

---

# La Irretroactividad del Contrato

Manuel de la Puente y Lavalle

Consultor del Estudio Echeocopar

De conformidad con el artículo 1351° del Código civil, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Para facilitar la exposición del discurso se va a considerar únicamente el caso del contrato creador de dicha relación jurídica, aun cuando lo expuesto sea aplicable *mutatis mutandis* a los otros dos casos.

## Los Límites del Contrato

El contrato es, en su esencia, un acto jurídico y, como tal, puede estar sujeto a modalidades.

Entre estas modalidades se encuentra el plazo, que es un lapso comprendido entre dos límites: el *término inicial*, que es el momento a partir del cual empieza a correr el plazo; y el *término final*, que es el momento cuando vence el plazo.

El plazo puede ser, a su vez, *suspensivo* y *resolutorio*. El plazo *suspensivo* es aquél en que el término inicial es diferido en el tiempo, o sea que la relación jurídica patrimonial, pese a haber sido creada por la celebración del contrato, no produce efectos hasta el vencimiento del lapso de la suspensión. Es *resolutorio* el plazo cuyo término final es fijado por las partes, de tal manera que la relación jurídica patrimonial creada por el contrato deja de producir efectos al vencimiento del plazo.

Es posible, pues, que los efectos de la relación jurídica patrimonial no rijan inmediatamente después de la celebración del contrato, sino que su iniciación se postergue en el tiempo por acuerdo de las partes contratantes. Pero, ¿será igualmente posible que convencionalmente se anticipen tales efectos a la celebración del contrato, o sea, que el término inicial preceda al contrato?

Esta pregunta plantea el problema de la *retroactividad*, cuya acepción, según el Diccionario de la Lengua Española, es el *obrar o tener fuerza sobre lo pasado*. Conviene, por ello, conocer el significado que la doctrina ha otorgado a la retroactividad, desde el punto de vista del Derecho.

## La Retroactividad de la Ley

Pese a que, como se acaba de ver, la retroactividad es el obrar o tener fuerza sobre lo pasado, por lo que podría hablarse de retroactividad cada vez que una situación jurídica se proyecta hacia atrás, trátese tanto de la norma jurídica como del acto jurídico, no se habla, o al menos yo no he escuchado hablar, de la retroactividad del contrato.

Esto ha llamado mi atención por cuanto habiéndome ocasionalmente preguntado si el contrato podía tener efectos retroactivos, irreflexivamente contesté que sí, pensando que entre la libertad de configuración del contrato que concede el artículo 1354 del Código Civil se encontraba comprendida la libertad de pactar el momento en que éste empezara a producir efectos, bien sea hacia el futuro o bien hacia el pasado.

Al tratar de fundamentar mi respuesta no pude encontrar doctrina sobre el tema pues todo el tratamiento de la retroactividad parece estar orientado exclusivamente hacia la retroactividad de la ley.

En efecto, la definición de retroactividad que da la conocida Enciclopedia Jurídica Omeba<sup>1</sup>, que constituye el manual de muchos estudiosos del Derecho, es la traslación de la vigencia de una norma jurídica creada en un determinado momento histórico anterior a su creación, agregando que, desde el punto de vista lógico, esta operación implica subsumir ciertas situaciones de hecho pretéritas que estaban reguladas por normas vigentes al tiempo de su existencia, dentro del ámbito regulativo de las nuevas normas creadas.

Obsérvese que esta definición, pese a ser la de la retroactividad en general, se limita a examinar el aspecto de la vigencia de la norma jurídica, dejando de lado toda referencia a la vigencia del acto jurídico.

En estas condiciones, creo que lo más prudente es conocer el significado de la retroactividad de la ley para de allí ver si es posible tratar sobre la retroactividad del contrato.

---

1 SMITH, Juan Carlos en enciclopedia Jurídica Omeba, voy «Retroactividad», Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, Tomo XXIV, pág. 1000.



