

Eficacia y límites de las cláusulas de no modificación oral en Ecuador

Effectiveness and Limits of No Oral Modification Clauses in Ecuador

JUAN JOSÉ COBO ORDOÑEZ*

Recibido / Received: 28/06/2024

Aceptado / Accepted: 25/08/2024

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3380>

Citación:

Cobo Ordoñez, J.J. “Eficacia y límites de las cláusulas de no modificación oral en Ecuador”. *USFQ Law Review* vol. 11, no. 2, noviembre de 2024, <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3380>

* Corral Rosales, asistente legal. Quito 170526, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: jjcobo@outlook.es ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2637-8725>

RESUMEN

Quienes celebran un contrato plasman en sus cláusulas la forma en que desean que se cumpla. Sin embargo, en virtud de la autonomía de la voluntad, la mayoría de contratos se pueden modificar sin formalidad alguna. Para tener certeza de la forma en que se debe cumplir el contrato, es cada vez más frecuente encontrar contratos en los que se incluyen cláusulas de no modificación oral. A través de ellas, las partes acuerdan que el contrato no podrá ser modificado si no se cumplen las solemnidades pactadas por las partes. En este trabajo se explora la naturaleza jurídica, eficacia y limitaciones de estas cláusulas en el ordenamiento Código Civil ecuatoriano.

PALABRAS CLAVE

Cláusulas de no modificación oral; solemnidades voluntarias; Código Civil; autonomía de la voluntad; incumplimiento contractual

ABSTRACT

Those who enter a contract express in its clauses how they want it to be performed. However, by virtue of the autonomy of contractual will, most contracts can be modified without any formality. To have certainty as to how the contract is to be performed, it is increasingly common to find contracts that include no oral modification clauses. In these clauses, the parties agree that the contract cannot be modified if the solemnities agreed upon by them are not complied with. This paper explores the legal nature, effectiveness and limitations of no oral modification clauses in the Ecuadorian Civil Code.

KEYWORDS

No oral modification clauses; voluntary formalities; Civil Code; freedom of contract; breach of contract

1. INTRODUCCIÓN

“En los litigios modernos rara vez se presentan verdaderos problemas en el derecho de los contratos. El presente caso es la excepción”¹. Con esta frase inicia la sentencia del caso Rock Advertising Ltd c. MWB Business Exchange Centres Ltd., que se ha vuelto el máximo referente cuando se habla de las cláusulas de no modificación oral. En efecto, este tema, prácticamente ajeno a la doctrina y jurisprudencia nacional, plantea importantes y novedosos desafíos para el derecho de los contratos.

Hans Hattenhauer dijo que “las personas tienen que conectar entre sí mediante relaciones jurídicas si quieren sobrevivir”². Cuanta razón tiene. Estas relaciones pueden nacer de diversas fuentes, pero hay una que ineludiblemente se presenta en la cotidianidad: los contratos. Las personas contratan todo el tiempo para poder sobrevivir. Contratan para conseguir alimento, para tener una vivienda, para conducir sus negocios, etc.

La autonomía de la voluntad permite que las personas hagan todo aquello que no esté prohibido. Gracias a ella, las personas pueden celebrar, modificar y extinguir sus contratos a través del medio que consideren más conveniente³. Pero también a través de ella pueden restringir su libertad. Por ejemplo, cuando una persona asume una obligación limita su libertad, porque puede ser compelida a cumplirla aún en contra de su voluntad⁴. Así, volviendo a Hattenhauer, mediante las relaciones jurídicas las personas se liberan y se restringen⁵.

El fin de este artículo es analizar una manifestación específica de esa doble dimensión que tiene la autonomía de la voluntad: como libertad y como límite para sí misma. Las cláusulas de no modificación oral son el resultado de una colisión entre estas dos dimensiones. Una cláusula de este tipo implica que dos personas han celebrado un contrato, pero se han autoimpuesto limitaciones para modificarlo, renunciando parcialmente a su libertad. Por ello, se determinará cuál es la naturaleza jurídica de estas cláusulas, su eficacia y sus limitaciones en el Código Civil ecuatoriano.

2. CONCEPTO Y UTILIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE NO MODIFICACIÓN ORAL

1 Rock Advertising Limited c. MWB Business Exchange Centres Limited, Corte Suprema de Reino Unido, 16 de mayo de 2018, párr. 1 (traducción propia).

2 Hans Hattenhauer, *Fundamentos del derecho civil* (Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2023), 77.

3 Ramón Meza, *De las fuentes de las obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 16.

4 Luis Díez-Picazo, *Las relaciones obligatorias* (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2008), 147.

5 Hattenhauer, *Fundamentos del derecho civil*, 77.

Los contratos son un vehículo para alcanzar determinados objetivos. Como señala De Reina, “los contratantes eligen celebrar un contrato porque quieren lograr ese fin objetivo haciendo algo en común”⁶. Las personas “son libres para celebrar los negocios que tengan por conveniente y establecer a través de ellos cauces idóneos para la realización y consecución de sus fines e intereses”⁷. Por lo tanto, definirán, a través de las cláusulas de sus contratos, la mejor forma de alcanzar ese fin y buscarán que se cumplan en los términos pactados.

