

Estudios sobre el
**CONTRATO DE
COMPRAVENTA**

MARIO CASTILLO FREYRE



**EDICIONES
LEGALES**

Mario Castillo Freyre

Profesor de Obligaciones y Contratos en la
Pontificia Universidad Católica del Perú,
en la Universidad Femenina del Sagrado
Corazón y en la Universidad de Lima

Estudios sobre el Contrato de Compraventa



**EDICIONES
LEGALES**

ESTUDIOS SOBRE EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Edición 2003

Derechos Reservados

© Mario Castillo Freyre

© Ediciones Legales s.a.c.

Jr. de la Unión 1165 Of. 206 Telfs.: 428-2215 ó 427-8601

edilegsa@hotmail.com

Hecho el depósito que exige la Ley

Diagramación, Diseño y Montaje

Ediciones Legales s.a.c.

Impreso en Perú / Printed in Perú

Índice General

Pág.

ESTUDIOS SOBRE EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

PALABRAS LIMINARES	7
--------------------------	---

CAPÍTULO I

CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

1. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA.....	9
1.1. En cuanto al nombre	9
1.2. En cuanto a su regulación	10
1.3. En cuanto a su estructura	12
1.4. En cuanto a su contenido o área	13
1.5. En cuanto a su autonomía	13
1.6. En cuanto a su formación	14
1.7. En cuanto al tiempo	14
1.8. En cuanto a su negociación	15
1.9. En cuanto al rol económico	15
1.10. En cuanto a su función	16
1.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.....	16
1.12. En cuanto a la prestación	16
1.13. En cuanto a la valoración	16
1.14. En cuanto al riesgo	16
1.15. En cuanto a sus efectos	19
2.- EL PRECIO	20
2.1. El precio debe consistir necesariamente en dinero	23
2.2. El precio debe consistir en dinero o signo que lo represente	24
3. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE EL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y OTROS CONTRATOS TÍPICOS, ASÍ COMO CON OTRAS FIGURAS E INSTITUCIONES REGULADOS POR EL CÓDIGO CIVIL PERUANO	29
3.1. Con el contrato de permuta	29
3.2. Con el contrato de suministro	33
3.3. Con el contrato de donación puro y simple	41
3.4. Con el contrato de mutuo	45
3.5. Con el contrato de arrendamiento	49

3.6. Con el contrato de hospedaje	53
3.7. Con el contrato de comodato	56
3.8. Con la locación de servicios	60
3.9. Con el contrato de obra	62
3.10. Con el contrato de mandato	68
3.11. Con el contrato de depósito	70
3.12. Con el contrato de secuestro	76
3.13. Con el contrato de fianza	78
3.14. Con el contrato de renta vitalicia	81
3.15. Con el contrato de juego y apuesta	84
3.16. Con la cesión de derechos	87
3.17. Con la dación en pago	92
3.18. Con la novación	104
3.19. Con la transacción	107
3.20. Con el compromiso de contratar	111
3.21. Con el contrato de opción	114
3.22. Con la promesa de la obligación o del hecho de un tercero	117
3.23. Con el contrato de donación con cargo	120
3.24. Con el contrato estimatorio	124
3.25. Con la expropiación	130
3.26. Con el alquiler-venta o arrendamiento-venta	136
3.27. Con el contrato de arrendamiento financiero	140
3.28. Con el contrato de donación indirecta o atípica	147
3.29. Con la hipoteca	151
3.30. Con la prenda	155
3.31. Con la anticresis	158
3.32. Con el contrato de institución de heredero o legatario	161
3.33. Con la compraventa de herencia futura	164
3.34. Con el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura	167
3.35. Con el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro	170
3.36. Con el contrato de donación disimulado con apariencia de compraventa	174
3.37. Con la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor	176
3.38. Con la gestión de negocios	179
3.39. Con la promesa unilateral	182
3.40. Con el contrato de facturación (factoring)	184
3.41. Con el contrato de franquicia (franchising)	189
3.42. Con el contrato de fideicomiso	194
3.43. Con el contrato de licencia o know how	201

CAPÍTULO II
LA VENTA DE BIEN AJENO

1. LA VENTA DE BIEN AJENO EN ESTRICTO. CONCEPTO	207
2. OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR DE INFORMAR AL COMPRADOR SOBRE EL CARÁCTER AJENO DEL BIEN	212
3. POSICIONES DE LA DOCTRINA Y LA LEGISLACIÓN	216
3.1. Contrato nulo	216
3.2. Contrato anulable	256
3.3. La anulabilidad según el Proyecto de Código Civil de Andrés Bello y los Códigos Civiles que lo tomaron como modelo	276
3.4. Códigos Civiles que consideran a la venta de bien ajeno como un contrato resoluble	280
3.5. Códigos Civiles que se abstienen de pronunciarse sobre el tema de la venta de bien ajeno	288
3.6. Códigos Civiles que consideran a la venta de bien ajeno como contrato rescindible. La singular posición del Código Civil Peruano de 1984	292

CAPÍTULO III
EL ARRENDAMIENTO-VENTA

1. EL ARRENDAMIENTO-VENTA	305
2. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO-VENTA	305
2.1. Por su nombre	306
2.2. Por su regulación	306
2.3. Por su estructura	315
2.4. Por su contenido	315
2.5. Por su autonomía	315
2.6. Por su función	315
2.7. Por los sujetos a quienes obliga	315
2.8. Por la prestación	315
2.9. Por la valoración	316
2.10. Por el riesgo	316
2.11. Por su formación	316
2.12. Por el tiempo	316
2.13. Por la negociación	317
2.14. Por el rol económico	317
2.15. Por sus efectos	317
DE LA OBRA DEL AUTOR	319

ESTUDIOS SOBRE EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Mario Castillo Freyre^()*

PALABRAS LIMINARES

Atendiendo la gentil invitación formulada por Ediciones Legales, decidí publicar las siguientes páginas, que incluyen tres trabajos que forman parte de mis investigaciones sobre el contrato de compraventa, materia que vengo desarrollando desde 1986.

Decidí incluir algunas reflexiones en torno a las características del contrato de compraventa, que comprenden el desarrollo de las características de dicho contrato, así como las semejanzas y diferencias existentes entre la compraventa y cuarentitrés contratos típicos y otras figuras e instituciones regulados por el Código Civil y otras normas.

El segundo trabajo desarrolla lo relativo a la venta de bien ajeno y se centra en brindar al lector la delimitación conceptual del problema y su desarrollo dentro de nuestra tradición jurídica, pudiendo apreciar las diferentes perspectivas desde las cuales ha sido visto y las distintas soluciones que en el mundo se han esbozado sobre el particular.

Y el tercer y último trabajo es el relativo al contrato de arrendamiento-venta, a propósito de lo dispuesto en el artículo 1585 del Código Civil Peruano, precepto que nos brinda la posibilidad de desarrollar con amplitud los alcances de este contrato y la relación existente entre el mismo y los contratos de los cuales toma sus características, vale decir, la compraventa y el arrendamiento.

Resulta claro que esta obra no pretende agotar todos los temas objeto de estudio en el contrato de compraventa; simplemente pretende brindar al lector nuestras opiniones sobre tres de ellos que estimamos revisten marcado interés, tanto en el plano teórico como en el práctico.

Lima, Febrero 2003

Mario Castillo Freyre

(*) Profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

CAPÍTULO I

CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Antes de abordar el análisis de las características del contrato de compraventa en el Código Civil Peruano de 1984, debemos precisar que la metodología empleada se basa en la clasificación general de los contratos elaborada por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, dictada en su Curso de Contratos Parte General en la Pontificia Universidad Católica del Perú cuando fui su alumno, en el primer Semestre Académico de 1986, además de la contenida en su obra «El Contrato en General», Primera Parte, Tomo I, Páginas 209 a 248, por considerar se trata de la clasificación más completa de que tengamos conocimiento.

1. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA.

1.1. En cuanto al nombre.

Más allá de la discusión doctrinaria que ha suscitado la pertinencia o no de clasificar a los contratos en nominados e innominados.¹

1. En este sentido, resultan sumamente ilustrativas las expresiones del Doctor De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen XI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991, Páginas 197 a 199.), cuando reflexiona acerca del tema. Recogemos sus palabras:

«Considera un sector de la doctrina que la figura del llamado contrato 'nominado', entendido como el que está expresamente previsto y regulado por el ordenamiento jurídico positivo, tiene un ancestro que se remonta al Derecho romano clásico, el cual no conocía una figura general de contrato, sino contratos singulares, cada uno con su propio nombre y tutelado por una **actio** homónima.

La tradición recogió este nombre y lo incorporó al Código civil francés, cuyo artículo 1.107 señala que los contratos, ya tengan una denominación propia, ya no la tengan, están sometidos a las reglas generales de los contratos. Un aserto similar tiene el Código Civil italiano de 1865.

Es el Código civil italiano de 1942 el que introduce un cambio de terminología, al establecer en su artículo 1322 que las partes pueden 'concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular...'. Se introduce así la denominación legislativa de contrato 'típico'.

Por su nombre es un contrato nominado.

Desde el primer cuerpo jurídico que rigió en nuestro país, se ha regulado el contrato de compraventa. El nombre puede haber sufrido algunas ligeras variaciones, pero –como decía Angel Gustavo Cornejo– el concepto esencial no ha cambiado fundamentalmente. La idea de la venta ha estado siempre ligada a la idea de la obligación de transferir la propiedad.

1.2. En cuanto a su regulación.

De acuerdo a las doctrinas del Doctor Manuel de la Puente y Lavalle,² el contrato típico puede ser definido «como aquel contrato que tiene una regulación legal propia que lo identifica respecto a los demás. Es, como

Piensa COSTANZA que esta nueva fórmula en el lenguaje legislativo paga el precio de la originalidad al incurrir en una cierta oscuridad terminológica. La expresión 'contrato atípico', como opuesta a la de 'contrato típico', es muy comprometedor, pues depende, sobre todo, de la multiplicidad de significados que puede tener el término 'tipo'. Este es un vocablo prestado del lenguaje de la lógica y usado prevalentemente en las ciencias naturales y sociales. No se tiene en cuenta que, para hablar de tipos contractuales y de contratos típicos y atípicos, es necesario sobre todo una toma de posición, a fin de evitar equivocaciones y malentendidos en orden al significado del término en cuestión.

SACCO, por su parte, considera que el cambio de terminología es poco feliz, pues la doctrina ha acabado hace tiempo de referirse a la idea de la 'tipicidad' como característica de la función que se eleva a causa del negocio jurídico; hablar de 'tipicidad de los contratos' puede hacer creer que la asonancia de la palabra trae consigo un paralelismo de conceptos.

Otros aducen que el contrato que no tiene nombre depende a su vez del hecho de que el contrato no está sujeto a una disciplina propia. Esto ha llevado a MESSINEO a decir que tener un nombre en el sistema de la ley no basta, por sí solo, para hacer de determinado contrato un contrato nominado, ya que hay numerosos contratos que, previstos pero no disciplinados por la ley, son innominados; en sentido técnico, y no ya nominados, por más que tengan un nombre en la ley.

Frente a esta posición se yergue la que sostiene que la distinción entre contratos típicos y atípicos no corresponde a la distinción romana entre contratos nominados e innominados. En el Derecho romano, la categoría de contratos innominados era admitida en la fase de formación del contrato. En el Derecho moderno la formación de los contratos típicos se justifica como aplicación de los principios de libertad de obligarse y de consensualismo.

En la misma línea de pensamiento, OSSORIO opina que la utilización del término contratos 'innominados' para designar al gran número de convenciones que no encajan en ninguno de los tipos de contratos taxativamente regulados por el legislador, es imprecisa y puede inducir a error, pues muchos de estos contratos llegan a tener un nombre propio, no obstante lo cual siguen careciendo de una específica regulación legal, que es lo que caracteriza a los contratos típicos.

SPOTA, comentando el artículo 1143 del Código civil argentino, que dice que 'los contratos son nominados o innominados según la ley los designa o no bajo una denominación especial', afirma que la terminología empleada por el Código no es la que debemos usar, pues en la moderna doctrina ya no se habla de contratos nominados o innominados, sino de contratos típicos y contratos atípicos. Los contratos típicos son aquellos que encajan dentro de un 'tipo legal', es decir, que ya tienen una regulación en la ley, que han sido precisados, disciplinados en cuanto a su contenido, sus efectos, sus exigencias formativas.

Sin dejar de reconocer el peso de las razones invocadas por los partidarios de la terminología de contratos nominados e innominados, creo que resulta más propio llamar 'contrato nominado' al que tiene un nombre generalmente conocido para identificarlo y 'contrato típico' a aquél que es regulado por el ordenamiento jurídico. Dentro de este razonamiento, tanto los 'contratos típicos' como los 'contratos atípicos', entendidos éstos como los que no tienen una disciplina legal propia, son también, por regla general, contratos nominados. En el curso de este trabajo se va a emplear, pues, la denominación de 'contratos típicos' y 'contratos atípicos', cuando se usa el criterio de la regulación».

2. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Página 200.

dice GETE-ALONSO, 'la manera de ser' del contrato, en el sentido que 'la ley individualiza a un determinado fenómeno a través de una serie de elementos y datos peculiares, y al conjunto, así descrito, lo valora y le atribuye una concreta regulación jurídica unitaria'».

Agrega De la Puente que «por contraposición, es contrato atípico el que, no obstante tener una identificación propia y reunir los requisitos necesarios para ser contrato, no ha merecido aún recepción legislativa mediante una disciplina particular. El contrato atípico viene a ser el producto de las necesidades e imaginación de las partes que, en uso de la libertad que les concede el artículo 1354 del Código Civil, crean un contrato diferente a los ya regulados para normar sus relaciones».

Por último, De la Puente señala que estos conceptos corresponden a la tipicidad legal o legislativa, pero puede existir también una tipicidad social.³

-
3. Sobre la tipicidad legal y la tipicidad social, el Doctor De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Páginas 200 a 202) señala las siguientes expresiones:

«La tipicidad legal no puede generarse, al menos nunca lo ha sido, de manera espontánea. Es inadmisibles que el legislador considere, de pronto, que debe crear un contrato y lo regule en el ordenamiento legal, sin otro sustento que su convicción personal. La realidad es que la tipicidad legal se nutre de contratos creados por los particulares al margen de la ley, con características propias y distintas de los tipos legislativos.

Pero no es suficiente que se creen estos contratos en forma aislada, esporádica, sino además que posean una reiteración, frecuencia y uniformidad que determinen que la doctrina o la jurisprudencia los reconozcan como correspondientes a una realidad socio-económica.

Se atribuye a BETTI el haber otorgado a los contratos que reúnen estas condiciones una tipicidad especial, que subentra en la tipicidad legislativa, la cual podría ser llamada 'tipicidad social'. De allí el concepto se difundió gracias, especialmente, a la labor de GRASETTI, CASTRO, JORDANO, GETE-ALONSO y LAVALLE.

La tipicidad social es, pues, el reconocimiento doctrinal y jurisprudencial, que encuentra su base en la costumbre, de contratos perfectamente identificables, que crean (regulan, modifican o extinguen) obligaciones especiales adecuadas a la finalidad de cada tipo de contrato, el cual determina que se apliquen reglas comunes a todos los contratos de un mismo tipo, aun cuando cada uno de estos contratos no contenga una regulación completa.

Así, por ejemplo, el contrato de **leasing** (arrendamiento financiero), antes de su reconocimiento legal en el Perú por el Decreto Legislativo N° 212, era utilizado con bastante frecuencia, reconociéndosele naturaleza y efectos propios. Algo similar ha ocurrido con el contrato de tarjetas de crédito bancarias, hasta su regulación por la Resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros N° 790-78-EF/97 de 31 de octubre de 1978. Otros contratos igualmente utilizados e individualizados (...), no han recibido, en cambio, reconocimiento legal.

Los efectos de la tipicidad social son similares a los de la tipicidad legal. Basta que resulte claramente del contrato la voluntad de las partes de celebrar un contrato típico social, para que sean aplicables a dicho contrato las reglas propias que la doctrina y la jurisprudencia han reconocido a ese tipo contractual. La tipicidad social es el preámbulo o antesala de la tipicidad legal pues, por regla general, la ley espera que un contrato determinado adquiera, a base de su reiteración y frecuencia, una difusión que merezca su incorporación a la contratación típica legal. En el caso del Código civil de 1984, ello ha ocurrido con los contratos de suministro, hospedaje, secuestro y compromiso arbitral (el compromiso arbitral, si bien estaba contemplado en el Código de Procedimientos Civiles, no estaba regulado como figura contractual).

Es conveniente poner de manifiesto que los contratos típicos sociales son generalmente contratos nominados, pues las prácticas les otorgan un **nomen juris** para distinguirlos de los otros tipos».

Como podemos apreciar, este contrato ha sido regulado desde los inicios de la legislación en nuestro país.

Aunque las características fundamentales del mismo ya estaban trazadas desde un principio, el concepto de la compraventa ha ido perfeccionándose a lo largo del tiempo.

1.3. En cuanto a su estructura.⁴

La estructura de la compraventa ha sido siempre la de un contrato simple, ya que se le ha considerado como un contrato que da lugar a una sola relación jurídica, consistente en la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien, y la del comprador de pagar el precio en dinero o signo que lo represente.

En este orden de ideas, podemos afirmar que a lo largo de nuestra historia legislativa, se ha regulado al contrato de compraventa como contrato simple.

En el Código de 1984 ya no cabe hablar de contratos reales, pues la mayoría de los contratos se celebran con el solo consentimiento de las partes; y, a su vez, se tiene clara la idea acerca de que el objeto de los mismos son las obligaciones. Este cuerpo legal desterró del Derecho Peruano a los contratos reales.

4. Al referirse a este criterio clasificatorio, el Doctor De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Páginas 223 y 224), precisa los siguientes términos: «Según este criterio, los contratos se clasifican en simples y complejos. Es contrato simple aquél que da lugar a una sola relación jurídica patrimonial. Por ejemplo, la compraventa, que crea la obligación del vendedor de transferir la propiedad de una cosa y la obligación recíproca del comprador de pagar el precio en dinero. En cambio, el contrato es complejo cuando agrupa varios contratos distintos. Esta agrupación puede dar lugar, a su vez, a dos clases de contratos: los contextuales y los vinculados. Son contratos contextuales los de forma escrita que, teniendo absoluta autonomía entre sí, figuran en un mismo documento. Por ejemplo, si en una sola escritura pública se celebran conjuntamente un contrato de constitución de sociedad anónima, uno de división y partición y uno de compraventa. Cada contrato, pese a esta agrupación física, sigue su suerte con entera independencia de los demás y queda sujeto a su propia disciplina jurídica, sin que las vicisitudes que ocurran a uno influyan en los otros. Los contratos son vinculados cuando, conservando también su identidad propia, están unidos por algún vínculo de cualquier naturaleza (jurídico, económico, funcional, etc.), bien sea impuesto por el ordenamiento legal (vinculación necesaria) o bien por voluntad de las partes (vinculación voluntaria). Por ejemplo, un contrato de fianza está vinculado necesariamente a un contrato de comodato cuando garantiza la devolución del bien entregado al comodatario, desde que la ley le ha dado la calidad de accesorio, esto es que no puede existir si no existe el principal. En cambio, un contrato de constitución de sociedad anónima puede estar vinculado voluntariamente a un contrato de locación de servicios de gerencia, cuando las partes convienen en celebrar el segundo para la mejor ejecución del primero. En ambos casos, cada contrato materia de la vinculación queda regido por su propia disciplina jurídica, pero las vicisitudes de uno pueden afectar al otro. Así, la nulidad del comodato dará lugar a la invalidez de la fianza y la liquidación de la sociedad anónima dará lugar a la terminación del contrato de gerencia».

Dentro de tal orden de ideas, podemos afirmar que la compraventa es un contrato simple, donde el vendedor tiene la obligación de transferir la propiedad y el comprador la de pagar el precio en dinero.

1.4. En cuanto a su contenido o área⁵.

Por su contenido, puede ser tanto un contrato civil, como un contrato mercantil.

1.5. En cuanto a su autonomía.⁶

Por su autonomía es un contrato principal, ya que no depende de ningún otro contrato y así ha sido desde que se reguló la compraventa en el Código de Santa Cruz, en 1836, hasta el Código Civil vigente.

5. Sobre el particular, Manuel de la Puente (DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Páginas 224 y 225) esboza las siguientes consideraciones:

«Esta clasificación obedece a concepciones tradicionales que dividían el Derecho privado en tres grandes campos, que eran el civil, el comercial y el de los derechos especiales. De acuerdo con ella, los contratos se clasifican en civiles, comerciales y especiales.

Son contratos civiles los que están regidos por el Código Civil, tanto por estar disciplinados en él (contratos típicos civiles), como, no estándolo, por serles aplicables las disposiciones generales del contrato civil (contratos atípicos civiles).

Los contratos son comerciales cuando están regulados por el Código de comercio (contratos típicos comerciales). También lo son aquellos contratos atípicos que, por tener analogía o vinculación con los contratos típicos comerciales, quedan comprendidos en las disposiciones generales sobre los contratos de comercio (contratos atípicos comerciales).

Finalmente, son contratos especiales aquellos que encuentran su disciplina en normas que regulan actividades especiales, como la minería, la pesquería, la agricultura, la comunicación, las finanzas, etc. Estos contratos también pueden ser típicos (cuando están regulados legal o socialmente) o atípicos (cuando no lo están)».

