

La fijación unilateral del precio

ERNESTO RENGIFO GARCÍA*

Sumario: Breve introducción. I. La regla de la prohibición. II. Crítica a la regla prohibitiva. III. Normatividad que reconoce la fijación unilateral del precio. IV. La fijación por un tercero. V. La fijación del precio en los contratos de distribución. VI. ¿Nulidad o abuso? Conclusiones

Resumen: Con el presente escrito se busca cuestionar la solución tradicional que se ofrece frente a la fijación unilateral del precio por una de las partes, consistente en la inexistencia o invalidez del contrato por falta de precio cierto. El problema, como se demostrará, no consiste en realidad en quién determina el precio (si una de las partes o ambas), sino en precisar el criterio según el cual se debe proceder a realizar dicha determinación. Tal criterio debe ajustarse al modelo de conducta del *arbitrium boni viri*, que se remonta al derecho romano y que le exige a la parte un arbitrio o juicio propios de un hombre justo o la conducta propia de un hombre recto. Habiendo así procedido, el contrato es válido y el juez podrá intervenir en el caso en que haya habido *abuso* en la fijación del precio. De modo que mientras para el viejo sistema la solución es la nulidad, para el nuevo debiera ser el *abuso*.

Palabras clave: terminación unilateral del contrato, invalidez del contrato, abuso del derecho

* Profesor de Derecho de Contratos en la Universidad Externado de Colombia y director del Departamento de Propiedad Intelectual en la misma universidad. Correo electrónico: [ernesto@garridorengifo.com]
Fecha de recepción: 2 de diciembre del 2011. Fecha de aceptación: 27 de febrero del 2012.

Unilateral Price Fixing

Abstract: This paper seeks to challenge the traditional solution offered against unilateral price fixing by a party, it is the effect of a non-existent contract or avoidable contract by absence of price. The problem, as will be shown, is not actually made by who determines the price (if one party or both), but to clarify the criteria under which to proceed to make that determination. Such criteria should follow the model of behavior from Roman law *arbitrium boni viri*, that requires a party behavior and judgment characteristics of a righteous man. Having thus proceeded, the contract is binding and the court may intervene in the event that there has been abuse in pricing. So while the old system solution is the voidance, the new solution should be the concept of abuse.

Keywords: termination by notice, avoidance of contract, abuse of rights

BREVE INTRODUCCIÓN

En este escrito se analizará si en la contratación privada una de las partes, por lo general la fuerte de la relación jurídica, puede de manera unilateral fijar, señalar o integrar el precio o el valor del contrato¹. El análisis parte de un supuesto, que es el siguiente: la actual praxis contractual está impregnada de facultades unilaterales a favor de uno de los sujetos contractuales; o mejor, el contrato va desenvolviéndose hacia una realidad que ya no se corresponde con la concepción tradicional en la medida en que existe una progresiva aceptación de los poderes unilaterales en el contrato. Y esta aceptación se observa, por ejemplo, respecto de uno de los elementos esenciales de muchos contratos, como lo es el precio, que cual suele hoy ser integrado de manera unilateral por uno de los sujetos negociales, sin implicar por ello que el contrato sea *per se* e *in se* nulo, abusivo o ineficaz.

En el caso de la compraventa, contrato emblemático desde el punto de vista dogmático e instrumento fundamental en una economía de mercado para el intercambio de bienes, el Código Civil establece la prohibición de dejar al arbitrio de uno los contratantes la determinación del precio; empero, la práctica muestra que en el actual tráfico mercantil la parte fuerte de la relación es quien la mayoría de las veces termina señalándolo. El punto es auscultar además si esa prohibición se extiende a otras formas o tipos contractuales cuya prestación fundamental no consiste precisamente en el intercambio de bienes.

¹ Nadie discute que el derecho contractual privado ha influido poderosamente el derecho contractual público; hoy, en cambio, el jurista se pregunta si las facultades unilaterales que campean en la contratación pública, existen en la privada. Por razones de eficiencia, el Estado cuando contrata con los particulares impone, por lo general, las condiciones del contrato, pudiendo incluso modificarlo y terminarlo unilateralmente, a más de que suele señalar el valor del contrato y modificarlo. Ésta es pues una verdad que hoy nadie desconoce.

I. LA REGLA DE LA PROHIBICIÓN

El derecho romano permitió que el precio en la compraventa –y en el arrendamiento– fuese fijado por un tercero; lo que no avaló fue que fuese discrecionalmente fijado por el comprador. Respecto de la primera hipótesis, JUSTINIANO en sus *Instituciones* III, 23, 1, señaló:

Mas es preciso que se fije un precio, porque no puede haber ninguna compra sin precio. Pero además el precio debe ser cierto. Por otra parte, si entre algunos se hubiere convenido que en cuanto Ticio hubiere estimado la cosa en tanto sea comprada, se dudaba mucho y con frecuencia por los antiguos si hay o no venta. Pero una decisión nuestra estableció, que siempre que se hubiere concertado una venta en estos términos: 'en cuanto aquella persona hubiere estimado', el contrato existiría bajo esta condición, que si verdaderamente el que fue nombrado hubiere, determinado el precio, se pague de todos modos con arreglo a su estimación el precio, y se entregue la cosa, de suerte que la venta sea llevada a efecto, reclamando el comprador por la acción de compra, y el vendedor por la de venta. Más que si el que fue nombrado o no hubiere querido o no hubiere podido fijar el precio, en este caso la venta es nula, como quiera que no se ha establecido ningún precio. Cuyo derecho, habiéndonos parecido bien en las ventas, no es absurdo aplicarlo también a los arrendamientos².

Nótese que JUSTINIANO (siglo VI d. C.) acepta que la fijación del precio la haga un tercero, y al no mencionarse esa facultad a una de las partes, esta posibilidad quedó excluida. Es pues esta regla la que queda trasunta en el *Code civil*. Así mismo y tal como aparece al final del texto, la regla se extendió al contrato de arrendamiento.

Y respecto de la expresa no aceptación de la fijación del precio por el comprador, se lee lo que sigue en Digesto 18.1.35.1 (Gayo 10 ed. Prov.):

Es sabido que no se perfeccionó el negocio, cuando al que quiere comprar le dice de este modo el vendedor: "por cuanto quieras, por cuanto juzgares justo, por cuanto hubieres estimado, tendrás comprando".

También en uno de los textos de derecho romano que sirven de guía a muchas facultades de Derecho en América Latina se lee:

² En igual sentido, C.4, 38, 15, 1: "[...] Mas si aquel o no quisiere o no pudiere fijar el precio, entonces sea nula la venta, cual si no se hubiera establecido ningún precio; no debiéndose atender en lo sucesivo a ninguna conjetura, y mucho menos a adivinación, sobre si los contratantes llegaron a estos pactos refiriéndose a persona cierta, o al arbitrio de un hombre bueno, porque creyendo que esto es absolutamente imposible lo rechazamos por esta ley. Lo que mandamos que tenga lugar también en los arrendamientos de esta clase".

El Derecho clásico no admite que la determinación pueda confiarse al *arbitrium* de las partes o de un tercero; el Derecho Justiniano reconoce, en cambio, la validez de la venta cuando se encomienda la determinación a un tercero, y éste fija *por sí* el precio³.

Con ocasión de la nueva realidad contractual el jurista se pregunta si en el ejercicio de la autonomía privada uno de los contratantes puede unilateralmente fijar o determinar uno de los elementos esenciales del contrato: el precio. La regla prohibitiva establecida en el Código Civil francés fue acogida en los códigos que encontraron en este su fuente nutricia⁴ y de inspiración⁵ e incluso se mantiene en otros que se han promulgado recientemente⁶.

El Código Civil colombiano señala en su artículo 1864 que

El precio de la venta debe ser determinado por los contratantes⁷.

³ JUAN IGLESIAS, *Instituciones de derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1982, pp. 432 y 433. En igual sentido ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, Madrid, Neo, 1993. Aquí en la página 451 se lee: "También se consideró que sería cierto el precio que un tercero determinase en caso que se conviniese entre comprador y vendedor que se pagaría como precio lo que valorase un tercero, siempre que se tratase de un *arbitrium boni viri* [...]. Sin embargo no era válida la compraventa en que la determinación del precio quedara al arbitrio de una de las partes contratantes". EDUARDO VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, Madrid, Civitas, 1986, p. 501: "El precio debe ser cierto; este requisito se entiende en el sentido de que la medida de la suma de dinero debe estar especificada en cifras en el momento de la *conventio*, o también determinada refiriéndola a una circunstancia o a un sistema que sirvan para calcular la cifra ya objetivamente segura [...]. Se discutía entre los juristas clásicos la validez del contrato cuando el precio era dejado al arbitrio de un tercero, pero terminó prevaleciendo la opinión negativa de Labeón. Justiniano (C. 4, 38, 15) acoge la opinión contraria (es decir, la validez del contrato) a condición, sin embargo, de que la estimación fuera efectivamente realizada".

⁴ "El *Code civil* ha sido el código más influyente de todos. Supera en ello incluso al *corpus iuris* de Justiniano. Fue recibido en Bélgica, Luxemburgo y Holanda, en partes de Alemania (que fueron ocupadas por Francia), incluyendo la ciudad de Danzig, independiente hasta 1815. También en partes de Polonia, en Italia, España y Rumania encontró recepción e influyó la legislación de derecho privado del Imperio ruso. Desde el punto de vista geográfico su esfera de influencia fuera de Europa es mucho más extendida. Los códigos civiles de Sudamérica (con excepción del Brasil), de América Central e incluso de algunos territorios de los Estados Unidos y del Canadá, se encuentran fuertemente influidos por el *Code civil*. El *Code* se convirtió así en un *código de los pueblos románticos*. En la aplicación práctica se muestra sin embargo un cierto movimiento de retroceso, al perder terreno el influjo vivo de la doctrina y de la jurisprudencia francesa, especialmente en España, a favor de una doctrina propia": GERARD WESENER y GUNTER WESENER, *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. José Javier de los Mozos, Valladolid, Lex Nova, 1998, p. 255.

⁵ El Código Civil español en su artículo 1.449 indica: "El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

⁶ El Código Civil del Perú de 1982 señala: "La compraventa es nula cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes". El Código Civil del Brasil de 2002 señala en su artículo 489: "Nulo es el contrato de compra y venta cuando se deja al arbitrio exclusivo de una de las partes la fijación del precio".

⁷ El artículo continúa así: "Podrá hacerse esta determinación por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen. Si se trata de cosas fungibles y se vende al corriente de plaza, se entenderá el del día de la entrega, a menos de expresarse otra cosa".