Idealmente, los contratantes deben expresar con la mayor claridad posible la forma en que se debe cumplir el contrato⁸. Particularmente, en los contratos de larga duración es deseable que las partes tengan certeza de la forma en que deben cumplir sus obligaciones. Un contrato claro reduce la posibilidad de que surjan diferendos respecto de la forma en que se deben aplicar sus cláusulas y del cumplimiento de las obligaciones que de él emanan.

Ahora bien, la voluntad que las partes plasmaron inicialmente en el contrato podría no perdurar. Durante su ejecución, por diversas razones, los contratantes podrían verse en la necesidad de modificar los términos que pactaron con anterioridad⁹. Salvo que la ley requiera alguna forma específica, las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden modificar a través de cualquier medio el contenido de sus contratos¹⁰.

Esa libertad de forma, sin embargo, se puede tornar conflictiva. Aunque los contratantes hubiesen dejado por escrito su contrato, existen situaciones en que las partes han alcanzado acuerdos modificatorios oralmente o a través de su conducta. No es raro que, en casos así, se genere una falta de certeza respecto de los términos actuales del contrato y, en consecuencia, los contratantes entiendan la modificación en términos distintos o, peor aún, que solo una de ellas haya creído que se ha variado el contenido del contrato.

Lo descrito en el párrafo anterior se puede ejemplificar a través de un caso hipotético: dos personas celebran por escrito un contrato de suministro, en sus cláusulas señalan que el suministrante deberá entregar el día quince de cada mes un determinado producto y el suministrado pagarle ese mismo día. Luego de algunas entregas, el suministrante unilateralmente decide realizar sus entregas el último día de cada mes y el suministrado, así mismo, le paga

6 Gabriel de Reina, “Concepto, fundamento y principios del contrato: el caso de ‘El mercader de Venecia’”, *Revista Jurídica de Asturias*, n.º. 41 (julio de 2018): 3, <https://reunido.uniovi.es/index.php/RJA/article/download/12900/11777/26178>.

7 Luis Díez-Picazo, *Teoría del contrato* (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007), 74.

8 Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2021), 763.

9 osé Gual, Mónica Fernández y Joaquín Acosta, “Cláusulas de modificación contractual: una alternativa para el equilibrio de los contratos a largo plazo”, *Novum Jus* 17, n.º. 2 (septiembre de 2023): 334, <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/5015/4803>.

10 Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (Bogotá: Temis, 2022), 229.

al momento de la entrega. Frente a un escenario de este tipo surgen algunas preguntas: ¿hubo un incumplimiento? ¿Se modificó el contrato? ¿Las partes, a través de su conducta, acordaron cambiar la fecha de las entregas y el pago? ¿Podría demandarse el cumplimiento del contrato en los términos originales?

Para evitar problemas de este tipo, es cada vez más frecuente encontrar contratos en los que se incluyen cláusulas de no modificación oral. A través de ellas, las partes pactan que el contrato no se podrá modificar salvo que se cumplan ciertas formalidades, por ejemplo, que la modificación se realice por escrito y esté firmada por las partes. El objetivo de estas cláusulas es evitar que se produzcan variaciones informales al contrato. Estas pueden generar incertidumbre y disputas respecto de la existencia de la modificación y sus términos¹¹. En definitiva, están diseñadas para dar certeza y seguridad en la ejecución de los contratos.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CLÁUSULAS DE NO MODIFICACIÓN ORAL

En el derecho de los contratos la regla general es la libertad de forma¹². Las personas gozan de libertad para definir cómo conducir sus relaciones contractuales¹³. Por ello, el acuerdo de voluntades, por cualquier vía que se exprese, normalmente es suficiente para celebrar la mayoría de negocios jurídicos.

La regla anterior, sin embargo, puede ser modificada. Las personas “no solo son soberanas para determinar el tipo, contenido y efectos del negocio jurídico que celebran, sino también para determinar la forma en que su propia voluntad deba manifestarse para producir los efectos queridos”¹⁴. En este sentido, como señala Parraguez, “[el] principio de libertad contractual permite que las partes puedan acordar la utilización de determinadas solemnidades allí donde la ley no las exige”¹⁵. De esta manera, se podría condicionar la eficacia de un negocio jurídico a la observancia de ciertas solemnidades que han sido incluidas voluntariamente por los contratantes¹⁶.

11 Ioanna Magklasi y Eleni Magklasi, “No Oral Modification Clauses to the Test: How Relevant Are They in the COVID-19 Shock and Beyond?”, *European Journal of Commercial Contract Law* 12, n.º 3 (2021): 60, <https://doi.org/10.7590/187714620X16160562091494>.

12 Ramón Domínguez, *Teoría general del negocio jurídico* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2012), 25.

13 María Martinic y Ricardo Reveco, “Las formalidades voluntarias”, *UCES Revista Jurídica*, n.º 5 (2005): 9, http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/179/Las_formalidades_voluntarias.pdf?sequence=1.

14 *Ibid.*, 17.

15 Parraguez, *Régimen jurídico*, 552.

16 Ver Martinic y Reveco, “Las formalidades voluntarias”, 11. En este sentido, anotan los autores, no existe una razón única para pactar una solemnidad voluntaria: “la finalidad, real o presunta, de las partes del contrato o del autor del acto jurídico, para pactar o establecer este tipo de formalidades, depende de diversas causas, de modo que no es posible establecer una regla general que venga a solucionar, *grosso modo*, la cuestión que se aborda”.