6. En relación a este tema, el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle (DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Páginas 230 a 231), sostiene las siguientes expresiones:

«De acuerdo con este criterio, los contratos se clasifican en principales, accesorios y derivados.

Son contratos principales aquellos que no dependen jurídicamente de otros contratos, que por sí tienen o cumplen plenamente una finalidad concreta (tales son, por ejemplo, la compraventa, el arrendamiento, el mutuo, la prestación de servicios). Basta con celebrar un contrato principal para que pueda alcanzarse el efecto querido por los contratantes, sin necesidad de ningún acto jurídico adicional. En contraposición a los contratos principales se encuentran los accesorios, llamados también por la doctrina alemana contratos auxiliares, que son los que no pueden celebrarse independientemente, pues su objeto es, precisamente, complementar otro contrato. Se dice, por eso, que entre el contrato principal y el accesorio existe una relación de causa a efecto, que es lo que explica el nexo de la accesoriedad. Los ejemplos más comunes de contratos accesorios son los contratos de garantía (fianza, prenda, etc.).

Pienso, sin embargo, que se incurre en imprecisión al decir que el contrato accesorio, especialmente el de garantía, depende del contrato principal, pues no es materia de la garantía el contrato principal sino alguna o algunas de las obligaciones creadas por éste. Así, por ejemplo, en un contrato de compraventa puede garantizarse la obligación de pagar el precio, mas no la de transferir la propiedad del bien; en un contrato de mutuo, puede garantizarse la obligación de devolver un bien de la misma especie, pero no la de pagar los intereses; en un contrato de arrendamiento, puede garantizarse la obligación de pagar la renta, mas no la de devolver el bien.

Por otro lado, no es indispensable la existencia de un contrato principal para que pueda existir un contrato accesorio, ya que la obligación garantizada puede no provenir de un contrato sino de alguna otra fuente de las obligaciones.

1.6. En cuanto a su formación.

Conforme establece el Doctor De la Puente⁷, de acuerdo a este criterio, los contratos se clasifican en consensuales, formales y reales, según se celebren por el mero consentimiento, se requiera de una formalidad especial o se necesite la entrega de un bien.

Dentro de tal orden de ideas, la compraventa es un contrato eminentemente consensual ya que se celebra con el solo consentimiento de las partes, y toda formalidad que se desee seguir será porque las partes decidan imponérsela, pero no porque la ley lo exija.

En este punto debemos tener claras las diferencias existentes entre la celebración y el perfeccionamiento del contrato, situaciones que en algunos casos pueden darse en el mismo instante, pero que –sin embargo– no son lo mismo.

Para el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, la celebración o conclusión del contrato es la concurrencia de las declaraciones de voluntad para formar una declaración conjunta de voluntad común, o sea el consentimiento.

El perfeccionamiento, en cambio, según el mismo autor, es la oportunidad en que el contrato, ya concluido, produce sus efectos (es eficaz), o sea crea (regula, modifica o extingue) una relación jurídica patrimonial.

1.7. En cuanto al tiempo.⁸

La naturaleza de la compraventa, lo hace ser –en principio– un contrato de ejecución inmediata.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 1552, el vendedor está obligado a entregar el bien inmediatamente después de celebrado el

Por ello, es quizá más propio decir que la obligación creada por un contrato accesorio es accesorio de la obligación principal creada por otro contrato, que se llama contrato principal, sin perjuicio de que también pueda ser obligación principal la creada por una fuente de las obligaciones distinta.

El efecto más importante de esta clasificación se encuentra en que mientras las obligaciones principales se extinguen por causas propias, las obligaciones accesorias se extinguen no sólo por su propias causas sino también por extinción de la respectiva obligación principal. En otras palabras, la obligación accesorio no puede vivir sin la obligación principal, de tal manera que si ésta muere, muere con ella la obligación accesorio, aun cuando no se produzca una causal de extinción inherente a esta obligación. ARIAS-SCHREIBER ubica en esta clasificación a los contratos derivados, que son los que se desprenden de otro contrato, poniendo como ejemplos el subarriendo y la subcontrata de obras. En realidad, la doctrina considera que el subcontrato es el caso típico del contrato derivado, el cual, a su vez, es una especie del contrato dependiente.

A semejanza del contrato accesorio, el subcontrato requiere de la existencia de un contrato principal con la particularidad que el contrato principal imprime sus características propias al subcontrato, de manera tal que el subcontrato tiene siempre la misma naturaleza jurídica que el contrato principal u originario. Así, un contrato derivado del arrendamiento será siempre un subarrendamiento, un contrato derivado del mandato será siempre un submandato».

7. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Página 232.

8. Sobre este tema también nos apoyamos en las apreciaciones del Doctor De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Páginas 233 a 241).

contrato y el comprador tiene, en virtud del artículo 1558, la obligación de pagar el precio al contado al momento de la entrega del bien. Pero también puede tratarse de un contrato de ejecución diferida, si las partes así lo han pactado, ya que las normas mencionadas son de carácter dispositivo y no imperativo.

En cuanto a su duración, este contrato es, por su naturaleza, uno de ejecución instantánea, ya que las prestaciones deben cumplirse en un sólo momento, aun si las partes pactaran prorrogar alguna de las prestaciones, es decir, no puede convertirse mediante acuerdo de partes en un contrato de duración, salvo en lo que respecta a la ejecución del pago del precio a plazos.

1.8. En cuanto a su negociación.

Según el Doctor De la Puente⁹, este criterio ha dado lugar a una clasificación que está adquiriendo gran importancia en la vida moderna, que es la de contratos de negociación previa y contratos por adhesión. Por nuestra parte, agregaríamos a los contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Por la negociación, la compraventa puede ser tanto un contrato de negociación previa como un contrato por adhesión o uno con cláusulas generales de contratación.

1.9. En cuanto al rol económico¹⁰.

Por el rol económico, la compraventa es un contrato de cambio, pues su principal función es la circulación de la riqueza; asimismo es un contrato de disposición, ya que el vendedor tiene la obligación de transferir la propiedad del bien al comprador, obteniendo a cambio la correspondiente contraprestación.

9. DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Página 245.
10. Al referirse a este criterio clasificatorio, el Doctor Manuel de la Puente (DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Páginas 246 a 248), establece las siguientes consideraciones:

«(...)

Son contratos de disposición los que están destinados a justificar la disminución del capital del patrimonio de una persona. En contraposición, los contratos son de administración cuando tienen por objeto las rentas o frutos de los bienes, sin alterar su naturaleza ni su destino.

Dentro de este criterio se agrupan una serie considerable de contratos que no tienen mayor vinculación entre sí.

Contratos de cambio son aquéllos destinados a la circulación de la riqueza y pueden presentar las cuatro modalidades tradicionales de doy para que des, doy para que hagas, hago para que des y hago para que hagas, a la que puede agregarse la más moderna de doy y hago para que des y hagas, a través de las cuales se materializan los contratos más usuales del tráfico actual, como los de compraventa, permuta, locación de servicios, arrendamiento, etc. También están comprendidos en la clasificación los contratos mediante los cuales circula la riqueza mediante el simple cambio, sin necesidad del intercambio, como ocurre en el caso de la donación».

1.10. En cuanto a su función.

De acuerdo a De la Puente,¹¹ los contratos se clasifican, según este criterio, en constitutivos, reguladores, modificatorios y extintivos.

La compraventa es un contrato esencialmente constitutivo, aunque puede formar parte, por excepción, de uno modificatorio; pero nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará la obligación de transferir la propiedad, por una parte y la de pagar el precio, por otra.

1.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Se trata de un contrato individual, ya que las obligaciones creadas por él, afectan únicamente a las partes que lo celebran.

1.12. En cuanto a la prestación.

Según recuerda el Doctor Manuel de la Puente,¹² tradicionalmente este criterio estaba basado en la obligación y no en la prestación. De acuerdo con él, los contratos se clasifican en unilaterales y bilaterales; siendo unilateral aquél en que una sola de las partes queda obligada, a diferencia del bilateral en que ambas partes quedan recíprocamente obligadas. Como señala el citado profesor, el Código Civil de 1984, siguiendo el modelo del Código Civil Italiano de 1942, trata del contrato con prestaciones recíprocas en lugar del contrato bilateral.

Dentro de tal orden de ideas, la compraventa es un contrato bilateral, sinalagmático o con prestaciones recíprocas. Por él, ambas partes quedan recíprocamente obligadas.

1.13. En cuanto a la valoración.

El contrato de compraventa es, esencialmente, un contrato oneroso.

1.14. En cuanto al riesgo.¹³

Por el riesgo, la compraventa es fundamentalmente un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, en el sentido de conocerse de antemano.

11. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Página 233.
12. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Página 211.
13. Sobre este tema, el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Páginas 218 a 223), sostiene lo siguiente:
«De acuerdo con este criterio, los contratos se clasifican en conmutativos y aleatorios. Tradicionalmente se consideraba que el contrato conmutativo era el contrato oneroso en el cual existía equivalencia entre las prestaciones. Ese es el sentido de la definición dada por el Diccionario de ESCRICHE, influenciada, posiblemente, por el artículo 1964 del Código NAPOLEÓN, según el cual es conmutativo el contrato cuando cada una de las partes se compromete a dar o hacer una cosa que se considera el equivalente de lo que se da o se hace por ella.»

Con el transcurso del tiempo se fue precisando la noción del contrato conmutativo, llegándose a la posición moderna de acuerdo con la cual 'el contrato es conmutativo cuando cada una de las partes, al momento en que se celebra, es consciente de un hecho cierto y concreto, pues estima anticipadamente el sacrificio y la ventaja que puede correlativamente lograr.

Ya he expresado mis reservas a la utilización de los conceptos de 'ventaja' y 'sacrificio' para la clasificación de los contratos, por ser conceptos vinculados más bien a los efectos que pueden tener las obligaciones creadas por el contrato que a las características estructurales del mismo, que están organizadas alrededor de la obligación y de la prestación.

Por ello, me permito sugerir que se defina el contrato conmutativo como aquél en el que la entidad de las prestaciones puede ser establecida al momento de celebrarse el contrato, de tal manera que cada parte conoce cuál es el contenido de su prestación y el de la de la otra parte, si la hubiere.

Al lado opuesto del contrato conmutativo se encuentra el contrato aleatorio. Antes de intentar una definición del mismo, conviene estudiar los diversos alcances que la doctrina le ha dado.

Partiendo del concepto de que el contrato aleatorio es aquél en el cual la ventaja que las partes obtendrán del contrato no es apreciable en el momento de la perfección del mismo, porque ello depende de un acontecimiento incierto, la primera posición, sostenida, entre otros, por los MAZEAUD, entiende que la nota característica de los contratos aleatorios está dada por la existencia de un azar (**chance**). Al lado de esta posición puede constatar una nueva tendencia que identifica la nota característica y diferenciadora del contrato aleatorio en la incidencia que el evento incierto tenga sobre la existencia o sobre la determinación de una prestación.

ALBALADEJO, por su parte, se coloca en una tercera posición, de acuerdo con la cual el contrato es aleatorio cuando las partes, al celebrarlo, asumen el riesgo de pérdida o de ganancia, bien sea mediante el establecimiento de una prestación que se realizará o no eventualmente, según decida el azar (la suerte). Agrega ALBALADEJO que la indeterminación, o realización eventual, no tiene que alcanzar a ambas prestaciones, pudiendo afectar sólo a una, comprendiéndose que, aun en este caso, lo que es ganancia para una parte es pérdida para la otra.

Conjugando estos conceptos, el contrato aleatorio puede ser definido (siguiendo siempre el criterio de la prestación) como aquél en el que la existencia o la determinación del valor concreto de la prestación o contraprestación depende de un favor incierto al momento de celebrarse el contrato, que puede alterar su contenido patrimonial. Este factor incierto es el riesgo o 'alea' que ROGEL, citando a BENAVENT, dice que equivale a buena o mala suerte, equivale a azar.

El azar se traduce, pues, en una particular y mayor incertidumbre sobre la existencia y sobre la medida de las prestaciones, que las partes desean conscientemente asumir, y que se ha tomado deliberadamente en consideración al momento de celebrarse el contrato para fijar las condiciones de éste. Si las partes no han percibido la existencia del azar, el contrato no es aleatorio aun cuando conlleve un azar.

En consecuencia, tal como dicen los MAZEAUD, 'sólo hay contrato aleatorio cuando las partes hayan querido correr un albur de ganar o perder, que hayan celebrado el contrato para correr ese albur'.

Esto nos lleva a considerar que en todo contrato, sea conmutativo o aleatorio, puede existir un azar, pero hay que distinguir entre el azar en sentido técnico -que incide sobre la existencia y el contenido de la prestación- que es específico al contrato aleatorio, de la genérica 'alea' económica -que radica en la variación de costo y valor de la prestación- que es propia de todo contrato de ejecución no inmediata.

Cuando se trata de una aleatoriedad meramente económica, que deriva sea de la valuación de las partes, sea de las oscilaciones del mercado, y no de la estructura jurídica del contrato, nos encontramos frente a la llamada 'alea normal' del contrato, que es de cargo de cada uno de los contratantes cuando no supera los límites de la normalidad, la cual está sustraída a la disciplina propia de los contratos aleatorios.

En cambio, cuando se trata de un azar que es inherente a la estructura jurídica del contrato, en el sentido que éste se celebra tomándolo especialmente en consideración, aun cuando la ocurrencia del azar sea necesariamente extraña a la voluntad de las partes, entonces nos encontramos frente al azar específico de los contratos aleatorios. En otras palabras, se hace depender del azar, cualquiera que fuere la naturaleza de éste (física, jurídica), la existencia y cuantía de las prestaciones que constituyen el contenido de las obligaciones creadas por el contrato. De este azar específico tratan los artículos 1441 y 1447 del Código civil, bajo el nombre de 'riesgo propio' del contrato aleatorio.

Resulta así que en un contrato aleatorio de duración, como por ejemplo el de renta vitalicia onerosa, puede existir el riesgo propio de este contrato, que es la duración de la vida del rentista, y a la vez el azar normal de los contratos onerosos, que está constituido por el equilibrio entre la prestación a cargo del rentista y el monto del capital que sirve de base para el cálculo de la renta.

Sin embargo, como señala Wayar,¹⁴ la compraventa, por excepción, puede concertarse de manera aleatoria.

Consideramos ya superado aquel criterio por el cual toda compraventa que escapaba al concepto de conmutatividad debía ser cuestionada desde su esencia, a fin de analizar si era o no tal contrato. Definitivamente, con el correr del tiempo y el avance doctrinario que ha tenido el tema, podemos decir que no nos causa alarma hablar de contratos de compraventa aleatorios y no conmutativos, de los que trataremos a lo largo de este trabajo.

Un tema que ha dado lugar a disparidad de criterios es el relacionado con la posición que ocupa la clasificación de contratos en conmutativos y aleatorios.

Gran parte de la doctrina (PLANIOL, MAZEAUD, PUIG BRUTAU, GOMES) la considera como una subdivisión de los contratos onerosos. Otros autores que admiten la clasificación de unilaterales y bilaterales (ALBALADEJO) la encuadran dentro de la categoría de los contratos bilaterales. Finalmente, ciertos juristas italianos (TORRENTE-SCHLESINGER, MESSINEO, BIANCA) la ubican como un carácter del contrato de prestaciones recíprocas.

Es cierto que MESSINEO admite que el hecho de que el artículo 1872 del Código civil italiano prevea la posibilidad de la renta vitalicia constituida a título gratuito parece desmentir la tesis del contrato oneroso y también la del contrato de prestaciones recíprocas en cuanto la renta vitalicia gratuita es un contrato de una sola parte, pero agrega que la verdad es que estando regulada la renta vitalicia gratuita por las normas establecidas para la donación (el artículo 1872 del Código civil italiano dice que la renta vitalicia puede ser constituida también por donación), el carácter de aleatoriedad queda, cuando menos atenuado, si no francamente suprimido.

Este razonamiento de MESSINEO no puede aplicarse a nuestra realidad jurídica, pues el artículo 1924 del Código civil establece que la renta vitalicia puede constituirse a título oneroso o gratuito, por lo cual no es necesario recurrir al contrato de donación para constituir la renta vitalicia gratuita, sino que puede hacerse directamente mediante el contrato de renta vitalicia.

Dado que este contrato es esencialmente aleatorio, no puede considerarse que en el régimen civil peruano los contratos conmutativos y aleatorios sean una sub-división del contrato oneroso o del contrato de prestaciones recíprocas, pues la renta vitalicia, siendo aleatoria, puede ser gratuita y, por ello, de prestación de una sola parte, lo que determina que la clasificación de contratos en conmutativos y aleatorios tenga carácter principal y no constituya una sub-clasificación.

Se ha afirmado repetidamente que en el contrato aleatorio el azar debe ser para ambos contratantes. Esta afirmación es correcta por cuanto, aun en los contratos aleatorios con prestación de una sola parte, como es el caso de la renta vitalicia gratuita o del sorteo gratuito, 'el acontecimiento que aprovecha a uno de los contratantes, implica una pérdida para el otro; no se concibe que el azar sea unilateral'. Para terminar con el tema del contrato aleatorio, conviene diferenciarlo del contrato condicional, con el cual tiene cierta similitud por intervenir en ambos un azar.

A fin de percibir mejor la distinción debe tenerse presente que en el régimen civil peruano la condición no afecta la existencia del acto jurídico sino únicamente su eficacia, en el sentido que el acto jurídico, existiendo, no produce efectos hasta que se cumple la condición suspensiva o deja de producirlos cuando se cumple la condición resolutoria.

En el tema que examinamos, el contrato aleatorio es un contrato puro que es siempre eficaz, o sea produce sus efectos, con la única peculiaridad que la magnitud de estos efectos puede verse afectada por el azar específico del contrato, produciéndose un desequilibrio entre prestación y contraprestación. En el caso del contrato condicional, en cambio, la eficacia del contrato depende de la condición, pero el equilibrio contractual se mantiene, cúmplase o no la condición (por ejemplo, tratándose de una condición suspensiva, hasta que ésta no se cumpla no se ejecuta la prestación ni la contraprestación, pero si se cumple se ejecutan ambas, sin que, en una u otra hipótesis, se vea afectado el equilibrio del contrato).

Sin embargo, hay que reconocer, como dice MESSINEO, una analogía entre el contrato aleatorio y el condicional, cuando el azar no consiste en deber más o menos, sino en deber o no deber».

14. WAYAR, Ernesto Clemente. *Compraventa y Permuta*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, Página 22.

La aleatoriedad en la compraventa puede girar tanto en torno al bien como al precio.

En lo que respecta al bien, nos estamos refiriendo a los supuestos de compraventa de bien futuro en los cuales se hubiesen asumido determinados riesgos relativos a la cuantía y/o cualidades del bien vendido, a los supuestos de compraventa de bienes asumiendo el riesgo de su no venida a existencia; a los supuestos de compraventa de bienes sujetos a litigio, en los que se asuma el riesgo del resultado del litigio; y a los casos en que se venda un bien que se encuentre en peligro de dejar de existir y se asuma aquél.

Y en lo que respecta al precio, la compraventa puede ser aleatoria, en la medida que se pacte algún álea con relación al monto del precio, tál como será analizado por nosotros al abordar el tema referido al precio en el contrato de compraventa.

1.15. En cuanto a sus efectos.

Si bien el Doctor Manuel de la Puente no incluye explícitamente este rubro dentro de los criterios clasificatorios de los contratos, creemos que sí lo hace de manera implícita, al analizar el concepto de contrato.

De la Puente¹⁵ señala que el contrato, como acto jurídico, es una manifestación de voluntad cuya razón de ser es crear la relación jurídica. Así, una vez cumplido este cometido, que se alcanza plenamente con la sola manifestación de voluntad (al menos en los contratos consensuales), el contrato deja de existir, porque ha terminado su rol.

Refiere el citado profesor que lo que subsiste es la relación obligatoria nacida del contrato, que es la que vincula a las partes y la que debe ser cumplida; citando como ejemplo al contrato de compraventa, en el cual lo que obliga al vendedor a entregar el bien mueble materia del contrato, no es éste sino la relación jurídica (obligación de transferir la propiedad del bien) creada por él.

En este sentido –agrega–, lo que obliga, lo que se cumple, lo que se resuelve, es la relación obligatoria nacida del contrato y no el contrato mismo, que deja de existir en el momento en que se perfecciona.

Luego de anotar lo frecuente que es incurrir en confusiones al respecto, De la Puente y Lavalle estima preciso hacer la aclaración de que la relación jurídica creada por el contrato está compuesta por obligaciones a cargo de las partes, pues el contrato es una fuente de obligaciones; precisando que no debe darse al contrato mayores alcances, haciéndolo creador de relaciones jurídicas distintas de las obligacionales.

15. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Páginas 49 y 50.

Por nuestra parte, pensamos que más allá del contenido de dichas obligaciones, que en el caso del contrato de compraventa consistirán en transferir la propiedad de un bien y en el pago de un precio, nunca podríamos asignar al contrato (al menos dentro de nuestro ordenamiento jurídico) un objeto distinto que las obligaciones, cuya ejecución consistirá en la actividad humana de dar, hacer o no hacer (la prestación propiamente dicha).

En tal sentido, estimamos impropio asignar al contrato efectos reales y no meramente obligacionales.

Con ello no estamos negando la posibilidad de que la obligación pudiera consistir en la transferencia de un derecho real; lo que estamos señalando, es que en el Derecho Peruano los contratos –por sí mismos– no transfieren ningún derecho real, ya que su objeto es la creación, modificación, regulación o extinción de obligaciones; y si algún derecho real constituye objeto de las mismas, su transferencia tendrá que ser apreciada en el nivel de ejecución de las obligaciones, pero de ninguna manera entender que es el propio contrato el que constituye o crea dicho derecho real.