## La Irretroactividad del Contrato

COVIELLO<sup>2</sup> le da tres sentidos al tema de la retroactividad de la ley, que son descritos de la manera siguiente: 1º Retroactividad de la ley puede significar aplicación de la ley nueva a hechos no sólo ya realizados, sino agotados bajo el imperio de la ley antigua, esto es que han producido ya todos sus efectos. 2º Retroactividad de la ley puede significar un campo de acción más restringido que el que acaba de indicarse, esto es, la aplicación de la ley nueva a todas las controversias que surgen o que están pendientes todavía en el momento en que aquélla entra en vigor, aunque tengan por objeto hechos verificados bajo el imperio de la ley abolida. 3º Retroactividad de la ley, en fin, puede denotar no la aplicación de la ley a hechos ya decididos desde antes, o a cuestiones pendientes relativas a hechos pasados, sino la aplicabilidad a hechos nuevos, que por primera vez se realizan bajo su imperio, pero que se encuentran en cierta relación con hechos anteriores. Agrega que así es que la máxima «la ley no es retroactiva» podría significar: a) que la nueva ley no toca las controversias definitivamente resueltas con anterioridad; b) que la nueva ley no es aplicable a las controversias relativas a hechos anteriormente realizados, aun cuando estén pendientes en el momento en que la ley entre en vigor o surjan después; c) que la nueva ley no regula los hechos nuevos que tienen lugar bajo su imperio, si están en relación con hechos verificados antes.

Después de este análisis el mismo autor opina que es preferible la teoría según la cual la máxima «la ley no tiene fuerza retroactiva» significa que el juez no puede aplicarla a hechos pasados, o desconociendo las consecuencias ya realizadas, o quitando eficacia, o atribuyendo una diversa, a las consecuencias nuevas sobre la única base de la apreciación del hecho pasado.

Siguiendo a Paul ROUBIER, los tratadistas AFTALION, GARCIA OLANO Y VILANOVA<sup>3</sup> opinan que la oposición entre los principios de retroactividad e irretroactividad (en que se basaba tradicionalmente la doctrina para dividir las leyes en retroactivas y no retroactivas) es *falaz* y que en rigor las leyes pueden ser divididas a este respecto en tres grupos: 1) leyes *retroactivas*; 2) leyes de aplicación *inmediata* y 3) leyes de aplicación *diferida*. 1) Únicamente merecen el calificativo de leyes *retroactivas* aquellas leyes que vuelven sobre los *efectos ya cumplidos* bajo el imperio de la ley anterior; 2) son meramente leyes de *aplicación inmediata*, aquellas que rigen los *efectos posteriores* a su sanción, aunque sean derivados de una relación jurídica constituida con anterioridad; y 3) son leyes de *aplicación diferida* las que

rigen solamente para las relaciones jurídicas constituidas con posterioridad a su sanción, dejando entretanto que los efectos de las relaciones jurídicas anteriores se rijan por la ley anterior.

El artículo III del Título Preliminar del Código civil reconoce la distinción entre leyes de aplicación inmediata y leyes retroactivas al establecer que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

Comentando este artículo dice RUBIO<sup>4</sup> que él establece en su primera parte, como regla general, la concepción correspondiente a la teoría de los hechos cumplidos, pues indica que la nueva ley tiene aplicación inmediata a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, agregando que, «en otras palabras, la disposición del artículo III que comentamos se pronuncia claramente por la aplicación inmediata de la norma jurídica, desecha lo que hemos denominado aplicación ultraactiva (aquélla que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren luego que la norma ha sido derogada), y sólo considera la aplicación retroactiva en los casos que autoriza expresamente el artículo 187º de la Constitución (de 1979)».

He hecho esta mención, quizá demasiado extensa, de las opiniones doctrinales vigentes para poner en evidencia que el tema de la retroactividad, pese a su significado de obrar o tener fuerza sobre el pasado, es referido exclusivamente a la acción de la nueva ley sobre los hechos, relaciones y situaciones existentes, los cuales, según su respectiva importancia, son los que marcan la aplicación de la ley en el tiempo. En otras palabras, no se juzga la fuerza de la ley como tal sino el valor de los hechos, relaciones y circunstancias que ella afecta.