Las cláusulas de no modificación oral se fundamentan, justamente, en el uso de solemnidades voluntarias¹⁷. Las partes se alejan de la libertad que tienen para modificar sus contratos a través de cualquier medio e imponen ciertas formalidades para ese fin. Estas cláusulas no tienen una forma única. Su contenido puede variar entre contratos, puesto que las partes son libres de incluir requisitos más o menos exigentes para que se pueda modificar el contrato, aunque generalmente suelen ser dos: que haya un acuerdo por escrito y que esté firmado por los contratantes. Con independencia de los requisitos específicos que se impongan, lo esencial es que las cláusulas de no modificación oral constituyen un pacto a través del cual las partes se alejan de la libertad de forma e incluyen ciertas formalidades que deben observarse para modificar el contrato.

4. ¿SON EFICACES LAS CLÁUSULAS DE NO MODIFICACIÓN ORAL?

No cabe duda de que las personas pueden estipular que sus contratos solo se podrán modificar si se cumplen ciertas solemnidades. El problema radica en determinar qué ocurre cuando los contratantes no cumplen las formalidades que se autoimpusieron. Si bien, en primer lugar, se debería aplicar la consecuencia pactada por las partes, no se puede dar paso irreflexivamente a lo que hayan estipulado. Por ejemplo, existen cláusulas de no modificación oral en las que se señala que la omisión de las formalidades acarrearía la nulidad de la modificación o la imposibilidad de probarla. Estas consecuencias deben ser analizadas bajo los límites que impone el ordenamiento jurídico.

La doctrina es casi unánime en considerar que la omisión de solemnidades voluntarias no puede generar un vicio de nulidad en el negocio jurídico, toda vez que esta sanción solo puede provenir de la ley. La nulidad es uno de esos ámbitos que escapan del control de los particulares. Al respecto, Martinic y Reveco mencionan que “[e]n el caso del incumplimiento de las formalidades voluntarias [...] las nulidades no se conciben, puesto que los vicios de nulidad solo pueden ser establecidos por el legislador, y no por las partes, como es el caso de las formalidades voluntarias”¹⁸. No se puede pactar que algo que ordinariamente sería nulo no lo sea. Así, por ejemplo, no se podría acordar en un contrato la no aplicación de las normas que determinan qué es objeto ilícito. Tampoco se puede hacer lo opuesto: convertir lo que no es nulo en algo anulable. De esta manera, si el ordenamiento permite modificar válidamente los contratos a través del mero acuerdo de las partes, no se puede pactar que una modificación realizada por esa vía sea anulable.

17 Alejandra Medina, “El alcance de la autonomía contractual en la aplicación de cláusulas de no modificación oral pactadas en contratos de compraventa internacional a la luz de la buena fe”, tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia, 2022, 23, <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/f3678da4-fa2d-460c-93bf-d2ca5f365430>.

18 Martinic y Reveco, “Las formalidades voluntarias”, 11.

Se ha planteado también que las solemnidades voluntarias pueden producir los efectos propios de una formalidad *ad probationem*. En el caso de las cláusulas de no modificación oral, esto significaría que solo a través del medio escrito (o cualquiera que se hubiese pactado) se podría probar la modificación. En este sentido, se ha señalado que las solemnidades voluntarias pueden ser utilizadas para “establecer los medios de prueba del contrato” o “limitar la aplicación de determinados medios de prueba en caso de controversia, dejando solo como medio los documentales”¹⁹. Si eso fuera cierto, se trataría de un supuesto radicalmente distinto al de la nulidad. Aceptar que la forma escrita y la firma (o cualquier otro requisito que se imponga) son únicamente necesarios para poder probar la modificación, significaría que el contrato sí se modificó válidamente, a pesar de que los contratantes hayan inobservado la cláusula de no modificación oral. La única consecuencia sería la imposibilidad de probar esta variación.

Sin embargo, la posibilidad de que se trate de una solemnidad *ad probationem* también debe descartarse. El Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 159, señala que “[p]ara demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley” (énfasis añadido)²⁰. En la justicia ordinaria, las normas procesales son imperativas²¹. Como anotan los Ospina, “las normas del derecho probatorio son de orden público y, por ello, no pueden ser derogadas ni modificadas por los particulares”²². Consecuentemente, las partes no pueden realizar acuerdos que modifiquen su alcance, ya sea para hacerlas más o menos exigentes²³.

Así, queda una última posible consecuencia: la inexistencia del negocio modificatorio. Toda vez que se ha descartado que la consecuencia pueda ser la nulidad o la imposibilidad de probar la modificación, la forma de hacer eficaz la voluntad de las partes es evitar que la modificación se perfeccione. Alessandri menciona que la omisión de las solemnidades pactadas “impide que el contrato se forme, no lo anula”²⁴. Además, el Código Civil ecuatoriano (en adelante CC) admite esta solución. Sin perjuicio del análisis y la crítica que se hará

19 Ibid., 12. Aunque luego, en sentido contrario, los mismos autores mencionan que “la doctrina, por otro lado, estima que de todas maneras quedan a salvo los demás medios de prueba para probar la existencia del negocio que ahora parece controvertido”.