Y el 1865 indica:

Podrá asimismo dejarse el precio al arbitrio de un tercero; y si el tercero no lo determinare, podrá hacerlo por él cualquiera otra persona en que se conviniere los contratantes: en caso de no convenirse, no habrá venta. *No podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes.*

Dicha regla, particular para el contrato de compraventa, tuvo incidencia sin lugar a dudas en el criterio –siguiendo a JUSTINIANO– que el legislador utilizó para la determinación del precio en otro de los más emblemáticos contratos del Código Civil como lo es el contrato de arrendamiento de cosas. Allí, en efecto, se dijo que “el precio podrá determinarse de los mismos modos que en el contrato de venta” (artículo 1976 *ibidem*). Y a propósito del contrato para la confección de una obra material, especie de contrato de arrendamiento de servicios, el código señaló: “Si se ha convenido en dar a un tercero la facultad de fijar el precio, y muriere este antes de procederse a la ejecución de la obra, será nulo el contrato; si después de haberse procedido a ejecutar la obra, se fijará el precio por peritos” (artículo 2055 *ibidem*).

En términos generales, se observa, pues, la orientación ideológica del código en el sentido de que la fijación de uno de los elementos esenciales del acto de disposición fuese producto o resultado de los contratantes y no de uno de ellos. Orientación acorde con la filosofía racionalista imperante para la época de inspiración del *Code civil* de 1804 según la cual era la razón y la voluntad de los intervinientes la generadora del contrato.

La tesis de la prohibición del arbitrio de parte para la determinación del precio se encuentra recogida por la Corte Suprema de Justicia:

Como es obvio, esta regla prohibitiva encuentra su fundamento jurídico en la consideración de que tiene que ser el consentimiento de las partes la determinante de los elementos esenciales de la compraventa: la cosa y el precio. Si sólo uno de los contratantes fuera el llamado a determinar uno de estos dos elementos, faltaría el acuerdo de las partes, sin el cual no puede perfeccionarse el contrato. Pero además, la estipulación de que sea uno solo de los contratantes el que tenga la facultad de señalar el precio de la venta, equivaldría al establecimiento de una condición potestativa que consistiría en la mera voluntad de la persona que se obliga, condición que anula la obligación respectiva, según lo determina el inciso 1º del artículo 1535 del Código Civil⁸.

Nótese que para la Corte Suprema existen dos razones que justifican el veto impuesto a los contratantes: la imposibilidad de que en la compraventa uno de sus *essentia negotii* pueda surgir sin el consentimiento de ambas partes y el carácter de condición meramente potestativa que asumiría una cláusula en tal sentido.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 8 de julio de 1977.

No obstante todo lo expuesto, es decir lo dicho por JUSTINIANO, lo establecido en el *Code Civil*, lo señalado en nuestro Código Civil, y en muchos otros derivados del francés, y lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, el tema no es tan claro como parece y la opinión contraria es la que en sentir de muchos otros prevalece, es decir, la posibilidad de que el precio pueda ser fijado por uno de los contratantes.

Aquí debe anotarse de entrada que en el ordenamiento privado vernáculo para ciertas modalidades contractuales –diferentes de la compraventa– en donde las partes no han fijado el precio y en donde el legislador es silente frente a la hipótesis de la fijación unilateral del precio, no se acoge el criterio normativo de la nulidad del contrato sino que se reenvía a otros criterios para su integración o conformación. Así, en el contrato para la confección de una obra material, el artículo 2054 del Código Civil señala que “Si no se ha fijado el precio, se presumirá que las partes han convenido el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de este, por el que se estimare equitativo a juicio de peritos”⁹.

Es más: en el mismo contrato de obra, el que encarga la obra podría fijar el precio de ella:

El que encargó la obra, aun en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra (art. 2056 *ibidem*).

Es decir que aquí la fijación de la retribución, después de la celebración del contrato, la determina el empresario, sin necesidad de que exista un acuerdo con el artífice, sin perjuicio, por supuesto, de que dicha determinación puede ser *ex post* valorada por el juez. Nótese, pues, que esa determinación unilateral del precio aparece reconocida en un código decimonónico, lo que permite inferir que la regla prohibitiva no es tan absoluta y que el lector o intérprete no puede darle a ella, con base en el artículo 1865 ya trasunto, un carácter general y extensivo a otras modalidades o tipos contractuales.

II. CRÍTICA A LA REGLA PROHIBITIVA

La discusión a la cual se ha hecho referencia ya había quedado planteada en el derecho romano cuando GAYO (siglo II d. C.) en sus *Instituciones* (3.140) sostuvo:

⁹ Como se verá más adelante, existen muchos tipos contractuales, sobre todo en el campo del derecho mercantil en donde se prevé que a falta de estipulación sobre la remuneración, ésta será la usual o se deberá recurrir a criterios para su determinación como la costumbre o el juicio de peritos. En especial véanse los siguientes artículos del Código de Comercio: 1.170, 1.264, 1.330, 1.341 y 1.379. Para el contrato de mandato el artículo 1.264 dispone: “El mandatario tendrá derecho a la remuneración estipulada o usual en este género de actividades, o, en su defecto, a la que se determine por medio de peritos”.

El precio debe ser cierto. Pues si por el contrario, convenimos entre nosotros de esta manera, que la cosa sea comprada en tanto en cuanto la estime Ticio, Labeón negó que este negocio tuviera alguna virtualidad; Casio aprueba esta opinión. Ofilio estimó que en este caso también había compraventa, opinión ésta que siguió Próculo.

Obsérvese entonces que para el derecho justiniano la prohibición era clara, pero para el derecho clásico, época de GAYO, la cuestión era discutida. Una discusión más entre sabinianos y proculeyanos. Para estos últimos era, pues, válida la fijación del precio por una de las partes en la compraventa.

Igualmente en el contrato de arrendamiento se encuentra en el Digesto un hermoso texto de PAULO (jurista del siglo III d. C.) en donde se prevé que la aprobación de la obra puede quedar al arbitrio del dueño de ella. En efecto, se lee en D. 19.2.24 *pr.* lo que sigue:

Si en un pacto de locación se hubiera expresado, que se apruebe la obra a arbitrio del dueño, se considera lo mismo que si se hubiese expresado el arbitrio de buen varón. Y lo mismo se observa, si se hubiera consignado el arbitrio de otro cualquiera, porque exige la buena fe, que se dé tal arbitraje, cual conviene a un buen varón [...]

GIUSEPPE GROSSO reconoce que en el derecho romano existía la posibilidad de remitirse al *arbitrium* de una de las partes siempre y cuando no se abusara de dicha prerrogativa, lo cual revela en últimas que la determinación unilateral del precio es sin duda un problema de límites:

Mientras que la determinación de la prestación en la obligación, como lo vimos puede ser confiada al *arbitrium* de un tercero, de ninguna manera puede remitirse al juicio libre del deudor o del acreedor. La razón de ello es obvia: la determinación libre del acreedor colocaría al deudor a merced suya; y la libre determinación del deudor podría reducir la prestación a un *mínimum* irrisorio; y con ello se vería socavada la propia razón de ser del requisito de una determinación. Al deudor o al acreedor se les puede dejar libertad de elección sólo dentro de un ámbito delimitado, que de suyo garantice el requisito de una suficiente determinación, como en los ejemplos típicos de las obligaciones alternativas y genéricas¹⁰.

Más adelante señala:

La reducción del *arbitratus* del tercero al criterio objetivo del *arbitrium boni viri*, tal como está presentada y formulada por Próculo, lleva a admitir la validez del negocio, no solo cuando la determinación estaba remitida a un tercero, sino también cuando se refería a una de las partes¹¹.

¹⁰ GIUSEPPE GROSSO, *Las obligaciones. Contenido y requisitos de la prestación*, trad. FERNANDO HINESTROSA, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 152.

¹¹ Cfr. GIUSEPPE GROSSO, *ob. cit.*, p. 164.

Es decir que además del reconocimiento de la determinación del precio por un tercero, se aceptaba la fijación del precio por una de las partes.

Si ello es así, la pregunta que surge es ¿por qué se asumió una posición tan radical en contra de la alternativa de permitir la fijación del precio a uno de los contratantes si para el derecho romano era posible aplicar un criterio objetivo, como lo es el del arbitrio de un varón justo o *arbitrium boni viri*, para delegar en uno de los extremos contractuales la determinación del precio?

Destacados romanistas como ALBERTARIO, RICCOBONO y SOLAZZI aceptan que en el derecho romano existía la posibilidad de remitir al arbitrio de una de las partes la determinación de la prestación, pese a que discrepan del momento histórico a partir del cual se implementó dicha alternativa¹². Ellos coinciden en que el *arbitrium boni viri* era la clave para delegar en el deudor o en el acreedor, incluso en un extraño, la configuración del respectivo deber de conducta. Así, pues, nada impide que el mismo análisis que llevó a los compiladores justinianos a declarar válida la compraventa con remisión al *arbitrium* de un tercero para la determinación del precio, fuese aplicado al arbitrio de parte con fundamento en el criterio objetivo de un *boni viri*. Y todo, por supuesto, con base en el famoso texto de GAYO ya citado:

[...] *Ofilius et eam emptionem et venditionem, cuius opinionem Proculus secutus est.*

Ese texto de GAYO es célebre por recordar la vieja discusión respecto de la validez del arbitrio de un tercero para la determinación del precio, lo cual se explica por la arraigada personalización de las relaciones jurídicas en época del derecho romano clásico, donde, por supuesto, las opiniones entre los jurisconsultos estaban divididas. Ya desde esa época, remitirse al arbitrio de los contratantes para la determinación del precio parecía bajo determinadas circunstancias algo adecuado. "Hay dos casos en los cuales la práctica reconoció la validez de negocios en los que se recurría, por ciertos aspectos, al *arbitrium* de uno de los contratantes, y acá también, como en el caso del tercero, de que se le interpreta como *arbitrium boni viri*."¹³

Con el tiempo fueron los compiladores justinianos quienes superaron la polémica del arbitrio de un tercero; sin embargo, al condicionar la determinación del precio al justo arbitrio de un extraño, los codificadores decimonónicos entendieron que la determinación del precio por parte de uno de los contratantes no era válida, con lo cual dejaron en el olvido al sector de jurisconsultos que propugnaron la posibilidad del arbitrio de parte. Para ellos la prohibición del arbitrio de parte

¹² Para ALBERTARIO la regla fue introducida por los compiladores justinianos, mientras que en opinión de RICCOBONO y SOLAZZI, los pioneros en permitir el unilateralismo en la determinación de la prestación fueron los juristas del derecho romano clásico como excepción a la regla del consenso, frente a lo cual, los justinianos fungieron como un catalizador de dicha ideas. Cfr. GIUSEPPE GROSSO, ob. cit., p. 154.

¹³ Cfr. GIUSEPPE GROSSO, ob. cit., p. 158.

se había convertido en garantía de imparcialidad; no obstante, se insiste en que PRÓCULO admitió la validez del negocio no solo cuando la determinación del precio estaba remitida a un tercero, sino también cuando se refería a una de las partes.

De este repaso se puede sostener que con la aceptación del *arbitrium boni viri* como requisito de validez de todo *arbitratus* pasó a un segundo plano la discusión respecto de quién debía fijar el precio en la compraventa. Infortunadamente, como consecuencia de una desatinada interpretación de la regla justinianea respecto del arbitrio de tercero en la compraventa, se adoptó sin mayor reflexión en los códigos del siglo XIX la regla prohibitiva del arbitrio de parte.

