus recíprocas obligaciones y mutuos intereses.

Este panorama cambia radicalmente con el Estado social, pues, en opinión de la Sala, las relaciones entre particulares, cuando no existe entre ellos un igual poder de negociación, como ocurre entre patronos y trabajadores, entre pequeños productores e industriales o entre proveedores y consumidores, «son vistas de forma diferente». Este tratamiento diferenciado de las relaciones jurídicas implica que, en las «relaciones de cualquier naturaleza en las que sea necesario establecer un equilibrio entre las posiciones de los que en ellas intervengan, podrán contar con la intervención del Estado, sea a través de su aparato judicial, legislativo o administrativo».

En efecto, la intervención puede venir de cualquiera de los poderes del Estado, pues, según afirma la Sala Constitucional, el Estado social es un «Estado global», lo cual implica que «ya no se trata solo, como en el pasado, de adoptar medidas concretas y aisladas para remediar la pobreza del proletariado (la llamada “política social”) o para corregir algunas desviaciones del “sistema económico”; de lo que se trata bajo este modelo es de “dirigir la marcha entera de la sociedad, y aun de modificar su estructura misma para hacerla más justa y para extender el bienestar a toda la población”...».

Dirigir la marcha de la economía como objetivo del Estado social obedece, precisamente, a la tercera causa para el arrinconamiento de la autonomía de la voluntad: la necesaria protección de débiles jurídicos, reconocida por la sentencia citada. El Estado global –afirma la Sala– atiende a la igualdad, el equilibrio, la justicia, la promoción y la protección de los derechos fundamentales de todos, y para ello «... el Estado dictará la regulación pertinente respecto a las áreas de interés que considere prudentes, incluso respecto de aquéllas que la doctrina liberal en alguna de sus fases consideró excluidas de la regulación o de la intervención estatal, salvo para garantizar su libre ejercicio, léase: industria, producción y comercio».

Así, la imperatividad de ciertas normas que fijan de manera anticipada el contenido mínimo de ciertos contratos es manifestación del especial interés del Estado, debido a la presencia de un débil jurídico al cual se debe proteger. El Estado controla ahora las cláusulas que, en principio, las partes podían fijar libremente, constituyendo así instrumentos que le permiten corregir anticipadamente conductas que puedan exacerbar el desequilibrio contractual existente entre partes con desigual poder de negociación. Sin embargo, el carácter interventor del Estado no se agota allí, pues este además se reserva el derecho de intervenir una vez que la relación contractual haya nacido entre las partes, llegando incluso a vulnerar el principio de intangibilidad de los contratos.

Esto fue lo que hizo en el caso de los créditos indexados, que fue la primera decisión del Alto Tribunal en intentar la interpretación de las consecuencias de ser un Estado social de Derecho frente a la autonomía de la voluntad. En esta decisión, la Sala Constitucional⁶³ ordenó la desaplicación de este sistema de crédito, por considerar que perjudicaba en exceso a los deudores hipotecarios, en su condición de débiles jurídicos. Recordemos que los bancos empezaron a emitir estos créditos ajustados al ingreso, en aplicación de una circular dictada en ese momento por la Superintendencia de Bancos⁶⁴, en atención a la entonces vigente Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional⁶⁵.

A pesar de esta autorización previa, a la que hemos calificado como una intervención *a priori* del Estado, la Sala interviene también *a posteriori* sobre la misma relación, argumentando la necesidad de tal injerencia debido a la presencia de un débil jurídico. No obstante, la presencia del débil no es la única razón para que el Estado intervenga, pues también puede intervenir «... por motivos tecnológicos o de otra índole, [cuando] una de las partes del contrato, debido a su posición, lesiona en su calidad de vida, al otro contratante, quien incluso podría formar parte del grupo privilegiado, pero que en

⁶³ TSJ/SC, sent. N.º 85, de 24-01-02, <https://bit.ly/3VKoptC>.

⁶⁴ Vid. Circular N.º SBIF-GNR-1725, de 01-03-99.

⁶⁵ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 37 066, de 30-10-00.

este tipo de relación queda igualado a la masa explotable». Es así como, en los contratos que revisten cierto interés social, la autonomía de la voluntad puede ser limitada, al igual que ocurre con el derecho de propiedad frente a la expropiación por causa de utilidad pública o social.

En opinión de la Sala, la capacidad no es suficiente para que una persona pueda expresar su voluntad. El principio de conformidad en los contratos impone que el consumidor –débil jurídico– sea debidamente informado de todo lo relativo al bien o servicio a adquirir y de las condiciones del contrato, de manera de evitar que el proveedor, valiéndose de su ignorancia, establezca condiciones que podrían incluso considerarse como contrarias a las buenas costumbres. En definitiva, afirma la Sala, «la autonomía de la voluntad irrestricta, no funciona en materias donde la propia ley exige dar informaciones previas a uno de los contratantes, para que pueda existir entre las partes la conformidad con el bien o servicio adquirido con el contrato, para que pueda existir armonía entre ellos, debido a su disímil posición».

La limitación de la voluntad –continúa la Sala– es especialmente necesaria para evitar que quien goza de la explotación de bienes y servicios, propiedad del Estado venezolano y, en consecuencia, del pueblo, impida a los demás el goce de los mismos, de manera que no permita la participación de otros particulares, e incluso del Estado a esos servicios, entre los cuales se encuentra el crédito por interés social. En el Estado social, afirma la Sala, debe primar la solidaridad social por encima de la autonomía.

La protección del débil jurídico vuelve a ponerse de manifiesto para limitar la autonomía en materia de contratos bancarios, cuando el artículo 172.8 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario⁶⁶ ordena a la Superintendencia del Sector ejercer el «más amplio y absoluto control sobre todas las operaciones, negocios y en general cualquier acto jurídico que las instituciones

⁶⁶ Publicada originalmente en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6015 extraordinario, de 28-12-10, fue modificada y publicada como Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario en la *Gaceta Oficial* N.º 39 627, de 02-03-11.

del sector bancario realicen». Además, la propia Superintendencia debe «Establecer las normas generales que regulen los contratos e instrumentos de las operaciones de intermediación y servicios conexos permitidas a las instituciones del sector bancario; y aprobar las cláusulas generales de contratación que le sean sometidas por las instituciones sujetas a su competencia, en la forma contemplada en los artículos pertinentes del Código Civil» (artículo 172.13).

Curiosa remisión si tenemos en cuenta, por un lado, el silencio del Código Civil respecto de los contratos de adhesión y las condiciones generales de contratación⁶⁷; y, por otro, que precisamente este Estado social de Derecho, protector de débiles jurídicos entre quienes destaca el consumidor, derogó el estatuto de protección de los consumidores –la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios⁶⁸– y lo sustituyó por una normativa parcial –la Ley Orgánica de Precios Justos⁶⁹– cuyo objetivo, más que proteger a los consumidores, es controlar a los proveedores de bienes y servicios y establecer sanciones que poco o nada benefician al consumidor. A pesar de esta evidencia, en la ya citada sentencia N.º 1049/2009, la Sala Constitucional sostiene, sin rubor, que

... no es correcto afirmar que cualquier intervención del Poder Público en las actividades de producción, comercialización, distribución y venta de productos o prestación de servicios, por ese solo hecho, implique una delimitación innecesaria y desproporcionada del derecho a la libertad económica o de libre empresa. En primer lugar, porque tales derechos han sido

⁶⁷ MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «La defensa de los usuarios en el marco de la Ley de Instituciones del Sector Bancario». En: *Análisis y comentarios de la Ley de Instituciones del Sector Bancario*. FUNEDA. Caracas, 2012, pp. 413 y ss.

⁶⁸ *Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 358, de 01-02-10.

⁶⁹ Esta Ley se publicó originalmente en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 40 340, de 23-01-14, luego fue reformada y publicada en la *Gaceta Oficial* N.º 6156 extraordinario, de 19-11-14. En 2015, la Ley fue objeto de una nueva reforma, publicada en la *Gaceta Oficial* N.º 6202 extraordinario, de 08-11-15 y nuevamente publicada, con correcciones materiales, en la *Gaceta Oficial* N.º 40 787, de 12-11-15.

socializados, es decir, sus exigencias toman también en cuenta bienes jurídicos relacionados con el equilibrio que debe darse entre las recíprocas contraprestaciones, la calidad de los bienes y servicios y la seguridad de los consumidores y usuarios; y en segundo lugar, porque junto a los derechos clásicos de libertad, nuestra Constitución consagra otros derechos fundamentales, particularmente los derechos sociales, los cuales tienen en cuenta elementos, fines y factores no necesariamente vinculados con la eficiencia económica o a la búsqueda del mayor margen de ganancia, aunque sin desestimarlos.