20 Artículo 159, Código Orgánico General de Procesos [COGEP]. R. O. Suplemento 506 del 22 de mayo de 2015.

21 En Ecuador las normas sobre los medios probatorios tienen carácter constitucional. El artículo 76, numeral 4, de la Constitución de la República recoge el principio de libertad probatoria y señala que los límites a ella son las pruebas obtenidas “con violación de la Constitución o la ley”. Está por demás decir que un pacto entre particulares no se subsume en ese supuesto.

22 Ospina y Ospina, *Teoría general del contrato*, 233.

23 Nicola Coviello, *Doctrina general del derecho civil* (Lima: Ara Editores, 2007), 396, citado en Martinic y Reveco, “Las formalidades voluntarias”, 22. Sobre este punto, dice Coviello, “según algunos no podría privarse de los demás medios de prueba al otro contratante, ya que se trataría de disposiciones inderogables de orden público para las partes”.

24 Arturo Alessandri, *De los contratos* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 34.

posteriormente de los artículos 1741 y 1862 del CC, estos permiten que las partes pacten que el negocio “no se repunte perfecto” mientras no se haya cumplido la solemnidad voluntaria²⁵.

Martinic y Reveco mencionan que “la falta de otorgamiento de la formalidad voluntaria, suspende la perfección del contrato (existencia) e impide que este produzca los efectos que le son propios”²⁶. El texto de una cláusula de no modificación oral suele ser del siguiente tenor: “todas las modificaciones a este contrato deberán realizarse mediante acuerdo que conste por escrito debidamente formalizado por las partes”²⁷. Si los contratantes emplean esta o una fórmula similar, la consecuencia lógica de omitir las solemnidades será la inexistencia²⁸.

5. LIMITACIONES

En la sección anterior se analizaron los efectos de la inclusión y de la inobservancia de una cláusula de no modificación oral. Ahora bien, cabe cuestionarse también cuál es el límite de estas cláusulas. ¿Las partes quedan perpetuamente vinculadas por estas cláusulas? ¿Hasta cuándo son exigibles las solemnidades para la modificación?

Estas preguntas han sido contestadas en alguna medida en los países cuyo sistema jurídico es el *common law*²⁹. En cambio, la cuestión ha sido muy poco abordada en los sistemas *civil law* y, en particular, en los países que han adoptado el Código Civil de Andrés Bello. El análisis que se debe hacer para resolver estas interrogantes no es de relevancia menor. Todo lo contrario. Contestar estas preguntas implica analizar los límites de la base del derecho de los contratos: la autonomía de la voluntad.

Shaw resume la discusión del presente artículo en la frase “*contracting out of contractual freedom*”³⁰. Las partes, a través de una cláusula de no modificación oral, restringen considerablemente el margen que la autonomía de la voluntad les da para actuar³¹. Sin embargo, ese pacto no es la única limitación que los

25 Artículos 1741 y 1862, Código Civil [CC]. R. O. Suplemento 46 del 24 de junio de 2005.

26 Martinic y Reveco, “Las formalidades voluntarias”, 20.

27 Rodrigo Momberg y Gonzalo Severin, “Las formalidades convencionales en la contratación moderna: la cláusula de no modificación oral o ‘no oral modification clause’ y la doctrina de los actos propios como límite a su eficacia”, *Ius Et Veritas*, n.º 67 (diciembre de 2023): 62, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/28135/26071>.

28 Alessandri, *De los contratos*, 34.

29 Magklasi y Magklasi, “No Oral Modification Clauses to the Test”, 2.

30 Will Shaw, “Contracting Out of Contractual Freedom: No-Oral Modification Clauses and Effecting Party Intention”, *University of Otago Law Theses and Dissertations* (octubre de 2018): 1, <http://www.nzlii.org/nz/journals/UOta-LawTD/2018/30.html>.

31 Ospina y Ospina, *Teoría general del contrato*, 232. “[L]os actos jurídicos consensuales pueden quedar elevados a la categoría de actos solemnes”.

contratantes pueden encontrar. Mientras las partes usan estas cláusulas como una restricción a su autonomía de la voluntad, su eficacia también puede verse restringida por la doctrina de los actos propios y, según algunos autores, por los artículos 1741 y 1862 del CC.

5.1 LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

La buena fe exige que las personas observen una conducta leal en sus relaciones jurídicas. Sin embargo, aunque podría parecer que se trata de un concepto abstracto, la buena fe tiene manifestaciones concretas, como la doctrina de los actos propios. En virtud de ella, “nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro”³². En palabras de Ducci:

Cuando una persona suscita en otra con su conducta una confianza fundada en una determinada conducta o situación jurídica futuras deducidas de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles, por contrariar a la buena fe, toda actuación incompatible con ella³³.

Así, cabe preguntarse: ¿puede impedírsele a una persona invocar la cláusula de no modificación oral en razón de sus conductas pasadas?

Algunos cuerpos normativos limitan el alcance de las cláusulas de no modificación oral con base en esta doctrina. Los ejemplos más claros de esto aparecen en los principios UNIDROIT y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías³⁴. El artículo 2.1.18. de los principios —cuyo texto es casi idéntico al artículo 29 de la Convención— señala que:

[u]n contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos (énfasis añadido)³⁵.

32 Marcelo López Mesa, “La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación”, *Vniversitas*, n.º. 119 (julio-diciembre de 2019): 191, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602009000200014.