Dentro de tal orden de ideas, es que distinguimos a los contratos creadores de obligaciones de aquéllos que crean algún vínculo o derecho distinto a los meramente obligatorios u obligacionales. En el Derecho Peruano todos los contratos son meramente obligatorios u obligacionales. Ningún contrato –por sí mismo– transfiere derecho real alguno.

2.- EL PRECIO.¹⁶

En realidad mucho es lo que se ha escrito acerca del precio y muchas también las definiciones que se han dado al respecto, por los más diversos autores de las más variadas latitudes.

Buscamos brindar al lector, de la manera más precisa posible, algunos de estos planteamientos, a la vez que formular nuestros propios argumentos.

El precio es entendido por la Real Academia de la Lengua Española,¹⁷ como el «valor pecuniario en que se estima una cosa.» Sin lugar a dudas, esta definición es amplia y nos permite tener un primer acercamiento al tema, el mismo que nos brinda la posibilidad de realizar ciertas reflexiones que consideramos útiles.

16. Antes de referirnos al precio, debemos expresar nuestra infinita gratitud al Doctor Manuel de la Puente y Lavalle por las palabras que en relación a un trabajo anterior sobre la materia nos ha dispensado (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios Sobre el Contrato de Compraventa, Página 89.), así como por haber asumido como válidos los cuatro requisitos del precio que expusimos en esa oportunidad.

17. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, Espasa Calpe S.A., Madrid, 1984, Tomo II, Página 1095.

La definición dada es la más amplia de precio. Sin embargo, no es la única. En materia de Economía, abundan definiciones acerca del precio y diversas Teorías Económicas que en torno al mismo se han construido. Debemos confesar que en un primer momento, antes de comenzar con este punto, pensamos en la posibilidad de realizar un breve estudio del precio en Economía, pero desistimos de aquella empresa, ya que conforme avanzábamos en la recopilación de material, comprobábamos dos situaciones: la primera, nuestros escasos conocimientos sobre la materia, y la segunda, la cantidad y variedad de teorías que se han esbozado al respecto. Por ello, y por considerar que el presente debe constituir un trabajo con rigor científico, es que vamos a limitarnos al precio en el ámbito del Derecho.

En Derecho, se suele denominar, en sentido amplio, como precio a la prestación consistente en una cantidad de dinero, que debe pagar una de las partes contratantes a otra, la que se obliga a realizar determinadas prestaciones de dar, de hacer o de no hacer.

Nos explicamos.

Es frecuente que en la práctica se denomine «precio» a la prestación que debe efectuar uno de los contratantes respecto del otro en la ejecución de diversos contratos típicos contemplados en nuestra legislación civil, a pesar de que en la misma no se le otorgue necesariamente esa denominación a la prestación mencionada.

Haciendo una revisión de diversos contratos, que están regulados en nuestro Código Civil, podemos decir que no será infrecuente que en varios de ellos ocurra esta situación en la práctica jurídica.

Es el caso de los siguientes contratos:

- (a) El contrato de suministro (si éste fuese oneroso), en el cual es frecuente que a la prestación dineraria que debe cumplir el suministrado en favor del suministrante, se le denomine «precio del suministro» (argumento reforzado por la mención al «precio» que se hace en los artículos 1608, 1609 y 1610 del propio Código).
- (b) En el contrato de hospedaje, será frecuente denominar «precio» a la retribución que se compromete a pagar el huésped.
- (c) En el contrato de locación de servicios, la retribución a pagar por el comitente al locador, se puede denominar «precio».
- (d) En el contrato de obra, se llamará «precio» al objeto de la prestación a ejecutar por el comitente a favor del contratista.
- (e) En el contrato de depósito, si éste fuese oneroso, será frecuente que al monto dinerario que el depositante deba abonar al depositario como retribución de la custodia del bien, se le llame «precio».

No dudamos que algunos de los supuestos que acabamos de mencionar, hayan sorprendido al lector, pues, por lo general los mismos no contienen en la legislación, como tal, la denominación de «precio» para las prestaciones en ellos mencionadas, mas los usos y costumbres, a nuestro entender, hacen imperativo precisar lo antes señalado.

En realidad lo que nos preocupa en esta parte de nuestro trabajo, no es el precio, en términos generales, ni tampoco el precio en Derecho. Nos corresponde analizar lo relativo al precio en el contrato de compraventa, a pesar de que este estudio nos permitirá hacerlo extensivo –respecto a determinados puntos– en su aplicación a otros contratos.

Definir el precio en el contrato de compraventa no es algo fácil,¹⁸ pero estimamos que es el objeto de la principal prestación del comprador en un contrato de compraventa, consistente en transferir la propiedad de –fundamentalmente– dinero o signo que lo represente, a cambio de la obligación del vendedor de transferirle la propiedad de uno o más bienes.

La existencia del precio es imprescindible para la propia existencia del contrato de compraventa, ya que constituye el objeto de la principal prestación de una de las partes: el comprador, tal como el bien cuya propiedad se va a transferir, constituye el objeto de la principal prestación del vendedor, siendo un elemento esencial-especial del acto.

Dicha importancia se manifiesta en la legislación de nuestra tradición jurídica, siendo prueba de ello la gran cantidad de Códigos Civiles que mencionan al precio como principal prestación del comprador.

18. LAURENT, François. Principes de Droit Civil Français, Tomo XXV, París, Librairie A, Maresq Ainé, 1875-1893, Página 76; SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. Estudios de Derecho Civil, Estudio Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra". Impresores de la Real Casa, Madrid, 1899, Tomo IV, Página 557; PLANIOL, Marcel. Traité Élémentaire de Droit Civil, Tomo II, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1927, Página 468; LAFAILLE, Héctor. Curso de Contratos. Tomo II, Biblioteca Jurídica Argentina. Superí 1479. Talleres Gráficos «Ariel» - Rivadavia 3535, Buenos Aires, 1927 - 1928, Página 64; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Traité Pratique de Droit Civil Français. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1927, Tomo X, Página 28; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Curso de Derecho Civil, Tomo IV, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1942, Página 374; BONNECASSE, Julien. Elementos de Derecho Civil, Tomo II, Traducción de José M. Cajica Jr. Biblioteca Jurídico - Sociológica, Puebla - México, 1945, Página 529; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Tratado de Derecho Civil, Parte III, Volumen III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, Página 138; LEÓN BARANDIARÁN, José. Contratos en el Derecho Civil Peruano. Tomo I, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1965, Página 16; REZZÓNICO, Luis María. Estudio de los Contratos en Nuestro Derecho Civil, Tomo I, Página 153; COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Citados por BADENES GASSET, Ramón. El Contrato de Compraventa, Librería Bosch, Barcelona, 1979, Página 188; RUBINO. Citado por BADENES GASSET, Ramón. Op. cit., Tomo I, Páginas 188 y 189; GASCA. Citado por WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 248; y WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 249.

Asimismo, la doctrina se ha pronunciado reiteradamente sobre el particular.¹⁹

Por su parte, el Código Civil Peruano de 1984 otorga al precio el carácter de principal prestación del comprador de un bien, señalando además que el mismo debe pagarse en dinero, punto sobre el cual existe un debate legislativo y doctrinario muy grande, ya que diversos Códigos Civiles y tratadistas admiten la posibilidad de que el precio, en lugar de consistir en dinero, pueda consistir en signo que represente al dinero.

En esencia, observamos que la legislación y la doctrina de nuestra tradición jurídica se divide —claramente— en dos grandes sectores: el primero, dentro del que se inscribe nuestro Código Civil vigente, que sostiene que el precio debe ser pagado en dinero, y otro, que hace la salvedad de que puede también serlo en signo que represente al dinero.

En tal sentido, no todos los Códigos consultados hacen referencia expresa a en qué debe consistir el precio. De esta forma, un buen número de ellos, siguiendo el modelo francés, se abstiene de pronunciarse al respecto.

En adelante, el análisis de estas dos posiciones.

2.1 El precio debe consistir necesariamente en dinero.

Se advierte un numeroso grupo de cuerpos legislativos que hacen referencia expresa a que el precio debe consistir en dinero.

Además, se adscribe a esta tendencia el grupo más numeroso de autores consultados.²⁰

19. En tal sentido, podemos apreciar, entre otras, las opiniones de DE MALEVILLE, Jacques. *Analyse Raisonnée de la Discussion du Code Civil au Conseil d'Etat*. Tomo III, París, Librairie de la Cour de Cassation. Palais de Justice, # 9, 1822, Página 507; DURANTON. *Cours de Droit Civil suivant le Code Français*, Tomo VII, Bruselas, Bélgica, 1841, Página 46; MARCADÉ. *Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon*. Tomo VI, París, Librairie de Jurisprudence de Cotillon, rue des grés, 16, près de l'école de Droit, 1852, Página 177; BOISSONADE, G. *Code Civil pour l'Empire du Japon*. Tomo III, Tokio, 1890, Página 211; FOIGNET, René. *Manuel Élémentaire de Droit Civil*. Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, París, 1904, Tomo II, Página 514; VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo III, Valladolid, Talleres Tipográficos «Cuesta», 1920, Página 320; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Op. cit.*, Tomo IV, Página 374; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, Parte III, Volumen III, Página 138; BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, Tomo I, Página 188; y WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, Páginas 247 y 248.
20. Entre ellos, encontramos a POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de los Contratos*, Tomo I, *Del Contrato de Venta*. Traducido al español por M. Dupin y M.C. de las Cuevas. Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1948, Página 20; DURANTON. *Op. cit.*, Tomo VII, Páginas 54 y 55; MARCADÉ, V. *Op. cit.*, Tomo VI, Página 177; TROP LONG. *Droit Civil Expliqué De la Vente*. Charles Hingray, Libraire-Editeur, París, 1856, Tomo I, Página 191; AUBRY, C. y RAU, C. *Cours de Droit Civil Français*. Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal, Billard et Cie. Imprimeurs-Editeurs, París, 1871, Tomo IV, Página 336; SANOJO, Luis. *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*, Tomo III, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Página 273; LAURENT, François. *Op. cit.*, Tomo XXV, Página 77; HUC, Théophile. *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*, Tomo X, París, Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Editeur, 1897, Páginas 54 y 55; FOIGNET, René. *Op. cit.*, Tomo II, Página 515; BAUDRY-LACANTINERIE,

2.2. El precio debe consistir en dinero o signo que lo represente.

Es un grupo reducido de Códigos Civiles el que recoge expresamente el criterio de que el precio debe consistir en dinero o signo que lo represente.²¹

Tampoco son muchos los autores que se adhieren a esta posición.²²

En primer lugar, es comprensible que una importante corriente legislativa y doctrinaria se pronuncie por la necesidad de que el precio consista en dinero. Decimos que comprendemos esta posición, ya que es precisamente el consistir en dinero de la prestación de uno de los contratantes, el elemento que distingue al contrato de compraventa del contrato de permuta, y si no se estableciera este requisito, se estaría dejando abierta la posibilidad de que un contrato de compraventa contenga como prestación de la principal obligación del comprador, la de entregar un bien al otro contratante, supuesto en el cual se estaría produciendo una compraventa con características de permuta, y se habría borrado el límite, muy tenue en algunos casos, que separa a uno y otro contrato (aspecto del que trataremos más adelante, cuando veamos el precio mixto, al analizar el artículo 1531 del Código Civil).

Es así que surgió la necesidad de puntualizar este tema en la legislación, en el sentido que el precio debía consistir en dinero. Sin embargo, con el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia europeas, paralelo al avance del Derecho Comercial y la agilización de las relaciones mercantiles entre los hombres y los pueblos, se dio la aparición de los llamados títulos valores

Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Traité de Droit Civil*, Tomo XIX, París, Librairie de la Société du Recueil J-B Sirey et du Journal du Palais, Ancienne Maison La Rose et Foicel, 1908, Páginas 125 a 127; LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, Tomo II, Páginas 64 y 65; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, Tomo X, Página 28; JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*, Tomo II, Volumen II, Página 10; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Op. cit.*, Tomo IV, Páginas 374 y 375; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1950, Tomo II, Volumen II, Página 18; COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Cours Elementaire de Droit Civil Français*, Tomo II, París, Librairie Dalloz, II Rue Soufflot, II, 1924, Página 444; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, Tomo I, Página 16; REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, Tomo I, Página 153; LÓPEZ DE ZAVALIA, Fernando J. *Teoría de los Contratos. Parte Especial*, Página 69; WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, Páginas 252 y 253; BORDA, Guillermo A. *Manual de Contratos*. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1989, Página 196; y VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*, Tomo IV, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1988, Página 52.

21. Los siguientes Códigos Civiles hacen referencia a que el precio que debe pagar el comprador debe ser hecho en dinero o signo que lo represente: Código Civil Español (artículo 1445), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1605), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1215), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1334), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043).
22. Así tenemos a SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Op. cit.*, Tomo IV, Página 560; OSSORIO y GALLARDO, Ángel. *Anteproyecto del Código Civil Boliviano*. Imprenta López, Buenos Aires, 1943, Página 458; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, Parte III, Volumen III, Páginas 138, 139 y 140; BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, Tomo I, Página 197; y ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Tomo II, Volumen II, Página 20.

o títulos de crédito (como se denominan en el Perú y la Argentina, respectivamente).²³

Como señala Ulises Montoya Manfredi,²⁴ «Se trata de todo ese conjunto de documentos que tienen vida propia, que circulan con gran intensidad en el tráfico económico, y de los que emergen para sus titulares, derechos típicos, con caracteres bien definidos». Sin lugar a dudas, los caracteres a que hace referencia Montoya Manfredi son: la necesidad de un documento, la incorporación de un derecho en el documento, la literalidad, la legitimación y la autonomía.

Cabe señalar, que dichos caracteres calzaban adecuadamente en la definición dada por la Ley N° 16587, la misma que en su artículo 1 resaltaba el carácter documental de los títulos valores. Sin embargo, la entrada en vigencia de la ley N° 27640, ha introducido modernas concepciones a nuestro Derecho cambiario, el mismo que ya no es específicamente "cartular", en el sentido de no limitar el carácter documental a los títulos valores; de esta forma, observamos sobre la base del texto del artículo 2 de dicha ley que título valor puede ser tanto uno materializado o desmaterializado, en razón de estar incorporado en un documento (hecho material, título valor materializado) o representado por anotación en cuenta y/o registrado en una Institución de Compensación y Liquidación de valores (hecho inmaterial, título valor desmaterializado).

A partir de esta regulación, la importancia fundamental de los títulos valores radica, precisamente, en la incorporación (materializada o no) de un crédito a un título para facilitar la circulación y hacer más simple y segura su exigibilidad.

Con las modificaciones introducidas, son considerados, en el Perú, como títulos valores los siguientes: la letra de cambio, el pagaré, el cheque, el certificado bancario de Moneda Extranjera y Moneda Nacional, el certificado de depósito y Warrant, el título de crédito hipotecario negociable, el conocimiento de embarque y la Carta de Porte, todos los Valores Mobiliarios (Valores representativos de derechos de participación: las acciones, el certificado de suscripción preferente, los certificados de participación de Fondos Mutuos de Inversión, los valores emitidos con respaldo de patrimonios fideicometidos; los valores representativos de deuda: letra y cédula hipotecaria, pagaré bancario, certificado de depósito negociable, obligaciones y bonos públicos).

23. En: FLORES POLO, Pedro. Ley de Títulos Valores. Segunda Edición, Ediciones Justo Valenzuela E.I.R.L., Lima, 1986, Páginas 21 y 22.

24. MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley de Títulos Valores. U.N.M.S.M., Lima, 1970, Página 5.

Debido a la importancia que han adquirido estos documentos, es que su empleo se ha difundido en gran medida dentro de las actividades mercantiles, llegando a sustituir en buena parte al dinero como medios de pago, por la seguridad y viabilidad que representa su uso. Es por ello, que la legislación, dada la realidad y el avance de la doctrina a este respecto, ha ido sancionando paulatinamente la posibilidad de que el precio en el contrato de compraventa deba ser hecho en dinero o signo que lo represente (signo en el que podrían entenderse comprendidos a los títulos valores). Sin embargo, debemos anotar que en la inmensa mayoría de casos, el precio estará pactado en dinero, pero se hará efectivo, ya sea en dinero, ya sea en títulos valores, lo que a nuestro entender no representará una dación en pago ni mucho menos un caso de novación objetiva, sino la simple ejecución de la prestación del comprador, ya que este último podrá cancelar su deuda en dinero o signo que lo represente.

Debemos precisar, no obstante, que el vendedor podrá oponerse a recibir un pago que se le quiera efectuar a través de un título valor, en la medida que dicho instrumento no le otorgue las garantías suficientes o incluso, si revistiendo dichas garantías, prefiriese el pago o cancelación en dinero contante.

Es indudable que hoy en día, representa mayor garantía para un vendedor, el recibir como pago del precio del bien un cheque de gerencia (cheque garantizado en su futuro pago por el propio Banco emisor), que dinero en efectivo, dado el peligro de robo o falsificación de billetes existente. Esto no significa que dé lo mismo que el pago se efectúe mediante la entrega de un cheque de gerencia de cualquier Banco, en la medida que –resulta obvio– otorgará mayores garantías (en cuanto a las expectativas de que sea honrado por dicha institución financiera) un cheque de gerencia que corresponda a un Banco de primera línea, frente a un cheque girado por un Banco que –por citar un ejemplo– sea de reciente creación y de muy reducida presencia en el mercado.

Lo que sí queremos dejar en claro es que creemos que es el cheque el único de los títulos valores o de crédito susceptible de ser considerado como signo que representa al dinero, pues es el único de aquéllos que constituye una orden de pago.

Cabe recordar a este respecto la existencia del artículo 1233 en el Código Civil Peruano, que establece que «La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario».

Podría sostenerse que en base a este artículo ningún título valor puede constituir un signo que represente al dinero, ya que su entrega no produce

cancelación, pero consideramos que sí, pues la entrega de un título valor – concretamente del cheque, que representa una orden de pago– si bien es cierto que no cancela la obligación hasta que es pagado por el Banco, no será menos cierto que su entrega es el resultado de una obligación, contraída en virtud de un contrato de compraventa, por el cual el comprador se obligó a cancelar con cheque, y esto fue aceptado por el vendedor.

Consideramos que si bien estos dos aspectos tienen relación, no constituyen tema del mismo problema, ya que mientras el contrato puede haberse pactado de una manera u otra (pago con cheque o dinero en efectivo), la ejecución de las obligaciones surgidas de dicho contrato constituye un aspecto totalmente distinto. En este caso la obligación del comprador se ejecutará o entregando dinero en efectivo, o –de haberse pactado así– entregando el cheque y haciéndose efectivo dicho cheque. Los actos serán de la misma naturaleza; lo único en que variarán será en la manera de considerarse efectuado el pago de una de las obligaciones surgidas de los mismos.

Debe señalarse (ya que estamos tratando acerca del pago con títulos valores) la posibilidad (en la práctica, inusual, pero teóricamente aceptable) en la que comprador y vendedor hayan convenido en que se considera efectuado el pago con el solo hecho de entregar el cheque (y por consiguiente, de recibirlo), estimando irrelevante las partes lo que ocurra después con el mismo, vale decir si se pueda hacer efectivo o no su cobro.

Esta hipótesis resulta absolutamente exótica, en el sentido que las partes deseen contratar en estos términos, pero se presenta cuando –inadvertidamente– se da por cancelado el pago del precio en el momento en que se ha recibido el cheque por parte del comprador.

Podría sostenerse que en estos casos se estaría produciendo una especie de «transferencia del riesgo» respecto de lo que ocurra con dicho título valor.

Incluso, podría pensarse que en este caso nos encontraríamos frente a un contrato de permuta y no frente a uno de compraventa.

Sin embargo, creemos que para estos efectos debe primar lo establecido en el ya citado artículo 1233 del Código Civil Peruano. Consideramos, que fluye de la razón el hecho de que nadie contrata en el entendido de considerar realmente pagado el precio con la simple entrega de un cheque, prescindiendo de la suerte que corra dicho título valor. Si bien es cierto que la regla de la conmutatividad en el contrato de compraventa admite excepciones, estas deben presentarse de tal manera que no quepa duda del carácter aleatorio del contrato celebrado. En conclusión, entendemos efectuado el pago sólo cuando se haga efectivo el cobro del cheque o en

caso dicho título valor se haya perjudicado por culpa del vendedor que lo recibió.²⁵

Por último, queremos subrayar que los dos criterios esbozados en las páginas anteriores (los del precio pactado en dinero o signo que lo represente) no son opuestos, sino más bien, tal como hemos dejado entrever, el segundo constituye resultado de la evolución práctica y doctrinal del primero.

Resulta necesario señalar que es precisamente el segundo de ellos el que prima en la actualidad. Y los cuerpos legislativos en que permanece plasmado el primero, se interpretan de acuerdo al segundo.

Por otra parte, consideramos pertinente subrayar que el precio puede pactarse tanto en moneda nacional como en moneda extranjera.

Si se pactara en moneda nacional, ello podría hacerse siguiendo un estricto criterio nominalista, en base a lo establecido por la regla general del artículo 1234 del Código Civil Peruano. Asimismo, las partes podrían recurrir a pactar un precio sujeto a cláusulas valoristas, en virtud a lo prescrito por el artículo 1235 del acotado.