Lejos ha quedado el clásico concepto de orden público como freno a la voluntad de las partes, incapaz de imponerse a las circunstancias externas al contrato, más vinculadas a temas de naturaleza política, económica o social⁷⁰. El orden público –tal como afirmamos *supra*– atendía a cuestiones internas, propias de la naturaleza del contrato. Es esta estrecha vinculación con el propio contrato y su naturaleza lo que podemos apreciar, por ejemplo, en la enumeración que hiciera el profesor HERRERA MENDOZA de principios considerados por él como de orden público, a la luz del artículo 6 del Código Civil.

El profesor HERRERA MENDOZA se refiere a la prohibición de pactos sobre sucesiones aun no abiertas (artículo 1156 del Código Civil); a la prohibición de sociedades a título universal (artículo 1650); a la limitación del retracto legal a cinco años (artículo 1535); a lo relativo al enriquecimiento sin causa (artículo 1184); al derecho sobre los frutos del que ha poseído de buena fe la cosa reivindicada (artículo 790); al de cualquier poseedor por las mejoras que han aumentado el valor de la cosa ajena (artículo 792); a la obligación de rembolsar al gestor de negocios (artículo 1176), y a la de restituir lo pagado indebidamente (artículo 1178); también al principio según el cual la posesión vale título frente a terceros de buena fe (artículo 794), entre otros⁷¹.

⁷⁰ LALAGUNA DOMÍNGUEZ: ob. cit. (*Estudios de Derecho...*), p. 48.

⁷¹ HERRERA MENDOZA, Lorenzo: *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y temas conexos*. Empresa El Cojo. Caracas, 1960, pp. 50 y 51.

Hoy, como hemos afirmado *supra*, el orden público es reflejo de circunstancias externas al contrato y vinculadas más bien con el ambiente político, social y económico que lo rodea⁷². Hoy, el orden público está llamado a desempeñar, más bien, una función fundamentalmente económica. Se habla entonces de un orden público económico que puede funcionar, en primer término, como un orden público de dirección, a través del cual el Estado canaliza la actividad contractual en el sentido que le parezca más conforme con la utilidad social; y un orden público de protección⁷³, que busca restablecer, entre la parte débil y la parte fuerte, un equilibrio que no se produce espontáneamente en el contrato⁷⁴. En Venezuela, MORLES HERNÁNDEZ añade a estas categorías el orden público de coordinación, según que el Estado se proponga realizar ciertos objetivos económicos, resguardar a una de las partes y mantener el equilibrio del contrato o cumplir una «función de arbitraje que es imprescindible en la economía de mercado»⁷⁵.

Pero la transformación del orden público no se detiene allí. Cada vez son más las leyes que se autoproclaman como de orden público, lo cual ha generado que la frágil línea que la doctrina se ha empeñado en dibujar entre los principios protegidos por el orden público y las normas imperativas, en función de la naturaleza positiva de estas últimas, haya terminado por perderse. El profesor MÉLICH ORSINI destaca esta situación y revive la expresión de JOSSERAND: «asistimos en nuestros días a una “inflación” del orden público» que mengua la virtualidad de la autonomía de la voluntad, pero que no puede

⁷² Así lo hemos referido en: MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Orden público: del artículo 6 a nuestros días». En: *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Franco-Venezolana de Juristas-Ambassade de France au Venezuela. Caracas, 2005, pp. 371 y ss., especialmente pp. 389 y 390.

⁷³ Así lo reconoce ALBALADEJO, Manuel: *Compendio de Derecho civil*. 10.ª, Bosch. Barcelona, 1997, p. 196.

⁷⁴ TERRÉ, François; SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves: *Droit civil, Les obligations*. 7.ª, Précis Dalloz. París, 1999, pp. 352-356.

⁷⁵ MORLES HERNÁNDEZ: ob. cit. («El declive de los estudios...»), p. 64.

significar –insiste el profesor MÉLICH ORSINI– que la autonomía haya dejado de regir en nuestro sistema⁷⁶.

Curiosamente, esta forma de entender el orden público parece suponer un retorno a concepciones de siglos pasados que partían de la idea según la cual una absoluta libertad en materia de Derecho privado podía desagregar la sociedad y dislocar el poder político, por ello era necesario restringirla y garantizar así la armonía y la seguridad de la legislación. Se trataba de un orden público legal e inmutable, producto de un Estado gendarme y expresado mediante un repertorio de normas imperativas y prohibitivas de obligatoria observancia⁷⁷. El propio BETTI reconocía que:

La autonomía privada constituye un fenómeno lógicamente correlativo al de las esferas individuales de los particulares. Donde tales esferas no existen, por ejemplo, en un ordenamiento comunista, la exigencia de la circulación de los bienes y los servicios habría de ser satisfecha de muy diferente modo. Para proporcionar a los particulares aquellos bienes que fuesen considerados de utilidad individual, se debería acudir entonces a asignaciones de la superioridad y distribuciones de oficio (piénsese lo que sucede en el interior de un cuartel en orden a la distribución de alimentos, en la prestación de servicios)⁷⁸.

Aunque estamos convencidos que la autonomía de las partes debería ser la regla y la regulación estatal la excepción, también entendemos que, en algunas situaciones particulares, la intervención del Estado resulta necesaria, como ocurre con la protección de los consumidores. Sin embargo, parece claro que, en el caso del ordenamiento jurídico venezolano, el legislador e incluso el juez intervienen usando la bandera de la protección de los débiles, pero sin brindar una real protección.

⁷⁶ MÉLICH ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), p. 24.

⁷⁷ OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA: ob. cit. (*Teoría general...*), p. 8.

⁷⁸ BETTI: ob. cit. (*Teoría general...*), pp. 48 y 49.

La intervención debe estar siempre guiada por la proporcionalidad y no debe responder a un simple deseo de control, por parte del Estado, sobre las relaciones particulares. Dictar leyes «de orden público» que excluyan la posibilidad de negociaciones de los particulares es negarles autonomía, sin que se garantice solución alguna a los problemas reales. Permitir que el legislador ordene el contenido mínimo del contrato nos obliga a recordar las palabras de CARBONNIER: «*Légiférer est un plaisir d'une qualité plus exquise que commander. Ce n'est plus l'ordre grossier que le maître jette à l'esclave, le chef au soldat, l'impératif immédiat et sans avenir. Non c'est la loi, l'ordre sans visage qui se veut universel et éternel à l'instar, à l'égal de la divinité*»⁷⁹.

Es erróneo que el Estado, dictando cada vez más normas de orden público, reduzca «entre nosotros el papel de la voluntad privada en los contratos a un mero instrumento técnico para obtener la sumisión de los particulares a los fines transpersonales del Estado»⁸⁰, menos aún en un momento en el que empieza a hablarse de simplificación regulatoria y de disminución de los costos de la Ley⁸¹, con la idea de privilegiar la eficiencia del mercado, dando más espacio a la autonomía sin desconocer, desde luego, las protecciones que puedan ser necesarias.

4. Los silencios

Este afán de control que se manifiesta en la producción masiva de normas contrasta con los silencios del Código respecto de temas fundamentales. A los efectos de este trabajo, referiremos tres aspectos de la autonomía de la voluntad respecto de los cuales habría valido la pena cierta atención del legislador: en primer lugar, lo referido a la interpretación del contrato; en segundo lugar, los aspectos vinculados a la asimetría contractual; y, finalmente, el caso en el cual el cumplimiento apegado a la voluntad de las partes puede resultar perjudicial, cuando puede suponer la ruina del deudor.

⁷⁹ CARBONNIER, Jean: *Essais sur les Lois*. Répertoire du Notariat Defrénois. París, 1979, p. 204.

⁸⁰ MÉLICH ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), p. 24.

⁸¹ GHERSI, Enrique: «Economía de la corrupción». En: *Advocatus*. N.º 2. Universidad de Lima. Lima, 2000, pp. 173 ss., especialmente pp. 174 y 177.

4.1. La autonomía de la voluntad y la interpretación del contrato

La interpretación del contrato es uno de los temas más complejos del Derecho contractual. Para facilitar su comprensión resulta de gran utilidad comprender que bajo la expresión «interpretación del contrato» se esconden tres procesos perfectamente diferenciables entre sí: la calificación, la interpretación propiamente dicha y la integración del contrato.