33 Carlos Ducci, *Derecho civil: parte general* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 398.

34 El artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías norma señala que: “1) El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes. 2) Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos”. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías [CISG], Viena, enero de 1988.

35 Artículo 2.1.18., Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016 [UNIDROIT], Roma, mayo de 2016.

El artículo en mención reconoce la eficacia de las cláusulas de no modificación oral, pero impone como límite para su aplicación la doctrina de los actos propios. El estándar que impone es que se haya generado una confianza razonable de que el contrato se podía modificar libremente. En definitiva, este artículo señala que cuando una parte ha dado a entender que ya no es necesario cumplir las formalidades, no puede invocar la cláusula de no modificación oral en su favor.

El Código Civil de Bello no cuenta con una norma que aborde con la misma claridad el problema, pero eso no impide que se pueda aplicar la misma limitación que prevén los principios UNIDROIT o la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano hay normas que revelan la presencia de la doctrina de los actos propios y permiten su aplicación en las cláusulas de no modificación oral.

El artículo 1580 del CC señala que las cláusulas de un contrato se podrán interpretar “por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”³⁶. Con base en esa norma, dice López Santa María, cuando surja una controversia “el intérprete, para determinar la intención de las partes, debe considerar todas las circunstancias de la especie, aun las extrínsecas a la declaración” (énfasis añadido)³⁷. Esta norma permite a los jueces ver si las partes ejecutaron el contrato de una manera distinta a la prevista en el documento. En otras palabras, si modificaron los términos en que se debía cumplir y, al hacerlo, dejaron sin efecto la cláusula de no modificación oral.

El artículo 1580 se refiere a la ejecución que han hecho “ambas partes” o “una con aprobación de la otra”³⁸. Al aplicar esta lógica al caso de un contrato que incorpora una cláusula de no modificación oral aparecen dos supuestos aparentemente distintos: (i) que las partes efectivamente hayan acordado modificar el contrato por otros medios, por ejemplo, oralmente y (ii) que una de las partes haya variado la forma de ejecutar el contrato y la otra lo haya permitido. A pesar de esta sutil diferencia, lo determinante en ambos casos es que ha existido un entendimiento entre las partes. En uno u otro caso, los contratantes han estado de acuerdo en alejarse del texto del contrato y en ejecutarlo de una forma distinta³⁹.

³⁶ Artículo 1580, Código Civil.

³⁷ Jorge López, *Los contratos: parte general* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1986), 333.

³⁸ Artículo 1580, Código Civil.

³⁹ Parraguez, *Régimen jurídico*, 801. El autor destaca la presencia de la doctrina de los actos propios en esta norma de interpretación, puesto que “quien ha observado una conducta determinada de cumplimiento no puede pretender luego que el sentido del contrato apuntaba en [otra] dirección”.

Respecto de este método de interpretación, en la doctrina se ha señalado que “la cláusula del contrato por la cual se acordó que toda modificación del contrato debía hacerse por escrito, **puede —y debe— ser interpretada a partir de elementos extrínsecos**, como es la propia conducta de las partes” (énfasis añadido)⁴⁰. Tanta importancia se le ha dado a esta regla que se ha señalado que los hechos de los contrayentes serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato⁴¹.

Finalmente, el artículo 266 del Código de Comercio señala que “[l]a parte de un contrato no puede actuar en contradicción a un acuerdo celebrado con su contraparte”⁴². Así, ninguno de los contratantes podría exigir el cumplimiento del contrato en los términos iniciales —aunque hayan incluido una cláusula de no modificación oral—, cuando en la práctica han decidido ejecutar el contrato de forma distinta.

Como mencionan Momberg y Severin, citando a Pardo, la consecuencia de aplicar la doctrina de los actos propios en este escenario debe ser la inadmisión de la pretensión contradictoria⁴³. De esta manera, en un eventual litigio, un juez no puede acoger la pretensión de que el contrato se ejecute en los términos originales con base en una cláusula de no modificación oral si las partes dieron a entender que el contrato se podía modificar por otros medios y, en efecto, lo ejecutaron de forma distinta.

5.1.1 UNA PERSPECTIVA DISTINTA

Si bien en la sección anterior se ha analizado por qué la doctrina de los actos propios puede ser una limitación para las cláusulas de no modificación oral, es menester ahora hacer lo opuesto: determinar por qué podría no ser una limitación o, al menos, no ser tan tajante como parece.

En el mencionado caso *Rock Advertising Ltd c. MWB Business Exchange Centre Ltd* se analizó ampliamente la eficacia de las cláusulas de no modificación oral. A continuación se mencionan algunos de los puntos que resultan más llamativos.

En primer lugar, Lord Sumption —uno de los jueces que resolvió el caso— señaló que el hecho de que las partes intenten modificar oralmente su contrato

40 En el mismo sentido, Momberg y Severin señalan que se debe “interpretar la cláusula de no modificación oral de acuerdo con la aplicación práctica que de ella han hecho las partes”. Momberg y Severin, “Las formalidades”, 71-3.

41 Causa 63.223-J.8.R.S.D. N.º 207/07, Cámara de Apelación Civil y Comercial de Lomas de Zamora, 5 de junio de 2007, citado en Parraguez, *Régimen jurídico*, 800.