Por nuestra parte, entendemos que en el Perú se entiende por dinero al nuevo sol, por ser la única moneda de curso legal que circula dentro del territorio de la República. Sin embargo, convenimos en el hecho de que resulta discutible extender el concepto de dinero en el Perú a monedas extranjeras. En lo personal, no asumimos este criterio.

Sin embargo, debemos admitir que la posición que interpreta el tema en sentido amplio cuenta con los sólidos argumentos sostenidos por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle.²⁶

25. Sobre este particular resultan muy ilustrativas las expresiones del Doctor Manuel de la Puente y Lavalle (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios Sobre el Contrato de Compraventa, Páginas 92 y 93):

«Basándose en que el artículo 1.445 del Código Civil español establece que el precio consistirá en dinero o signo que lo represente, ALBALADEJO sostiene que ello significa que el pago no ha de hacerse entregando necesariamente una suma de dinero o efectivo, sino que puede realizarse mediante algo que represente dinero (un talón, un cheque, etc.), y no sólo que lo valga. Esta posición no puede adoptarse en nuestro ordenamiento por cuanto el artículo 1233 del Código Civil establece que la entrega de títulos valores que constituyan órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. El cheque es, por su naturaleza, una orden o mandato de pago por lo que queda comprendido en los alcances del artículo 1233 y, consecuentemente, su entrega no surte los efectos del pago en dinero. Lo mismo ocurre con la letra de cambio y el pagaré por ser instrumentos de crédito cuya entrega no tiene efectos cancelatorios.

En todos los casos, si por acuerdo con la contraparte se otorgara a estos documentos carácter cancelatorio, o sea que su sola entrega surte los efectos del pago, produciéndose así una novación de la obligación, el contrato sería de permuta y no de compraventa».

26. En ese sentido, resultan muy ilustrativas las expresiones del referido profesor vertidas en un reciente trabajo (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios Sobre el Contrato de Compraventa, Páginas 91 y 92), las mismas que transcribimos a continuación:

Podría también pactarse el precio de una compraventa en moneda extranjera, de acuerdo a lo contemplado por el artículo 1237 del Código Civil.²⁷

3. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE EL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y OTROS CONTRATOS TÍPICOS, ASÍ COMO CON OTRAS FIGURAS E INSTITUCIONES REGULADOS POR EL CÓDIGO CIVIL PERUANO.

3.1. Con el contrato de permuta.

3.1.1. En cuanto al nombre.

Como sabemos, en lo que respecta al nombre, ambos contratos poseen una denominación particular, desde la aparición del contrato de compraventa. En el caso de la legislación peruana, tal distinción resulta de meridiana claridad, por cuanto el concepto de compraventa se encuentra en el artículo 1529 del Código Civil, norma que establece que por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero; en tanto el artículo 1602 del referido cuerpo legal prescribe que por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes.

«En el Perú se entiende por dinero los billetes y monedas de curso legal emitidos por el Banco Central de Reserva.

Existe una imprecisión respecto a los conceptos de curso legal y de curso forzoso. Es generalmente aceptado que el curso legal de una moneda determinada se otorga al establecer que ella será recibida a la par y sin limitación alguna para el pago de obligaciones públicas y privadas. La duda surge respecto a la relación que existe entre el curso legal y el curso forzoso. Un sector de la doctrina sostiene que el curso forzoso existe cuando a la moneda de curso legal además de imprimirsele el carácter de curso legal se le impone la característica de la inconvertibilidad. En opinión de RODNER, una concepción más estricta de curso forzoso y también más contemporánea, es aquella según la cual la moneda de curso legal tiene curso forzoso cuando el Estado, por legislación especial, prohíbe las transacciones en una moneda distinta a la moneda de curso legal.

En nuestro caso, si bien el artículo 43º del Decreto Ley N° 26123 habla de que los billetes y las monedas que el Banco Central pone en circulación son de aceptación forzosa, en realidad se está refiriendo a que son de curso legal, esto es que sirven para el pago de toda obligación pública o privada y no que son de curso forzoso, tan es así que el primer párrafo del artículo 1237 del Código Civil dispone que pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales. Se entiende que se trata de monedas extranjeras de curso legal en sus respectivos países. Consecuentemente, el precio de una compraventa debe ser en moneda nacional (nuevo sol) o en moneda extranjera, ambas de curso legal.

Si el dinero no fuera de curso legal (como, por ejemplo, el inti) ya no funcionaría como instrumento de cambio, sino que se consideraría por su valor intrínseco o numismático, y el contrato sería de permuta».

27. Sobre estos puntos, remitimos al lector a lo señalado en anteriores investigaciones (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Páginas 463 a 496; Segunda Parte, Tomo V, Páginas 173 a 195; y, finalmente, a CASTILLO FREYRE, Mario. El Precio en el Contrato de Compraventa y el Contrato de Permuta, Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen XIII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, Páginas 53 a 68).

Es así que puede apreciarse que ambos contratos poseen una denominación especial, la misma que los constituye en contratos nominados.

3.1.2. En cuanto a su regulación.

Tanto el contrato de compraventa como el de permuta se encuentran regulados en el Código Civil Peruano.

La compraventa está tratada entre los artículos 1529 y 1601, en tanto que la permuta sólo recibe regulación en dos numerales, los artículos 1602 y 1603. Sin embargo, tal como vemos en otro extremo de este trabajo, el contrato de permuta se rige por las disposiciones sobre compraventa, en lo que le sean aplicables, norma contenida en el artículo 1603 del Código.

En tal sentido, debemos concluir este extremo señalando que prácticamente casi todas las disposiciones sobre compraventa son susceptibles de aplicarse al contrato de permuta.

3.1.3. En cuanto a su estructura.

En lo que respecta a la estructura de la compraventa y a la de la permuta, ambos contratos comparten el rasgo característico de ser contratos simples, pues siempre se les ha considerado como contratos que dan lugar a una sola relación jurídica, la misma que en el caso del contrato de compraventa consiste en la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien, y la del comprador de pagar el precio; en tanto que en el contrato de permuta la relación jurídica consistirá en la obligación que asume cada uno de los permutantes de transferirse recíprocamente la propiedad de bienes.

3.1.4. En cuanto a su contenido o área.

En lo referente a su contenido, tal como ha sido dicho, la compraventa puede ser tanto un contrato civil como un contrato mercantil, rasgo característico que comparte con el contrato de permuta.

3.1.5. En cuanto a su autonomía.

En lo que respecta a su autonomía, tanto la compraventa como la permuta son contratos principales, pues para ser válidos no dependen de ningún otro contrato.

3.1.6. En cuanto a su formación.

En lo que se refiere a su formación, tanto el contrato de compraventa como el contrato de permuta son, dentro del Derecho

Peruano, actos eminentemente consensuales, pues ambos se celebran con el solo consentimiento de las partes, y toda formalidad que se desee seguir será de carácter voluntario.

3.1.7. En cuanto al tiempo.

Tanto la compraventa como la permuta son, fundamentalmente, contratos que se celebran con el ánimo de que revistan ejecución inmediata, lo que significa que en la gran mayoría de casos, su ejecución o cumplimiento comenzará inmediatamente después de que han sido celebrados.

Sin embargo, nada obsta a que su ejecución se difiera en el tiempo, vale decir que las partes al celebrarlos, contemplen un plazo suspensivo, caso en el cual el contrato recién se comenzará a ejecutar una vez vencido el plazo.

Tampoco existe norma alguna que impida a las partes celebrar estos contratos sujetando su eficacia a una condición suspensiva.

En lo que respecta a la clasificación relativa al tiempo, también podríamos mencionar que ambos contratos son básicamente de ejecución instantánea, pues por lo general se celebran con el ánimo de que las partes contratantes ejecuten sus prestaciones en el lapso más breve posible.

Por otro lado, también podríamos ingresar al análisis de si la compraventa y la permuta pueden o no ser contratos de duración, vale decir, que la ejecución de los mismos se prolongue en el transcurrir del tiempo.

Ello sería plenamente factible y el ejemplo más característico al respecto lo tenemos en el caso de la compraventa a plazos, en la cual, no obstante poder entregar el bien al comprador inmediatamente después de celebrado el contrato, el pago del precio convenido se efectúa en diversas cuotas o armadas cuyos plazos de ejecución se prolongarán en tantas fechas como se haya pactado el pago de las mismas.

En el caso del contrato de permuta una situación como la descrita también resultaría susceptible de presentarse, en la medida que se tratara (por lo menos respecto a una de las prestaciones) de bienes de naturaleza divisible y que se hubiera pactado, ya sea para el caso de la ejecución de la obligación asumida por uno de los permutantes o para la obligación asumida por el otro, que la entrega de los bienes no se efectuará en un sólo momento, sino en diversos plazos, situación que pondría en evidencia que nos encontraríamos frente a un contrato de ejecución duradera.

Resulta evidente que en cualquier caso, el contrato de permuta o el contrato de compraventa solamente podrían llegar a configurar actos de ejecución duradera en la modalidad periódica, mas no continuada.

3.1.8. En cuanto a su negociación.

Por la negociación, hemos dicho que el contrato de compraventa puede ser tanto uno de negociación previa (o paritario) o uno celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Ello no es igual para el caso de la permuta, pues éste es un contrato que casi siempre (por no decir siempre) se celebra por negociación previa, dada la situación de que ambos permutantes deben ponerse de acuerdo para intercambiar los bienes que ellos desean recíprocamente dar y recibir. Considerando la naturaleza de la permuta y el hecho de que no se trata de un acto cuya celebración sea muy frecuente en las sociedades modernas, nunca hemos estado ante, ni tenido conocimiento respecto a una permuta celebrada en formularios pre-redactados íntegramente por uno de los contratantes y que tengan vocación de celebración masiva, vale decir, que estemos frente a permutas celebradas por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.1.9. En cuanto al rol económico.

En lo que respecta al rol económico, tanto la compraventa como la permuta, son contratos de cambio, pues su principal función es la circulación de la riqueza. Asimismo, son contratos de disposición, ya que en la compraventa el vendedor tiene la obligación de transferir la propiedad del bien al comprador, obteniendo a cambio la correspondiente contraprestación (el precio), en tanto que en la permuta uno de los permutantes se obliga a transferir al otro la propiedad del bien, obteniendo a cambio la correspondiente contraprestación (que en el caso del contrato mencionado consiste en la entrega de otro bien).

3.1.10. En cuanto a su función.

En lo que respecta a la función que desempeñan, podemos decir que ambos son contratos fundamentalmente constitutivos, aunque pueden ser, por excepción, modificatorios o regulatorios; pero nunca serán contratos resolutorios, ya que siempre la compraventa generará la obligación de transferir la propiedad, por una parte, y de pagar el precio por la otra, mientras la permuta generará las obligaciones para las partes de transferirse recíprocamente la propiedad de bienes.

3.1.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Tanto la compraventa como la permuta son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los han celebrado.

3.1.12. En cuanto a la prestación.

En lo que respecta a la prestación, la compraventa y la permuta son contratos bilaterales o sinalagmáticos, también llamados de prestaciones recíprocas, en los cuales ambas partes intervinientes quedan recíprocamente obligadas.

3.1.13. En cuanto a la valoración.

En lo que respecta a la valoración, ambos son contratos de carácter oneroso. No respondería a la esencia de ninguno de los dos el tener carácter gratuito.

Ello resultaría un imposible jurídico.

3.1.14. En cuanto al riesgo.

Por el riesgo, tanto la permuta como la compraventa son contratos fundamentalmente conmutativos. Sin embargo, como vemos a lo largo de este trabajo, nada obsta a que nos encontremos en presencia de una compraventa aleatoria o incluso ante una permuta aleatoria.

La aleatoriedad de la compraventa puede provenir en cuanto a estipulaciones referidas, ya sea al bien materia de la misma, como al precio; en tanto la aleatoriedad de la compraventa puede provenir de estipulaciones que tengan relación con cualquiera de los bienes materia de las prestaciones de los permutantes.

3.1.15. En cuanto a sus efectos.

Tanto la compraventa como la permuta son contratos meramente obligatorios u obligacionales, vale decir, que generan obligaciones que ambas partes van a tener que ejecutar.

3.2. Con el contrato de suministro.

3.2.1. En cuanto al nombre.

La compraventa al igual que el suministro son contratos nominados, y desde que tuvieron autonomía conceptual han recibido estos nombres, independientemente del tema referido a su regulación en la ley (que en el caso del suministro recién se produjo en el Derecho Peruano en 1984). Como sabemos, la compraventa recibe esta denominación en el Derecho Peruano

desde antes de cualquier proceso codificador. En el caso del contrato de suministro, si bien en nuestros días es claro que el mismo se llama así, antes de su regulación legislativa y antes de que la doctrina le diese la autonomía conceptual que tiene, era conocido con el nombre de «compraventa en la modalidad de suministro» y también era llamado «promesa de suministro», pero, en ambos casos, estimándosele como una mera modalidad de la compraventa.

3.2.2. En cuanto a su regulación.

Por su regulación, la compraventa es un contrato típico, y siempre ha revestido tal carácter dentro de nuestro Derecho positivo.

En cambio, el contrato de suministro recién fue un contrato típico social desde el momento en que adquirió —en doctrina— autonomía conceptual respecto a la compraventa.

El suministro se convierte en el Derecho positivo en contrato típico legal, recién a partir del Código Civil Italiano de 1942.

Sin embargo, no es un contrato que haya merecido trato uniforme respecto de las legislaciones civiles de nuestra tradición jurídica, ya que muchos países lo han reulado en leyes especiales y no en el Código Civil, considerando que se trata, fundamentalmente, de un contrato de naturaleza mercantil, área del Derecho en donde tiene sus orígenes y sede natural.

En el Derecho Peruano previo a la vigencia del Código Civil de 1984, tenemos al suministro como un contrato de naturaleza típica social, mas no típica legal, pues adquiere este último rasgo distintivo con su incorporación y regulación en el Código Civil de 1984, cuerpo legal que a pesar de ser un contrato de carácter mercantil, optó por legislar sobre él.

Pero las diferencias con el contrato de suministro preferiríamos enumerarlas de manera ordenada:

En cuanto a su antigüedad, podemos decir que el contrato de suministro es uno que adquiere autonomía conceptual recién durante el presente siglo.

En tal sentido debemos recordar que los primeros cuerpos legislativos que regularon de manera autónoma a este contrato fueron el Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia del año 1922 y el Código Civil Italiano de 1942, cuerpo legal del que fueron tomados la mayoría de preceptos que sobre el particular contiene el Código Civil Peruano de 1984.

En cuanto a la naturaleza de los pagos periódicos, podríamos decir que desde siempre el contrato de suministro fue concebido como una modalidad más del contrato de compraventa.

Nos explicamos.

El contrato de compraventa puede ser uno que implique la ejecución inmediata de las prestaciones que ambas partes tienen a su cargo, lo que equivale a decir que tanto la entrega del bien y su transferencia de propiedad, así como el pago del precio sean prestaciones que se ejecuten acto seguido de la celebración del contrato, apenas nacidas las obligaciones a cargo de las partes.

Obviamente que este supuesto de compraventa no tiene hoy en día –ni nunca la tuvo– similitud alguna con el contrato de suministro, el mismo que implica la ejecución prolongada en el tiempo –ya sea de manera periódica o continuada– de las prestaciones a cargo del suministrante, que debe entregar los bienes objeto de las mismas, en tanto que el suministrado o beneficiario del suministro debe pagar periódicamente (por lo general de manera simultánea con las contraprestaciones) el precio de ellas.

De otro lado, también podríamos estar en presencia de una compraventa en la que el vendedor ejecute inmediatamente la prestación a su cargo de entregar el bien y de transferir la propiedad del mismo, en tanto el comprador –porque así se hubiese convenido– ejecute su prestación (la de pagar el precio) de manera fraccionada, caso en el cual nos encontraríamos en presencia de una compraventa a plazos.

La compraventa a plazos tiene ciertas similitudes con el contrato de suministro, en la medida que en el suministro el suministrado paga el precio de manera periódica, tal como se paga el precio en la compraventa a plazos.

Sin embargo, aquí debemos señalar una diferencia fundamental entre ambas figuras, consistente en que en la compraventa lo que el comprador está ejecutando o ejecuta es una sola prestación, de manera fraccionada, es decir, que paga el precio por partes; y, en tal sentido, debe entenderse que cada pago es el de una fracción de la prestación única que tiene que ejecutar el comprador, cual es la de pagar el precio convenido por el bien.

En cambio en el contrato de suministro, cuando el beneficiario del mismo paga el denominado precio del suministro, lo que está haciendo en cada una de las oportunidades que efectúa dichos

pagos, es extinguir cada una de las prestaciones independientes entre sí que conforman el precio. En el suministro cada pago es una prestación independiente, distinta de la anterior y distinta – igualmente – de las siguientes.

En el contrato de suministro cada uno de los pagos efectuados por el suministrado es una prestación independiente, a diferencia del contrato de compraventa en el que se haya acordado el pago a plazos, acto en el cual cuando el comprador paga una cuota, lo que está haciendo no son pagos íntegros o totales (como en el suministro), sino pagos parciales, correspondientes a un todo, que es el precio pactado.

Pero el contrato de suministro también puede tener algunas semejanzas con el contrato de compraventa, cuando éste hubiera sido pactado con un pago del precio al contado o al crédito, pero con entregas periódicas de bienes.

Por más que estuviésemos en la última de las hipótesis mencionadas, dicha compraventa no sería un suministro, en razón de las consideraciones esgrimidas con ocasión de nuestro análisis del punto anterior.

En el suministro, cada entrega del suministrante es una prestación independiente de la anterior y también de la y las siguientes; en cambio en el contrato de compraventa con entrega periódica de bienes, cada entrega es un pago parcial de ese todo que es el bien materia del contrato de compraventa.

De otro lado, en cuanto al carácter en virtud del cual se ejecutan las prestaciones, debemos decir que de acuerdo a lo establecido por el artículo 1529 del Código Civil Peruano, por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.

Recordamos esto, en virtud de que a través del contrato de compraventa ambas partes asumen la obligación de entregar en propiedad aquello que tienen que dar: por un lado, el comprador, es obvio –a pesar de que el texto legal no lo dice explícitamente– que se obliga a transferir al vendedor la propiedad del dinero que le tiene que entregar en calidad de precio; y, en su caso, el vendedor se obliga a transferir al comprador la propiedad del bien.

Dentro de la concepción que en el Derecho moderno se tiene acerca del contrato de compraventa, no se concibe que a través del mismo el vendedor se obligue frente al comprador a algo distinto que a transferirle la propiedad del bien.

Lejos estamos ya de la concepción que el Derecho Romano tenía acerca del contrato de compraventa.

Como se recuerda, en Roma se entendía que en la compraventa el vendedor asumía como obligación únicamente la de transferir la tranquila, pacífica y perpetua posesión del bien al comprador.

En el Derecho contemporáneo esta obligación no es otra que la de transferir la propiedad del bien.

Por otra parte, en lo que respecta al contrato de suministro, el Código Civil Peruano establece en su artículo 1604, que por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar en favor de otra persona prestaciones periódicas o continuadas de bienes.

El Código nacional ha optado por recoger como definición del contrato de suministro una intermedia en doctrina, ya que no se comprende la ejecución de servicios por parte del suministrante, pues si fuera así, prácticamente se borraría la línea divisoria existente entre este contrato y el contrato de locación de servicios.

Tampoco se ha optado por entender que el suministro está restringido a la obligación del suministrante de entregar bienes en propiedad al suministrado o beneficiario del suministro.

En el Perú el suministro implica la entrega periódica o continuada de bienes, más allá del título o carácter en que sean entregados los mismos.

Esta es, pues, otra diferencia notable que existe entre el contrato de compraventa y el contrato de suministro, ya que no se entiende dentro del concepto de compraventa que el vendedor asuma, como era en Roma, la obligación de entregar el o los bienes a título diferente que el de propiedad.

Por otra parte, con relación a su onerosidad o gratuidad, podemos decir que conforme a lo establecido en el ya citado artículo 1529 del Código Civil, la compraventa es, no sólo por la definición legal, sino también y –fundamentalmente– por su devenir histórico y conceptual, un contrato oneroso. Es decir, en la compraventa, una parte debe transferir a la otra la propiedad, necesariamente a cambio de una contraprestación (en el caso de la compraventa, el precio –por más bajo o alto que éste sea–).

En cambio, de acuerdo a lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1605 del Código Civil, el contrato de suministro puede celebrarse a título gratuito o de liberalidad, es decir, en la eventualidad de que sólo el suministrante sea la parte que asuma

obligaciones en este contrato y, en cambio, el beneficiario del suministro no asuma la obligación de pagar el precio.

En este caso, tal como es establecido por la norma citada, el contrato deberá celebrarse por escrito, bajo sanción de nulidad.

Sin embargo, a pesar de que el Código Civil contempla esta posibilidad, ella resulta por lo demás irreal, en la medida que el contrato de suministro es uno nacido del Derecho Mercantil o Comercial y no del Derecho Civil.

El contrato de suministro tiene, fundamentalmente, fin de lucro, y sería raro observar algún contrato de suministro en el cual el suministrante se obligue de manera gratuita. En este caso el suministro se parecería más a un contrato de renta vitalicia.²⁸

3.2.3. En cuanto a su estructura.

En lo que respecta a la estructura de la compraventa, sin duda estamos frente a un contrato simple, pues el mismo da lugar a una sola relación jurídica. Este rasgo característico es compartido por el contrato de suministro.