En este orden de ideas, cabe una vez más preguntarse si es posible mantener incólume la regla prohibitiva del arbitrio de parte para la determinación del precio, no solo en el contrato de compraventa sino en cualquier otro contrato, o si por el contrario dicha regla merece su derogación o replanteamiento a la luz de la aceptación del arbitrio de uno de los contratantes según el criterio objetivo del *arbitrium boni viri*

ZIMMERMANN señala que el *Code civil* en algunos puntos es incluso más romano que el BGB "cuando insiste, en el art. 1591, en la determinación del precio como presupuesto para la validez del contrato de venta (el *pretium certum* del derecho romano)"¹⁴. Para ZIMMERMANN los modernos sistemas legales tienden a asumir una posición mucho más liberal en cuanto al tema de la certeza del precio. El Código Civil alemán permite la determinación por un tercero y si este no puede o se retarda la determinación la puede hacer el juez. Así mismo, el BGB permite que la determinación del precio se pueda dejar en una de las partes, en este caso la parte tiene que decidir "de manera equitativa" o incluso con base en su libre discreción. Para ZIMMERMANN, "*this represents a deviation from Roman law which is based on pandectist doctrine*"¹⁵. Y al criticar la solución del *Code civil* francés sobre la prohibición normativa a la fijación unilateral de la prestación, señala que "para los juristas alemanes este debate resulta sorprendente, porque la regulación legal correspondiente contenida en los [parágrafos] 315-319 BGB está ampliamente acreditada, sin que haya dado lugar a grandes problemas o diversidad de opiniones. [...] En cambio, el derecho francés naturalmente se escandaliza ante tal formación del contrato, puesto que falta la garantía de corrección de los acuerdos sobre el contenido contractual, debiendo evitarse toda clase de influencia unilateral en la configuración del precio.

¹⁴ REINHARD ZIMMERMANN, *Derecho romano y cultura europea*, trad. CATALINA SALGADO, en Revista de Derecho Privado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, n.º 18, p. 14.

¹⁵ REINHARD ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Great Britain, Oxford University Press, 1996, p. 255. Se lee en el parágrafo 315 del BGB lo que sigue: "(1) Si la prestación debe ser determinada por una de las partes contractuales, en la duda debe entenderse que la determinación ha de adoptarse de acuerdo con criterios equitativos. (2) La determinación resulta de la declaración frente a la otra parte. (3) Si la determinación debe producirse de acuerdo con criterios equitativos, la determinación sólo es vinculante para la otra parte si responde a criterios equitativos. Si no responde a criterios equitativos, la determinación se adopta mediante sentencia; lo mismo rige si la determinación se demora".

Por esta razón, el derecho francés no opone objeciones a que la determinación del precio se deje a un tercero (art. 1592 *Code civil*)¹⁶.

HINESTROSA encuentra una salida al problema al hacer la distinción entre "arbitrio subjetivo" y "arbitrio objetivo", lo cual trae a la memoria la distinción romana entre el *arbitrium merum* y el *arbitrium boni viri*, para señalar que lo que se prohíbe es la arbitrariedad del acreedor o del deudor, y no la aplicación del "criterio razonable" como el ungido para la fijación del precio. De modo pues que el artículo 1865 [2] del Código Civil no trata de manera alguna de desconocer la posibilidad de la fijación unilateral del precio; todo lo contrario, en estos casos, se acatará la voluntad de las partes de dejar a una de ellas determinar el precio¹⁷.

En el caso del arbitrio de parte lo que en el fondo opera es un acuerdo implícito para delegar o remitir la determinación del precio, lo cual, de suyo, deja incólume el principio de la consensualidad en materia de compraventa.

JACQUES GHESTIN afirma: "Cuando el contrato hace depender el precio de la voluntad de una de las partes, su ejecución es perfectamente posible. Hablando con propiedad no puede decirse que falte acuerdo de voluntad sobre el precio, ya que las partes han coincidido en que una de ellas lo fije"¹⁸. De modo pues que la causa del unilateralismo, aunque parezca a primera vista paradójico, se encuentra en el mismo acuerdo de voluntades, lo cual permite descartar la presunta afrenta a la naturaleza consensual de la compraventa. Así mismo, señala: "Lo que hay que apreciar entonces, de manera concreta, en función de las circunstancias, es si el contrato, tal como está redactado, permite a una de las partes fijar el precio de manera discrecional, arbitraria"¹⁹. Es decir, que un negocio jurídico donde de consuno las partes disponen de manera expresa o tácita reservar la fijación del precio a uno de los extremos contractuales es válido, mientras no se realice de una manera arbitraria, abusiva o desbocada. "La jurisprudencia tiende a admitir que la determinación del precio está sometida al arbitrio de una de las partes y que, en consecuencia, el contrato es nulo, en el caso en que la voluntad de ésta no se ejerce en el interior de los límites objetivos, trazados por el propio contrato, sobre los cuales, al tiempo de la ejecución, el juez pueda ejercer un control efectivo."²⁰

¹⁶ REINHARD ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 150 y 151.

¹⁷ Cfr. FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, tomo 1, 3.ª ed., p. 290. Sobre el "criterio razonable", véase DIETER MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, trad. ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN, Barcelona, Bosch, vol. 1, 1995, pp. 104 y 105.

¹⁸ JACQUES GHESTIN y Marc BILLIAU, *El precio en los contratos de larga duración*, trad. de LUIS MOISSES DE ESPANÉS, Buenos Aires, Zavalia, 1994, p. 45.

¹⁹ *Ibidem*, p. 59.

²⁰ *Ibidem*, p. 59. Véase, sobre el mismo criterio, utilizado por la jurisprudencia en materia de condiciones potestativas, JACQUES GHESTIN, *L'indetermination du prix et la condition potestative*, D. 1973, crón., p. 293 ss. y *La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code Civil*, Etudes A. Weill, 1983, pp. 243 ss.

Allí donde se trascienden los límites de lo razonable, de lo equitativo y, en fin, de lo justo, la fijación unilateral del precio deja de ser una facultad permitida para devenir en una cuestionable arbitrariedad. No se trata, entonces, de desconocer una realidad económica al negar de plano la posibilidad de que uno de los contratantes se reserve la determinación del *pretium*, sino de evitar suspicacias exigiendo a los contratantes actuar siempre bajo una conciencia recta. Y actuar guiado por una conciencia recta significa actuar conforme al arbitrio de un varón justo²¹.

Ahora bien: el principio de la buena fe contractual y el modelo de conducta del "buen hombre de los negocios", imperante en materia mercantil, sirven de insumos para prohiar la tesis de la permisión de la fijación unilateral del precio en países influidos por el derecho romano germánico. Además, y así se ha advertido, la fijación unilateral del precio no es *per se e in se* sinónimo de determinación arbitraria de la prestación.

Así mismo, como la determinación del precio sería necesaria para la existencia o validez del contrato (en particular en el contrato de compraventa) y su determinación unilateral depende de la buena fe, el hecho de que no haya habido negociaciones preliminares para otorgar dicha facultad a uno de los sujetos no constituye causal para impugnar el contrato por esa actividad determinante que aunque previa adquiere eficacia *ex post*. En estos casos se entiende que la salvaguarda a la autonomía privada se encuentra en la liberalidad de aceptar o no el contenido contractual predispuesto.

La fijación unilateral del precio ha sido definida como "una actividad de cooperación"²² entre quien cuenta con los elementos de juicio para realizarla y quien no, sea acreedor o deudor; pues bien si ello es así, entonces lo verdaderamente relevante frente a esa facultad es actuar también pensando en el interés del otro sujeto contractual, sin llegar a un sacrificio tal que haga inútil o desestimulante la celebración del negocio.

III. NORMATIVIDAD QUE RECONOCE LA FIJACIÓN UNILATERAL DEL PRECIO

En la versión del año 2004 de los Principios Unidroit, sobre los contratos comerciales internacionales, se señala en el artículo 5.1.7 (2) lo siguiente:

Cuando la determinación del precio quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario²³.

²¹ "[...] pues la expresión 'recte' significa lo que corresponde al arbitrio de un varón justo": GIUSEPPE GROSSO, ob. cit., p. 140.

²² JAVIER FAJARDO FERNÁNDEZ, La compraventa con precio determinable, Madrid, Edijus, 2001, p. 543.

²³ En el comentario oficial al artículo se indica: "En algunos casos el contrato expresamente establece que el precio será determinado por una de las partes. Esto sucede frecuentemente en varios sectores del comercio, como en el de prestación de servicios. El precio no puede

Los Principios de Derecho Contractual Europeo también avalan la determinación unilateral por una de las partes en su artículo 6:105:

Aun cuando exista una estipulación en contra, si la determinación del precio o de cualquier otro elemento del contrato se deja en manos de una de las partes y lo así determinado resultase manifiestamente irrazonable, el precio o elemento referido se sustituirá por otro razonable.

Obsérvese que el *arbitrium boni viri*, entendido como criterio razonable para la fijación unilateral del precio, fue acogido por dichos principios. Las discusiones modernas suelen ser pequeñas variaciones de un mismo tema que tiene su eco en el pasado. Los Principios hablan de "un precio razonable" que no es más que un límite objetivo equivalente al criterio del hombre recto del derecho romano²⁴.

Ahora bien: incluso cuando no se fije precio ello, no significa que no haya contrato, basta que haya habido intención de las partes de celebrarlo. Lo dicho lo acogen los Principios Unidroit y los Principios de Derecho Contractual Europeo. De acuerdo con los primeros (artículo 5.1.7), "Cuando el contrato no fija el precio o carece de términos para determinarlo, se considera que las partes, salvo indicación en contrario, se remitieron al precio generalmente cobrado al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o, si no puede establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un precio razonable". Y los segundos disponen, en su artículo 2:201, que "El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando (a) las partes tienen la intención de vincularse jurídicamente y (b) alcanzan un acuerdo suficiente"²⁵.

ser fácilmente fijado con anticipación y la parte que presta los servicios se encuentra en mejor posición para valorar su costo. En estos casos, se acatará la voluntad de las partes de dejar a una de las partes determinar el precio. Para impedir los posibles abusos, el párrafo (2) permite a los jueces o árbitros modificar un precio manifiestamente irrazonable, fijando un precio que sea razonable. Esta disposición es de carácter imperativo": Principios Unidroit 2004, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 144. En la nueva versión de los Principios del año 2010 la norma mantiene el mismo texto.

²⁴ "El derecho privado romano fue organizado individualistamente por los romanos confiando en el número y en la fuerza de los vínculos extrajurídicos": FRITZ SCHULZ, *Principios del derecho romano*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 256 y 257, nota n.º 76.