42 Artículo 226, Código de Comercio.

43 Momberg y Severin, “Las formalidades”, 70.

no constituye una contravención de la cláusula. Al contrario, es justamente el supuesto de hecho que debe verificarse para que la cláusula de no modificación oral despliegue sus efectos⁴⁴. Resulta llamativo que la doctrina se apoye en el artículo 1580 del CC, que es una norma de interpretación, para vaciar de toda utilidad y sentido a una cláusula de no modificación oral. Si el fin de la interpretación contractual es aclarar la voluntad de las partes, aplicar en la forma descrita el artículo 1580 conduce a anular la voluntad inicial de los contratantes.

Es cierto que el intérprete debe reconstruir el “significado de [las] declaraciones y **comportamientos**” (énfasis añadido)⁴⁵. Al respecto, la Corte Suprema de Chile ha argumentado que “nada puede indicar con más acierto la voluntad de las partes en esta materia que la ejecución llevada a cabo por ellas mismas”⁴⁶. Sin embargo, si lo que debe prevalecer es el comportamiento, aun frente a una cláusula de no modificación oral, no tendría sentido desde un principio incluir una cláusula de este tipo.

El fin de las cláusulas de no modificación oral es precisamente evitar que el comportamiento de las partes sea suficiente para modificar un contrato. Por lo tanto, parece absurdo enfocarse solo en la regla de interpretación a través de la conducta —que atenta directamente contra la finalidad de la cláusula— y no utilizar, por ejemplo, la interpretación literal o la de efecto útil.

Una aplicación poco juiciosa de las normas de interpretación tiende, en la mayoría de casos, a privar de eficacia a las cláusulas de no modificación oral cuando los contratantes han intentado modificar sus contratos por medios distintos. No obstante, estos intentos no deben ser vistos como una renuncia a la cláusula de no modificación oral, sino como la oportunidad, el momento preciso, para que despliegue sus efectos.

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, se señaló que el *estoppel* —concepto equivalente a la doctrina de los actos propios⁴⁷— no puede ser utilizado de una manera tan amplia que destruya las ventajas de una cláusula de no modificación oral. En la sentencia se expresa que para la procedencia del *estoppel* es necesario, por lo menos, que (i) exista un intercambio de palabras o una conducta que inequívocamente den cuenta de que la modificación era válida a pesar de su informalidad y (ii) que para eso debe haber algo más que

⁴⁴ Rock Advertising Limited c. MWB Business Exchange Centre Limited, párr. 15.

⁴⁵ Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 765.

⁴⁶ Gonzalo Figueroa, *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas, Código Civil, tomo IV* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1954), 263, citado en López, *Los contratos*, 339.

⁴⁷ Luke Tattersall, “No Oral Modification Clauses: Contractual Freedom Under English and New York Law”, *Journal of International and Comparative Law* 6, n.º. 1 (junio de 2019): 130, <https://www.jicl.org.uk/journal/june-2019/no-oral-modification-clauses-contractual-freedom-under-english-and-new-york-law>.

un simple intercambio de palabras⁴⁸. En definitiva, eleva el estándar bajo el cual se debe analizar si las partes han renunciado a la cláusula de no modificación oral.

En el caso *Rock Advertising Ltd c. MWB Business Exchange Centre Ltd* no se descartó que eventualmente la doctrina de los actos propios pueda restringir la eficacia de una cláusula de no modificación oral. Sin embargo, una cosa es poner límites a dicha estipulación y otra, totalmente distinta, es privarla de toda eficacia. En resumen, como señaló Lord Sumption, “la verdadera ofensa a la autonomía de la voluntad es que las partes no puedan obligarse a sí mismas a una forma de modificación, incluso si eso es lo que pactaron” (traducción libre)⁴⁹.

El Código de Comercio ha previsto esta solución para el caso de los contratos mercantiles. En efecto, de la literalidad del artículo 301 de dicho cuerpo normativo se desprende que, aparentemente, no hay limitaciones a la eficacia de las cláusulas de no modificación oral: “[u]n contrato por escrito en el que se estipule que toda modificación deba hacerse de la misma forma, no podrá modificarse de otra forma”⁵⁰.

En el proyecto de ley del Código de Comercio sí existía una excepción. En el artículo mencionado en el párrafo anterior, existía un segundo inciso, según el cual “si las partes, o cualquiera de ellas con aceptación expresa o tácita de la otra, hubiesen efectuado modificaciones en tal ejecución, no se podrá alegar la disposición del inciso anterior”⁵¹. Esta excepción, sin embargo, no fue incluida en el texto final del Código de Comercio aprobado.

5.2 ¿SON LOS ARTÍCULOS 1741 Y 1862 DEL CÓDIGO CIVIL UNA LIMITACIÓN A LAS CLÁUSULAS DE NO MODIFICACIÓN ORAL?

Los artículos 1741 y 1862 del CC contemplan una regulación sobre las solemnidades voluntarias para los contratos de compraventa y arrendamiento. Ambos señalan que si se pacta que el negocio no esté perfecto mientras no se firme una escritura, las partes pueden retractarse mientras no se haya dado cumplimiento a esa solemnidad o mientras no haya iniciado la entrega de la cosa⁵². Se ha planteado que, en virtud de estos artículos, si los contratantes

48 *Rock Advertising Limited c. MWB Business Exchange Centre Limited*, párr. 16.