Esto ha determinado que no se tome en consideración la posibilidad de que una ley pueda tener efectos retroactivos sin afectar hechos, relaciones y situaciones existentes. Supóngase que una ley otorga un título honorífico a un ciudadano con efecto retroactivo a una fecha anterior a la de dación de la ley, sin que con ello afecte derechos ajenos ¿sería válida esta ley?

Como según la tesis de la retroactividad de la norma legal, como la aplicación de la ley en referencia no colisionaria con ningún hecho, relación o situación existente, no habría razón valedera para limitar sus efectos

2 COVIELLO, Nicolás. «Doctrina general de Derecho civil», Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938, pág. 109.

3 AFTALION, Enrique R., GARCIA OLANO, Fernando y VILANOVA, José, «Introducción al Derecho», Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1980, pág. 471.

4 RUBIO CORREA, Marcial, «Título Preliminar», Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1986, pág. 66.

en el tiempo pasado, desde que con ello no se privaría a nadie de sus derechos.

Sin embargo, pienso que una norma legal puede crear una situación dada, la cual existe desde el momento de su creación, pero que no puede hacer existente algo que no lo era antes de este momento. No son los límites que se imponen a la norma los que están en juego sino la fuerza de la misma.

Pongámonos en el mencionado supuesto del otorgamiento del título honorífico, y consideremos que la ley fue dictada el 1º de julio con efecto al 1º de enero del mismo año. Desde esta fecha hasta aquella el ciudadano no había ostentado efectivamente el título por más que una ley posterior dijera lo contrario, aunque con ello no perjudicara a nadie. No es tan cierto pues, lo que algunos sostienen que la ley lo puede todo, tal como decir que existe lo que no existe.

Sin embargo, para los efectos de establecer la posibilidad de que el contrato tuviera efectos retroactivos mi investigación resultó un fracaso, pues no he podido encontrar argumentos en favor o en contra de esa posibilidad. Ello determina que deba orientar mi búsqueda hacia el análisis de la naturaleza del contrato, para ver si por este camino se puede descifrar la incógnita.

#### **La Retroacción del Contrato**

Debido al difundido sentido que se ha dado a la expresión «retroactividad», identificándola como la aplicación de la ley a determinados hechos, relaciones o situaciones existentes, voy a utilizar, para tratar de los efectos hacia atrás del contrato, la expresión «retroacción» que, teniendo semánticamente similar significado, no está teñida de ese inexacto sentido.

Al principio de este artículo (5a. acepción de la palabra «artículo» del Diccionario de la Lengua Española) se ha dado la definición de contrato contenida en el artículo (4a. acepción de dicha palabra en el mismo Diccionario) 1351º del Código Civil, advirtiendo que se iba a considerar sólo el caso del contrato creador de una relación jurídica patrimonial.

Ya se ha visto que el contrato es una especie del acto jurídico. No es raro, pues, aunque sí antitécnico, que

la definición del acto jurídico dada por el artículo 140º del Código Civil, según el cual el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, sea similar a la del contrato.

En primer lugar, el acto jurídico es, en su esencia, una manifestación de voluntad. Esta manifestación puede ser hecha por una sola persona, caso en el cual nos encontraríamos ante un acto jurídico unilateral, o bien por varias personas, eventualidad en la que estaríamos en presencia de un acto jurídico plurilateral. El contrato, por ser según el artículo 1351º del Código civil el acuerdo de dos o más personas, es un acto jurídico plurilateral.

Resulta así que la manifestación de voluntad que caracteriza al acto jurídico, se expresa en el caso del contrato como una manifestación de la voluntad común de las partes contratantes, que tienen que ponerse de acuerdo entre sí para que el contrato llegue a celebrarse.

En estas condiciones, el contrato es un acuerdo de voluntades destinado a crear una relación jurídica. Esto es posible gracias a la llamada autonomía privada.

Se entiende por autonomía privada el poder reconocido a las personas para regular, dentro del ordenamiento jurídico, sus propios intereses y crear libremente relaciones jurídicas entre sí.

Existen dos posiciones que tratan de encontrar el verdadero fundamento de la autonomía privada.