El primero de estos procesos, la calificación, se vincula con la subsunción de la situación concreta en el supuesto de hecho de una norma jurídica⁸². En tal sentido, ha de afirmarse que se califica cuando se precisa si una relación jurídica determinada es un contrato y, de serlo, cuando se establece de qué tipo de contrato se trata. Por ello, normas como la contenida en el ya comentado artículo 1133 del Código Civil, que define lo que ha de entenderse por contrato, es una norma que contribuye al proceso de calificación, lo propio podemos decir de las normas que, dentro de nuestro Código y fuera de él, definen tipos contractuales específicos⁸³. Este proceso, además, conduce al operador a determinar cuándo se encuentra frente a un contrato mixto o frente a uno atípico.

En segundo término está la interpretación propiamente dicha. Este proceso describe la acción de «desentrañar el verdadero contenido jurídicamente relevante del contrato en cuestión para precisar tal contenido»⁸⁴, y constituye, desde luego, el aspecto central de la interpretación. En esta fase corresponde al intérprete intentar llegar a lo que las partes realmente han querido, partiendo de la idea según la cual, si el contrato es voluntad, pues este debe ser

⁸² BARRIOS, Haydée: «La interpretación del contrato por el juez en el Derecho interno y en el Derecho Internacional Privado». En: *Libro homenaje a José Mélich Orsini*. Vol. I. Instituto de Derecho Privado, UCV. Caracas, 1982, pp. 15 y ss., especialmente p. 120.

⁸³ Es lo que ocurre con la donación (artículo 1431); la compraventa (artículo 1474); la permuta (artículo 1558); la enfiteusis (artículo 1565); el arrendamiento (artículo 1579); la sociedad (artículo 1649); el mandato (artículo 1684); el comodato (artículo 1724) y el mutuo (artículo 1735), entre otros.

⁸⁴ MÉLICH ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), p. 377.

un reflejo exacto de aquella, más allá de lo que las palabras hayan logrado expresar. En efecto, si el contrato es autorregulación de los intereses privados de las partes –afirma acertadamente MÉLICH ORSINI– no cabe duda de que el intérprete debe atenerse a la «intención y propósito» de las partes⁸⁵.

La interpretación propiamente dicha se une a la integración a través del puente de la llamada «interpretación integradora», calificada como una figura híbrida que participa de la interpretación, puesto que contribuye a aclarar el sentido de la declaración, y también de la integración, en la medida en que completa, modifica o corrige el acuerdo de las partes⁸⁶. MÉLICH ORSINI afirma que mientras el intérprete se mantenga buscando desentrañar la voluntad de las partes y completando o corrigiendo sus declaraciones, este se mantiene en la fase de interpretación sin pasar a la de integración⁸⁷.

Este último, el proceso de integración del contrato, está precisamente dirigido a llenar las lagunas dejadas por las partes –lo cual se hará con normas dispositivas– o a incluir alguna disposición que se impone a lo que las partes hayan podido acordar, por imperativo de la Ley –nos referimos a las ya comentadas norma imperativas o, como se las denomina hoy, normas de orden público. Además, el contenido contractual podrá integrarse con disposiciones

⁸⁵ «En la medida en que el ordenamiento jurídico tutela la autonomía privada para perseguir propósitos particulares a través de contratos o de cualquier otra especie de negocios jurídicos, sean bilaterales o unilaterales, o dicho de otro modo: en la medida en que deja a la iniciativa privada libertad para perseguir intereses que no contradigan el bien común y que, como tales, no merezcan ser tachados de “ilícitos”, es menester reconocer que la primera tarea del intérprete consiste en desentrañar cuál ha sido el negocio perseguido por el autor o por los autores del intento práctico cumplido, según haya quedado establecido este intento por la certeza resultante de hechos comprobados con el debido respeto a las reglas legales sobre la admisibilidad y valoración de las pruebas». Ver: MÉLICH ORSINI, José: «La interpretación de los contratos». En: *Revista de Derecho*. N.º xx. Universidad Católica de Valparaíso. 1999, pp. 133 y ss., especialmente p. 133. <https://bit.ly/3iy1lNK>.

⁸⁶ VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «La interpretación integradora en el Código Civil». En: *Anuario de Derecho Civil*. Fasc. 2. BOE. Madrid, 1987, pp. 495 y ss., especialmente p. 508.

⁸⁷ MÉLICH ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), p. 417.

provenientes del uso y de la equidad. Así se entiende a partir del contenido del artículo 1160 del Código Civil, norma de conformidad con la cual «[l]os contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley»⁸⁸. En su labor de integración del contrato, el operador jurídico da entonces un paso más allá y busca, tal como afirma MÉLICH ORSINI, completar ese cuerpo normativo encarnado en las declaraciones contractuales con preceptos que no podría decirse seriamente que provienen de la voluntad de las partes⁸⁹.

Ahora bien, centrándonos en la fase de interpretación propiamente dicha, es necesario tener presente que, tal como afirmamos *supra*, este proceso suele suponer la búsqueda de la voluntad real de las partes que, aunque se presume recogida por la voluntad declarada, es posible que esta discrepe de aquella. En efecto, «[o]n doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes». Tal es el postulado del artículo 1156 del Código Civil francés de 1804, que se repite en los artículos 1131 del Código Civil italiano de 1865; 1560 del Código Civil chileno de 1855 y, tengámoslo muy en cuenta, en el artículo 51 del Proyecto franco-italiano de Código de las Obligaciones y de los Contratos.

Hemos destacado la norma del Proyecto franco-italiano debido a que, como se sabe, en la reforma de 1942, nuestro legislador consideró este instrumento –influenciado de manera importante por el Código italiano de 1865– como el modelo a seguir en materia de obligaciones⁹⁰. Sin embargo, nuestro Código nada dispone respecto de la interpretación de los contratos, con lo cual nos encontramos que la única norma que en Derecho venezolano establece

⁸⁸ Se trata de un proceso dirigido a «completar ese cierto contenido contractual desvelado y llenarlo con efectos que no provienen realmente de la voluntad de las partes sino que se le agregan en virtud de una fuente dispositiva externa (la ley, los usos, la equidad) para completar o desarrollar en toda su coherencia lógica lo que las partes han querido». Ver: *ibíd.*, p. 380.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 419.

⁹⁰ MADURO LUYANDO y PITTIER SUCRE: *ob. cit.* (*Curso de obligaciones...*), t. I, pp. 12 y 13.

criterios para la interpretación de los contratos se encuentra en el Código de Procedimiento Civil⁹¹.

En efecto, el artículo 12 del Código procesal dispone, en su aparte único, que «En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atendrán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe». Esta norma consagra como principal criterio de interpretación del contrato a la búsqueda de la voluntad real de las partes, dándole preferencia por encima de la voluntad declarada. Sin embargo, el legislador no consagró las pautas que el juez habrá de seguir para aplicar este postulado⁹², más bien estableció tres criterios que vendrían a poner límites objetivos a la búsqueda de la intención de las partes: la Ley, la verdad y la buena fe. Así, la norma venezolana parece combinar el criterio subjetivo de búsqueda de la voluntad interna de las partes, con límites objetivos derivados del ambiente en el que vive el contrato y que se vinculan, precisamente, a la Ley, a la verdad y a la buena fe.

Recordemos que, según ha admitido la doctrina, hay dos métodos posibles para llegar a esa voluntad real: el subjetivo y el objetivo⁹³. Según admite MÉLICH ORSINI, el método subjetivo impulsa al intérprete a «realizar primordialmente una indagación histórica o psicológica adentrándose a través de los índices que arroja el contrato en lo que haya sido la voluntad interna de cada una de las partes para tratar de encontrar la armonía entre los intereses contrapuestos de las dos partes». El método objetivo, por su parte, «predica la necesidad de reconocer al intérprete una mayor libertad de acción y pretende encuadrar la capacidad interpretadora, no en la pura individualidad de ambas partes, sino en la totalidad del ambiente social». En este método, la buena

⁹¹ *Vid. Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 4209 extraordinario, de 18-09-90.

⁹² BARRIOS: ob. cit. («La interpretación del contrato...»), pp. 123 y 124.

⁹³ MÉLICH ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), pp. 400-404; MADURO LUYANDO y PITTIER SUCRE: ob. cit. (*Curso de obligaciones...*), t. II, p. 801; DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Curso de Derecho Civil III...*), p. 588.

fe juega un rol fundamental y es entendida como «espíritu de colaboración debido por cada parte para la realización de las expectativas de la otra»⁹⁴.

Ahora bien, en un sistema que como el venezolano fundamenta la fuerza vinculante del contrato en la autonomía de la voluntad, no es para nada extraño que, a pesar del silencio del Código Civil, la interpretación esté naturalmente encaminada a «desentrañar (...) la regulación de intereses que las partes han intentado realizar en la práctica»⁹⁵. A esta tarea se dirige, como hemos afirmado, el aparte único del artículo 12 del Código del Procedimiento Civil. De hecho, a pesar de las discusiones que se han generado en torno a esta norma, en su sencillez permite alcanzar soluciones que fueron obviadas por el legislador procesal y que han sido tradicionalmente aceptadas en Derecho comparado⁹⁶.