49 *Id.*, párr. 11.

50 Artículo 301, Código de Comercio.

51 Comisión Especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control, Informe para Segundo Debate – Proyecto de Código de Comercio, 08 de mayo de 2017.

52 Estos artículos se refieren a los contratos de compraventa o arrendamiento de cosas para las que la ley no ha impuesto como solemnidad *ad solemnitatem* que se deban realizar por escritura pública o privada.

ejecutan “actos de renuncia”, como lo sería la entrega de la cosa sin haber firmado la escritura, están dejando sin efecto la solemnidad voluntaria⁵³. Así, de acuerdo con Meza Barros, cumplir el contrato “sin que se haya otorgado la escritura prevista, importa una tácita derogación de la estipulación que lo hizo solemne”⁵⁴. Estos artículos privarían de toda eficacia a las cláusulas de no modificación oral, puesto que las volverían, como máximo, de opcional cumplimiento. En términos prácticos, una sola ejecución del contrato en términos modificados implicaría una derogación de la cláusula de no modificación oral. Podría pensarse que es una manifestación de la doctrina de los actos propios, puesto que si se ejecutan actos de renuncia no se puede invocar la cláusula a la que se renunció.

Sin embargo, los efectos de estos artículos no se asemejan a la doctrina de los actos propios por una razón: el aspecto temporal. Estos artículos permiten la inobservancia de las cláusulas de no modificación oral desde el momento en que son pactadas, porque si un “principio de ejecución” genera una renuncia a la solemnidad, entonces bastaría una sola ejecución en términos distintos para que se deje sin efecto la cláusula de no modificación oral. En cambio, la prohibición de actuar en contra de los actos propios impone un límite (cuando se ha generado una confianza en las partes de que no se deben cumplir las formalidades), pero no impide que la cláusula produzca efectos en un principio. Si el negocio jurídico se perfecciona a través de un principio de ejecución, sería un sinsentido que las partes acuerden que el contrato solo se pueda modificar de una forma específica a sabiendas de que cualquier modificación generará una renuncia a la cláusula de no modificación oral. La cláusula de no modificación oral sería inútil e inexigible desde el momento de su nacimiento.

Adicionalmente, la creencia de que estas normas pueden aplicarse indiscriminadamente en todos los casos proviene de una concepción incorrecta sobre el origen de las solemnidades voluntarias. Si bien es cierto que estas normas del CC dan cuenta de que se puede pactar una solemnidad voluntaria, este tipo de formalidades se originan en la libertad de conclusión y libertad de configuración interna que tienen las partes, no en los artículos 1741 y 1862⁵⁵. Si el legislador hubiese querido que esa regla sea aplicable en cualquier caso, lo habría incluido como una disposición común a todos los contratos. No obstante, estos artículos están ubicados en los títulos XXII y XXV del libro IV del CC, que están dedicados exclusivamente a los contratos de compraventa y arrendamiento, respectivamente. Además, están previstas para una solemnidad específica: que un contrato no se perfeccione mientras no se haya

53 Momberg y Severin, “Las formalidades”, 65.

54 Meza, *De las fuentes de las obligaciones*, 44.

55 Martinic y Reveco mencionan que “en el caso de las solemnidades voluntarias, su fuente inmediata está precisamente en la voluntad de las partes de exigir [...] [la] formalidad que en el mismo acto estipulan”. Martinic y Reveco, “Las formalidades voluntarias”, 10.

otorgado una escritura pública o privada.

No cabría argumentar que estas normas se deben aplicar por analogía a la luz del artículo 18 numeral 7 del CC. Como señala Claro Solar, “[e]l argumento de la analogía [...] no es admisible cuando la disposición es excepcional”⁵⁶. En este caso, sería aplicar la ley en un ámbito en que el legislador decidió dar una amplia libertad a los particulares.

6. LA FRONTERA ENTRE UNA MODIFICACIÓN Y UN INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Tras la exposición realizada en los párrafos anteriores sobre los límites de las cláusulas de no modificación oral, es necesario señalar algunos criterios para distinguir los casos en que es válido alegar que se modificó el contrato y los casos en que, sencillamente, se incumplió. A pesar de que la frontera entre estas situaciones es algo difusa, hay tres indicadores que pueden ayudar a aclararla.

En primer lugar, el número de partes que intervinieron en la supuesta modificación. Si una parte alega que los términos del contrato se modificaron por una vía distinta de la prevista en la cláusula de no modificación oral y no hubo tolerancia o una manifestación de conformidad de la otra parte, la ejecución del contrato con términos distintos de los que constan en el contrato escrito debe entenderse como un incumplimiento⁵⁷. Al contrario, si ambas partes expresaron, por cualquier medio, su conformidad con la ejecución del contrato de una forma distinta, entonces efectivamente se podría discutir si se dejó sin efecto la cláusula de no modificación oral y si el contrato se modificó.

En segundo lugar, la cantidad de veces que el contrato se ejecutó en términos distintos de los originales. No es lo mismo hablar de una simple tolerancia de un incumplimiento que hablar de una modificación. Si, por ejemplo, en un contrato de tracto sucesivo, una de las partes toleró en una ocasión la ejecución defectuosa de la otra parte, pero luego se siguió ejecutando en los términos originales, el contrato permanecería intacto y no cabría hablar de una modificación. En cambio, si esa ejecución defectuosa se repite en varias ocasiones y la otra parte no manifiesta su inconformidad, ya se podría admitir la posibilidad de que se haya modificado el contrato.