3.2.4. En cuanto a su contenido o área.

La compraventa, como sabemos, puede ser tanto un contrato civil como uno de naturaleza mercantil. Con el suministro no ocurre exactamente lo mismo, pues si bien es cierto que en el plano teórico puede tener cualquiera de estos dos rasgos característicos, el supuesto más común y probable será que revista naturaleza mercantil, ya que sería difícil imaginar que en la práctica, por lo menos el suministrante no sea un comerciante (cosa casi imposible), pero tampoco puede negarse el hecho de que será difícil encontrar a un suministrado o beneficiario del suministro que carezca de tal condición, aunque admitimos que tal eventualidad resultaría más factible que la anterior.

3.2.5. En cuanto a su autonomía.

En lo que respecta a su autonomía, tanto la compraventa como el suministro son contratos de carácter principal, puesto que ninguno de los dos depende jurídicamente de otro contrato.

28. Como referencia podemos mencionar que el Código Civil Italiano de 1942 define al contrato de suministro en su artículo 1559:

Artículo 1559.- «(Noción) El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga mediante compensación de un precio, a ejecutar, a favor de la otra, prestaciones periódicas o continuadas de cosas».

3.2.6. En cuanto a su formación.

En lo que respecta a su formación, sabemos que el contrato de compraventa es uno de carácter consensual, vale decir, que se celebra con el solo consentimiento de las partes, no requiriendo para su validez de que dicho consentimiento sea expresado mediante formalidad alguna.

Por su parte, el suministro puede ser tanto un contrato consensual como uno formal. Será consensual, es decir, que se celebra con el solo consentimiento de las partes, cuando sea a título oneroso. Sin embargo, a este respecto, tenemos que precisar que el artículo 1605 del Código Civil establece que la existencia y contenido de este contrato pueden probarse por cualquiera de los medios que permite la ley, pero que si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

En cambio, será formal cuando se celebre a título gratuito, puesto que en virtud del segundo párrafo del artículo 1605 se establece que cuando el contrato de suministro se celebre así, debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad.

3.2.7. En cuanto al tiempo.

En lo que respecta al tiempo, en tanto la compraventa es un contrato que fundamentalmente se celebra con ánimo de ejecución instantánea e inmediata (a pesar de que esta regla admite numerosas excepciones), el contrato de suministro es, esencialmente, uno de duración, pudiendo ser de ejecución continuada, de ejecución periódica, o, por último, una mezcla de ambos tipos de ejecución.

En adición a lo señalado podemos decir que, por el tiempo, el suministro es básicamente un contrato a plazo fijo, ya que se establece en qué momento el suministrante debe entregar los bienes al beneficiario del suministro; y, de haberse celebrado a título oneroso, en qué momento el suministrado debe entregar el precio por cada prestación ejecutada. De no establecerse algo al respecto, regirá lo dispuesto por los artículos 1608 y 1610 del Código Civil.

3.2.8. En cuanto a su negociación.

Tanto la compraventa como el suministro, pueden ser contratos de negociación previa, es decir, aquéllos en que las partes tengan la libertad de modelar su contenido, como contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.2.9. En cuanto al rol económico.

Ya ha sido dicho que el contrato de compraventa es uno de cambio y de disposición. El suministro también comparte estas características. En su caso, será un contrato de cambio, ya que está destinado a la circulación de la riqueza; en tanto será de disposición, pues implica una disminución en el patrimonio del suministrante (que de haberse pactado a título oneroso, se verá compensada con la contraprestación que debe recibir por parte del suministrado, vale decir, por el precio).

3.2.10. En cuanto a su función.

En este punto, tanto la compraventa como el suministro pueden ser contratos constitutivos, modificatorios o regulatorios de obligaciones, aunque fundamentalmente serán constitutivos.

En cambio, nunca serán extintivos o resolutorios, pues en el caso concreto del suministro, siempre se generará la obligación del suministrante de ejecutar en favor del suministrado prestaciones periódicas o continuadas de bienes.

3.2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Por los sujetos a quienes obliga, la compraventa como el suministro son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.2.12. En cuanto a la prestación.

Se ha dicho oportunamente que la compraventa es un contrato bilateral, sinalagmático o de prestaciones recíprocas.

En el caso del suministro, podríamos estar frente a un contrato de prestaciones recíprocas si es que se pacta a título oneroso, vale decir si es que a la obligación del suministrante de ejecutar en favor del suministrado prestaciones periódicas o continuadas de bienes se corresponde la obligación de esta última parte, de pagar una retribución dineraria (que bien podríamos denominar como precio), lo que equivaldría a decir que ambas partes quedarían recíprocamente obligadas.

Pero cabe también la posibilidad de que este contrato se pacte como unilateral, ya que en virtud de la definición legal del contrato de suministro (artículo 1604) y del artículo 1605, segundo párrafo, se admite la posibilidad de que pueda celebrarse a título gratuito, con lo que sólo una de las partes (el suministrante) quedaría obligada a ejecutar una prestación en favor de la otra.

3.2.13. En cuanto a la valoración.

Mientras la compraventa es un contrato esencialmente a título oneroso, el suministro puede ser tanto un contrato oneroso, por el cual ambas partes se obligan a ejecutar prestaciones, como uno a título gratuito, en el cual solamente una de ellas asuma este deber.

3.2.14. En cuanto al riesgo.

En lo que respecta al riesgo, la compraventa es fundamentalmente conmutativa, pero, por excepción, podría ser aleatoria.

En el caso de suministro, debemos decir que es fundamentalmente un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

No se ha planteado ni legislativa ni doctrinariamente el tema de la aleatoriedad en el contrato de suministro, pero no obstante ello, no encontramos elemento alguno que impida pensar en un suministro pactado con carácter aleatorio, ya sea en relación a las prestaciones que debería ejecutar el suministrante (entrega de bienes), como con respecto a aquéllas que debería ejecutar el suministrado (pago de precio por las prestaciones a ejecutar).

3.2.15. En cuanto a sus efectos.

Por sus efectos, tanto la compraventa como el suministro son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.3. Con el contrato de donación puro y simple.

3.3.1. En cuanto al nombre.

No cabe ninguna duda de que la compraventa es un contrato nominado; tampoco de que la donación lo es y que siempre ha recibido el mismo nombre o denominación, aunque no siempre fue considerada como un contrato.

3.3.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa y la donación son contratos típicos.

La donación siempre ha estado jurídicamente regulada en el Perú.

Nuestro Código Civil vigente la regula en su Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, Sección Segunda, Contratos Nominados, Título IV, Donación, artículos 1621 a 1647.

3.3.3. En cuanto a su estructura.

Tanto los contratos de compraventa y donación son simples, pues ambos dan lugar a una sola relación jurídica.

3.3.4. En cuanto a su contenido o área.

Mientras el contrato de compraventa puede revestir naturaleza civil o mercantil, el contrato de donación es, fundamentalmente, un contrato de carácter civil, ya que al celebrarse a título gratuito, tiene ausente el fin de lucro, propio de la actividad comercial.

3.3.5. En cuanto a su autonomía.

Tanto el contrato de compraventa como el contrato de donación son principales, puesto que ninguno de los dos depende jurídicamente de otro contrato.

3.3.6. En cuanto a su formación.

Como ha sido señalado en su oportunidad, la compraventa es un contrato consensual.

La donación no siempre ha sido considerada como un contrato. Su naturaleza jurídica ha sido muy discutida en doctrina, predominando, en sus inicios, la posición según la cual era sólo un modo de adquirir la propiedad; pasando luego a ser considerada como un acto jurídico; y hoy en día, prevalece la idea de que es un contrato.

Por este motivo, en nuestros distintos Códigos Civiles y Proyectos que se han venido sucediendo, la donación no siempre ha sido ubicada dentro de la parte relativa a los contratos.

De acuerdo al tratamiento del Código Civil de 1984, la donación puede ser tanto un contrato consensual como uno formal. Será consensual, es decir, que se celebra con el solo consentimiento de las partes, cuando verse sobre bienes muebles, cuyo valor no exceda del 25% de la Unidad Impositiva Tributaria (U.I.T.), vigente al momento en que se celebre el contrato (disposición prevista por el artículo 1623, modificado, del Código Civil –la U.I.T. para el año 2000 es de S/. 3,100.00, razón por la cual sería un contrato consensual cuando no excediese de S/. 775.00–).

Podrá ser también un contrato formal, si el valor de los bienes muebles excede del límite fijado en el artículo 1623 –modificado– (el 25% de la U.I.T.). Para estos casos, se establece que el contrato se hará por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad, lo que equivale a decir que es un contrato **ad solemnitatem**. Se señala además que en el instrumento deben especificarse y

valorizarse los bienes que se donan (artículo 1624 del Código Civil).

Se tratará, asimismo, de un contrato formal cuando lo que se done sean bienes inmuebles, caso en el cual el contrato deberá celebrarse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad, tal como establece el texto modificado del artículo 1625 del Código Civil Peruano.

Sin embargo, si se tratara de una donación de bienes muebles cuyo valor excediese el 25% de la U.I.T., pero que se realizara con ocasión de bodas o acontecimientos similares (como por ejemplo bautizo, primera comunión, Bodas de Plata, Bodas de Oro, cumpleaños, etc.), dicho contrato no estará sujeto a las formalidades establecidas por el artículo 1624 (argumento del artículo 1626 del Código Civil), razón por la cual estaremos frente a un contrato consensual y no ante uno formal. Estos mismos conceptos son de aplicación a cualquier otro bien mueble que se done con motivo de estas ocasiones, independientemente del valor que tenga.

3.3.7. En cuanto al tiempo.

Mientras el contrato de compraventa es, fundamentalmente, uno de ejecución inmediata e instantánea (con las excepciones a que hemos hecho referencia), el contrato de donación es fundamentalmente uno de ejecución inmediata, puesto que por lo general se ejecuta inmediatamente después de haberse celebrado. Sin embargo, nada obstaría para que se acordara diferir su ejecución, si tal situación conviniera a las partes contratantes.

3.3.8. En cuanto a su negociación.

Es sabido que la compraventa puede ser tanto un contrato paritario como uno celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

En cambio, la donación es, fundamentalmente, un contrato de negociación previa, es decir, aquél en el cual las partes tienen libertad para modelar su contenido. Debemos señalar que no conocemos la existencia de contratos de donación sujetos a cláusulas generales de contratación o que se celebren por adhesión, esto, fundamentalmente, debido a la naturaleza a título gratuito y civil de este contrato; además de no ser tan común dicha modalidad de contratación comparada con la compraventa

y otros contratos en los que se utilizan frecuentemente formularios preimpresos, como los de seguro, transporte aéreo, etc.

3.3.9. En cuanto al rol económico.

La compraventa es un contrato de disposición y de cambio.

Por su parte, la donación es un contrato de disposición, pues implica una disminución en el patrimonio del donante en favor del donatario, la misma que no se verá compensada por ninguna contraprestación, razón por la cual no se trata de un contrato de cambio (ya que los contratos de cambio son aquellos destinados a la circulación de la riqueza, sin que necesariamente deba existir intercambio alguno).

3.3.10. En cuanto a su función.

En este punto, el contrato de donación tiene rasgos de semejanza con el contrato de compraventa.

La donación es, fundamentalmente, un contrato constitutivo, aunque puede formar parte, por excepción, de uno modificatorio, pero nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará la obligación de ejecutar en favor de una parte la transferencia de propiedad de un bien.

3.3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Al igual que el contrato de compraventa, la donación es un contrato individual, ya que las obligaciones creadas por él afectan únicamente a las partes que lo celebran.

3.3.12. En cuanto a la prestación.

Como sabemos, la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas, en tanto la donación es, esencialmente, un contrato unilateral, puesto que sólo una de las partes (el donante) asume la obligación de transferir la propiedad del bien al donatario.

3.3.13. En cuanto a la valoración.

Mientras el contrato de compraventa se celebra a título oneroso, la donación se celebra a título gratuito.

3.3.14. En cuanto al riesgo.

Por el riesgo, la compraventa y la donación son contratos fundamentalmente conmutativos.

En el caso de la donación, esto obedece a que la existencia y cuantía de la prestación que debe cumplir el donante, es cierta, vale decir, conocida de antemano, aunque podría revestir la modalidad de aleatorio, ya que su naturaleza no lo impide.

3.3.15. En cuanto a sus efectos.

La compraventa y la donación son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.4. Con el contrato de mutuo.

3.4.1. En cuanto al nombre.

Tanto la compraventa como el mutuo son contratos nominados.

El nombre del mutuo tiene sus orígenes en el antiguo Derecho Romano. Según Paulo y Gayo, se deriva del latín **meun** y **tutum** (lo mío se hace tuyo). En el Código Civil de Santa Cruz recibió el nombre de «mutuo o préstamo simple»; en tanto que los Códigos Civiles de 1852, 1936 y 1984 lo llaman simplemente «mutuo».

En el plano doctrinario recibe también el nombre de «préstamo de consumo».

3.4.2. En cuanto a su regulación.

Al igual que el contrato de compraventa, el mutuo es y ha sido en nuestros Códigos Civiles un contrato típico. Siempre ha estado jurídicamente regulado.

El Código Civil de 1984 lo trata en el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, Sección II, Contratos Nominados, Título V, Mutuo, artículos 1648 a 1665.

3.4.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, la compraventa y el mutuo son y han sido siempre, dada su naturaleza, contratos simples, pues cada uno de ellos da lugar a una sola relación jurídica.

3.4.4. En cuanto a su contenido o área.

Como ha sido dicho oportunamente, la compraventa puede ser tanto un contrato civil como mercantil. Lo propio ocurre con el mutuo; pero el mutuo mercantil, será por lo general, con intereses. El Código Civil de 1984, en virtud del artículo 2112, estableció que el contrato de mutuo de naturaleza mercantil, se rige por las disposiciones de dicho cuerpo de leyes. Esto, según comenta Arias-Schreiber²⁹, se adoptó en razón de que "la diferencia creaba problemas para establecer la ley aplicable en los crecientes casos de duda que planteaba la problemática de la vida moderna".

29. ARIAS-SCHREIBER-PEZET, Max. Exégesis. San Jerónimo Ediciones, Lima, 1988, Tomo II, Página 238.

3.4.5. En cuanto a su autonomía.

Por su autonomía, tanto el mutuo como la compraventa son contratos principales, puesto que no dependen jurídicamente de otros contratos.

3.4.6. En cuanto a su formación.

Como hemos visto, la compraventa es un contrato consensual.

La situación del mutuo es mucho más compleja.

En el Código de 1984 el contrato de mutuo se rige, al igual que el de suministro, en cuanto a su probanza, por el primer párrafo del artículo 1605 (remisión hecha por el numeral 1649), vale decir, que su existencia y contenido pueden probarse por cualquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

De acuerdo a la redacción original del Código Civil de 1984, podía ser también un contrato formal, si se celebraba entre cónyuges y su valor excediese de ciento cincuenta (150) Sueldos Mínimos Vitales (S.M.V.), acto que debía constar por escritura pública, bajo sanción de nulidad (artículo 1650, con remisión al numeral 1625). Sin embargo, cuando se modificó el texto del artículo 1625 – relativo a la donación –, en virtud de la Ley N° 26189, al haberse eliminado el requisito de la celebración del contrato de donación de bienes muebles de valor, por escritura pública, y habiéndose suprimido el parámetro ahí señalado, debemos entender que, al no existir actualmente la referencia a que hace mención el artículo 1650 del Código Civil, todo contrato de mutuo es consensual, incluso el mutuo entre cónyuges.

3.4.7. En cuanto al tiempo.

El contrato de compraventa es uno fundamentalmente de ejecución inmediata y de duración instantánea.

En el caso del mutuo, se trata, esencialmente, de un contrato de duración, la que podrá ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha), o de duración indeterminada (en la que se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final).

El Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre no le daba fuerza ejecutiva cuando no se pactaba plazo para la devolución; en cambio, nuestros Códigos han sido menos drásticos y consideraron que en este caso debía regir el plazo

legal. Para el de 1836 era de cuarenta días; en el de 1852 se disponían seis meses, y en el de 1936 fue de treinta días. En el Código de 1984 es de treinta (30) días contados desde la entrega.

3.4.8. En cuanto a su negociación.

Por la negociación, la compraventa y el mutuo pueden ser contratos de negociación previa, es decir, aquéllos en los cuales las partes tienen libertad para modelar su contenido (usual en el mutuo entre particulares); pero también pueden celebrarse por adhesión o, por último, con arreglo a cláusulas generales de contratación, supuesto, este último, que consideramos de mayor frecuencia, sobre todo en lo que respecta a operaciones financieras y bancarias.

3.4.9. En cuanto al rol económico.

Dijimos que la compraventa es un contrato de cambio y de disposición.

Por su parte, el contrato de mutuo es uno de disposición, pues implica una disminución en el patrimonio del mutuante, que luego se verá compensada con la devolución de lo mutuado. También se trata de un contrato de cambio, pues está destinado a la circulación de los bienes, independientemente de si incluye o no pacto de intereses.

Asimismo, se trata de un contrato de restitución, ya que obliga a quien recibe el bien, a devolverlo (en este caso, no devolverá el mismo bien, sino otro similar, por tratarse de un préstamo de consumo); siendo también un contrato de crédito, basado en la confianza.

3.4.10. En cuanto a su función.

En rasgo que comparte con la compraventa, el contrato de mutuo es fundamentalmente constitutivo, aunque por excepción podría formar parte de uno modificadorio o regulatorio, pero nunca será un contrato resolutorio o extintivo, puesto que siempre generará la obligación del mutuante de ejecutar en favor del mutuuario la entrega en propiedad de una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de la obligación del mutuuario de devolverle otros bienes de la misma especie, calidad o cantidad.

3.4.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Tanto la compraventa como el mutuo son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por cada uno de ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

El Código Civil de 1984, en sus artículos 1651 y 1652, que tomaron como fuente el artículo 1576 del Código Civil de 1936, establece que los representantes de los incapaces o ausentes, para celebrar un mutuo en representación de las personas cuyos bienes administran, deberán solicitar la autorización judicial, para lo cual se escuchará la opinión del Ministerio Público y del Consejo de Familia, cuando lo haya, y el juez lo estime necesario. Esto no es de aplicación cuando el valor del bien no excede el límite impuesto por el artículo 1652.

3.4.12. En cuanto a la prestación.

Como hemos dicho en su momento, el contrato de compraventa es uno meramente obligatorio u obligacional.

En el Código Civil de 1984, el mutuo ya no es considerado un contrato real. La entrega es, ahora, la obligación fundamental que asume el mutuante, la misma que halla su correspondencia en la obligación de restitución que asume el mutuuario. La entrega implica el inicio de ejecución del contrato, ya no su celebración.

3.4.13. En cuanto a la valoración.

Hemos dicho reiteradas veces que la compraventa es un contrato celebrado a título oneroso.

El artículo 1663 del Código vigente establece que «el mutuuario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto». Por consiguiente, podemos afirmar que el mutuo es un contrato a título oneroso, a menos que se convenga de manera expresa la no obligación de pago de intereses, caso en el cual sería a título gratuito. Para pactar la capitalización de intereses se dispone que debe mediar no menos de un año de atraso en el pago de ellos (artículo 1250).

3.4.14. En cuanto al riesgo.

Respecto a la compraventa hemos señalado que es un contrato fundamentalmente conmutativo, pero al cual su esencia no le impide revestir en algunos casos excepcionales, la naturaleza de aleatorio.

En relación al mutuo, podemos decir que es, fundamentalmente, un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de la prestación que debe cumplir el mutuante es cierta, vale decir, conocida de antemano; aunque podría revestir la modalidad de aleatorio, pues su naturaleza no lo impide.

3.4.15. En cuanto a sus efectos.

El contrato de compraventa es de carácter meramente obligatorio u obligacional.

Respecto al mutuo podemos decir lo mismo, en cuanto este contrato ha tenido siempre objetos meramente obligacionales, siendo el principal la traslación de la propiedad del bien objeto de la prestación por parte del mutuante al mutuuario, la misma que siempre se ha producido con la entrega (artículos 1255 del Código de Santa Cruz, 1805 del Código de 1852, 1577 del Código de 1936 y 1654 del Código en actual vigencia).

3.5. Con el contrato de arrendamiento.

3.5.1. En cuanto al nombre.

Tanto la compraventa como el arrendamiento son contratos nominados.

En lo que respecta al contrato de arrendamiento podemos decir que ya el Proyecto de Código Civil para el Perú elaborado por el Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836, empleaba la denominación de arrendamiento para referirse a este contrato, tratado en el Título 19 del referido Proyecto.

Por otra parte, debe mencionarse que el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, empleaba la denominación de arrendamiento o alquiler, en el Título IX del Libro III.

El Código Civil de 1852 lo denominaba locación y conducción y lo trataba en el Título III de la Sección Segunda.

Por su parte, el Código Civil de 1936 lo denominaba locación-conducción.

3.5.2. En cuanto a su regulación.

Al respecto, la compraventa y el arrendamiento son contratos típicos sociales y legales, pues están jurídicamente regulados en la ley (ambos en el Código Civil).

En buena cuenta, siempre estuvieron regulados en la legislación peruana. Esto se entiende, pues son dos de los contratos más usuales y antiguos.

3.5.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, tanto la compraventa como el arrendamiento son contratos simples, pues cada uno de ellos da lugar a una relación jurídica.

3.5.4. En cuanto a su contenido o área.

Por su contenido, ambos contratos pueden ser de naturaleza civil o mercantil.