Lo primero que hemos de considerar es que, a pesar de su redacción, esta norma no supone en modo alguno la aceptación del principio *in claris non fit interpretatio*, pues, como acertadamente afirma el profesor MÉLICH ORSINI, «... la afirmación de que la *claritas* del texto contractual torna superfluo el proceso interpretativo contiene una contradicción en los términos, pues a la conclusión de que un acto está claramente formulado solo puede llegarse después que se lo ha interpretado»⁹⁷. En sentido similar, citando a BETTI, BERMÚDEZ ha afirmado que «todos los contratos necesitan interpretación, puesto que debe hacerse una interpretación, por más instantánea y sencilla que sea, para poder deducir que un contrato es claro»⁹⁸.

⁹⁴ MÉLICH ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), pp. 402 y 403.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 377, anexo CMM-018.

⁹⁶ GORRÍN, Guillermo: «Ensayo comparativo entre principios que rigen interpretación de contratos en algunos anteproyectos de Derecho comunitario europeo y el Derecho venezolano». En: *MARC. Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*. N.º 3. CEDCA. Caracas, 2020, <https://bit.ly/3iuBdpO>.

⁹⁷ MÉLICH ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), p. 399.

⁹⁸ BERMÚDEZ, José Rafael: «Interpretación de contratos y metodología jurídica». En: *Centenario del Código de Comercio venezolano de 1904*. T. I. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2004, pp. 93 y ss., especialmente p. 103.

En efecto, la claridad textual del contrato no excluye la necesidad de interpretarlo, y así lo admiten MADURO LUYANDO y PITTIER SUCRE al afirmar que «para determinar si no hay “oscuridad, ambigüedad o deficiencia”, es preciso interpretar el contrato en su conjunto, pues es frecuente que una frase clara puede estar contradicha por otra cláusula del contrato»⁹⁹. Puede además ocurrir, debemos añadir, que un contrato gramaticalmente claro no refleje lo que las partes realmente han querido y, ante esa discrepancia, toma aún más importancia la interpretación.

Aunque parece evidente, conviene reafirmar que lo que ha de desentrañar el operador jurídico es la voluntad común de los contratantes y no voluntades aisladas¹⁰⁰. Esto último resulta fundamental y, para ello, las conversaciones preliminares y los acuerdos a que hayan podido llegar las partes en fase precontractual son de gran utilidad.

Ahora bien, la función de la Ley en la interpretación del contrato ha de ser apreciada desde dos puntos de vista. En primer término, en el sentido de respetar las pautas interpretativas establecidas por la Ley –tanto, que su violación daría lugar al recurso extraordinario de casación¹⁰¹– y, en segundo término, en la ya referida interpretación integradora del contrato, de manera que el contenido del contrato debe ser interpretado en conciliación con el ordenamiento jurídico¹⁰².

Tener en «mira» las exigencias de la verdad, por su parte, implica que el acercamiento del juez a lo que fue el propósito y la intención de las partes debe aparecer como el fruto de una actitud transparente e imparcial. A partir de un estudio comparativo, el profesor MÉLICH ORSINI ha expuesto algunas pautas a ser consideradas por el juez para llegar a la verdad en la interpretación del

⁹⁹ MADURO LUYANDO y PITTIER SUCRE: ob. cit. (*Curso de obligaciones...*), t. II, p. 800.

¹⁰⁰ BERMÚDEZ: ob. cit. («Interpretación de contratos...»), p. 109.

¹⁰¹ MÉLICH ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), p. 397. Este criterio es seguido en ESCOVAR LEÓN, Ramón: «La interpretación de los contratos y la casación venezolana». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 13. Caracas, 2020, pp. 124 y 125.

¹⁰² MÉLICH ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), pp. 416 y 417.

contrato¹⁰³: la interpretación gramatical de lo expresado por las partes, sin subordinar a ello el principio de preeminencia de la interpretación subjetiva; la interpretación sistemática, que postula la necesaria coherencia entre la pluralidad de cláusulas que contiene un contrato; la preferencia por una interpretación que conlleve la conservación del contrato; cuando en un contrato los términos son susceptibles de dos sentidos, la preferencia por aquel que mejor convenga a la naturaleza del contrato; la interpretación extratextual, que aconseja tener en cuenta las circunstancias que hayan rodeado la celebración del contrato, la profesión de las partes, su grado de cultura, etc., lo cual permitirá aclarar expresiones convencionales, idiomáticas o de jerga; el recurso a usos interpretativos; la preferencia por la liberación del deudor en caso de duda; y, en el caso de contratos de adhesión, la regla *contra proferentem*, de manera de privilegiar la interpretación desfavorable a quien ha redactado el contrato¹⁰⁴. El profesor MÉLICH ORSINI reafirma que estos criterios no son normativos, pero tener en cuenta la verdad para llegar a determinar la real intención de las partes, conducirá a su necesaria consideración.

En relación con la buena fe, el propio autor afirma que el intérprete, en su búsqueda de la común intención de las partes, debe partir del presupuesto de que cada una de ellas ha actuado con recíproco espíritu de lealtad, al elegir los signos sensibles dirigidos a expresar el intento común.

En definitiva, tal como afirma URBINA MENDOZA¹⁰⁵, la interpretación del contrato descansa sobre tres principios que se deducen del propio artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, el cual compacta los deberes del juez al momento de interpretar el contrato. Se trata, en primer término, del principio de

¹⁰³ *Ibíd.*, pp. 408-416.

¹⁰⁴ El criterio de interpretación *contra proferentem* estuvo vigente en Venezuela, mediante el artículo 71 de la hoy derogada Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. Esta norma disponía, en su parte final, que «[l]as cláusulas de los contratos de adhesión serán interpretadas del modo más favorable a la consumidora o consumidor y a la usuaria y usuario».

¹⁰⁵ URBINA MENDOZA, Emilio: *La teoría de la interpretación de los contratos y la jurisprudencia venezolana*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2010, pp. 142-146.

la legalidad e intangibilidad del contrato, de conformidad con el cual el juez, al interpretar el contrato, ha de observar las exigencias de la Ley que ha autorizado su creación, estándole prohibido desdibujar la voluntad de las partes con elucidaciones calificatorias contrarias a la realidad de lo pactado.

En segundo lugar, el autor refiere el principio de la buena fe contractual, conforme al cual el juez no puede entender que las partes mintieron *ab initio*, y sobre la base de una falsedad virtual, manipular las cláusulas contractuales, pues la buena fe constituye, junto a la autonomía de la voluntad, uno de los pilares de los contratos, sea cual fuere el sentido asumido. En otras palabras, el juez está obligado a presumir que las partes no conciben dañarse mutuamente con la creación del contrato sometido a controversia. Finalmente, menciona el principio de la veracidad, relacionado con la búsqueda de la verdad, referida *supra*.

Mirando un ejemplo de Derecho comparado, reafirmaremos la necesidad de estar a lo que las partes realmente han querido. En efecto, los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales reconocen la prevalencia de la voluntad real de las partes a la hora de interpretar el contrato, cuando, en su artículo 4, disponen que «[e]l contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes». Solo en caso de que no pueda establecerse esa intención, «el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes».

Lo interesante de las disposiciones sobre interpretación de los contratos, contenidas en los Principios UNIDROIT, es que estas establecen los criterios que sin llegar a ser exhaustivos¹⁰⁶, han de tomarse en consideración para llegar a esta común intención de las partes. En efecto, el artículo 4.3 establece como «circunstancias relevantes» las negociaciones previas entre las partes; las prácticas que ellas hayan establecido entre sí; los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato: la naturaleza y finalidad

¹⁰⁶ UNIDROIT, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales* 2016. UNIDROIT. Roma, 2018. <https://bit.ly/3FiyeJQ>.

del contrato; el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial, y los usos.

4.2. *La autonomía de la voluntad y las relaciones asimétricas*

Tal como hemos afirmado a lo largo de estas líneas, el contrato ciertamente se ha transformado. Ese contrato pensado por los clásicos, por medio del cual las partes en igualdad –o al menos en equivalencia– de condiciones llegaban a un acuerdo para regular sus intereses contrapuestos, ha quedado atrás. Hoy en día es común que de los contratos hagan parte quienes no tienen igual o equilibrado poder de negociación, dando lugar a relaciones asimétricas o, como las hemos denominado en otras oportunidades, a relaciones no bilateralmente negociadas¹⁰⁷.