²⁵ "Si consta, a pesar de la indeterminación del precio, que las partes querían obligarse contractualmente, no hay ninguna razón evidente para negar el reconocimiento al contrato. De acuerdo con el art. 2.101, se entiende entonces pactado un precio razonable (*reasonable price*). También cabe que una parte conceda a la otra la determinación del precio (o de otro elemento del contrato), acuerdo que no es obstáculo a la eficacia del contrato. Sólo se requiere controlar los posibles abusos: si la determinación es manifiestamente inequitativa (*grossly unreasonable*), entra en su lugar el precio razonable": REINHARD ZIMMERMANN, *Estudios de derecho Privado Europeo*, cit., p. 150. Los principios del derecho europeo de los contratos, elaborados por la comisión presidida por OLE LANDO (1995-1997), previenen, a manera de presunción, en el artículo 6:104 lo que sigue: "En los casos en que el contrato no fije el precio o el método para determinarlo, se entiende que las partes han pactado un precio razonable".

El Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos, al regular el contrato de compraventa en el numeral tercero del artículo § 47-305, permite que el precio pueda ser fijado, o bien por el acreedor, o bien por el deudor, siempre que se realice conforme al principio buena fe: "A price to be fixed by the seller or by the buyer means a price for him to fix in good faith"²⁶.

La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías de 1980, en el capítulo tercero sobre las obligaciones del comprador, señala lo que sigue:

Artículo 55. Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate;

Artículo 56. Cuando el precio se señale en función del peso de las mercaderías, será el peso neto, en caso de duda, el que determine dicho precio.

La Convención no utiliza la categoría del "precio razonable".

Nótese que si no se ha fijado el precio o el criterio de determinación de éste, la ley suple la ausencia de la certeza, evitándose la solución tradicional que es la de la invalidez del contrato. Ese es el gran avance que tiene el tema. Entre declarar la invalidez (inexistencia o nulidad) y luchar por la eficacia del contrato, la tendencia moderna, expresada en los Principios Unidroit, en los Principios de Derecho Contractual Europeo y la Convención de Viena, es la de preferir la segunda, esto, es preservar el contrato estableciendo, o mejor, suponiendo, salvo estipulación en contrario, que el precio será el que tenga la mercancía en el tráfico mercantil de que se trate o recurriendo al criterio del precio razonable²⁷.

²⁶ "§ 47-2305. Open price term: A. The parties if they so intend can conclude a contract for sale even though the price is not settled. In such a case the price is a reasonable price at the time for delivery if: 1. Nothing is said as to price; or 2. The price is left to be agreed by the parties and they fail to agree; or 3. The price is to be fixed in terms of some agreed market or other standard as set or recorded by a third person or agency and it is not so set or recorded. B. A price to be fixed by the seller or by the buyer means a price for him to fix in good faith. C. When a price left to be fixed otherwise than by agreement of the parties fails to be fixed through fault of one party the other may at his option treat the contract as cancelled or himself fix a reasonable price. D. Where, however, the parties intend not to be bound unless the price be fixed or agreed and it is not fixed or agreed there is no contract. In such a case the buyer must return any goods already received or if unable so to do must pay their reasonable value at the time of delivery and the seller must return any portion of the price paid on account."

²⁷ Los Principios del Derecho Contractual Europeo abandonan la actitud tradicional, rigurosa, de algunos ordenamientos, que supone que en caso de faltar o no estar suficientemente determinado el objeto, el contrato será necesariamente nulo o estará vacío de contenido.

Lo que hacen los Principios y la Convención de Viena es, en cierta medida, acoger la solución que ya previamente había dado el *Codice civile* italiano de 1942. En efecto, su artículo 1474 prevé, cuando no existe determinación expresa del precio, que "si el contrato tiene por objeto cosas que el vendedor vende habitualmente y las partes no han determinado el precio, ni han convenido el modo de determinarlo, ni tampoco el precio está establecido por un acto de autoridad pública o por norma corporativa, se presume que las partes han querido referirse al precio normalmente practicado por el vendedor. Si se trata de cosas que tienen un precio de bolsa o de mercado, el precio se infiere de las listas o de las 'mercuriali' del lugar en donde debe ser ejecutada la consignación, o de aquellos de la plaza más vecina".

Incluso si las partes señalan a un tercero y éste no fija el precio, el contrato tampoco es nulo. Señala el artículo 1473 a propósito de la determinación del precio confiada a un tercero, lo que sigue:

Las partes pueden confiar la determinación del precio a un tercero, elegido en el contrato o para ser elegido posteriormente. Si el tercero no quiere o no puede aceptar el encargo, o también si las partes no se ponen de acuerdo para su nominación o por su sustitución, el nombramiento, a petición de una de las partes, será hecho por el presidente del tribunal del lugar en donde se ha sido celebrado el contrato.

El Código Europeo de Contratos, también conocido como Proyecto de Pavía o Proyecto Gandolfi, quizá influido por el BCB y por el *Codice civile*, en cuanto al contenido determinado o determinable del contrato dispuso en su artículo 31 lo que sigue:

Si la determinación del contenido del contrato se encomienda a una de las partes contratantes o a un tercero, en caso de duda, se considerará que dicha determinación debe hacerse sobre la base de una apreciación equitativa. Si la determinación del contenido encomendada a una de las partes contratantes o a un tercero no se realiza antes del trascurso de un plazo razonable, o si es manifiestamente injusta o errónea, corresponderá al juez efectuarla.

Es evidente entonces que la tendencia es mantener el contrato y que ante la incerteza del precio se acoge para su fijación el criterio basado en la "apreciación equitativa", que debe ser observado por el juez.

El Código de Comercio colombiano, consciente de la ambigüedad o, mejor, del equívoco contenido en la regla prohibitiva del Código Civil, trató de avanzar:

Parece que en lugar de adoptar una postura tan dogmática, es mejor permitir que los tribunales salven el contrato.

No habrá compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo. Pero si el comprador recibe la cosa, se presumirá que las partes aceptan el precio medio que tenga en el día y lugar de la entrega (art. 920).

Es decir que la legislación mercantil reconoce que las partes pueden indicar, en ejercicio de su autonomía privada, que una de ellas determine el precio de la prestación del contrato o que señale el criterio de su determinación: que lo señale un tercero, por ejemplo, o que sea el precio que tenga la "cosa en ferias, mercados públicos de valores y otros establecimientos análogos" como indica el artículo 921 del Código de Comercio.

En el fondo el problema real no es designar quién decidirá, si un tercero o una de las partes, sino, más bien, el criterio conforme al cual lo hará. Es más: es probable que las partes estén más interesadas en la claridad del criterio de decisión que en la designación del encargado de ejecutarlo.

Ahora bien: la posibilidad de impugnación de la decisión por falta de equidad parece consustancial a la institución misma. Rechazarla significaría convertir el arbitrio en arbitrariedad. El arbitrio es ante todo un juicio. Declararlo inimpugnable por razones de fondo, de motivación, eximirlo de control, sería desnaturalizarlo.

IV. LA FIJACIÓN POR UN TERCERO

La fijación del precio o del valor de un contrato por un tercero es un tema que no genera discusión; su posibilidad está avalada doctrinal y normativamente. En el derecho romano sí la hubo –zanjada en el derecho justinianeo– precisamente por el carácter personalísimo de la obligación, lo que llevó a que algunos juristas –los sabinianos– sostuvieran que no era posible dejar al arbitrio de un tercero la determinación del precio. Hoy es permitida su fijación cuando esta facultad ha sido delegada por ambas partes o incluso por una de ellas con autorización de la otra. Reza el artículo 1865 del Código Civil:

Podrá asimismo dejarse el precio al arbitrio de un tercero; y si el tercero no lo determinar, podrá hacerlo por él cualquiera otra persona en que se conviniere los contratantes: en caso de no convenirse, no habrá venta²⁸.

²⁸ Es claro aquí también que la solución tradicional de la no existencia de la venta en caso de que las partes no convengan qué tercero determinará el precio, no es seguida en la actualidad. Por ejemplo, los Principios Unidroit señalan que "cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y este no puede o no quiere fijarlo, el precio será uno razonable" (art. 5.1.7). Los Principios de Derecho Contractual Europeo señalan: "Cuando la determinación del precio o de cualquier otro elemento del contrato se deje en manos de un tercero y éste no pudiera o no quisiera hacerlo, se presume que las partes han otorgado al juez o tribunal poder para designar a otra persona que se ocupe de ello" (artículo 6: 106). Pero incluso el mismo Código Civil a propósito de los contratos para la confección de una obra material no acoge en toda su extensión la figura de nulidad cuando el tercero no ha fijado el precio del contrato. En efecto, el artículo 2055 señala: "Si se ha convenido en dar a un tercero la facultad de fijar el precio, y muriere este antes de procederse a la

Lo primero es preguntarse si la decisión que toma el tercero es obligatoria o no. Y la respuesta es sí. La decisión del tercero adquiere fuerza obligatoria porque ella se debe entender como expresión misma de la voluntad de las partes que se incorpora al contrato. De ello, pues, se deriva su fuerza obligatoria y de que las partes previamente han acordado que ello sea así.

El punto que se ha de dilucidar es saber si la fijación del precio por un tercero es una actividad contractual o si, por el contrario, es una actividad jurisdiccional que cae en la órbita propia del arbitraje. Mejor dicho, el punto es entender si el tercero es un árbitro o un mandatario común de las partes. La cuestión ha sido agudamente planteada por BRUNO OPPETIT en su hermoso opúsculo "Teoría del arbitraje".

La labor del tercero que entra como mandatario de las partes a intervenir para perfeccionar un acuerdo o contrato no es propiamente un arbitraje, por cuanto este supone la existencia de un litigio previo y lo que hace el tercero es integrar el contenido del negocio en uno de sus elementos esenciales. "Así las cosas, no basta simplemente con que exista un desacuerdo entre las partes en cuanto al precio de una cosa objeto de una promesa de compraventa, o sobre el monto del canon de arrendamiento, o incluso respecto del valor de los bienes de una partición, para calificar la decisión de determinación o de evaluación encomendada al tercero como laudo arbitral."²⁹

Para otros, la determinación de la existencia de un litigio previo no es el criterio para saber si se es tercero o si se es árbitro (no obstante que la jurisprudencia francesa parece adoptar como criterio del arbitraje la existencia de un litigio anterior a la decisión). Para ellos el criterio diferenciador es el de "la naturaleza de los poderes atribuidos al tercero". Si las partes le han conferido al tercero un poder jurisdiccional para decidir el punto litigioso que se somete a su conocimiento, existe arbitraje. Si falta ese elemento, "la intervención del tercero permanece estrictamente contractual y nunca jurisdiccional; su intervención sólo tiene por objeto y finalidad de perfeccionar la convención. En este caso, el tercero que interviene lo hace en calidad de mandatario común de las partes, misión incompatible con aquella de árbitro"³⁰.

OPPETIT termina sugiriendo que esa labor del tercero, así no resuelva un litigio, debería ser un arbitraje porque así como el juez hoy en día no solo dirime litigios (piénsese, por ejemplo, en nuestro contexto, en su actuación en los procesos llamados de jurisdicción voluntaria), la actuación de un árbitro tampoco debería depender de la existencia de un conflicto³¹. Formula pues la idea de incorporar

ejecución de la obra, será nulo el contrato; si después de haberse procedido a ejecutar la obra, se fijará el precio por peritos". La nulidad, aunque también discutible, sólo aplicará si el contrato no ha comenzado a ejecutarse.