La primera de ellas es la teoría individualista, según la cual los derechos subjetivos emanan de la esencia misma del hombre, por lo que éste es totalmente autónomo para regular sus intereses. De acuerdo con la segunda teoría, conocida como teoría normativista, la autonomía privada es concedida a la persona por expresa delegación del ordenamiento jurídico, el cual, para no entorpecer el tráfico económico-jurídico, confía a los particulares la autorregulación de sus intereses, dentro de los cauces que les señala dicho ordenamiento.

Considero que la tesis normativista responde mejor a la naturaleza de la autonomía privada. No encuentro razón de peso alguna que justifique que la libertad individual tenga en sí la potencialidad suficiente para crear relaciones obligatorias, porque precisamente esa misma libertad permitiría al hombre deshacer lo que creó.

---

***“No encuentro razón de peso alguna que justifique que la libertad individual tenga en sí la potencialidad suficiente para crear relaciones obligatorias, porque precisamente esa misma libertad permitiría al hombre deshacer lo que creó.”***

---



## La Irretroactividad del Contrato

De acuerdo con la tesis normativista, la autonomía privada debe ser entendida como la potestad de determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma general de carácter imperativo (artículo 1354° del Código Civil).

Conviene ahora, para precisar los efectos del contrato, detenernos a tratar sobre la naturaleza de la relación creada por el mismo, tomando en consideración para ello que el contrato es una especie del acto jurídico.

Dice VIDAL<sup>5</sup> que la relación jurídica es una relación intersubjetiva (entre sujetos entre sí, o bien entre sujetos, aunque con relación a un bien) que el Derecho hace relevante, tutelándola en salvaguarda de intereses económicos, morales o sociales. Agrega que, en su opinión, la relación jurídica implica un comportamiento intersubjetivo, tutelado por el Derecho, en cuanto guarda conformidad con la normativa jurídica.

Tratándose del contrato, la relación jurídica tiene carácter patrimonial, lo cual debe ser entendido como una relación obligacional, esto es una relación que crea obligaciones entre las partes.

Conviene destacar que tanto en la Ponencia original como en las cinco Ponencias sustitutorias presentadas por el doctor Max ARIAS-SCHREIBER a la consideración de la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, generalmente conocida como la Comisión Reformadora, así como en el Proyecto de Código Civil elaborado por esta Comisión, que fue presentado al Congreso de la República en julio de 1981, se definía el contrato como el acuerdo para crear (regular, modificar y extinguir) *obligaciones de carácter patrimonial*. No cabe duda que el planteamiento de la Comisión Reformadora era considerar que el contrato creaba una relación obligacional.

No se conocen las razones por las cuales la Comisión Revisora creada por la Ley N° 23403 sustituyó, copiando el artículo 1321° del Código civil italiano de 1942, esta redacción por la de *relación jurídica patrimonial*, y así fue recogida por el artículo 1351° del Código Civil de 1984.

Sin embargo, todo hace pensar que el cambio de nombre no significó un cambio de concepto, desde que el artículo 1402° de este Código, que se ocupa del objeto del contrato, conservó la redacción del artículo 1418 del

Proyecto de la Comisión Reformadora, según el cual dicho objeto es crear, reglar, modificar o extinguir obligaciones.

Por otro lado, al ubicarse la Sección que versa sobre los contratos en general en el Título VII del Código civil, correspondiente a las Fuentes de las Obligaciones, resulta evidente que la relación jurídica creada por el contrato tiene carácter obligacional, esto es que está constituida por obligaciones.

Se ha visto que el artículo 1351° del Código Civil peruano se inspira en el artículo 1321° del Código Civil italiano, que establece que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre si una *relación jurídica patrimonial*. Pese a usarse esta expresión, la doctrina italiana<sup>6</sup> reconoce que no se puede negar que la principal función del contrato se realiza en materia de obligaciones y características; y sobre todo, como tal está considerado, disciplinado e inserto en el sistema por el ordenamiento positivo.

Cabe pues, llegar sin mayores obstáculos a la conclusión que la relación jurídica patrimonial creada por el contrato está compuesta por obligaciones.