Ahora bien, esta diferencia estructural respecto de las posiciones de las partes impiden que ambas modalidades puedan tratarse de la misma manera y a través de las mismas reglas. Así, las relaciones desequilibradas difícilmente pueden encuadrarse en la noción de contrato contenida en nuestro Código Civil.

Hemos de aclarar que no solo estamos pensando en las relaciones establecidas con el trabajador o el consumidor, incluidos en la clásica lista de débiles jurídicos y cuyo régimen particular ha dado lugar a cierta «decodificación» de la legislación civil¹⁰⁸. Además de estos casos, hemos de tener presentes las relaciones, aparentemente paritarias, establecidas entre sujetos que por su naturaleza o actividad no pueden calificarse como consumidores, pero que por su posición, generalmente económica, se ven en la necesidad de aceptar las imposiciones de la otra parte.

¹⁰⁷ MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Los contratos no bilateralmente negociados: más allá del consumidor». En: *Contratos internacionales*. ASADIP-Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA. D. FERNÁNDEZ ARROYO y J. A. MORENO RODRÍGUEZ, dirs. Buenos Aires, 2016, pp. 437 y ss.

¹⁰⁸ Ver: MADRID MARTÍNEZ, Claudia y HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: «Codification in Venezuela». En: *The scope and structure of Civil Codes*. Springer. J. C. RIVERA, ed. Dordrecht, 2013, pp. 455 y ss.

Con esta idea en mente, podemos afirmar que el contrato de hoy, ya no está caracterizado por la libertad e igualdad de los contratantes, menos aún, cuando no habiendo igualdad, la libertad se ha visto limitada por el Estado. El contrato –afirma GHESTIN– representa hoy un equilibrio entre libertad, seguridad y justicia. La voluntad, aunque necesaria, no es suficiente: el contrato es obligatorio porque es útil y es justo¹⁰⁹. Que el contrato sea útil –continúa GHESTIN– implica que lo sea en sentido social. Que sea justo ha de entenderse en el sentido de no destruir el equilibrio existente entre los patrimonios, lo que supone que cada una de las partes recibe el equivalente de lo que ha aportado, en una clara referencia a la justicia conmutativa.

Sin embargo, la determinación de lo que es equivalente y, por ello, justo en la dinámica contractual, no resulta sencillo, pues, para empezar, es posible apreciar la equivalencia desde un punto de vista objetivo y desde un punto de vista subjetivo, sin que ambas perspectivas se conciban como absolutamente separadas. Así, tal como afirma CARO GÁNDARA, «[l]a dificultad de determinar el valor objetivo de cada prestación ha llevado a poner de manifiesto cierto carácter subjetivo de su valor de cambio. Partiendo de la idea de que cada una de las partes ha de tener cierto interés por celebrar el contrato, que le hace encontrar en él una utilidad particular, resulta necesario que cada parte pueda racionalmente considerar que mediante la celebración del contrato obtiene una ventaja»¹¹⁰.

Así, si bien el consentimiento sigue siendo el punto de partida de la relación contractual –aunque sea para expresar la aceptación de un clausulado predispuesto por una de las partes–, la verificación de la existencia de un contrato no se limita a la determinación de si hubo o no consentimiento, sino que debe también determinarse si hay un equilibrio entre los intereses contrapuestos de las partes¹¹¹. De hecho, el margen de juego que pueda tener la autonomía

¹⁰⁹ GHESTIN, Jacques: «*Le contrat en tant qu'échange économique*». En: *Revue d'économie industrielle*. Vol. 92, N.º 1. 2000, pp. 81 y ss., especialmente pp. 84 y 91.

¹¹⁰ CARO GÁNDARA: ob. cit. («En la secular búsqueda...»), p. 92.

¹¹¹ SCANNICCHIO, Nicola: «*Il perfezionamento del contratto nel Diritto privato europeo*». En: *Trattato di Diritto privato europeo*. Vol. III. 2.ª, Cedam. N. LIPARI, cur. Padova, 2003, pp. 134 y ss., especialmente p. 135.

de la voluntad dependerá del grado de equilibrio de que gocen la partes en la relación concreta.

Se trata de un equilibrio subjetivo, que depende –como hemos afirmado– de la posición que ocupan las partes en la relación, en función de su poder de negociación. Cuando ese equilibrio se rompe hace acto de presencia la noción de orden público, convertida en un instrumento en manos del Estado social de Derecho para intervenir en las relaciones privadas. En estos casos, el contrato de adhesión puede convertirse en una herramienta de imposición de una parte sobre la otra, y es importante considerar que este panorama no se produce exclusivamente en la contratación con consumidores. Aunque hemos de reconocer que la mayoría de los Estados, cuando decide regular el contrato de adhesión, lo hace en normas sobre protección al consumidor y esa fue, precisamente, la realidad en Venezuela¹¹².

Además de la contratación con consumidores, pensemos que, entre comerciantes, cuando uno tienen mayor poder económico que otro, es posible que el contrato de adhesión cumpla idéntica función que en el ámbito del consumo. Ya en otras ocasiones hemos afirmado que mediante la inclusión de las personas jurídicas en el concepto de consumidor¹¹³ puede lograrse una más amplia protección con respecto a contratos no bilateralmente negociados¹¹⁴, pero no dejamos de considerar la conveniencia de contar con regulación especial sobre este tema, pues no en todos los casos, el débil puede ser considerado un consumidor.

Recordemos que, aunque actualmente no existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma que determine lo que ha de entenderse por consumidor, debido a la ya mencionada derogatoria de la Ley para la Defensa de las

¹¹² Ver: MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Las cláusulas abusivas y los contratos de adhesión de Alfredo Morles Hernández. Una mirada desde el silencio del Derecho venezolano de los contratos». En: *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*. Número especial. Caracas, 2021, pp. 237 y ss.

¹¹³ Se trata de lo que LORENZETTI, Ricardo Luis: *Consumidores*. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2003, p. 86, llama «parasubordinación».

¹¹⁴ MADRID MARTÍNEZ: ob. cit. («Los contratos no bilateralmente...»), pp. 437 y ss.

Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, cuyo artículo 4 definía al consumidor como «Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, organizada o no, que adquiriera, utilice o disfrute bienes y servicios de cualquier naturaleza como destinatario final», la jurisprudencia parece seguir sujeta al concepto de destino final y a la inclusión de los entes morales. En efecto, sin entrar en un análisis exhaustivo y sin el auxilio de la doctrina que poco o nada ha dicho al respecto, es frecuente que las decisiones judiciales, incluso las emanadas del Tribunal Supremo, hagan uso de la expresión «destinatario final» o «consumidor final» para referirse a los consumidores y –reiteramos– no se ha excluido expresamente a las personas jurídicas¹¹⁵.

Ahora bien, en la reciente reforma del Derecho argentino, con la promulgación del Código Civil y Comercial de la Nación¹¹⁶, se introdujo un sección para la regulación de «contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas» (artículos 984 a 989) y, en ella, no se distinguen los contratos de adhesión celebrados por consumidores de aquellos que no lo son. De hecho, los contratos de consumo abren la regulación de los contratos especiales (artículos 1092 y ss.). Con esta normativa, según ha reconocido la doctrina, «se consolida una importante tendencia encaminada a imponer límites al poder de configuración unilateral del contenido del contrato, con sustento en los principios informadores del Derecho privado (*verbi gratia*, buena fe; abuso del derecho, etc.), y en un número significativo de leyes especiales, que dan cuenta de un orden público económico de protección, que morigerará el rigorismo del *pacta sunt servanda*»¹¹⁷.

El artículo 984 del Código argentino define al contrato de adhesión como «aquél mediante el cual uno de los contratantes adhiere cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el

¹¹⁵ Ver, entre las decisiones más recientes: TSJ/SPS, sents. N.ºs 69, de 11-02-15, <https://bit.ly/3ugDnMI>; 706, de 17-06-15, <https://bit.ly/3XPfwRp> y 707, de 17-06-15, <https://bit.ly/3gULpYf>.

¹¹⁶ Ley 26 994, 1 de octubre de 2014, *Boletín Oficial* N.º 32 985, 8 de octubre de 2014.

¹¹⁷ HERNÁNDEZ, Carlos A.: «El contrato por adhesión en el Código Civil y Comercial de la Nación». En: *La Ley, Suplemento especial nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*. N.º 25-02/2015. Buenos Aires, 2015, p. 3.

adherente haya participado en su redacción». Esta definición no difiere de la que es generalmente usada por la doctrina –desde los tiempos de SALEILLES¹¹⁸ hasta la actualidad¹¹⁹–, la jurisprudencia¹²⁰, y por el Derecho comparado¹²¹.