Sin embargo, apreciamos que resulta más frecuente encontrarnos ante compraventas de naturaleza mercantil que frente a arrendamientos de tal índole; salvo que estemos hablando del arrendamiento financiero (**leasing**), pero éste es un contrato que escapa al concepto y regulación del arrendamiento tradicional o arrendamiento propiamente dicho.

3.5.5. En cuanto a su autonomía.

Por su autonomía, la compraventa y el arrendamiento son contratos principales, puesto que ninguno de ellos depende jurídicamente de otro contrato.

Sin embargo, cuando analizamos el contrato de arrendamiento, no podemos dejar de tratar acerca de un contrato derivado del mismo, es decir, de un contrato que sí depende jurídicamente del arrendamiento y que adopta sus principales caracteres. Se trata del subarrendamiento.

El Código Civil Peruano de 1984 regula en un Capítulo especial (el Quinto) el tema del subarrendamiento y la cesión del arrendamiento (con esta última denominación se hace referencia a la cesión de posición contractual de arrendatario). En el artículo 1692 se define por primera vez el contrato de subarrendamiento, señalándose que es el arrendamiento total o parcial del bien arrendado que celebra el arrendatario en favor de un tercero, a cambio de una renta, con asentimiento escrito del arrendador. El artículo 1693 establece que tanto el subarrendatario como el arrendatario están obligados solidariamente ante el arrendador por las obligaciones asumidas por el arrendatario; en tanto que el numeral 1694 señala que a la conclusión del arrendamiento se extinguen los subarrendamientos cuyos plazos no han vencido, dejándose a salvo el derecho del subarrendatario para exigir del arrendatario la indemnización correspondiente. Por último, en el artículo 1695 se señala que subarrendamiento no termina si el arrendamiento cesa por consolidación en la persona del arrendatario y del arrendador.

Debe mencionarse también que el artículo 1681, inciso 9, establece dentro de las obligaciones del arrendatario, la de no subarrendar el bien total o parcialmente, ni ceder el contrato, sin asentimiento escrito del arrendador. Por lo demás, el inciso 4 del

artículo 1697 del propio Código establece como causal de resolución del arrendamiento la de subarrendar o ceder el arrendamiento contra pacto expreso, o sin asentimiento escrito del arrendador.

Ya en lo referente a la cesión del arrendamiento, el Código Civil de 1984 regula el tema en una de sus normas: el artículo 1696, el mismo que establece que la cesión del arrendamiento constituye la transmisión de los derechos y obligaciones del arrendatario en favor de un tercero que lo sustituye, y se rige por las reglas de cesión de posición contractual (artículos 1435 a 1439 del Código Civil).

3.5.6. En cuanto a su formación.

Por su formación, tanto la compraventa como el arrendamiento son contratos consensuales, vale decir, que se celebran con el solo consentimiento de las partes.

Cabe recordar, sin embargo, que el ya derogado Decreto Ley # 21938, y su Reglamento, que regulaban los arrendamientos de predios urbanos destinados a casa habitación, prescribían la obligatoriedad de celebrar dichos contratos en formularios impresos con cláusulas generales de contratación, en los que casi no cabía incluir algún punto adicional, salvo los datos elementales sobre el bien, la renta –que tenía topes– y las partes. El Decreto Ley aludido fue derogado por el Decreto Legislativo N° 709, del 8 de noviembre de 1991.

3.5.7. En cuanto al tiempo.

La compraventa es, fundamentalmente, un contrato de ejecución inmediata e instantánea, salvo los casos en que se pacte lo contrario.

En cambio, el arrendamiento es, esencialmente, un contrato de duración, la que podrá ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha), o de duración indeterminada (cuando se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final).

3.5.8. En cuanto a su negociación.

Como ha sido dicho en reiteradas ocasiones, la compraventa puede ser tanto un contrato de negociación previa, como uno celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Por su parte, el arrendamiento puede ser un contrato de negociación previa, es decir, aquel en el cual las partes tienen la libertad de modelar su contenido (el más usual), uno por adhesión o, por último, con arreglo a cláusulas generales de contratación,

supuesto, este último, que consideramos de cierta frecuencia, sobre todo en lo que a predios multifamiliares se refiere. A lo dicho en este punto es de aplicación lo anotado, cuando aludimos al Decreto Ley N° 21938.

3.5.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, el arrendamiento es un contrato de goce, pues está destinado al disfrute del bien por el arrendatario, sin tener la disposición del mismo.

También es un contrato de restitución, pues obliga a quien recibe el bien a devolverlo.

3.5.10. En cuanto a su función.

Tanto la compraventa como el arrendamiento son contratos fundamentalmente constitutivos, aunque podrían formar parte, por excepción, de contratos modificadorios, pero nunca serán resolutorios, ya que en el caso del arrendamiento siempre se generará la obligación –por parte del arrendador– de entregar en uso el bien al arrendatario y el arrendatario asumirá la obligación de pagar por dicho uso una renta determinada o determinable.

3.5.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

La compraventa y el arrendamiento son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.5.12. En cuanto a la prestación.

Tanto la compraventa como el arrendamiento son, esencialmente, contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas.

En el caso del arrendamiento, una parte, el arrendador, se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien, mientras que el arrendatario se compromete a pagar cierta renta convenida.

3.5.13. En cuanto a la valoración.

Por la valoración, la compraventa y el arrendamiento, son contratos celebrados a título oneroso.

En el caso del arrendamiento, en tanto el arrendador se obliga a entregar el bien para que sea usado por el arrendatario, éste asume la obligación de abonar una renta en favor de aquél.

Sin embargo, debemos precisar que resulta un punto discutible el referente a en qué debe consistir la renta. Lo usual es que

dicha renta consista en dinero (moneda nacional) o signo que represente al dinero (moneda extranjera); pero sin embargo, cabría preguntarse si el hecho de que la renta consistiera en un bien distinto a los mencionados; desnaturalizaría el contrato de arrendamiento. Debemos confesar que no tenemos una posición definitiva sobre el particular, admitiendo por ello, que se trata de un punto sumamente discutible, y sobre el cual nuestro único objetivo en estas breves palabras, es el de llamar la atención para el posterior estudio del tema.

3.5.14. En cuanto al riesgo.

En este punto, el contrato de arrendamiento coincide con el de compraventa, ya que es fundamentalmente un contrato conmutativo, pues la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir el arrendador y el arrendatario son ciertas, vale decir, conocidas de antemano; aunque la naturaleza del arrendamiento no impediría revistiera la modalidad de aleatorio.

3.5.15. En cuanto a sus efectos.

Tanto la compraventa como el arrendamiento son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.6. Con el contrato de hospedaje.

3.6.1. En cuanto al nombre.

La compraventa y el hospedaje son contratos nominados.

3.6.2. En cuanto a su regulación.

Ambos contratos son típicos sociales y típicos legales.

Su tipicidad social viene configurada desde tiempos inmemoriales, en tanto que su tipicidad legal data de tiempos diversos en la legislación peruana. Decimos esto, por cuanto mientras el contrato de compraventa ha sido siempre regulado por nuestros Códigos Civiles, el contrato de hospedaje recién recibió regulación orgánica en el Código Civil de 1984 (artículos 1713 a 1727).

3.6.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, la compraventa y el hospedaje son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.6.4. En cuanto a su contenido o área.

Por su contenido, la compraventa puede ser tanto un contrato civil como uno de naturaleza mercantil o especial.

En cambio, en el contrato de hospedaje, si bien una de las partes (el hospedante) será, por lo general, una empresa, la otra (el huésped) será una persona natural. Pero, dada la configuración de este contrato, creemos que no escapa a la naturaleza civil.

3.6.5. En cuanto a su autonomía.

Por su autonomía, tanto la compraventa como el hospedaje son contratos principales, puesto que no dependen jurídicamente de algún otro contrato.

3.6.6. En cuanto a su formación.

El contrato de compraventa es de carácter consensual. Salvo disposición en contrario de las partes, el contrato de hospedaje es, fundamentalmente, consensual, pero no obstante ello, nada impediría que las partes conviniesen una forma distinta.

Sin embargo, debemos reparar en el hecho de que resulta regla general que inmediatamente después de celebrado el contrato, el huésped llene sus datos en una ficha que permanecerá en el registro del hotel. Esta situación pensamos que no debería llevarnos a entender que se trata de una formalidad relacionada con la celebración del contrato, sino que estamos simplemente ante el cumplimiento de disposiciones de carácter administrativo, las mismas que incluso son impuestas por las normas legales que rigen la materia.

3.6.7. En cuanto al tiempo.

A diferencia de la compraventa, el hospedaje es, esencialmente, un contrato de duración, ya que el albergue se prolonga en el tiempo, por lo menos en lapsos de horas, días, semanas o incluso meses. Esta duración, por regla general es continuada, pero en algunos casos resulta de carácter periódico, pudiendo ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha final), o indeterminada (aquella en la que se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final).

3.6.8. En cuanto a su negociación.

En tanto la compraventa puede ser un contrato de negociación previa, así como también uno celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, el contrato de hospedaje es –fundamentalmente– uno arreglado a cláusulas generales de contratación; de allí que, incluso se señale, a través del artículo 1714, que este contrato se sujeta además a las normas reglamentarias y a las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad competente (artículo 1714).

No obstante lo que acaba de ser señalado, nada impediría que el hospedaje se celebre por negociación previa, sobre todo en lo que respecta a establecimientos menores, como es el caso de las posadas. Sin embargo, no es menos cierto que la difusión de este contrato en nuestros tiempos le ha impuesto el rasgo de la contratación masiva: ser celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.6.9. En cuanto al rol económico.

En lo que respecta al rol económico, hemos dicho que la compraventa es un contrato de cambio y de disposición; en tanto el contrato de hospedaje es un contrato de goce, pues implica el disfrute del bien (habitación) sin tener su disposición.

Pero debemos señalar que, de quererlo así el huésped, el hospedante no puede negarse –sin justos motivos– a recibir en custodia o a que se introduzcan en el local bienes tales como dinero, joyas, documentos y otros similares. En estos casos, el hospedante responde como depositario de tales objetos, así como de los de uso corriente del huésped (artículos 1718, 1719, 1721 y 1722). De presentarse esta situación, que es bastante frecuente, estaríamos también ante un contrato que implica custodia y conservación de dichos bienes.

Además debe precisarse que el servicio adicional de estacionamiento de vehículos o similares, se rige por lo dispuesto en los artículos 1713 a 1725, en cuanto sean aplicables (argumento del artículo 1726).

3.6.10. En cuanto a su función.

Mientras la compraventa es un contrato fundamentalmente constitutivo, pero puede –excepcionalmente– ser regulatorio o modificadorio, creemos que el contrato de hospedaje es, fundamentalmente, un contrato constitutivo. Será raro encontrar hospedajes de carácter regulatorio o modificadorio, aunque admitimos que la naturaleza de este acto no lo impide.

3.6.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

El contrato de hospedaje, al igual que la compraventa, es de carácter individual, ya que las obligaciones que crea afectan únicamente a las partes que lo celebran.

3.6.12. En cuanto a la prestación.

En este aspecto, tanto la compraventa como el hospedaje son contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas.

En el contrato de hospedaje, el hospedante se obliga a prestar al huésped albergue y, adicionalmente, alimentación y otros servicios que contemplan la ley y los usos, a cambio de una retribución, la misma que podrá ser fijada en forma de tarifa por la autoridad competente si se trata de hoteles, posadas u otros establecimientos similares (artículo 1713 del Código Civil).

Debe señalarse que a través del artículo 1727 del Código se hace extensiva la regulación del contrato de hospedaje a los hospitales, clínicas y casas de salud o de reposo, establecimientos comerciales o de espectáculos públicos, balnearios, restaurantes, clubes, naves, aeronaves, coches-cama y similares, en lo que les sean aplicables.

3.6.13. En cuanto a la valoración.

Sabemos que la compraventa es un contrato oneroso. Por la valoración, de acuerdo a lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, el hospedaje es fundamentalmente un contrato oneroso, por el cual ambas partes se obligan a ejecutar (el huésped y el hospedante) una o varias prestaciones –que en el caso del hospedante serían conjuntivas–.

3.6.14. En cuanto al riesgo.

Hemos dicho que la compraventa es un contrato esencialmente conmutativo y por excepción aleatorio.

En cuanto al hospedaje, debemos decir que es, fundamentalmente, un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

No se ha planteado el tema de la aleatoriedad en el contrato de hospedaje, pero no obstante ello, no encontraríamos impedimento alguno para que se celebre aleatoriamente.

3.6.15. En cuanto a sus efectos.

Por sus efectos, la compraventa y el hospedaje son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.7. Con el contrato de comodato.

3.7.1. En cuanto al nombre.

El contrato de comodato, al igual que la compraventa es de carácter nominado. Viene del latín «**commodatum**». En su Exposición de Motivos, el Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre,

citando al Conde de Céspedes, escribió que «**Commodatum** quiere decir como cosa que es dada a pro de aquel que la recibió».

3.7.2. En cuanto a su regulación.

Tanto la compraventa como el comodato son contratos típicos.

El comodato siempre ha tenido regulación legislativa.

3.7.3. En cuanto a su estructura.

Tanto la compraventa como el comodato son contratos simples, pues dan lugar a una sola relación jurídica.

3.7.4. En cuanto a su contenido o área.

Mientras la compraventa puede ser un contrato civil o mercantil, el comodato es esencialmente civil, pues no persigue fines de lucro.

3.7.5. En cuanto a su autonomía.

El comodato, al igual que la compraventa, es un contrato principal, pues no depende jurídicamente de otro contrato.

3.7.6. En cuanto a su formación.

La compraventa es un contrato consensual. El comodato también lo es, pero no siempre esta situación ha sido así.

Tanto en el Proyecto De Vidaurre (artículo 1, Título 12), como en el Código Civil de 1836 (artículo 1239), el Código Civil de 1852 (artículo 1825), y en el de 1936 (artículo 1587), el comodato ha sido considerado como un contrato de naturaleza real. Es decir, la entrega del bien era requisito **sine qua non** para la celebración del contrato. Es con el Código Civil de 1984 que la entrega del bien se convierte en una obligación del comodante, y con su cumplimiento se produce la fase de ejecución del contrato (no de su celebración).

Con el Código Civil de 1984, el comodato es fundamentalmente un contrato consensual. Cabe agregar, sin embargo, que el artículo 1730 establece que la existencia y contenido del comodato se rigen por lo dispuesto en la primera parte del artículo 1605 (relativo al suministro), el mismo que establece que la existencia y contenido de dicho contrato pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero que si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

3.7.7. En cuanto al tiempo.

Se ha dicho que la compraventa generalmente reviste como característica la de ser un contrato de ejecución inmediata e instantánea, aunque ello, en la práctica admite numerosas excepciones.

En lo que respecta al comodato, el Código Civil vigente dispone que si no se ha determinado la duración del contrato, el comodatario estará obligado a restituir el bien cuando el comodante se lo solicite (artículo 1737).

3.7.8. En cuanto a su negociación.

Ha sido dicho que la compraventa es un contrato que puede celebrarse con negociación previa, por adhesión, o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Por su negociación, el contrato de comodato es esencialmente uno de negociación previa, puesto que las partes se pondrán de acuerdo específicamente sobre las estipulaciones y condiciones en las cuales será prestado el bien que será objeto de la prestación del comodante. El ser un contrato civil y sin fines de lucro, además de las especiales características que reviste el comodato, lo excluyen, por su naturaleza, de ser uno ajustado a cláusulas generales de contratación o celebrado por adhesión —estos últimos, rasgos de la contratación moderna—

3.7.9. En cuanto al rol económico.

La compraventa es un contrato de cambio y de disposición.

Por el rol económico, el comodato es un contrato de goce, pues implica el uso del bien prestado; pero también estamos en presencia de un contrato de restitución, pues en él el comodatario se obliga a devolver el bien recibido.

3.7.10. En cuanto a su función.

En este aspecto, la compraventa y el comodato comparten semejanzas (más allá del objeto de cada uno), ya que el comodato es, fundamentalmente, un contrato constitutivo, aunque puede ser, por excepción, uno modificadorio o regulatorio, pero nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará la obligación, por parte del comodante, de entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva.

3.7.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Tanto la compraventa como el comodato son contratos individuales, pues las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que celebran cada acto.

3.7.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa es un contrato bilateral, sinalagmático o con prestaciones recíprocas.

En cuanto al comodato, puede recordarse que al igual que el mutuo, este contrato, hasta el Código Civil de 1936, era considerado como uno de prestación unilateral. La devolución del bien por parte del comodatario, era la única obligación creada al momento de la celebración del contrato; pero se preveían también obligaciones para el comodante y el comodatario, las que tendrían carácter de accesorias, razón por la cual (siguiendo la posición doctrinaria asumida) se le puede calificar como un contrato sinalagmático imperfecto.

Los Códigos Civiles de 1836, 1852 y 1936 tenían básicamente, las mismas reglas para establecer las obligaciones de las partes intervinientes. Es recién con el Código Civil de 1984 que, adoptándose el criterio consensual, se introduce a la entrega del bien como obligación que el comodante asume al momento de la celebración del contrato, convirtiéndose, de este modo, en un contrato de prestaciones recíprocas.

3.7.13. En cuanto a la valoración.

Mientras la compraventa es un contrato a título oneroso, el comodato, de acuerdo a lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, es esencialmente un contrato a título gratuito, puesto que por parte del comodante, éste se desposee de un bien por un cierto lapso, mientras que el comodatario sólo recibirá beneficios, al poder usar dicho bien durante ese tiempo, de manera totalmente gratuita.

3.7.14. En cuanto al riesgo.

Tanto la compraventa como el comodato son, fundamentalmente, contratos conmutativos, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

Sin embargo, en el comodato, a diferencia de la compraventa, no se ha planteado el tema de su eventual aleatoriedad; pero ello resultaría plenamente factible.

3.7.15. En cuanto a sus efectos.

El contrato de compraventa y el comodato son actos meramente obligatorios u obligacionales.

3.8. Con la locación de servicios.

3.8.1. En cuanto al nombre.

La compraventa y la locación de servicios son contratos nominados.

3.8.2. En cuanto a su regulación.

Por su regulación, la compraventa y la locación de servicios son contratos típicos, siendo ambos regulados en el Código Civil.

3.8.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, tanto la compraventa como la locación de servicios son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.8.4. En cuanto a su contenido o área.

Por su contenido o área, la compraventa y la locación de servicios pueden ser contratos civiles, mercantiles o revestir naturaleza especial.

3.8.5. En cuanto a su autonomía.

La compraventa y la locación de servicios son contratos principales, puesto que ninguno de ellos depende jurídicamente de otro contrato.

3.8.6. En cuanto a su formación.

La locación de servicios comparte con la compraventa el rasgo de ser contratos fundamentalmente consensuales; pero no obstante ello, nada impediría que las partes conviniesen alguna formalidad especial para su celebración.

3.8.7. En cuanto al tiempo.

Mientras la compraventa es un contrato que generalmente se ejecuta de manera inmediata e instantánea, salvo en casos excepcionales (pero porcentualmente nada despreciables) la locación de servicios es, en esencia, un contrato de duración, ya que la ejecución del servicio se prolongará en el tiempo.

3.8.8. En cuanto a su negociación.

La compraventa es un contrato que puede celebrarse con negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación; en tanto que el contrato de locación de servicios es, fundamentalmente, uno de negociación previa.

Sin embargo, se presentan en la práctica algunos contratos de este tipo celebrados con cláusulas generales de contratación. Nunca hemos visto uno por adhesión.

3.8.9. En cuanto al rol económico.

En tanto la compraventa es un contrato de cambio y disposición, la locación de servicios es un contrato de colaboración o cooperación, pues está destinado a facilitar al locatario la obtención de un fin determinado. Se trata de convenciones de «doy para que hagas» o «hago para que des».

3.8.10. En cuanto a su función.

Al igual que la compraventa, la locación de servicios es, esencialmente, un contrato constitutivo, aunque por excepción podría ser modificadorio o regulatorio; pero nunca será un contrato extintivo, ya que –tal como lo establece el artículo 1764 del Código Civil– en virtud de este contrato el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.

3.8.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Por los sujetos a quienes obliga, al igual que la compraventa, la locación de servicios es un contrato individual, ya que las obligaciones creadas por él afectan únicamente a las partes que celebran el acto.

Estas partes son el locador (quien se obliga a realizar el servicio) y el comitente (quien se obliga a pagar una retribución por el servicio prestado).

3.8.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas.

La prestación de servicios es, fundamentalmente, un contrato bilateral o sinalagmático, hoy en día, bajo el Código Civil de 1984, hablaríamos de un contrato con prestaciones recíprocas (artículos 1426 a 1434 del Código), a través del cual el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución (artículo 1764).

Si no se hubiera establecido la retribución del locador y no puede determinarse según las tarifas profesionales o los usos, será fijada en relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados (artículo 1767).

No obstante todo lo dicho, cabe señalar que el Código Civil de 1984 admite la posibilidad de pactar un contrato de locación de servicios sin remuneración alguna por parte del locatario, tal como se da a entender en el artículo 1759, relativo a las disposiciones generales de los contratos de prestación de servicios. De darse este supuesto, estaríamos en presencia de un contrato de prestación unilateral.

3.8.13. En cuanto a la valoración.

Mientras la compraventa es siempre un contrato a título oneroso, la prestación de servicios, de acuerdo a lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, también es fundamentalmente un contrato a título oneroso, por el cual ambas partes se obligan a ejecutar una prestación: el locador hará el servicio, mientras que el locatario abonará al primero una retribución, a manera de contraprestación.