Antes de seguir adelante conviene precisar qué debe entenderse por efectos del contrato. Sabemos que el contrato, como todo acto jurídico, deja de existir al momento de crear la relación jurídica, o sea, en el caso del contrato, la relación obligacional. Esta es la que continúa produciendo efectos en el tiempo a través de las prestaciones, que son las conductas de dar, de hacer o de no hacer mediante cuya ejecución se cumplen las respectivas obligaciones. Son, pues, las prestaciones los efectos de las obligaciones y, consecuentemente, del contrato.

Conjugando los dos aspectos del contrato que acabamos de analizar, o sea la concepción de la autonomía privada y los efectos del contrato, puede establecerse que el contrato es el acuerdo de voluntades de dos o más partes para crear obligaciones, cuyos efectos son las prestaciones.

Ha llegado el momento de conocer si el ordenamiento jurídico peruano permite la retroacción del contrato, o sea proyectar la ejecución de las prestaciones hacia un momento anterior a su celebración del contrato.

A primera vista la respuesta parece ser afirmativa, no sólo porque, según se ha visto, el artículo 1354° del

5 VIDAL RAMIREZ, Fernando. «El acto jurídico en el Código civil peruano», Cultural Cuzco S.A., Editores, Lima, 1989, pág. 130.

6 MESSINEO, Francesco. «Doctrina general del contrato, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I, pág. 47.

Código civil concede a las partes la libertad de configuración interna (potestad de determinar libremente el contenido del contrato), sino también, y muy especialmente, porque el artículo 1361 del mismo Código establece que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Bastaría que las partes acordaran entre sí que las obligaciones creadas por el contrato proyectaran sus efectos hacia atrás, o sea que las prestaciones fueran debidas por las partes desde un momento anterior a la celebración del contrato, para que este acuerdo fuera obligatorio respecto de ellas.

El ordenamiento jurídico sólo ha impuesto tres límites a la libertad de configuración interna: las leyes que interesan al orden público; las buenas costumbres; y las leyes imperativas. Fuera de estos límites, los contratantes son todopoderosos para normar los alcances del contrato.

Se ha visto que al amparo de la libertad de configuración interna les es posible acordar proyectar hacia el futuro los efectos de las obligaciones creadas por el contrato mediante la postergación del término inicial del plazo del mismo. Parecería que la misma libertad les permite hacer esta proyección hacia el pasado, siempre que no se violen derechos de terceros.


Supóngase que las partes celebran hoy un contrato de arrendamiento de un inmueble urbano, acordando que los efectos de las obligaciones creadas por él regirán desde el 1º de enero, con el objeto de

legitimar desde esa fecha la situación de un ocupante precario de dicho inmueble. A primera vista, este contrato sería obligatorio para las partes y produciría los efectos queridos por ellas. Sin embargo, tal como lo dice SMITH<sup>7</sup> racionalmente es inadmisibles que un acto de voluntad pretenda modificar el pasado.

Las partes contractuales pueden acordar que la relación obligatoria que están creando en este momento las vincule desde el 1º de enero, pero este acuerdo es impotente para tener el efecto deseado porque la voluntad humana no puede volver posible lo que escapa a sus alcances.

Similarmente a lo que hemos visto ocurre con la ley, el contrato no puede hacer que exista lo que no existe. Quien era ocupante precario el 1º de enero no puede verse convertido desde esa fecha en arrendatario por virtud de un contrato celebrado hoy. El orden natural no lo permite.

Como dicen COLIN y CAPITANT la reciprocidad es evidentemente una ficción, porque hace remontar los efectos del acto a una época anterior a la realización del hecho al que estaba ligado su efecto. Esto no significa, desde luego, que el ocupante precario no pueda obligarse a pagar la renta correspondiente al tiempo de la ocupación, pero ello no lo convierte en arrendatario durante este tiempo.

Tampoco, pues, desde el punto de vista de la naturaleza del contrato puede admitirse la retroacción del mismo, lo cual justifica el título del presente artículo 

7 SMITH. Juan Carlos. op. cit., Tomo XXIV, pág. 1.000.