²⁹ BRUNO OPPETIT, *Teoría del arbitraje*, trad. EDUARDO SILVA, FABRICIO MANTILLA y JOSÉ CAICEDO, Bogotá, Universidad del Rosario y Legis, 2006, p. 166.

³⁰ *Ibidem*, pp. 168 y 169.

³¹ "[L]a distinción hecha por la Corte de casación entre la misión conferida a un tercero para determinar el valor que se incorpora a un contrato y la misión de resolver un litigio,

la intervención del tercero dentro de un procedimiento arbitral puramente contractual. Dicho planteamiento estaría en consonancia con el expansionismo que vive hoy el arbitraje. En otras palabras, el tercero interviene para perfeccionar un contrato y no para resolver un litigio, pero, no obstante ello, la sugerencia es colocar esa labor del tercero en la órbita del arbitraje.

En el derecho italiano el tercero al que se le confía la tarea de integrar la determinación del objeto del contrato recibe el nombre de *arbitratore* y se distingue del árbitro privado, al que las partes interesadas confían la resolución de una *litis* surgida entre ellos de acuerdo con las formas del Código de Procedimiento Civil o de acuerdo con formas libres o no rituales. De ahí que la doctrina italiana distingue, en esta segunda hipótesis, entre el *arbitrato rituale* y el *arbitrato irrituale*³². Pero es claro que la labor del *arbitratore* en la determinación de la prestación deducida del contrato no puede ser confundida con estas dos formas de arbitraje señaladas. El tercero está destinado a eliminar una *incompletezza* o indeterminación del contenido del contrato relativa a un punto sobre el cual no ha habido todavía acuerdo entre las partes. La doctrina igualmente señala que la labor del tercero no puede comprender la determinación del tipo contractual o la fijación de todos sus elementos. El acto del *arbitratore* sería "un acto de ciencia" que se impone a las partes en cuanto previamente han acordado atribuirle eficacia integrativa; para otros, se trataría de una declaración negocial. Pero independientemente de la discusión, la doctrina coincide en que para la eficacia del acto es suficiente la capacidad natural del *arbitratore*.

En cuanto a la determinación del objeto del contrato, el *Codice civile* en su artículo 1349 señala lo que sigue:

Si la determinación de la prestación deducida del contrato es deferida a un tercero y no resulta que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder de acuerdo con un apreciación equitativa. Si falta la determinación del tercero o si esta es manifiestamente inícua o errónea, la determinación será hecha por el juez. La determinación reservada al mero arbitrio del tercero solo se puede impugnar si se prueba su mala fe. Si falta la determinación del tercero y las partes no se ponen de acuerdo para sustituirlo, el contrato es nulo. En la determinación de la prestación el tercero deber tener en la cuenta también las condiciones generales de la producción a las cuales el contrato eventualmente haga referencia.

Aquí importa destacar, para los efectos de este escrito, que el *Codice* recoge la distinción romana entre *arbitrium merum* y *arbitrium boni viri*. El primero significa que el tercero puede decidir con base en su criterio individual y su labor sólo se puede

emana de una concepción jurisdiccional que no corresponde exactamente al estado del derecho positivo": *ibidem*, p. 179.

³² En el arbitraje ritual la labor del árbitro termina con una decisión que tiene efectos de sentencia; en el no ritual, el árbitro por encargo de las partes resuelve una controversia con una decisión que tiene eficacia contractual.

impugnar si se prueba su mala fe; y si falta su determinación, el juez no tiene el poder de proceder a su fijación; en el segundo sí existen criterios objetivos que limitan su labor integrativa en el contenido del negocio y el juez sí podría sustituir la tarea inicialmente encomendada al tercero. En el artículo 1473 a propósito de la determinación del precio en el contrato de compraventa sólo se hace referencia al *arbitrium boni viri*, y si las partes acuden al *merum* se aplica lo dispuesto en el artículo 1349 inciso segundo³³.

El BGB en su parágrafo 317 señala lo que sigue:

Si la determinación de la prestación se confía a un tercero, en la duda debe entenderse que ha de adoptarse de acuerdo con criterios equitativos. Si la determinación debe resultar de varios terceros, en la duda se exige el acuerdo conforme de todos; si se debe determinar una cantidad y se han determinado diversas cantidades, en la duda se resuelve por la cantidad media.

En cuanto a la ineficacia de la determinación, el parágrafo 319 señala:

Si el tercero debe determinar la prestación de acuerdo con criterios equitativos, la determinación realizada no es vinculante para las partes contratantes si es notoriamente equitativa. En este caso, la determinación resulta de sentencia; lo mismo rige si el tercero no puede o no quiere realizar la determinación o la retrasa. Si el tercero debe determinar la prestación según su libre arbitrio, el contrato es ineficaz si el tercero no puede o no quiere realizar la determinación o la retrasa.

Obsérvese que el BGB recoge la distinción entre *arbitrium boni viri* y *arbitrium merum* y, al igual que la solución del *Codice*, admite la sustitución para el primero (por inequitativa, porque el tercero no la fija o por su retardo); no así para el segundo.

En el Proyecto Gandolfi si la determinación del contenido se encomienda al mero arbitrio de un tercero, "podrá ser impugnada si se prueba la mala fe de éste último, correspondiendo entonces al juez efectuarla" (art. 31.4). Es decir que dicha solución está acorde con la indicada en el *Codice civile* y en el BGB, esto es, que cuando se trata de un *arbitrium merum* la impugnación de la decisión sólo procede cuando se pruebe la mala fe del tercero y en ese caso el juez sí podría fijar el precio.

En el derecho colombiano no ha habido mayor análisis sobre el punto, por ello deviene relevante la breve exposición que se ha hecho y observar, además, cómo el criterio de la equidad es el que se impone como límite al actuar del tercero (salvo cuando existe el *arbitrium merum*). Es lógico inferir de todas maneras que si las partes no dicen nada al respecto, el actuar del tercero debe seguir las pautas del hombre recto, del hombre de bien o actuar conforme al criterio de la buena fe.

³³ Véanse notas doctrinales a los artículos 1349 y 1473 en GIORGIO CIAN y ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, Padova, Cedam, 1984, pp. 1349 y 1473.

V. LA FIJACIÓN DEL PRECIO EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

La fijación del precio de manera unilateral por el distribuido, por el agenciado o, en fin, por la parte fuerte de la relación jurídica ha sido avalada por la jurisprudencia arbitral en aquellos litigios en donde los distribuidores, agentes o intermediarios han cuestionado la fijación unilateral de los precios de los productos que el intermediario debe vender a terceros o en el caso de la compra de productos para la reventa como sucede en los contratos de concesión mercantil. Igualmente, el monto de la comisión por la intermediación para la distribución de productos o por su colocación en el mercado, que suele ser fijado por quien tiene el poder de control y dirección de una red de distribuidores, ha sido también aceptado por la jurisprudencia arbitral.

En razón del desarrollo del capitalismo, de la contratación masiva y estandarizada, y del desarrollo de nuevas formas contractuales que buscan en esencia la conquista y penetración de mercados, la parte fuerte de la relación jurídica es la que fija el precio del producto o del servicio sin que en ello participe la otra parte contractual. En los contratos de intermediación el distribuido maneja su propia red de distribución y cuenta con facultades unilaterales para fijar las comisiones e incluso para modificarlas durante el desarrollo del vínculo contractual. La praxis muestra que en aquellas formas contractuales, el distribuido le impone a su red una garantía de ejecución mínima de distribución, unas cuotas mínimas de ventas de sus productos o servicios según las condiciones del mercado y sus políticas de mercadeo y ventas y les fija las escalas de comisiones de conformidad con su actividad comercial. Así pues, en los contratos de intermediación y de vigencia continuada y sobre todo tratándose de una red de distribuidores, la jurisprudencia ha admitido la fijación unilateral de las tarifas de parte de quien tiene el poder de control y dirección de la red³⁴.

³⁴ “Cuando se celebra un contrato para la distribución y venta de servicios o productos, [...], los convenios que se hacen inicialmente con relación a las ventas y las comisiones del agente o distribuidor estarán vigentes mientras no cambien las políticas de ventas sobre precios, promociones y planes de ventas. Las comisiones en ese caso las ha calculado el empresario con base en la proyección y sus planes de venta vigentes al inicio del contrato. Si se promueven nuevos planes de ventas, con subsidios y descuentos para el consumidor, lo cual constituye un costo para el empresario, este deberá recalcular o revisar la comisión del agente o distribuidor, modificándola o adecuándola a la nueva promoción de ventas. Todo plan de ventas supone un costo y si este aumenta con relación al anterior, no es justo ni equitativo que este sobre costo deba ser asumido únicamente por el empresario para que el distribuidor disfrute de la comisión originalmente pactada y se beneficie de las mayores ventas que se producirán con la nueva promoción de ventas, como tampoco resultaría equitativa una situación contraria en que el margen de utilidad del empresario se mantenga sin variación y los mayores costos sean trasladados al distribuidor sin mayores consideraciones”: Cámara de Comercio de Bogotá, laudo de 15 de agosto 2007 en el proceso arbitral de Celcenter contra Comcel. Árbitros: Lisandro Peña Nossa, Jorge Eduardo Narváez y Rodrigo Palau Erazo.

El tema de la fijación unilateral del precio —y en particular de la modificación de las comisiones que recibe el agente en razón de su actividad de comercialización— ha sido discutido en varios de los litigios relacionados con la telefonía móvil celular. Por ejemplo, en el laudo que dirimió el conflicto surgido entre Megaenlace y Telefónica Móviles de Colombia en punto de la facultad para la modificación unilateral de la remuneración se dice que si dicha facultad está prevista en la ley, como en el contrato de suministro y en el contrato de compraventa mercantil, o en el contrato marco de contratos de aplicación posteriores y si se ejerce de manera razonable, dicha modificación será válida; o también, que no puede existir en ningún caso atribución modificatoria unilateral en ausencia de estipulación expresa, ni siquiera por consideraciones prácticas derivadas del cambio permanente de las condiciones del mercado³⁵.

Ahora bien: qué pasa cuando no hay una atribución específica. Según esta decisión arbitral, en Colombia no sería procedente presumir la existencia de esa facultad porque “no existe en la legislación colombiana ningún respaldo para concluir que la facultad de modificación unilateral se encuentra implícita en las relaciones negociales o en algunas de ellas [...] Esto significa que en nuestro derecho el principio general sigue siendo el del respeto al *pacta sunt servanda*, de manera que las estipulaciones sólo pueden ser modificadas o extinguidas por el acuerdo de las partes o por causas legales”³⁶.