Incluso, la única norma vigente en Venezuela asume también una definición semejante. Nos referimos a las Normas relativas a la protección de los usuarios de los servicios financieros, dictadas por la Superintendencia de Bancos¹²², cuyo artículo 2 define a los contratos de adhesión como aquellos «cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente por la materia o establecidas unilateralmente por la proveedora o proveedor de bienes y servicios, sin que las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar». Esta norma se refiere expresamente a las partes del contrato de consumo: el proveedor de bienes y servicios, por un lado y, por el otro, las «personas» –expresión con la cual, a partir de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, se identifica a consumidores y usuarios–.

Volviendo a la legislación argentina, esta dispone reglas muy sencillas sobre la forma de los contratos de adhesión, la posibilidad de negociar cláusulas particulares, la interpretación de estos contratos y lo relativo a las cláusulas

¹¹⁸ SALEILLES, Raymond: *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand (Art. 116 à 144)*. F. Pignon, Successeur, Éditeur. París, 1901, pp. 229 y 230, afirmó: «*les contrats d'adhésion, dans lesquels il y a la prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même*».

¹¹⁹ Ver: KUMMEROW, Gert: *Algunos problemas fundamentales del contrato de adhesión en el Derecho privado*. UCV. Caracas, 1956, p. 12; ACEDO SUCRE, Carlos: «Contratos de adhesión». En: *Bicentenario del Código de Comercio francés*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. A. MORLES e I. DE VALERA, coords. Caracas, 2008, p. 7.

¹²⁰ TSJ/SCC, sent. N.º 660, de 07-11-03, <https://bit.ly/3kgRop0>.

¹²¹ Los Principios UNIDROIT, por ejemplo, definen las cláusulas estándar como «aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte» (artículo 2.1.19.2).

¹²² Resolución N.º 063.15, de 12-06-15, <https://bit.ly/3VHvWD9>.

abusivas. Así, respecto de la forma, el artículo 985 dispone que estos contratos «deben ser comprensibles y autosuficientes», y deben estar redactados de manera «clara, completa y fácilmente legible». Para garantizar el derecho a la información, la propia norma dispone que «[s]e tienen por no convenidas aquellas [cláusulas] que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato» y esto es aplicable «a la contratación telefónica, electrónica o similares».

El artículo 986, por su parte, reconoce que un contrato de adhesión puede contener cláusulas individualmente negociadas, cuyo objeto es ampliar, limitar, suprimir o interpretar una cláusula general, y las denomina «cláusulas particulares». La norma dispone que en caso de incompatibilidad entre una cláusula predispuesta y una individualmente negociada, esta última debe prevalecer.

Esta protección se complementa con la regla de interpretación *contra proferentem*, la cual es de aplicación en caso de cláusulas ambiguas (artículo 987). Según reconoce la doctrina, esta regla se constituye en una especie de sanción por la violación del deber de claridad que le impone a quien redacta la cláusula, el ya citado artículo 985. Esto se debe —según afirma TRIGIANI— a que «es el predisponente quien debe asumir los riesgos de una defectuosa declaración haciéndose cargo de las consecuencias que derivan de la imprecisión o vaguedad en la redacción de las cláusulas. Estas consecuencias son la eliminación de la cláusula ambigua o la determinación del sentido y alcance en contra de los intereses del predisponente»¹²³.

Finalmente, el Código argentino refiere el tema las cláusulas abusivas, cláusulas que «se deben tener por no escritas», cuando desnaturalicen las obligaciones del predisponente; comporten la renuncia o restricción a los derechos del adherente, o los amplíen respecto de los que resulten de normas supletorias; y cuando,

¹²³ TRIGIANI, Ana Carolina: «Contratos por adhesión en el Código Civil y Comercial de la Nación». En: *Revista de Derecho Civil*. N.º 9. Universidad del Salvador-IJ Editores. Buenos Aires, 2019, <https://bit.ly/3Y1qUdh>.

«por su contenido, redacción o presentación», no sean «razonablemente previsibles» (artículo 988). Las cláusulas predisuestas que sean aprobadas previamente por la autoridad competente no están exentas de ser calificadas como abusivas (artículo 989).

Este sería, sin duda, un buen modelo a seguir por el ordenamiento jurídico venezolano para la regulación de los contratos de adhesión. Una regulación que proteja al contratante que se adhiere al contenido contractual impuesto por el otro, independientemente de su condición de consumidor. Desde luego, tal regulación ha de estar necesariamente acompañada de un sistema de protección de los consumidores, que, al contrario de lo que vemos en la actualidad, esté enfocado en dar una respuesta eficiente que realmente responda a los intereses del consumidor y no se limite a obstaculizar el funcionamiento de proveedores de bienes y servicios.

4.3. Una asimetría en el equilibrio económico del contrato: teoría de la imprevisión

Seguir hablando del «dogma de la voluntad» en los términos de la doctrina clásica parece hoy complejo. Recordemos que el propio Derecho ha estructurado remedios para facultar al juez a intervenir la voluntad de las partes e, incluso, para suplirla, a través de reglas de integración de lagunas que le permiten recurrir a la Ley, al uso o al indeterminado concepto de equidad, según hemos referido *supra*. Su intervención se fundamenta, justamente, en el restablecimiento de un equilibrio contractual inexistente –rescisión por lesión– o perdido –imprevisión.

Nos referimos, en este caso, al equilibrio objetivo del contrato, que pasa por determinar el valor objetivo de cada prestación, y pone de manifiesto, paradójicamente, la necesidad de considerar el carácter subjetivo de su valor de cambio, lo cual, al menos en el mundo del *Civil Law*, depende del complejo concepto de buena fe¹²⁴. Es la buena fe «... la que permite integrar el contenido contractual en su dinámica, según un criterio de justicia, con el fin

¹²⁴ CARO GÁNDARA: ob. cit. («En la secular búsqueda...»), p. 92.

de reequilibrar las posiciones de los contratantes eventualmente desequilibradas y de impedir lucros injustificados»¹²⁵.

Ahora bien, en la gran mayoría de los sistemas jurídicos –incluido el Derecho venezolano–, impera la regla según la cual las obligaciones deben cumplirse tal como han sido pactadas (artículo 1264 del Código Civil), de manera que el deudor está obligado a dar, hacer o no hacer exactamente aquello que prometió en el contrato, en los mismos términos y condiciones acordados en el mismo.

Esta regla, que refuerza el carácter vinculante del contrato nacido por la voluntad de las partes, puede verse alterada, no obstante, cuando las circunstancias que fueron consideradas al momento de la celebración del contrato se ven modificadas, debido a eventos que las partes no han podido prever ni evitar, de manera que el cumplimiento puede suponer prácticamente la ruina para el deudor. Tales eventos, considerados como extraordinarios, imprevisibles, inesperados e irresistibles, alteran notablemente el equilibrio contractual, determinando un desajuste entre las prestaciones, al hacer que una de ellas resulte excesivamente onerosa¹²⁶.

En tales casos, nos preguntamos si, sobre la base del citado artículo 1264 del Código Civil, el contrato debe ejecutarse tal como las partes quisieron que fuera, pero ahora en condiciones que, además de diferir considerablemente de aquellas vigentes al momento de la celebración, modifican sustancialmente el equilibrio económico del contrato. En definitiva, la cuestión consiste en decidir si, a pesar de la modificación de las circunstancias, ha de exigirse el cumplimiento de lo pactado, o si puede más bien pedirse la terminación del contrato –tengamos en cuenta que el cumplimiento aún es posible,

¹²⁵ CARDILLI citado en: NEME VILLAREAL, Marta: *La buena fe en el Derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010, p. 228.

¹²⁶ MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Imprevisión y contratación comercial internacional desde el Derecho Internacional Privado venezolano». En: *Revista Internacional de Derecho*. N.º 2. Universidad Privada Norbert Wiener. Lima, 2021, pp. 23 y ss., especialmente p. 24, <https://doi.org/10.37768/unw.rid.02.01.002>.

solo que excesivamente oneroso— o su modificación para el restablecimiento del balance patrimonial.

Conviene tener en consideración que, en 2016, el codificador francés rompió con la larga tradición de la doctrina y jurisprudencia francesas que entienden que el equilibrio del contrato es asunto de las partes y no del juez. Hoy, el artículo 1195 del Código¹²⁷ permite al juez modificar el contrato cuando se produzca un cambio de circunstancias que desemboque en un desequilibrio contractual¹²⁸.