56 Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado: tomo primero* (Santiago de Chile: Establecimiento Poligráfico Roma: 1898), 134.

57 Resulta particularmente adecuada la definición brindada por Álvaro Vidal sobre el incumplimiento: “la falta de coincidencia entre el objeto ideal —lo inicialmente prometido por el deudor— y el objeto real —lo efectivamente ejecutado por el deudor—”. Álvaro Vidal e Íñigo de la Maza, *Derecho de los contratos* (Buenos Aires: Astrea, 2017), 154, citado en Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 682.

A pesar de que este segundo criterio pueda ser una guía para determinar si se ha modificado el contrato, atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso y del contrato de que se trate, podría ocurrir que una sola ejecución variada sea suficiente para modificar el contrato. En definitiva, a lo que se debe atender es “[a]l acto o la serie de actos, en cuanto son reveladores de un modo general de proceder o de comportarse” (énfasis añadido)⁵⁸.

En tercer lugar, debe haberse generado una certeza razonable de que se dejó sin efecto la cláusula de no modificación oral⁵⁹. Si por una circunstancia extraordinaria —por ejemplo, un escenario de caso fortuito— una de las partes cumplió sus obligaciones en una forma distinta de la pactada, no podría admitirse la alegación de que el contrato se modificó. Pero si en varias se le permitió cumplir el contrato de forma diferente y la otra parte no se pronunció al respecto, entonces se puede haber creado una razonable certeza de que ya se modificó —aun en contravención de la cláusula de no modificación oral— y, en consecuencia, la otra parte no podrá invocar dicha cláusula⁶⁰.

7. CONCLUSIONES

En los párrafos precedentes se ha buscado determinar la naturaleza jurídica, eficacia y límites de las cláusulas de no modificación oral. En virtud de lo expuesto en ellos, se puede colegir que:

1. Los contratos son un medio para alcanzar un fin. Por consiguiente, los términos que se plasmen en ellos serán, en teoría, los más idóneos para que las parte encuentren lo que buscan.
2. Salvo que la ley imponga requisitos específicos, los negocios jurídicos modificatorios se pueden celebrar a través de cualquier medio.
3. Las solemnidades voluntarias permiten a los contratantes imponer en sus negocios ciertas formalidades que no son exigidas por la ley. Con fundamento en ellas, los contratantes pueden pactar cláusulas de no modificación oral para que sus contratos solo se puedan modificar a través de un medio específico.
4. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano las cláusulas de no modificación oral son eficaces. Sin perjuicio de lo anterior, en el Código Civil hay una mayor apertura a limitar su eficacia, mientras que en el Código de Comercio,

58 Luis Diez-Picazo, *La doctrina de los actos propios* (Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1963), 195.

59 Marcelo López Mesa, “De nuevo sobre la confianza legítima como forma de declaración unilateral de voluntad”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º. 2 (abril de 2013): 2, <https://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1776/2326>.

60 Momberg y Severin, “Las formalidades”, 73.

aparentemente, tienen una eficacia absoluta.

5. El efecto de las cláusulas de no modificación oral es impedir que los negocios jurídicos modificatorios se perfeccionen si no se han cumplido las solemnidades pactadas por los contratantes. De esta manera, la modificación que se ha intentado por medios distintos de los pactados por las partes es inexistente. Si una parte ejecuta el contrato en términos distintos de los pactados originalmente, deberá demostrar que se cumplieron las solemnidades para modificar el contrato. Si ese no fue el caso, entonces su ejecución debe ser entendida como un incumplimiento contractual.

6. Un intento de modificar un contrato por otros medios no implica una renuncia a la cláusula de no modificación oral, sino que es el supuesto de hecho para que despliegue sus efectos, es decir, impedir la modificación por esa vía. El principal límite para estas cláusulas es la doctrina de los actos propios. Una parte no podrá invocar la cláusula de no modificación oral cuando ha dado a entender que el contrato se puede modificar por otros medios. Sin embargo, el análisis para determinar si se ha generado una confianza razonable de que se dejó sin efecto la cláusula debe hacerse caso por caso.

7. Los artículos 1741 y 1862 del CC no son aplicables al caso de las cláusulas de no modificación oral. En primer lugar, porque su aplicación tornaría ineficaces a estas cláusulas desde el momento en que son pactadas. En segundo lugar, porque son normas que están contempladas para dos contratos específicos y para una solemnidad determinada: que un contrato de compraventa o arrendamiento no se perfeccione mientras no se haya otorgado escritura pública o privada.

8. Existen tres criterios que ayudan distinguir un incumplimiento contractual de una modificación: (i) el número de partes que participaron en la supuesta modificación; (ii) el número de ocasiones que las obligaciones del contrato se ejecutaron en forma distinta a la pactada y (iii) la certeza razonable de que se modificó el contrato.

9. Si las partes pactaron una cláusula de no modificación oral es porque querían evitar las variaciones informales al contrato. En caso que quisieran poner fin a las formalidades, deberán utilizar el mecanismo previsto en la cláusula de no modificación oral para dejarla sin efecto y, en adelante, poder modificar sus contratos libremente.