³⁵ Cámara de Comercio de Bogotá, laudo del 25 de marzo del 2009 en el proceso arbitral de Megaenlace Net S. A. contra Telefónica Móviles de Colombia S. A. Árbitros: Jorge Suescún Melo, Florencia Lozano Reveiz y Delio Gómez Leyva. Aquí se lee: “Al respecto han de traerse a colación las normas especiales del Código de Comercio Colombiano, relativas a la determinación del precio en la compraventa y en el suministro, las cuales son muy similares, exigiendo ambas que dicho precio sea determinado o determinable. [...] Pero es sin duda indispensable para que una parte cuente con esa facultad, que se le haya atribuido en el contrato de manera expresa y puntual, es decir, para el específico propósito de que determine y modifique los precios que han de observarse en desarrollo de la relación negocial. En otras palabras, esa prerrogativa no puede inferirse de cláusulas que otorguen facultades generales equívocas o imprecisas, ni mucho menos del silencio de los contratantes al respecto. [...] De estos conceptos se infiere que se requiere de una atribución contractual puntual o concreta para que uno solo de los contratantes pueda establecer el precio. Esa es la única forma de observar la exigencia de que se precise la manera de fijarlo, pues de lo contrario, no podría decirse que se ha estipulado un procedimiento o un modo específico de llevar a cabo esa tarea. Si bien las normas bajo análisis se refieren a los contratos de compraventa y suministro, no es menos cierto que se ha hecho extensiva la exigencia de contar con una atribución específica para modificar unilateralmente las remuneraciones en contratos de intermediación como la agencia comercial. [...] Adicionalmente, no sobra precisar que, según antecedentes arbitrales nacionales, no puede existir en ningún caso atribución modificatoria unilateral en ausencia de estipulación expresa, ni siquiera por consideraciones prácticas derivadas del cambio permanente de las condiciones del mercado [...]”.

³⁶ Se lee en el laudo: “En Francia la necesidad de contar o no con una atribución específica para tales modificaciones ha dado lugar a un arduo debate que aún no ha concluido. Al respecto se ha manifestado, para resolver la polémica, que ‘existiría una costumbre en virtud de la cual, incluso en ausencia de una cláusula con referencia a la tarifa del proveedor, el precio sería determinado por el proveedor cuando un convenio prevé la conclusión de contratos posteriores’ (contrato marco). Otros comentaristas muestran su escepticismo frente a esta interpretación, puntualizando

En el caso se halló que en el contrato de agencia comercial se había pactado expresamente la facultad del agenciado de modificar unilateralmente la remuneración pactada a favor del agente y que esta facultad no había sido abusiva porque obedeció a "las condiciones propias del mercado de la telefonía móvil celular y no a un capricho arbitrario de la convocada. Por lo demás, las mismas condiciones dinámicas de este mercado justifican que las empresas prestadoras del servicio dispongan de la facultad de variar las condiciones de remuneración estipuladas con sus agentes o comercializadores".

Entonces, ¿podrá una de las partes modificar unilateralmente el precio o las comisiones con que se retribuye al agente o al intermediario, a pesar de no existir facultad contractual expresa, ni permisión legal para el tipo contractual escogido, y no obstante que en razón de las condiciones dinámicas del mercado este ha

que tal análisis causa perplejidad, pues explican que *'acorralada durante 25 años por la alta jurisdicción y sistemáticamente anulada, la cláusula de la referencia a la tarifa del proveedor se convertirá no solamente en lícito, sino de que en caso de silencio de las partes, se impondría a aquellas'*.

En Colombia es evidente que la solución de presumir la existencia de la facultad no es procedente, pues no hay una costumbre que la respalde y que pueda ser demostrada en los términos del artículo 6 del Código de Comercio. Tampoco podría decirse que la facultad de modificación unilateral subyace implícitamente en los contratos, para concluir que si no se pacta expresamente, surgiría como un elemento de la naturaleza de los actos jurídicos, es decir, como uno de aquellos efectos que *'aún a falta de estipulación, se producen espontáneamente opera legis'*. Tales elementos naturales, según las voces del artículo 1.501 del Código Civil, son los que se entienden pertenecerle al contrato, sin necesidad de una cláusula especial.

No existe en la legislación colombiana ningún respaldo para concluir que la facultad de modificación unilateral se encuentra implícita en las relaciones negociales o en algunas de ellas, pues en ningún contrato la ley faculta a una de las partes para determinar unilateralmente los precios o la remuneración, como si lo hace de manera expresa en el contrato de suministro, dándole al consumidor la facultad de definir, dentro de los límites estipulados, la cantidad del mismo; pero ello no ocurre para la fijación del precio (art. 969 del Código de Comercio).

Para ilustrar esta afirmación, téngase en mente que la ley -si las partes no determinan el precio o la remuneración, ni fijan la manera de hacerlo-, suple esa carencia de pacto con distintos medios, como son acudir a la costumbre; establecer ciertas presunciones o dejar la fijación del precio o remuneración al juicio de peritos, pero en ninguna hipótesis contempla la posibilidad de que una de las partes fije el precio unilateralmente. Así por ejemplo, en el artículo 1.865 del Código Civil se prohíbe que el precio de venta quede al arbitrio de uno de los contratantes. En la venta y en el suministro mercantiles, los artículos 920 y 970 del Código de Comercio, establecen, en forma idéntica, que a falta de acuerdo de las partes respecto del precio y de la forma para fijarlo, se presumirá que aceptan el precio medio de la cosa imperante en cierto día y lugar. [...] Así las cosas, en la ley colombiana no hay ni siquiera un mínimo respaldo a la tesis de que la facultad de fijación unilateral de precios o remuneraciones estaría implícita en algunos negocios, de manera que dicha facultad no es un elemento de la naturaleza, sino un accesorio que requiere de pacto explícito para su existencia. Esto significa que en nuestro derecho el principio general sigue siendo el del respeto al *Pacta Sunt Servanda*, de manera que las estipulaciones sólo pueden ser modificadas o extinguidas por el acuerdo de las partes o por causas legales. Con todo, ese principio se ve limitado cuando, en virtud de pacto expreso, se le otorga a una parte la facultad de cambiar discrecionalmente los precios o remuneraciones del negocio, estipulación que es válida y vinculante en el estado actual del derecho privado colombiano".

variado comparado con la fijación contenida en el contrato original? De acuerdo con el laudo recién referido, no se podría, porque para ello se requiere facultad legal o contractual. Y si existe de todas maneras, su ejercicio debe ser razonable y no abusivo. Sobre esto se volverá más adelante en donde se verá que incluso sin permisión expresa puede haber fijación unilateral en los contratos de aplicación de los contratos marco de distribución.

Así pues, en razón de planes futuros relacionados con la telefonía móvil celular (nuevos productos y servicios que van penetrando en el mercado), el distribuido podría cambiar la tabla de las comisiones, siempre que exista la facultad contractual en el contrato marco o normativo y ésta se ejerza de buena fe y de forma razonable.

La jurisprudencia francesa ha dicho que respecto de contratos-marco, es decir, de aquellos que determinan el contenido mínimo de contratos de aplicación ulteriores, sí puede haber fijación unilateral del precio (caso Alcatel). De ahí que en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil francés, recogiendo sentencias en donde la Corte de Casación en el año 1995, discutió el tema del precio en los contratos de distribución, en punto de la determinación del objeto indique:

Artículo 1121.3: La obligación ha de tener por objeto una cosa determinada o determinable, siempre que, en este último caso, la magnitud del compromiso no quede confiada a la sola voluntad de una de las partes".

Artículo 1121.4: Empero, en los contratos de ejecución sucesiva o escalonada, puede convenirse que el precio de las prestaciones ofrecidas por el acreedor sea determinado por él a la hora de cada suministro, remitiendo a sus propias tarifas, siendo de su cargo, en caso de oposición, justificar su monto ante la petición del deudor, hecha por escrito con el aviso de recibo³⁷.

En opinión de HUET y CABRILLAC, "Pareció juicioso mantener el principio de determinación en los mismos términos del Código, agregando solamente, para explicarlo, que la exigencia tiene por razón de ser no dejar a una de las partes a merced de la voluntad de la otra (artículo 1121-3). Pero fue necesario plantear dos clases de excepciones a ese principio. La primera relativa a los casos de los contratos-marco, especialmente en materia de distribución. La disposición ofrece a los contratantes cierta libertad, bajo reserva de un eventual control judicial a posteriori, solución inspirada en las sentencias de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación del 1.º de diciembre de 1995 (art. 1121-4)"³⁸.

³⁷ Sobre el "Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, libro III, títulos III y XX", véase su traducción a cargo de FERNANDO HINESTROSA, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006. La publicación contiene comentarios sobre las normas que integran el Anteproyecto.

³⁸ *Anteproyecto de reforma del Código Civil francés*, cit., p. 68.

Es decir que la fijación unilateral del precio en contratos de ejecución sucesiva, escalonada, de cooperación y de larga duración es jurídicamente posible y obliga a su autor a justificarse en caso de oposición. Señala GHOZI: "Por esta inversión de la carga de la prueba, las relaciones contractuales se reequilibran; el titular del poder de obrar sólo está forzado a proceder con moderación, puesto que solo tiene que justificarse en caso de oposición"³⁹. Lo destacable, pues, es la permisión a la fijación unilateral del precio o a su modificación, facultad que de todos modos no es discrecional, sino que se encuentra controlada. Obsérvese que además del control del juez, el distribuido habrá de justificarse en caso de oposición.

El fundamento de la regla de la determinación es reprochar una eventual conducta caprichosa o antojadiza que lleve a desplazar las legítimas expectativas del otro sujeto contractual, propiciando el rompimiento del equilibrio contractual; pero no proscribir la alternativa de la fijación unilateral del precio sino supeditarla a un control *ex post* por la autoridad judicial⁴⁰.

Como ejemplo de contratos de ejecución sucesiva, escalonada y, se agrega, de larga duración y basados en la confianza se encuentran los relacionados con la telefonía móvil celular en donde con ocasión del lanzamiento de nuevos planes o con la aparición de nuevos productos, la comisión o la utilidad del comercializador, distribuidor o agente se ha de modificar, o mejor, las relaciones comerciales entre el empresario y el distribuidor están sujetas a las variaciones del mercado, a la competencia y a las necesidades del consumidor. No son relaciones permanentes e inmodificables, pues si el objetivo común del empresario y del distribuidor es la venta de productos o el ofrecimiento de servicios, la relación entrambos deberá responder a las influencias del mercado y de la competencia comercial.

En el caso Tecnoquímicas contra Comcel la justicia arbitral reflexionó una vez más sobre la atribución de la modificación unilateral de los descuentos que el distribuidor recibía del distribuido con ocasión de la comercialización de las tarjetas prepago "Amigo" usadas en la telefonía móvil celular. El demandante sostenía que para que una parte cuente con la facultad de modificar el precio en un contrato es necesario que se pacte y que esa prerrogativa no podía inferirse de cláusulas que se refieren a facultades equívocas e imprecisas. El tribunal consideró que Comcel

³⁹ ALAIN GHOZI, *Efecto de las convenciones, interpretación, calificación* (arts. 1134 a 1143) en comentarios al Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, cit., p. 94.