Ahora bien, teóricamente se ha admitido que en los contratos en los que transcurre un lapso de tiempo entre su celebración y su ejecución —los llamados de «trato sucesivo» o de «ejecución diferida»— existe una voluntad implícita de acuerdo con la cual la continuidad del contrato estaría subordinada al mantenimiento de las circunstancias iniciales. Así, sobre la base del principio *rebus sic stantibus*, algunos sistemas permiten, bien la terminación del contrato, bien su modificación, a través de la llamada «teoría de la imprevisión»¹²⁹.

¹²⁷ Artículo 1195: «*Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe*».

¹²⁸ CABRILLAC, Rémy: «El nuevo Derecho francés de los contratos». En: *Thémis, Revista de Derecho*. N.º 70. Universidad Católica del Perú. Lima, 2016, pp. 59 y ss., especialmente p. 65.

¹²⁹ En Colombia, por ejemplo, el artículo 868 del Código de Comercio (*Diario Oficial* N.º 33 339, de 16-06-71) dispone: «Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea».

Lamentablemente, en Venezuela no hay una solución expresa por parte del ordenamiento jurídico para estos problemas. Por ello, doctrina y jurisprudencia se han debatido entre favorecer el principio de intangibilidad de contrato –fundamentado en el artículo 1159 del Código Civil¹³⁰–, con lo cual se mantendría la obligación de ejecutar el contrato tal como ha sido contraído, a pesar de las adversas consecuencias para el patrimonio del deudor, o admitir la procedencia de la teoría de la imprevisión.

Precisamente, con fundamento en el principio *rebus sic stantibus*, históricamente la teoría de la imprevisión funciona en los casos en que, en el lapso comprendido entre la celebración del contrato y su ejecución, el cambio en las circunstancias se traduce en una excesiva onerosidad para el deudor; no debe tratarse de una simple dificultad. Para su procedencia, es necesario que se trate de obligaciones que tengan su fuente en un contrato conmutativo, pues las partes deben, desde el principio, conocer la extensión y límites de sus prestaciones, para poder explicar y justificar la incidencia de la alteración imprevista de la situación, lo que equivale a decir que no procede en caso de contratos aleatorios, pues justamente el alea es imprevisible.

Ahora bien, en relación con la procedencia de la imprevisión, hemos de admitir que hay opiniones contrarias dentro de la doctrina venezolana. Tradicionalmente, autores como CASAS RINCÓN se mostraron contrarios a la excepción, tomando como punto de partida el principio de intangibilidad del contrato, de manera que, «[c]omo es natural, ese respeto al contrato ha impedido a los acreedores exigir directamente a los tribunales el aumento del precio cuando resulte irrisorio, de un servicio o de una prestación debida en cumplimiento de un contrato de tracto sucesivo o de cumplimiento pospuesto»¹³¹.

Sin embargo, el propio autor afirma que, si tal tesis llegara a admitirse, sería necesario restringir su aplicación a los casos de contratos que produzcan «prestaciones futuras», con lo cual se refiere a las obligaciones de tracto sucesivo o ejecución diferida. En segundo lugar, continúa el autor, «Se requiere

¹³⁰ MÉLICH ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), pp. 427 y 428.

¹³¹ CASAS RINCÓN: ob. cit. (*Obligaciones civiles...*), t. II, pp. 450 y 451.

la modificación ocurrida en el valor de las prestaciones o servicios o las cargas excedan en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de la celebración del contrato por una persona diligente. El contrato ha de ser respetado mientras la injusticia no sea intolerable»¹³².

MADURO LUYANDO y PITTIER SUCRE tampoco se muestran favorables a la procedencia, en nuestro sistema, de la teoría de la imprevisión. Su rechazo se debe a que consideran que en Venezuela no existen fundamentos sólidos para aceptarla, los cuales son necesarios, debido a que, en su opinión, la imprevisión supone una «... violación de los principios que rigen nuestro sistema contractual de Derecho privado, especialmente que las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas». Las soluciones a los problemas planteados en el equilibrio económico del contrato solo pueden venir de manos del legislador y no del juez, quien ha de limitarse a declarar la terminación de los contratos, por las causas expresamente establecidas en la Ley¹³³.

En efecto, los propios MADURO LUYANDO y PITTIER SUCRE afirman que en Venezuela, cuando se han producido hechos imprevisibles y extraordinarios, ha sido el propio legislador quien, a través de leyes especiales, ha dado solución al problema de la excesiva onerosidad; es el caso, por ejemplo, de la Ley de Regulación de Alquileres de 1960, la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de 1989 y de la Ley de Medidas Especiales para Atender las Consecuencias del Sismo de 29 de julio de 1967¹³⁴.

Tomando el ejemplo de la rescisión por lesión —que de acuerdo con el artículo 1350 de Código Civil solo procede «en los casos y bajo las condiciones especialmente expresadas en la Ley»—, los citados autores desestiman la posibilidad de recurrir a la teoría de la imprevisión, afirmando que «[s]i no se admite el desequilibrio inicial en el momento de la celebración del contrato, para terminar sus efectos, con mayor razón, el desequilibrio en el momento

¹³² *Ibíd.*, p. 449.

¹³³ MADURO LUYANDO y PITTIER SUCRE: *ob. cit.* (*Curso de obligaciones...*), t. II, pp. 823-824.

¹³⁴ *Ibíd.*, t. II, p. 822.

de su ejecución no puede ser causa para su terminación»¹³⁵. En conclusión, para estos juristas, «ninguno de los fundamentos de la teoría de la imprevisión es suficiente para su aplicación por el juez, cuando no existe una norma legal que lo autorice expresamente»¹³⁶.

Apoyándose también en el principio de intangibilidad del contrato, MÉLICH ORSINI estima que este principio no solo obedece a raíces morales, sino que además responde «a la insoslayable necesidad del mercado de asegurar la estabilidad de las relaciones contractuales y que el empeño de adaptación de los contratos a las circunstancias de la economía puede llegar aun a desvirtuar las propias políticas de intervención del Estado en la economía». Así, haciéndose eco de la opinión de DELMAS SAINT-HILAIRE, el profesor MÉLICH ORSINI estima que permitir a los contratantes obtener la revisión de sus contratos en función de las modificaciones de la coyuntura suprimiría el freno contra un alza indefinida de los precios y de la inflación¹³⁷.

Sin embargo, también en nuestra doctrina encontramos concepciones favorables a la procedencia de la teoría de la imprevisión. Estas tesis encuentran su principal fundamento en el artículo 1160 del Código Civil, norma de conformidad con la cual «[I]os contratos deben ejecutarse de buena fe».

Quizá el primer autor en admitir esta posibilidad fue URBANEJA, quien en su trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en 1972, afirmó que «si exigir al deudor que ejecute lo que ha prometido es un acto de justicia, por argumento a contrario resulta injusto exigirle que ejecute una prestación que, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, se ha convertido en una cosa distinta de la convenida...».

Así, el autor entiende que cuando un acreedor exige al deudor el cumplimiento de sus obligaciones, aunque cuando por sucesos extraordinarios e imprevisibles estas se hayan hecho más onerosas, estaría excediendo en

¹³⁵ Ídem.

¹³⁶ *Ibíd.*, t. II, p. 820.

¹³⁷ MÉLICH ORSINI: *ob. cit. (Doctrina general...)*, pp. 448 y 449.

el ejercicio de su derecho los límites fijados por la buena fe. Es entonces el principio de buena fe el que obliga «al acreedor a no exigir prestación alguna que esté fuera de lo realmente querido por las partes, y para cuya determinación habrá que tomar en cuenta las circunstancias que objetivamente consideradas debieron de actuar como causas determinadas del consentimiento». Igualmente, al reclamar la ejecución de una prestación convertida en excesivamente onerosa, «el acreedor se está excediendo de los límites fijados por el objeto en vista del cual le fue concedido su derecho, puesto que tal objeto es la función de sano y conveniente intercambio de bienes y servicios, lo que supone que se mantenga la equivalencia entre las prestaciones»¹³⁸.

Así hace referencia el autor al abuso de derecho en los términos del artículo 1185 del Código Civil. El fundamento de la teoría de la imprevisión en la figura del abuso del Derecho también puede verse en autores como LUPINI BIANCHI¹³⁹ y aunque no falta quien reconozca la estrecha vinculación del abuso de derecho con el mundo extracontractual¹⁴⁰, justo es confesar que el exceso en ejercicio de un derecho también puede verificarse con respecto a un derecho de naturaleza contractual.

La opinión de URBANEJA en relación con la buena fe ha sido seguida por autores como RODNER, para quien la buena fe es el fundamento más importante y el que mejor encuadra con la teoría de la imprevisión, con lo cual la buena fe funciona, en opinión de RODNER, como un atenuante del rigor del cumplimiento exacto del contrato cuando el cumplimiento de algunas prestaciones se hace excesivamente oneroso para una de las partes¹⁴¹.