Si se tratare de un contrato de locación de servicios en el que no mediara retribución alguna por el servicio prestado, será un contrato a título gratuito.

3.8.14. En cuanto al riesgo.

Tanto la compraventa como la locación de servicios son contratos fundamentalmente conmutativos, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

Sin embargo, a diferencia de la compraventa, nunca se ha planteado ni legislativa, ni doctrinariamente, el tema de la aleatoriedad en el contrato de locación de servicios; pero, no obstante ello, no encontramos impedimento para hablar de una locación de servicios aleatoria.

3.8.15. En cuanto a sus efectos.

Por sus efectos, la locación de servicios al igual que la compraventa es un contrato meramente obligatorio u obligacional.

3.9. Con el contrato de obra.

3.9.1. En cuanto al nombre.

Por su nombre, el contrato de obra y el de compraventa son de carácter nominado.

3.9.2. En cuanto a su regulación.

Por su regulación, el contrato de obra al igual que el contrato de compraventa es típico y está regulado en nuestro Código Civil.

3.9.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, la compraventa y el contrato de obra son contratos simples, pues cada uno de ellos da lugar a una relación jurídica.

3.9.4. En cuanto a su contenido o área.

Por su contenido, la compraventa y el contrato de obra pueden ser civiles, mercantiles o de naturaleza especial.

3.9.5. En cuanto a su autonomía.

Tanto el contrato de compraventa como el contrato de obra son principales, puesto que no dependen jurídicamente de otro contrato.

Sin embargo, debemos señalar que en lo referente al contrato de obra, existe lo que se denomina el subcontrato de obra. Los Códigos que antecedieron al vigente no hacían referencia sobre el particular. En cambio, el Código Civil de 1984 regula el tema en su artículo 1772, a través del cual señala que el contratista no puede sub-contratar íntegramente la realización de la obra salvo autorización escrita del comitente; siendo la responsabilidad frente al comitente de carácter solidario, entre el contratista y el subcontratista, respecto de la materia del subcontrato.

3.9.6. En cuanto a su formación.

Por su formación, la compraventa y el contrato de obra son consensuales; pero no obstante ello, nada impediría que las partes conviniesen en celebrarlos a través de alguna formalidad especial.

3.9.7. En cuanto al tiempo.

La compraventa tiende a ser, salvo los casos de excepción estudiados, un contrato de ejecución instantánea e inmediata.

En cambio, por el tiempo, el contrato de obra es, esencialmente, uno de duración, ya que la realización de la obra se prolongará en el tiempo. En tal sentido, la duración de este contrato podrá ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha) o de duración indeterminada (en la que se haya tenido en cuenta el término inicial, mas no el final). Sin embargo, lo más frecuente es que se trate de un acto de duración determinada.

Podemos decir que el Código Civil de 1984 establece que este contrato se extingue con la muerte del contratista, caso en el cual el comitente está obligado a pagar a los herederos hasta el límite

en que le fueren útiles las obras realizadas, en proporción a la retribución pactada para la obra entera, los gastos soportados y los materiales preparados (artículo 1787 del Código Civil). El comitente, por su parte, puede separarse del contrato, aun cuando se haya iniciado la ejecución de la obra, indemnizando al contratista por los trabajos realizados, los gastos soportados, los materiales preparados y lo que hubiere podido ganar si la obra hubiera sido concluida.

3.9.8. En cuanto a su negociación.

Mientras la compraventa puede ser tanto un contrato de negociación previa como uno celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, el contrato de obra es, fundamentalmente, uno de negociación previa, sin que esto signifique que no se presenten en la práctica contratos de obra celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.9.9. En cuanto al rol económico.

La compraventa es un contrato de cambio y disposición. El contrato de obra es uno de colaboración o cooperación, pues está destinado a facilitar al comitente la obtención de un fin determinado (la obra concluida). Se trata de convenciones de «doy para que hagas» o «hago para que des».

3.9.10. En cuanto a su función.

Por su función, la compraventa y el contrato de obra son, fundamentalmente, constitutivos, pero nada impide que sean contratos regulatorios o modificatorios; sin embargo, el contrato de obra nunca será extintivo, pues –tal como lo establece el artículo 1771 del Código Civil– a través de él, el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución.

3.9.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Tanto la compraventa como el contrato de obra son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.9.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa y el contrato de obra son contratos bilaterales, sinalagmáticos o con prestaciones recíprocas.

En el caso del contrato de obra, el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución.

No obstante lo dicho, cabe señalar que el Código Civil de 1984 admite la posibilidad de pactar un contrato de locación de servicios sin remuneración alguna por parte del locatario, tal como se da a entender en el artículo 1759, relativo a las disposiciones generales de los contratos de prestación de servicios. De darse este supuesto estaríamos en presencia de un contrato de prestación unilateral.

Dentro de tal orden de ideas, el Código de 1984 establece en su artículo 1771 que por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución. Los materiales necesarios para la ejecución de la obra, deben ser proporcionados por el comitente, salvo costumbre o pacto distinto (artículo 1773).

En lo que se refiere a las obligaciones del contratista, éstas se encuentran enumeradas en el artículo 1774; siendo las siguientes: hacer la obra en la forma y plazos convenidos en el contrato o, en su defecto, en el que se acostumbre; dar inmediato aviso al comitente de los defectos del suelo o de la mala calidad de los materiales proporcionados por éste, si se descubren antes o en el curso de la obra y pueden comprometer su ejecución regular; y pagar los materiales que reciba, si éstos, por negligencia o impericia del contratista, quedan en imposibilidad de ser utilizados para la realización de la obra. Adicionalmente, en el artículo 1775, se establece que el contratista no puede introducir variaciones en las características convenidas de la obra sin la aprobación escrita del comitente.

El texto original del numeral 1776 del Código Civil de 1984, establecía que el obligado a hacer una obra por ajuste alzado tiene derecho a compensación por las variaciones convenidas por escrito con el comitente, siempre que signifiquen mayor trabajo o aumento en el costo de la obra; habiendo sido modificado por el artículo único de la Ley N° 25291, y quedado con la siguiente redacción: «El obligado a hacer una obra por ajuste alzado tiene derecho a la compensación por las variaciones convenidas por escrito con el comitente, siempre que signifiquen mayor trabajo o aumento en el costo de la obra.- El comitente, a su vez, tiene derecho al ajuste compensatorio en caso de que dichas variaciones signifiquen menor trabajo o disminución en el costo de la obra».

En lo que respecta a los derechos del comitente, el artículo 1777 señala que aquél tiene derecho a inspeccionar, por cuenta propia, la ejecución de la obra; y cuando en el curso de ella se compruebe

que no se ejecuta conforme a lo convenido y según las reglas del arte, el comitente puede fijar un plazo adecuado, para que el contratista se ajuste a tales reglas; transcurrido el cual, el comitente puede solicitar la resolución del contrato, sin perjuicio del pago de la indemnización de daños y perjuicios. Tratándose de un edificio o de un inmueble destinado –por su naturaleza– a larga duración, el inspector debe ser un técnico calificado y no haber participado en la elaboración de los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra.

Por otra parte, el artículo 1778 establece que el comitente, antes de la recepción de la obra, tiene derecho a su comprobación; en tanto que si el comitente descuida proceder a ella sin justo motivo o bien no comunica su resultado dentro de un breve plazo, la obra se considera aceptada; entendiéndose aceptada la obra (artículo 1779), si el comitente la recibe sin reserva, aun cuando no se haya procedido a su verificación. Cuando se estipula que la obra se ha de hacer a satisfacción del comitente (artículo 1780), a falta de conformidad, se entiende reservada la aceptación a la pericia correspondiente, siendo nulo todo pacto distinto. Si la persona que debe aceptar la obra es un tercero, se estará a lo dispuesto en los artículos 1407 y 1408, relativos al arbitrio de equidad y al mero arbitrio, respectivamente.

En lo que respecta a la obra realizada por pieza o medida, el texto original del artículo 1781 del Código de 1984, establecía que el que se obliga a hacer una obra por pieza o medida, tiene derecho a la verificación por partes y, en tal caso, a que se le pague en proporción a la obra realizada; haciendo presumir el pago, la aceptación de la parte de la obra realizada; no produciendo este efecto el desembolso de simples cantidades a cuenta. Este artículo fue modificado por el artículo único de la Ley N° 25291, habiendo quedado el texto de esta norma con la siguiente redacción: «El que se obliga a hacer una obra por pieza o medida, tiene derecho a la verificación por partes y, en tal caso, a que se le pague en proporción a la obra realizada.- El pago hace presumir la aceptación de la parte de la obra realizada.- No produce este efecto el desembolso de simples cantidades a cuenta ni el pago de valorizaciones por avance de obra convenida».

El contratista está obligado a responder por las diversidades y los vicios de la obra (artículo 1782); en tanto que la recepción de la obra, sin reserva del comitente, descarga de responsabilidad al contratista por las diversidades y los vicios exteriores de ésta.

El artículo 1783 otorga al comitente el derecho a solicitar, a su elección, que las diversidades o los vicios de la obra se eliminen a costa del contratista, o bien que la retribución sea disminuida proporcionalmente, sin perjuicio del resarcimiento del daño; en tanto que las diversidades y los vicios son tales que hagan inútil la obra para la finalidad convenida, el comitente puede pedir la resolución del contrato y la indemnización por los daños y perjuicios. El mencionado numeral establece, adicionalmente, que el comitente debe comunicar al contratista las diversidades o los vicios dentro de los sesenta días de recibida la obra, siendo este plazo de caducidad; prescribiendo la acción contra el contratista al año de construida la obra.

En el artículo 1784 se regulan las acciones derivadas de diversidad o vicios interiores. En tal sentido se establece que si en el curso de los cinco años desde su aceptación la obra se destruye, total o parcialmente, o bien presenta evidente peligro de ruina, o graves defectos por vicio de la construcción, el contratista es responsable ante el comitente o sus herederos, siempre que se le avise por escrito de fecha cierta, dentro de los seis meses siguientes al descubrimiento; siendo nulo todo pacto distinto. El contratista es también responsable en los casos indicados anteriormente, por la mala calidad de los materiales o por defecto del suelo, si es que hubiera suministrado los primeros o elaborado los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra; siendo el plazo para interponer la acción, de un año computado desde el día siguiente al aviso a que hicimos mención.

Por su parte, el artículo 1785 establece que no existe responsabilidad del contratista en los casos a que se refiere el artículo 1784, si prueba que la obra se ejecutó de acuerdo a las reglas del arte y en estricta conformidad con las instrucciones de los profesionales que elaboraron los estudios, planos y demás documentos necesarios para la realización de la obra, cuando ellos le son proporcionados por el comitente.

Debe mencionarse que el artículo 1788 prescribe que si la obra se pierde sin culpa de las partes, el contrato se resuelve de pleno derecho. Si los materiales son suministrados por el comitente, el contratista está obligado a devolverle los que no se hubieren perdido y el comitente no está obligado a pagar la retribución de la parte de la obra no ejecutada. Cuando se trate de un contrato por ajuste alzado o por unidad de medida, el contratista debe devolver la retribución proporcional correspondiente a la parte de la obra no ejecutada, pero no está obligado a reponerla o

restaurarla. Por su parte, el comitente no está obligado a pagar la retribución proporcional de la parte de la obra no ejecutada. Adicionalmente, el artículo 1789 establece que si la obra se deteriora sustancialmente por causa no imputable a las partes, es de aplicación el artículo 1788.

3.9.13. En cuanto a la valoración.

Por la valoración, de acuerdo a lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, el contrato de obra es fundamentalmente un contrato a título oneroso, por el cual ambas partes se obligan a ejecutar una prestación: el contratista, a hacer una obra determinada, y el comitente a pagarle una retribución.

Si se tratara de un contrato de obra en el que no medie retribución alguna por el servicio prestado, sería un contrato a título gratuito.

3.9.14. En cuanto al riesgo.

Como hemos manifestado, el contrato de compraventa es fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio.

En el caso del contrato de obra, también ocurre que es fundamentalmente conmutativo, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

No se ha planteado el tema de la aleatoriedad en el contrato de obra, pero no obstante ello, no encontraríamos impedimento para hablar de contratos de obra aleatorios.

3.9.15. En cuanto a sus efectos.

Por sus efectos, tanto la compraventa como el contrato de obra, son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.10. Con el contrato de mandato.

3.10.1. En cuanto al nombre.

La compraventa y el mandato son contratos nominados.

3.10.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa y el mandato son contratos típicos.

El mandato es un contrato que viene siendo jurídicamente regulado desde 1836.

3.10.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, el mandato al igual que la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

3.10.4. En cuanto a su contenido o área.

Por su contenido, el mandato y la compraventa, pueden ser contratos civiles, mercantiles o de naturaleza especial.

3.10.5. En cuanto a su autonomía.

Tanto la compraventa como el mandato son contratos principales, pues no dependen jurídicamente de otro contrato.

3.10.6. En cuanto a su formación.

La compraventa es básicamente un contrato consensual.

Para el Código Civil de 1984, la celebración del contrato de mandato es consensual, y ello se ve ratificado por las normas del Libro VII que regula a los contratos en general.

Es decir que el contrato se celebra con el acuerdo de voluntades, el mismo que se produce cuando la aceptación es conocida por el oferente, o cuando el mandatario ejecuta su prestación (artículos 1373, 1374 y 1380 Código Civil).

3.10.7. En cuanto al tiempo.

Mientras la compraventa es, salvo los casos de excepción anotados, básicamente un contrato de ejecución instantánea e inmediata, el mandato es, fundamentalmente, un contrato de duración, la que puede ser determinada (a plazo fijo); determinable (referida a un evento cierto, pero cuya fecha no es conocida), o de duración indeterminada (si se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final).

3.10.8. En cuanto a su negociación.

Mientras la compraventa se celebra usualmente por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, el mandato es un contrato que casi siempre se celebra por negociación previa, lo que no significa que existan múltiples mandatos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.10.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, el mandato es uno de colaboración.

3.10.10. En cuanto a su función.

Al igual que la compraventa, el mandato es básicamente un contrato constitutivo, pero nada impide que sea uno modificadorio o regulatorio; sin embargo, nunca estaremos en presencia de un

mandato extintivo, pues –en virtud de lo prescrito por el artículo 1790 del Código Civil– por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante.

3.10.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Por los sujetos a quienes obliga, el mandato al igual que la compraventa es un contrato individual, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.10.12. En cuanto a la prestación.

A diferencia del contrato de compraventa, que es uno con prestaciones recíprocas, el mandato puede revestir esta característica, o ser un contrato de prestación unilateral, no desvirtuándose su naturaleza si se elige una u otra manera de celebrarlo.

3.10.13. En cuanto a la valoración.

Mientras la compraventa es un contrato que se celebra a título oneroso, el mandato puede ser celebrado tanto a título gratuito como a título oneroso.

3.10.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es fundamentalmente conmutativa y excepcionalmente aleatoria.

En el caso del mandato, la doctrina suele tratarlo como un contrato conmutativo, es decir, uno en el cual ambas partes saben al momento de celebrarlo en qué consistirán las prestaciones a ejecutar.

No obstante ello, nada impediría ni en el plano orden ni en el terreno práctico, plantearnos la posibilidad de que el contrato de mandato se celebre de modo aleatorio.

3.10.15. En cuanto a sus efectos.

La compraventa y el mandato son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.11. Con el contrato de depósito.

3.11.1. En cuanto al nombre.

La compraventa y el depósito son contratos **nominados**.

3.11.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa y el depósito son contratos **típicos**.

3.11.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, tanto la compraventa como el secuestro son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.11.4. En cuanto a su contenido o área.

La compraventa y el depósito pueden ser contratos de naturaleza civil, mercantil o especial.

3.11.5. En cuanto a su autonomía.

La compraventa y el depósito son contratos principales, pues para tener existencia jurídica no dependen de ningún otro contrato.

Sin embargo, cabe anotar que en doctrina y legislación se conoce el contrato de sub-depósito y la cesión de posición contractual de depositario.

El Código Civil de 1984 regula el tema en su artículo 1817, norma que establece que no puede cederse el depósito sin autorización escrita del depositante, bajo sanción de nulidad.

Como sabemos, el contrato de depósito es uno de duración continuada, lo que quiere decir que sus efectos se prolongan en el tiempo, lo cual permitiría que antes del vencimiento o de la ejecución total de la prestación, el depositario ceda su posición contractual. Nos parece reiterativo este artículo, ya que en el artículo 1435 del Código Civil, se establece que la cesión de posición contractual requiere del asentimiento del cedido. En todo caso, lo que este artículo estaría regulando sería la formalidad que debe seguir esta cesión, la cual tiene carácter **ad solemnitatem**.

Pero ¿qué sucede con el sub-depósito?

Esta figura no se encuentra regulada y –por tanto– tampoco prohibida.

El sub-depósito sería el depósito total o parcial de un bien depositado que celebra el depositario en favor de un tercero. Al igual que el depósito, este sub-depósito puede ser a título oneroso o gratuito.

Pero este sub-depósito ¿requiere el asentimiento del depositante? El Código Civil guarda silencio al respecto. No podemos sostener que aquí hay una cesión, ya que el primer depositario no ha dejado de serlo respecto del contrato original de depósito.

Por nuestra parte, creemos que sí se requiere el asentimiento del depositante, ya que se trata de un acto para el cual el depositario

—como guardador o cuidador del bien— no se encuentra autorizado o facultado para celebrar dicho contrato.

Sostenemos también, que al igual que la cesión del depósito, la autorización para realizar el sub-depósito, debe ser por escrito, y aun más: esta formalidad debe cumplirse bajo sanción de nulidad. El fundamento para esta afirmación, es que el depositario tenía como obligación principal, la de recibir el bien para custodiarlo, y esta labor, será realizada ahora por el sub-depositario; razón por la cual, es de interés del depositante autorizar o no al sub-depositario.

3.11.6. En cuanto a su formación.

En tanto la compraventa es un contrato consensual —y en nuestro país siempre ha sido así— el depósito actualmente también reviste dicha naturaleza, pero la legislación republicana no siempre legisló en este sentido.

3.11.7. En cuanto al tiempo.

La compraventa es, salvo los casos de excepción señalados en este trabajo, un contrato que se caracteriza fundamentalmente por su ejecución inmediata e instantánea.

Todo lo contrario ocurre con el depósito.

Para el Código Civil de 1984, el depósito voluntario debe finalizar en cuanto el depositante solicite la devolución del bien, aunque hubiese plazo convenido, salvo que el contrato haya sido celebrado en beneficio o interés del depositario o de un tercero:

Artículo 1830.- «El depositario debe devolver el bien en cuanto lo solicite el depositante, aunque hubiese plazo convenido, salvo que el contrato haya sido celebrado en beneficio o interés del depositario o de un tercero».

No obstante, cabe señalar que si no se hubiera fijado plazo en el depósito voluntario, el depositario puede efectuar la restitución del bien, en cualquier momento, siempre que avise al depositante con prudente anticipación para que lo reciba. De esta manera, se evitaría un posible perjuicio para el depositante:

Artículo 1832.- «Si en el contrato no se hubiere fijado plazo, el depositario puede efectuar la restitución del bien en cualquier momento, siempre que le avise al depositante con prudente anticipación para que lo reciba».

Debemos notar aquí que esta facultad sólo es concedida al depositario cuando no se hubiere pactado un plazo determinado

en el contrato, pero sin embargo, el siguiente artículo desecha esta condición, como puede apreciarse de la lectura de su texto:

Artículo 1833.- «El depositario que tenga justo motivo para no conservar el bien puede, antes del plazo señalado, restituirlo al depositante, y si éste se niega a recibirlo, debe consignarlo».

Aquí volvemos a caer en el problema suscitado por el Código anterior: ¿Qué es justo motivo?. La salida más lógica que podríamos encontrar, es que al igual que en el artículo 1832, se obligue al depositario a avisar al depositante con una prudente anticipación, en caso de tratarse de una causa o motivo intempestivo o abrupto. Pero creemos que aun en este supuesto debería estar sujeto al pago de la indemnización por los daños y perjuicios que pueda causar al depositante.

Si el depositario deviene en incapaz, la persona que asume la administración de sus bienes procederá de inmediato a la restitución del bien o lo consignará si el depositante no quiere recibirlo (artículo 1835).

En el depósito necesario, se aplica (en virtud de lo prescrito por el artículo 1832) todo lo ya mencionado para el depósito voluntario.

En el secuestro, encontramos que además de ser un contrato de duración continuada, ésta puede ser determinada, determinable o indeterminada. Sin embargo, lo natural será que su duración sea determinable, referida a la terminación de la situación de controversia existente entre los dos o más depositantes, situación que precisamente les ha llevado a celebrar el secuestro con el depositario.

De otra parte, debemos anotar en este punto ciertas reglas particulares del secuestro, diferentes a las del depósito voluntario.

En primer lugar tenemos al artículo 1860 del Código Civil, norma que prescribe lo siguiente:

Artículo 1860.- «Cualquier contrato que celebre el depositario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1859, concluye de pleno derecho si, antes del vencimiento del plazo, se pusiere fin a la controversia».

Esto nos lleva a pensar que se trata fundamentalmente de un contrato a plazo determinable, ya que aun cuando se pacte determinado, primaría la fecha en la que se ponga fin al litigio, o lo que llegue primero.

Por su parte, el numeral 1861 del Código Civil establece:

Artículo 1861.- «En caso de inminente peligro de pérdida o grave deterioro del bien, el depositario puede enajenarlo con autorización del juez y conocimiento de los depositantes».