⁴⁰ En materia laboral, donde el tema es tan sensible, se admite el ejercicio razonable del *ius variandi*. En efecto, la Sala de Casación Laboral, en sentencia de noviembre 21 de 1983, dijo: "El poder directivo o subordinante, de que sin duda goza el patrono en la relación laboral, y del cual es consecuencia directa el llamado *jus variandi*, dista mucho de ser una potestad absoluta, incondicionada o ilimitada, conforme lo ha señalado la sala en varias ocasiones. El *jus variandi*, en sentido propio o restringido, permite al patrono alterar o modificar por decisión suya aspectos tales como la forma de remuneración, el horario, la función, oficio o puesto laboral, y el lugar o sitio del trabajo. Pero este derecho empresarial debe atemperarse teniendo en cuenta el claro derecho del trabajador a que su situación no sea desmejorada (el principio de la "la condición más beneficiosa"), y de ser de todos modos utilizado -como todo derecho-, no de manera caprichosa, *ad libitum*, sino por razones objetivas, humanas o técnicas, de organización o producción".

sí tenía la facultad de modificar los descuentos que le hacía al distribuidor en la venta de las tarjetas prepago. “[S]e puede decir que en derecho colombiano es igualmente posible sostener que no existe una regla general que prohíba convenir en un contrato que va a tener desarrollo a través de otros actos jurídicos, como en el suministro simple o el que sirve de base para un contrato de distribución, que una de las partes puede determinar el precio aplicable en cada uno de estos actos jurídicos de ejecución contractual y en tal caso corresponde al juez verificar que dicho poder se ejerza en el marco [de la] buena fe.”⁴¹ Además, consideró que la conducta del distribuido no había sido abusiva⁴².

Hilando más delgado, se puede pensar incluso que si en los contratos marco de distribución mercantil no hay permisión expresa para la fijación unilateral del precio de nuevos productos o para la modificación de la remuneración del distribuidor, la fijación o modificación no es necesariamente ilegal, ineficaz o violatoria del *pacta sunt servanda*; todo dependerá de si ha sido contraria a la buena fe⁴³ o abusiva (se recuerda que la teoría del abuso surgió precisamente como límite al ejercicio de derechos subjetivos y, por supuesto, de las facultades contractuales⁴⁴). Los contratos de distribución son contratos de colaboración en donde si se han modificado las condiciones de descuentos o de remuneración al distribuido el punto esencial no es mirar si en el contrato marco había una facultad expresa, sino si la fijación o modificación ha sido razonable y no abusiva. Se recuerda aquí que para que haya contrato basta que las partes tengan la intención de vincularse jurídicamente y que alcancen un acuerdo suficiente.

VI. ¿NULIDAD O ABUSO?

La postura tradicional diría que dejarle al arbitrio de una de las partes la determinación del precio afecta la regla según la cual el objeto del contrato debe estar determinado o al menos ser determinable (el *pretium certum* de los romanos); y dicha carencia o ausencia conduciría a la invalidez del vínculo precisamente por la indeterminación de uno de sus elementos esenciales. La solución tradicional está

⁴¹ Cámara de Comercio de Bogotá, laudo de 13 de julio de 2009, árbitros: Carlos Esteban Jaramillo, Juan Pablo Cárdenas y Carlos Manrique.

⁴² “El contrato suscrito entre las partes alude a una política uniforme de descuentos, regla que habiendo sido libremente pactada por las partes debía guiar la conducta de Comcel. [...] Como se puede visualizar, si bien la decisión de Comcel supuso una reducción de la utilidad de Tecnoquímicas, frente a las que ella tenía cuando había aumentado su margen, ello no significó que durante la ejecución del contrato el negocio dejara de ser viable y en todo caso seguía generando utilidad en forma coherente con los años anteriores al 2003.”

⁴³ “Cuando la prestación no corresponde a la buena fe, no es la debida y por ello no conduce al cumplimiento”: Dieter Medicus, ob. cit., p. 105.

⁴⁴ Véase ERNESTO RENGIFO, *Abuso del derecho*, en Derecho de las obligaciones, Bogotá, Universidad de los Andes, t. II, vol. 1, 2010, pp. 233 a 269.

pues dirigida a incentivar la intervención judicial en el momento de la formación del contrato.

La tendencia actual es otra⁴⁵. La perspectiva es la de aceptar la existencia (o validez) del contrato a pesar de la incerteza y avalar la intervención del juez ya no en la época de la formación del mismo, sino en su ejecución. Por ello es por lo que el control judicial es posterior y en muchos tipos contractuales se admite la fijación o determinación unilateral del precio. En otras palabras, la perspectiva moderna es no hacer de la determinación del precio una condición de formación del contrato cuya ausencia ocasionaría la nulidad del vínculo. El contrato es válido y el juez podrá intervenir en el evento en que haya habido abuso en la fijación del precio. Para el viejo sistema la solución era la nulidad, para el nuevo es el abuso, o mejor, el control a la facultad unilateral mediante la aplicación del abuso del derecho. La tendencia, como se infiere también de la doctrina francesa, es la flexibilidad frente a las normas que gobiernan la formación del contrato y un reforzamiento a la hora de su ejecución. El control se desliza así de la formación del contrato a su ejecución: "Le contrôle glisse ainsi de la formation du contrat à son exécution"⁴⁶.

Ahora, ¿vale esa solución para todos los tipos contractuales o sólo para los contratos-marco o de larga duración? Pues bien, en aquellos en donde expresamente el legislador señala que el precio debe ser acordado por las partes, como en la compraventa civil, la solución podría, aunque discutible, seguir siendo la tradicional; pero en aquellos en donde el precio no es el elemento esencial, o no es una condición de validez (o el legislador establece criterios subsidiarios de apli-

⁴⁵ La postura tradicional es que el precio debe ser determinado por las partes o dejarse al arbitrio de un tercero y no al arbitrio de uno de los contratantes. Si ello es así, la solución normativa es la nulidad por cuanto la determinación es una condición de validez de los contratos. Sin embargo, el mismo derecho francés a pesar de la existencia de la regla prohibitiva (art. 1591) reconoce excepciones. "Tomando como apoyo en el artículo 1591 del *Code civil* que dispone a propósito de la venta que 'el precio debe ser determinado y designado por las partes', la jurisprudencia ha hecho de esa exigencia una pieza esencial de la validez del contrato de venta. Pero preocupada de las necesidades prácticas, ella tomó muy pronto la decisión de flexibilizar esa directiva. Para que una venta sea válida, no es necesario que el precio sea cifrado desde el intercambio del consentimiento, es suficiente que sea *determinable*. Aunque no hay que exagerar lo amplio de esa flexibilidad. [...] El contrato es válido si la determinación del precio puede operar posteriormente 'en virtud de las cláusulas del contrato por vía de relación con elementos que no dependen de la voluntad ni de una ni de otra parte'. En otros términos, para que el precio sea *determinable*, no es suficiente que el modo de cálculo sea fijado desde el origen por los contratantes, falta que ese modo de cálculo sea independiente de la voluntad posterior de una u otra parte. [...] Puesta expresamente para la venta por el artículo 1591 la exigencia de un precio determinado o *determinable*, en el sentido que viene de ser tratado, ha sido erigido en principio tomando apoyo en el artículo 1129 que tratando la determinación no del precio *stricto sensu*, sino de la cosa objeto de la obligación. Entre los contratos más usuales que han estado sometidos a la condición de un precio determinado o *determinable* están el arrendamiento, la locación de cosa, el contrato de trabajo, el contrato de seguros y el préstamo de interés": François TERRÉ, Philippe SIMLER e Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 9.^a ed., 2009, pp. 290, 291.

⁴⁶ FRANÇOIS TERRÉ, PHILIPPE SIMLER e YVES LEQUETTE, *Droit civil*, cit., p. 304.

cación ante la indeterminación), la solución, por supuesto, no es la invalidez del vínculo. Así sucede, *verbi gratia*, en los contratos que tienen por objeto la actividad humana como el contrato de arrendamiento de obra o de servicios, el contrato de mandato y los contratos de intermediación⁴⁷.

De modo pues que si las partes no dispusieron nada sobre la determinación del precio, la solución normativa no es indefectiblemente la invalidez. Además de los tipos contractuales mencionados, en numerosos contratos mercantiles se prevé que a falta de estipulación sobre la remuneración, esta será la usual o se deberá recurrir a criterios para su determinación como la costumbre o el juicio de unos peritos⁴⁸. Así mismo, se ha dicho que en los contratos de distribución la fijación del precio no es condición de validez y que puede haber una integración unilateral controlada por la institución del abuso del derecho⁴⁹.

En los contratos de distribución la discusión se presenta en realidad de verdad cuando la facultad de modificación unilateral de las comisiones o del precio no

⁴⁷ “[H]ay algunos contratos, para los cuales el precio deja de constituir una condición de validez del acto y que escapan a la obligación de determinación del precio desde el acuerdo. Ese es el caso del contrato de arrendamiento de obra o de servicios, de la demanda de obra de arte, del mandato. [...] En realidad la justificación de esas excepciones debe ser buscada en dos direcciones. Práctica: ante todo en materia de prestación de servicios, frecuentemente es difícil saber con anticipación cuál será la importancia del servicio dado; enseguida teórica: el precio confiere a esos contratos un carácter oneroso pero no constituye un elemento esencial de su calificación. Mientras que una venta sin precio deviene en donación y que un arrendamiento sin precio deviene en un préstamo de uso, un arrendamiento de obra sin precio permanece como un arrendamiento de obra sin precio, un mandato sin precio, un mandato”: *ibídem*, pp. 291 y 292.

⁴⁸ “El depósito mercantil es por naturaleza remunerado. La remuneración del depositario se fijará en el contrato o, en su defecto, conforme a la costumbre y, a falta de ésta por peritos” (C. de Co. art. 1170); “El mandatario tendrá derecho a la remuneración estipulada o usual en este género de actividades, o, en su defecto, a la que se determine por medio de peritos” (*ibídem*, art. 1264); “El corredor tendrá derecho a la remuneración estipulada; a falta de estipulación, a la usual y, en su defecto, a la que se fije por peritos” (*ibídem*, art. 1341); “El consignatario podrá vender las cosas por un precio mayor que el prefijado, a menos que esta facultad le haya sido limitada por el consignante, caso en el cual tendrá derecho el consignatario a la comisión estipulada o usual y, en su defecto, a la que determinen peritos” (*ibídem*, art. 1379); “Salvo pacto expreso en contrario, el mutuario deberá pagar al mutuante los intereses legales comerciales de las sumas de dinero o del valor de las cosas recibidas en mutuo” (*ibídem*, art. 1163).