¹³⁸ URBANEJA, Luis Felipe: *Concepto sobre la teoría de la imprevisión en los contratos privados*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1972, pp. 38-40.

¹³⁹ LUPINI BIANCHI, Luciano: «Notas sobre la teoría de la imprevisión en el Derecho civil». En: *Estudios de Derecho privado*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010, pp. 313 y 314.

¹⁴⁰ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Curso de Derecho Civil III...*), p. 191.

¹⁴¹ RODNER, James Otis: «La teoría de la imprevisión (Dificultad de cumplimiento por excesiva onerosidad)». En: *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2005, pp. 401 y ss., especialmente p. 447.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, por su parte, no duda en afirmar –acertadamente, en nuestra opinión– que la teoría de la imprevisión «se justifica sobradamente por razones de justicia, equidad, buena fe, proporcionalidad o equilibrio en la prestación, así como la prohibición de enriquecimiento sin causa y abuso de derecho, e inclusive con base en la teoría de la causa»¹⁴².

En todo caso, la procedencia de la imprevisión en el Derecho interno venezolano puede afirmarse sobre la base del principio según el cual las obligaciones deberán cumplirse tal como han sido contraídas (artículo 1264 del Código Civil), considerando que la excesiva onerosidad no permitiría un cabal cumplimiento en especie y, en tal sentido, el fundamento más sólido para la teoría de la imprevisión dentro de nuestro sistema es –además de la elemental regla de hermenéutica jurídica según la cual, en Derecho privado, todo lo que no está expresamente prohibido está permitido– que «[I]os contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan a cumplir no solamente lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley» (artículo 1160).

En este sentido, partiendo del principio elemental según el cual es humanamente imposible que el legislador pueda prever todos los casos que, en la práctica, pueden presentarse en relación con un contrato, WENDT consideraba la buena fe como una perfecta válvula de seguridad para la correcta aplicación del Derecho al caso concreto¹⁴³. Tal opinión, seguida por NAQUET –para quien el principio ético de la buena fe es el componente básico e indispensable de la hermenéutica jurídica– dispensa cualquier adaptación al contrato ya que, por sí solo, justifica la admisión y uso del principio de la imprevisibilidad¹⁴⁴.

¹⁴² DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Curso de Derecho Civil III...*), p. 192.

¹⁴³ WENDT, Otto: «*Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse*». En: *Archiv für civilistische Praxis*. N.º 100. Gunter Narr Verlag Tübingen. 1906, pp. 1 y ss.

¹⁴⁴ NAQUET citado en BORGES, Nelson: *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil. Com referencias ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*. Malheiros Editores. São Paulo, 2002, p. 209.

En definitiva, la readecuación o extinción de los pactos que experimentan una anormal alteración de la base negocial se fundamenta en el hecho de que actúa de mala fe aquel acreedor que, frente a la ocurrencia de condiciones transformadoras de la economía contractual, determinantes del surgimiento de la lesión, exige al deudor el cumplimiento integral de lo que fuera acordado, a pesar de que los recargos adicionales, imprevisibles, no hubieren sido ocasionados por él y pudiesen llevarlo a la ruina financiera.

Bien, la jurisprudencia venezolana también parece partidaria, a pesar del silencio de nuestro Código Civil, de la procedencia de la teoría de la imprevisión, al entenderse que los principios *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus* son expresiones de la misma buena fe constitutiva de la conducta contractual. En tal sentido, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia afirmó:

... independientemente de la falta de reconocimiento expreso positivo que tutele la teoría de la imprevisión en nuestro Código Civil, aquél que pretenda la resolución de un contrato como consecuencia de la excesiva onerosidad que comporte su ejecución, deberá invocar tal causal como excepción, cuando le sea demandada la ejecución de tal obligación, o bien demandarla por vía principal o reconvenicional, debiendo señalarse que tanto como excepción o como reconvenición, el demandado solo podrá hacerla valer en el acto de la contestación de la demanda, tal como lo señala el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil¹⁴⁵.

Del párrafo transcrito se desprende que el efecto de invocar con éxito la teoría de la imprevisión sería resolutorio, es decir, la terminación de la relación contractual, dejando de lado nuestro máximo tribunal, la posibilidad de modificar el contrato, de manera de recomponer su equilibrio económico.

La misma Sala de Casación Civil declaró casada una decisión de instancia por considerar que descartar la procedencia de la imprevisión con la expresión «... no es aplicable al caso de marras por tratarse de una obligación

¹⁴⁵ TSJ/SCC, sent. N.º 241, de 30-04-02, <https://bit.ly/3Ukz4Kt>.

dineraria que esta (*sic*) sujeta a la dinámica que rige toda economía...», no es motivación suficiente para pronunciarse sobre el asunto. Aunque la Sala no analizó la procedencia de la imprevisión, tampoco se mostró contraria a la misma¹⁴⁶.

Un tratamiento semejante recibió en la sentencia N.º 417/2011, cuando la misma Sala Civil desestimó el alegato de parte según el cual el tribunal de alzada no se había pronunciado sobre la teoría de la imprevisión. Sin negar la figura, la Sala confirmó la decisión del tribunal que desestimó la procedencia de la imprevisión al no haberse probado algún «suceso imprevisible o imprevisible y al propio tiempo inevitable» que le diera fundamento¹⁴⁷.

Finalmente, no debe descartarse la posibilidad de que las partes incluyan en su contrato una cláusula mediante la cual traten de prever las posibles variaciones que pueda sufrir el contrato. Pero incluso en estos casos, estima LUPINI BIANCHI, si la excesiva onerosidad se debe a circunstancias distintas de las previstas expresamente por las partes, habría la posibilidad de recurrir a un ajuste o, en su defecto, a la terminación del contrato, ante el juez¹⁴⁸.

La reciente pandemia puso de manifiesto la importancia de esta figura¹⁴⁹; por ello, nos hacemos eco de las palabras de DOMÍNGUEZ GUILLÉN, en el sentido de que no cabe duda de la procedencia de la teoría de la imprevisión en Venezuela. «La discusión de la doctrina –afirma acertadamente la autora– debería apuntar hacia sus efectos»¹⁵⁰.

¹⁴⁶ TSJ/SCC, sent. N.º 58, de 18-02-08, <https://bit.ly/3ude99v>.

¹⁴⁷ TSJ/SCC, sent. N.º 417, de 12-08-11, <https://bit.ly/3P0o57Z>.

¹⁴⁸ LUPINI BIANCHI: ob. cit. («Notas sobre la teoría...»), p. 315.

¹⁴⁹ Respecto de las relaciones de turismo, ver: MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Respuestas locales a un problema global: el Derecho del Turismo en Venezuela Frente al COVID-19». En: *The Legal Impacts of COVID-19 in the Travel, Tourism and Hospitality Industry*. Escola Superior de Hotelaria e Turismo do Estoril. C. TORRES y J. MELGOSA, editores. Estoril-Salamanca-París, 2021, pp. 597 y ss.

¹⁵⁰ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Curso de Derecho Civil III...*), p. 193.

Una muy breve idea para terminar

No estamos seguros de que este sea un buen momento para pensar en una reforma del Código Civil. A fin de cuentas, nuestro Código tiene soluciones que aun después de 80 años funcionan con eficiencia. No obstante, no es el texto de la Ley lo que ha generado problemas, sino la interpretación que de su pilar fundamental, la autonomía de la voluntad, ha hecho la jurisprudencia en Venezuela. Una jurisprudencia más preocupada por arrinconar a la autonomía de la voluntad, que a dar respuesta a cuestiones respecto de las cuales nuestro Código Civil es silente.

Hemos insistido desde hace tiempo que el Estado social de Derecho no puede convertirse en un instrumento ciego de intervención. La protección, en el caso de relaciones asimétricas, es necesaria, y en tales casos convendría, como hemos afirmado, contar con normas especiales. Pero lo que sí es cierto, de momento, es que el camino tomado por algunas decisiones de la Sala Constitucional no parece garantizar la seguridad jurídica que las relaciones privadas necesitan.

* * *

Resumen: La autora reflexiona sobre la libertad contractual, continuando así una línea de investigación iniciada hace dos décadas, de marcada actualidad a raíz de la propensión en el Derecho nacional de limitar la autonomía privada. En concreto, se desarrolla –desde el Derecho de las obligaciones– la regulación de la autonomía de la voluntad, sus limitaciones y omisiones, estas últimas en materia de interpretación del contrato, relaciones asimétricas y equilibrio económico del contrato.

Palabras clave: Libertad contractual, autonomía, voluntad, interpretación, equilibrio económico, imprevisión. Recibido: 01-12-22. Aprobado: 28-01-23.