⁴⁹ En el caso *Tecnoquímicas contra Comcel* se discutió si una cláusula que permitía la modificación de las comisiones que recibía el distribuido por parte del distribuidor era nula o abusiva. El tribunal consideró que no era abusiva y que además ese tema no se regía por el capítulo de las nulidades, sino bajo la óptica del cumplimiento o no de los deberes de actuar de acuerdo con la buena fe: “No existe una norma jurídica o regla de orden público o de moralidad social que eleve a la categoría de interés público una estipulación como la que se estudia, según la cual una parte no podría modificar unilateralmente una estipulación contractual. La modificación unilateral del contrato, puede ser objeto de sanción en el ámbito del incumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato, específicamente la del deber de respetar lo pactado, sin que sea de recibo acudir al expediente de una nulidad por objeto ilícito. En ese mismo sentido, el cargo por comportamiento abusivo también debe ser considerado una violación a los deberes de abstención inherentes a todo contrato especialmente los que se derivan de la buena fe como regla integradora de las obligaciones y por tanto no bajo la óptica de las normas que reglan la nulidad absoluta”.

está autorizado en la ley o en el contrato marco. En el laudo de Megaenlace, la fijación es ilegal en esencia porque ello no está permitido por el ordenamiento que pregona que el precio debe ser fijado por los contratantes o con base en el criterio señalado por ellos o por la ley, como sucede en el arrendamiento o en el contrato de confección de una obra material.

Sin embargo es dable pensar que incluso sin la existencia de la permisión legal, dado el auge de la contratación atípica en la contratación moderna y sin que exista facultad contractual expresa, el proveedor podría fijar el precio cuando entre las mismas partes existan contratos de aplicación posteriores al contrato-marco. El control sería posterior y el límite objetivo sería el ejercicio razonable y no abusivo en la fijación del precio. Si el punto es que la determinación del precio ya no es condición de validez del contrato y que ante la incerteza el contrato se mantiene –y se preserva porque lo importante es que las partes hayan querido celebrar el respectivo negocio y que alcancen un acuerdo suficiente– (esa es la tendencia en la contratación moderna), una de las partes (el proveedor o proveedor), en razón de contratos de aplicación de contratos-marco o normativos, puede señalar el precio de los nuevos productos e independientemente de la existencia de dicha facultad en el contrato-marco, no se observa con ese proceder una ilegalidad o ineficacia máxime que el comportamiento será controlado *a posteriori* por el juez quien mirará, no tanto la existencia de la facultad, sino si la fijación ha sido razonable (leal), equitativa y no abusiva⁵⁰.

Mejor dicho: más que centrar la discusión en si existe o no la facultad de la fijación unilateral del precio, lo importante es destacar que se debe entender pactado un precio razonable (leal) y que una decisión tomada sin moderación, no es obligatoria para la otra parte⁵¹. Se recuerda que para que haya contrato basta la intención de vincularse jurídicamente y que las partes, por supuesto, alcancen un acuerdo suficiente⁵².

⁵⁰ Se rememora aquí la presunción sobre la determinación del precio que señala el artículo 6:104 de los Principios de Derecho Contractual Europeo: “En los casos en que el contrato no fije el precio o el método para determinarlo, se entiende que las partes han pactado un precio razonable”. En el comentario a la presunción se lee: “Para evitar los conflictos en cuanto a la validez de un contrato que no contenga indicación del precio, el precepto establece la presunción de que las partes pretendían pactar el precio normal. De este modo casi siempre existirá un precio, ya por acuerdo expreso o tácito de las partes, ya conforme a la presunción. La presunción no será de aplicación cuando las partes hubieran tratado de fijar un precio pero lo hubieran hecho con tal grado de indeterminación que no llega a ser un precio determinado ni determinable. En tal caso no habrá contrato”: *Principios de Derecho Contractual Europeo*, partes I y II, Madrid, Consejo General del Notariado, 2003, p. 447.

⁵¹ “Un helicóptero que transporta unos suministros médicos que se necesitan con toda urgencia, aterriza tras sufrir un problema de motor. El transportista llama por teléfono al fabricante del helicóptero y le pide que envíe a un mecánico tan pronto como sea posible. No se dice nada sobre el precio. No obstante, el contrato es válido y se entiende que lo será en torno a un precio razonable. En otros contratos, no se acostumbra a preguntar el precio con antelación; o el deudor deja en manos del acreedor la determinación del precio (por ejemplo cuando se pide un dictamen a un profesional)”: Comentario al artículo 6:104 en *Principios de Derecho Contractual Europeo*, partes I y II, Madrid, Consejo General del Notariado, 2003, p. 446.

⁵² “[E]l artículo 6:104 no se puede utilizar para autorizar a los tribunales a que intervengan cuando las partes no hayan alcanzado un acuerdo; por ejemplo, si durante las negociacio-

CONCLUSIONES

En el capitalismo globalizado que se vive, caracterizado por la producción y oferta masiva de bienes y servicios y por la estandarización de los tipos y de las formas contractuales, es común que quien determine el precio sea aquel que estructura los costos y calcula el margen de utilidad del producto o de su distribución. Pues bien, la regla prohibitiva del arbitrio de parte, o mejor, la interpretación de la prohibición, perdería su razón de ser y en consecuencia tiene cabida el señalamiento unilateral del precio —o los criterios de su fijación— siempre que se realice con base en un *arbitrium boni viri* susceptible de un control judicial posterior.

Mientras con tozudez se siga afirmando que no cabe la integración del precio por uno de los contratantes, seguirán siendo necesarias las reflexiones presentadas para cuestionar el argumento tradicional y equivocado de que el contrato es inexistente o inválido por falta de precio cierto. Para las nuevas generaciones de juristas se impone por ser razonable y realista, la integración unilateral de uno de los elementos más relevantes del contrato como lo es el precio. Pero incluso, tal como se ha advertido, el problema no es tanto si puede haber fijación del precio por una de las partes, sino si el criterio que utilizará es razonable, o mejor, si está conforme con la de un hombre recto o con el arbitrio o juicio de un hombre justo.

La aceptación del arbitrio de parte es un problema de límites. Y aquí valga señalar que fue precisamente por ello por lo que el derecho romano descartó el *arbitrium merum* y prohijó el *arbitrium boni viri*, cuya valoración dependía, como ahora, de criterios objetivos y no subjetivos o de difícil constatación.

Es válida pues la remisión al arbitrio de una de las partes en la fijación del precio, siempre que éste sea realizado de acuerdo con un *arbitrio boni viri*. Dicha premisa resuelve el *quid* de la tradicional prohibición de la fijación unilateral del precio incorporada en el *Code civil*, que es el de poder confiar no en un leal saber y entender del arbitrador sino en un "criterio razonable"⁵³ de uno de los contra-

nes las partes no han conseguido alcanzar un acuerdo sobre el precio. De forma similar, si las partes hubieran dejado el asunto abierto para una futura negociación y, llegado el momento, no consiguen llegar a un acuerdo, el tribunal no puede intervenir para fijar un precio razonable. No obstante, el comportamiento subsiguiente de las partes puede mostrar que sí tenían intenciones de entablar una relación contractual. En tal caso, sí cabría aplicar la norma del art. 6: 104 para cubrir la laguna": *Principios...*, cit., p. 447.

⁵³ Sobre el "criterio razonable" se lee en MEDICUS lo que sigue: "El criterio razonable está delimitado en dos direcciones: por una parte significa 'criterio' que no se produce simplemente en una única decisión justa; esto es, el legitimado para la determinación tiene un cierto margen de facultades. Pero por otra está circunscrito este margen por la razonabilidad; en consecuencia, no es justa toda decisión imaginable. Ello lo tiene en cuenta el [parágrafo] 315, III: una decisión tomada sin moderación, no es obligatoria para la otra parte. La determinación se hallará entonces (e igualmente, si el autorizado se demora) en el Tribunal mediante sentencia constitutiva, es decir, el Tribunal controla la razonabilidad con que ejercita el arbitrio particular: DIETER MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, cit., pp. 104 y 105.

tantes, comparable con el de un hombre justo, para no caer en el riesgo de abuso de una de las partes.

En los contratos de distribución el abuso del derecho podría aparecer como límite objetivo a la fijación unilateral del precio, exista o no previsión legal o contractual expresa, para que el juez aprecie si en razón, entre otras, de la permanencia de la relación, del ofrecimiento de nuevos productos y de la competencia en el mercado, la fijación ha sido justa, razonable o equitativa.

Cuando no se ha fijado el precio (o incluso otro término contractual) la solución no es la ineficacia o invalidez, sino la permanencia del contrato. Esta es la tendencia en la contratación moderna⁵⁴. La tendencia es la intervención del juez no tanto en la formación, sino más bien en la ejecución del contrato.

En el Draft Common Frame of Reference (DCFR) o Proyecto de Marco Común de Referencia del 2008 se permite la determinación del precio, para cualquier tipo de contrato, por una de las partes o por un tercero e incluso cuando las partes han hecho referencia a un factor que no existe, siempre y cuando se realice con base en el criterio protector del "precio razonable"⁵⁵.

El precio razonable no es más que el precio de acuerdo con el *arbitrium boni viri*. Y tal como se mencionó, las discusiones modernas suelen ser pequeñas variaciones de un mismo tema que tiene su eco en el pasado.

⁵⁴ "Si el contrato no expresa la calidad de la prestación debida, ni precisa de qué modo haya de determinarse ésta, se considera debida una prestación de calidad no inferior a la media, según la costumbre. Si no se ha fijado la contraprestación pecuniaria ni el modo de determinarla, se considerará debida la cantidad prevista en las listas de precios oficiales vigentes en el lugar de cumplimiento del contrato, y, en su defecto, los precios que generalmente se aplican en el lugar de cuestión": artículo 31 num. 5 y 6 del Código Europeo de Contratos. Obsérvese que para nada hay censura normativa.

Igualmente en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) europeo se lee sobre la determinación del precio en II.-9:104: "Where the amount of the price payable under a contract cannot be determined from the terms agreed by the parties, from any other applicable rule of law or from usages or practices, the price payable is the price normally charged in comparable circumstances at the time of the conclusion of the contract or, if no such price is available, a reasonable price". / Similar solución normativa se lee en el artículo 70 de la *Commission Expert Group on European Contract Law, Feasibility study for a future instrument in European Contract Law*, de 3 de mayo de 2010: "Where the amount of the price payable under a contract cannot be otherwise determined, the price payable is, in the absence of any indication to the contrary, the price normally charged in comparable circumstances at the time of the conclusion of the contract or, if no such price is available, a reasonable price".

⁵⁵ CHRISTIAN VON BAR, ERIC CLIVE y HANS SCHULTE NÖLKE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (DCFR), Munich, Sellier, 2009. Cuando es una de las partes, se lee en II.-9:105: "Where the price or any other contractual term is to be determined by one party and that party's determination is grossly unreasonable then, notwithstanding any provision in the contract to the contrary, a reasonable price or other term is substituted". Cuando es un tercero: II.-9:106: "[...] If a price or other term determined by a third person is grossly unreasonable, a reasonable price or term is substituted". Cuando se hace referencia a un factor que no existe: II.-9:107: "Where the price or any other contractual term is to be determined by reference to a factor which does not exist or has ceased to exist or to be accessible, the nearest equivalent is substituted unless this would be unreasonable in the circumstances, in which case a reasonable price or other term is substituted".