Debemos suponer, pues, que la posibilidad de pérdida o grave deterioro del bien se produzca sin culpa del depositario, ya que si no fuera así, se estaría amparando la irresponsabilidad o –incluso– la mala fe del depositario.

De otro lado, tenemos el numeral 1862:

Artículo 1862.-- «Si el depositario deviene incapaz o muere, los depositantes designarán a su reemplazante. En caso de discrepancia, la designación la hace el juez».

Y el artículo 1865:

Artículo 1865.- «El depositario puede ser liberado sólo antes de la terminación de la controversia con el asentimiento de todos los depositantes o por causa justificada a criterio del juez».

Este artículo, sólo se refiere a los casos en que no se haya pactado un plazo determinado, ya que, de lo contrario, se estaría obligado al depositario a cumplir más allá de lo que se hubiese obligado.

3.11.8. En cuanto a su negociación.

El depósito, al igual que la compraventa, es un contrato que se celebra tanto por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Sin embargo, **en lo que** respecta a los depósitos en los bancos, cooperativas, financieras, almacenes generales de depósito, mutuales y otras **instituciones** análogas, que se rigen por las leyes especiales que los regulan (artículo 1853), los depósitos se celebran por adhesión y con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.11.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y disposición, el depósito es un contrato de confianza.

Ello, dado lo prescrito por el artículo 1830 del Código Civil, norma que establece que «El depositario debe devolver el bien **en cuanto** lo solicite el depositante, aunque hubiese plazo **convenido, salvo** que el contrato haya sido celebrado en beneficio o **interés del** depositario o de un tercero».

En el supuesto que se trate de un contrato oneroso, creemos que de haberse pactado un plazo, y el depositario solicitara la devolución del bien antes de dicho plazo, deberá abonar el total de la contraprestación que se obligó a pagar por todo el tiempo que se suponía debía durar el contrato. Esto, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1155 del Código Civil, ya que si el depositario no cumple con guardar el bien por el tiempo pactado, ello obedece a voluntad exclusiva del depositante.

También debemos reparar en que el Código de 1984 contempla el supuesto de devolución del bien depositado antes del vencimiento del plazo; ello, en el artículo 1833, norma que establece que «El depositario que tenga justo motivo para no conservar el bien puede, antes del plazo señalado, restituirlo al depositante, y si éste se niega a recibirlo, debe consignarlo».

Estamos ante un supuesto en que el depositario, por determinados motivos justificables, decide –por cuenta propia–, no continuar con el depósito, aun habiéndose pactado un plazo determinado. En este caso, el depositario se encuentra facultado para devolver el bien al depositante.

La hipótesis de devolución a pluralidad de depositantes o herederos está contemplada en el artículo 1839:

Artículo 1839.- «Si son varios los depositantes y no se hubiera dispuesto a quién se hará la restitución, a falta de acuerdo deberá efectuarse según las modalidades que establezca el juez.

La misma norma se aplica cuando a un solo depositante suceden varios herederos».

A nuestro parecer, estamos frente a una obligación indivisible, y por lo tanto, creemos debe regirse por las normas que regulan las obligaciones indivisibles, especialmente por el artículo 1176 del Código Civil. Es decir, que a falta de acuerdo expreso de los depositantes o de los herederos del depositante, no debería intervenir el juez, sino que el depositario le hará entrega del bien a todos los depositantes o a todos los herederos, o a alguno de ellos, si garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponde en la obligación.

3.11.10. En cuanto a su función.

El depósito, al igual que la compraventa, es un contrato fundamentalmente constitutivo, pero por excepción puede ser modificatorio o regulatorio; mas nunca se tratará de un contrato

extintivo, ya sea en el caso del depósito voluntario (artículos 1814 a 1853) o del depósito necesario (artículos 1854 a 1856).

3.11.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Tanto la compraventa como el depósito son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.11.12. En cuanto a la prestación.

Como se sabe, la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. El depósito puede ser un contrato de prestación unilateral o uno con prestaciones recíprocas.

3.11.13. En cuanto a la valoración.

En tanto la compraventa es un contrato a título oneroso, el depósito puede celebrarse a título oneroso como a título gratuito.

3.11.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es generalmente conmutativa y por excepción aleatoria.

En lo que respecta al depósito, podemos recordar que estamos en presencia de un contrato fundamentalmente conmutativo, puesto que desde un inicio se reguló a este contrato como tal, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

Nunca se ha planteado ni legislativa, ni doctrinariamente, el tema de la aleatoriedad en el contrato de depósito, sea voluntario o necesario; ni tampoco del secuestro, pero no obstante ello, no encontraríamos impedimento para que se hiciera.

En cuanto al secuestro, debemos puntualizar que no debe confundirse la naturaleza cuantitativa del mismo, con la aleatoriedad inherente a la controversia existente entre los dos o más depositantes y su resultado.

3.11.15. En cuanto a sus efectos.

Tanto la compraventa como el depósito son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.12. Con el contrato de secuestro.

3.12.1. En cuanto al nombre.

La compraventa y el secuestro son **contratos nominados**.

3.12.2. En cuanto a su regulación.

Al igual que la compraventa, el secuestro también encuentra regulación en nuestro Código Civil, razón por la cual estamos en presencia de un contrato típico.

El secuestro se halla legislado entre los artículos 1857 y 1867 del Código Civil. La primera de las normas mencionadas señala que por el secuestro, dos o más depositantes confían al depositario la custodia y conservación de un bien respecto del cual ha surgido controversia.

3.12.3. En cuanto a su estructura.

Tanto la compraventa como el secuestro son contratos simples, pues dan lugar a una sola relación jurídica.

3.12.4. En cuanto a su contenido o área.

La compraventa y el secuestro pueden ser contratos civiles, mercantiles o de naturaleza especial.

3.12.5. En cuanto a su autonomía.

La compraventa y el secuestro son contratos principales, pues para su existencia no dependen jurídicamente de ningún otro contrato.

3.12.6. En cuanto a su formación.

Mientras la compraventa se celebra usualmente por el sólo consentimiento de las partes (vale decir que es un contrato consensual), el secuestro es un contrato formal, pues, tal como establece el artículo 1858 del Código Civil, debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.

3.12.7. En cuanto al tiempo.

A diferencia de la compraventa, el secuestro es, esencialmente, un contrato de duración.

3.12.8. En cuanto a su negociación.

Mientras la compraventa se celebra tanto por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, el secuestro es –básicamente– un contrato paritario o de negociación previa. No conocemos contratos de secuestro celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.12.9. En cuanto al rol económico.

La compraventa es un contrato de cambio y disposición. El secuestro es uno de custodia o conservación.

3.12.10. En cuanto a su función.

La compraventa puede ser un contrato constitutivo, regulatorio o modificatorio. El secuestro es, esencialmente, un contrato constitutivo, pues en virtud a lo establecido por el artículo 1857 del Código Civil, a través del mismo, dos o más depositantes confían al depositario la custodia y conservación de un bien respecto del cual ha surgido controversia.

3.12.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Tanto la compraventa como el secuestro son contratos de carácter individual, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.12.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. El secuestro puede ser con prestaciones recíprocas, pero también podría convenirse a título de prestación unilateral.

3.12.13. En cuanto a la valoración.

Mientras la compraventa es un contrato a título oneroso, el secuestro puede pactarse a título oneroso o gratuito.

3.12.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es un contrato generalmente conmutativo y por excepción aleatorio. El secuestro es un contrato fundamentalmente conmutativo. Sin embargo, nada impediría plantearnos el caso de un secuestro de naturaleza aleatoria.

3.12.15. En cuanto a sus efectos.

Por sus efectos, la compraventa y el secuestro son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.13. Con el contrato de fianza.

3.13.1. En cuanto al nombre.

La compraventa y la fianza son contratos nominados.

3.13.2. En cuanto a su regulación.

Tanto la compraventa como la fianza son contratos típicos.

El Código Civil de 1984 le otorga tratamiento en el Libro VII «Fuentes de las Obligaciones», Sección Segunda «Contratos Nominados», Título X «Fianza», artículos 1868 a 1905.

3.13.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, tanto la compraventa como la fianza son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.13.4. En cuanto a su contenido o área.

Se ha dicho que la compraventa puede ser un contrato civil como uno mercantil o de distinta naturaleza. Por su parte, la fianza si bien puede ser un contrato civil, lo más usual será que revista naturaleza mercantil.

3.13.5. En cuanto a su autonomía.

A diferencia del contrato de compraventa (que es principal por excelencia), la fianza es esencialmente un contrato accesorio o auxiliar, pues no puede celebrarse sin la existencia de un contrato principal, una o varias de cuyas obligaciones está destinado a garantizar (afianzar).

3.13.6. En cuanto a su formación.

La compraventa es un contrato consensual. En cambio, la fianza es un contrato formal, ya que debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad (artículo 1871 del Código Civil de 1984). La formalidad impuesta, como se aprecia, es **ad solemnitatem**.

3.13.7. En cuanto al tiempo.

Mientras la compraventa (salvo los casos de excepción estudiados) generalmente es un contrato de ejecución inmediata e instantánea, la fianza podrá ser un contrato de ejecución inmediata o diferida, de duración determinada, determinable o indeterminada; esto es, dependiendo de la duración que tenga la obligación principal cuya ejecución se esté afianzando.

3.13.8. En cuanto a su negociación.

De acuerdo a su negociación, la compraventa puede ser tanto un contrato paritario, uno por adhesión o uno celebrado con arreglo a cláusulas generales de contratación.

En el caso de la fianza, al tratarse de un contrato fundamentalmente mercantil, lo común será que se celebre por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Sin embargo,

cuando estemos en presencia de fianzas civiles, será frecuente que para su celebración medie negociación previa.

3.13.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la fianza es un contrato de garantía, pues está destinado a asegurar el cumplimiento de una o más obligaciones.

3.13.10. En cuanto a su función.

En rasgo característico que comparte con la compraventa (a pesar de tener objetos distintos), la fianza es, esencialmente, un contrato constitutivo, aunque puede ser, por excepción, modificadorio o regulatorio, pero nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará la obligación por parte del fiador de garantizar el cumplimiento de una obligación del fiado (deudor ajeno al contrato que tiene una deuda respecto del acreedor, frente a quien el fiador responderá, en caso de no hacerlo el deudor).

3.13.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Los contratos de compraventa y de fianza son de carácter individual, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

El contrato de fianza se celebra con el acreedor de una relación obligacional distinta, en donde el fiador garantiza el cumplimiento de un deudor que no participa en el contrato. Puede, incluso, celebrarse contra la voluntad del mencionado deudor.

Así lo dispone el artículo 1869 del Código Civil de 1984. Los Códigos anteriores no contenían una regla similar, pero ello se deducía de la naturaleza jurídica de este contrato.

3.13.12. En cuanto a la prestación.

Mientras la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas, la fianza es un contrato de prestación unilateral, puesto que sólo una de las partes (el fiador) asume obligaciones en el mismo. El acreedor de la relación jurídica cuyo cumplimiento se afianza, no ejecutará prestación alguna en favor del fiador. De hacerlo (si esto se hubiera pactado así), estaríamos en presencia de un contrato muy semejante al seguro, y no al de fianza. Esta situación, en buena cuenta, desnaturalizaría a la fianza. Sin embargo, éste es un punto que se discute en doctrina. Para comprobarlo remitimos al lector a las apreciaciones que sobre el particular formula el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, en su obra «El Contrato en General».

3.13.13. En cuanto a la valoración.

Mientras la compraventa es un contrato a título oneroso, la fianza es un acto a título gratuito u oneroso, punto cuya discusión doctrinaria ha sido materia de anterior referencia nuestra.

3.13.14. En cuanto al riesgo.

Así como la compraventa, la fianza es, fundamentalmente, un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de la prestación que deberá cumplir el fiador en caso de incumplimiento del deudor de la relación (contrato) principal, es cierta, vale decir, conocida de antemano; pero podría revestir modalidad aleatoria, ya que su naturaleza no lo impide.

3.13.15. En cuanto a sus efectos.

Tanto la compraventa como la fianza son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.14. Con el contrato de renta vitalicia.

3.14.1. En cuanto al nombre.

La compraventa y la renta vitalicia son contratos nominados.

3.14.2. En cuanto a su regulación.

El contrato de renta vitalicia no se reguló ni en el Código Civil de 1836 ni en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre. Recién fue normado en el Código Civil de 1852.

En el Código Civil de 1984 se regula a la renta vitalicia en el Título XII, bajo la denominación «Renta vitalicia». Es definida en el artículo 1923, de la siguiente manera:

Artículo 1923.- «Por la renta vitalicia se conviene la entrega de una suma de dinero u otro bien fungible, para que sean pagados en los períodos estipulados».

Esta definición describe una renta como cualquier otra y no señala la verdadera esencia de este acto, cual es el tiempo de duración de dicha renta. Recién en el artículo 1926 se anota esta característica:

Artículo 1926.- «Para la duración de la renta vitalicia debe señalarse la vida de una o varias personas.

En el contrato se determinará la vida en que concluya la renta, cuando se hubiere fijado en cabeza de varias personas».

3.14.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, tanto la compraventa como la renta vitalicia son contratos simples, pues cada uno de ellos da lugar a una relación jurídica.

3.14.4. En cuanto a su contenido o área.

Al igual que la compraventa, la renta vitalicia puede ser un contrato civil, mercantil o uno de naturaleza especial. Sin embargo, lo más común es que sea de naturaleza mercantil.

3.14.5. En cuanto a su autonomía.

La renta vitalicia y la compraventa son contratos principales, pues no dependen jurídicamente de otro contrato.

3.14.6. En cuanto a su formación.

A diferencia de la compraventa, que es un contrato consensual, la renta vitalicia es un contrato formal.

Según el Código Civil de 1984:

Artículo 1925.- «La renta vitalicia se constituye por escritura pública, bajo sanción de nulidad».

3.14.7. En cuanto al tiempo.

Mientras el contrato de compraventa es fundamentalmente de ejecución inmediata e instantánea, la renta vitalicia es, por esencia, un contrato de duración continuada, la misma que es determinable, o sea, referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha, consistente en la vida de una o varias personas.

Si muere la persona cuya vida se designó como término para el pago de la renta, se extingue ésta sin que exista obligación de devolver los bienes que sirvieron de contraprestación.

3.14.8. En cuanto a su negociación.

En tanto la compraventa se celebra ya sea de modo paritario, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, la renta vitalicia es, fundamentalmente, un contrato de negociación previa, puesto que las partes se pondrán de acuerdo específicamente sobre las estipulaciones y condiciones sobre las cuales celebrarán dicha renta.

No obstante ello, en materia de contratos sobre materias previsionales, las Compañías de Seguros vienen introduciendo paulatinamente a la renta vitalicia como un mecanismo contractual

de uso cada vez más frecuente (claro está en formatos preimpresos con cláusulas generales de contratación).

3.14.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la renta vitalicia es, fundamentalmente, un contrato de disposición y previsión.

3.14.10. En cuanto a su función.

Así como la compraventa, la renta vitalicia también es fundamentalmente un contrato constitutivo, pudiendo, por excepción, ser uno modificadorio o regulatorio; pero, nunca será un contrato extintivo, ya que tal como lo dispone el artículo 1923 del Código Civil, por la renta vitalicia se conviene la entrega de una suma de dinero u otro bien fungible, para que sean pagados en los períodos estipulados.

3.14.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

La renta vitalicia y la compraventa son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.14.12. En cuanto a la prestación.

Mientras la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas, la renta vitalicia puede ser convenida con prestaciones recíprocas o de manera unilateral.

3.14.13. En cuanto a la valoración.

La compraventa es un contrato que se celebra a título oneroso; mientras la renta vitalicia puede celebrarse, tanto a título gratuito como a título oneroso.

3.14.14. En cuanto al riesgo.

Mientras la compraventa es fundamentalmente conmutativa y por excepción aleatoria, la renta vitalicia es esencialmente aleatoria, ya que la existencia y contenido de las prestaciones que deben cumplir las partes, no son ciertas, lo que equivale a decir que no se conocen de antemano con exactitud, sobre todo en lo que respecta a la duración de las mismas.

3.14.15. En cuanto a sus efectos.

Tanto la compraventa como la renta vitalicia son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.15. Con el contrato de juego y apuesta.

3.15.1. En cuanto al nombre.

La compraventa, el juego y la apuesta son contratos nominados.

Por último, el Código Civil de 1984, trata el tema con el nombre de juego y apuesta.

3.15.2. En cuanto a su regulación.

El juego y apuesta es, al igual que la compraventa, un contrato típico, estando regulado en nuestro Código Civil.

3.15.3. En cuanto a su estructura.

El juego y apuesta, al igual que la compraventa, son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.15.4. En cuanto a su contenido o área.

Mientras la compraventa puede tener por naturaleza la civil, la mercantil o alguna otra especial, el juego y la apuesta son, fundamentalmente, contratos civiles.

3.15.5. En cuanto a su autonomía.

Tanto la compraventa como el juego y la apuesta son contratos principales, pues no dependen jurídicamente de otro contrato.

3.15.6. En cuanto a su formación.

Al igual que la compraventa, el juego y la apuesta son contratos consensuales, ya que tienen libertad de forma; pero nada impide a las partes imponerse una formalidad especial.

3.15.7. En cuanto al tiempo.

Como dijimos en su momento, salvo los supuestos de excepción estudiados, la compraventa es un contrato que generalmente se ejecuta de manera inmediata e instantánea.

En cambio, el juego y la apuesta son fundamentalmente, contratos de mediana duración, la que podrá ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha), o de duración indeterminada (si se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final). Debemos precisar que hemos señalado que se tratarían de contratos de mediana duración, pues en el juego y la apuesta resulta fundamental el hecho de que se realice —precisamente— el juego o la apuesta.

3.15.8. En cuanto a su negociación.

El juego y la apuesta, al igual que la compraventa, pueden ser tanto contratos de negociación previa, es decir, aquellos en los cuales las partes tienen libertad para modelar su contenido, como contratos por adhesión o, por último, celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Consideramos que el hecho de que un contrato de juego y apuesta pertenezca a algunas de las categorías antes señaladas dependerá, fundamentalmente, de si se trata de un juego y apuesta permitidos o si es uno de los no autorizados, pero tampoco prohibidos. Los primeros, por lo general, son de negociación previa, en tanto los segundos, también por lo general, son celebrados por adhesión.

3.15.9. En cuanto al rol económico.

La compraventa es un contrato de cambio y de disposición. El juego y la apuesta comparten esta característica, pues su ejecución implica una disminución en el patrimonio del perdedor (contrato de disposición); y también es un contrato de cambio, ya que está destinado a la circulación de los bienes.

3.15.10. En cuanto a su función.

Al igual que la compraventa, el juego y la apuesta son contratos fundamentalmente constitutivos, pero podrían ser regulatorios o modificatorios, mas no creemos que puedan tener carácter extintivo, dado lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1942, norma que establece que por el juego y la apuesta permitidos, el perdedor queda obligado a satisfacer la prestación convenida, como resultado de un acontecimiento futuro o de uno realizado, pero desconocido para las partes.

3.15.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Como ocurre con la compraventa, el juego y la apuesta son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.15.12. En cuanto a la prestación.

El contrato de compraventa es uno con prestaciones recíprocas, en tanto el juego y la apuesta son contratos de prestación unilateral. El artículo 1942 del Código Civil de 1984 establece que por el juego y la apuesta permitidos, el perdedor queda obligado a satisfacer la prestación convenida, como resultado de un acontecimiento futuro o de uno realizado, pero desconocido para las partes.

3.15.13. En cuanto a la valoración.

Mientras la compraventa es un contrato que se celebra a título oneroso, el juego y la apuesta también revisten esta característica, pues independientemente de si el que juega o apuesta gana o pierde, él tendrá que satisfacer la prestación que le da derecho, precisamente, a participar en dicho juego o apuesta.

3.15.14. En cuanto al riesgo.

Como sabemos, la compraventa es un contrato por lo general conmutativo y por excepción aleatorio. En cambio, el juego y apuesta es, esencialmente, un contrato aleatorio, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son inciertas, vale decir, desconocidas de antemano. Sin embargo, cabe precisar que en determinados juegos y apuestas, la prestación de la apostante sí está previamente determinada.

3.15.15. En cuanto a sus efectos.

Tenemos que la compraventa es un contrato meramente obligatorio u obligacional, como la gran mayoría de contratos del Derecho Peruano. Pero, debemos ser muy cuidadosos en lo que respecta al contrato de juego y apuesta, pues en este rubro tenemos que distinguir un punto muy importante.

De acuerdo al tratamiento que el tema ha recibido en el Código Civil de 1984, el juego y la apuesta permitidos son verdaderamente contratos, pues en ellos (artículo 1942), el perdedor queda obligado a satisfacer la prestación convenida, como resultado de un acontecimiento futuro o de uno realizado, pero desconocido para las partes. Sin embargo, no podemos decir lo mismo del juego y la apuesta no autorizados (artículo 1943), que son aquellos que tienen carácter lucrativo, sin estar prohibidos por la ley, y no otorgan acción para reclamar por su resultado.

Conforme a lo que acabamos de anotar, es evidente que el juego y la apuesta no autorizados no son contratos, pues los contratos son generadores de obligaciones civiles, y los actos mencionados generan únicamente obligaciones naturales —que en buena cuenta no son obligaciones propiamente dichas—.

Por lo demás, resulta pertinente señalar que el juego y la apuesta prohibidos (artículo 1944) son los expresamente indicados en la ley; no existiendo acción para reclamar por su resultado y, en caso de producirse el pago, éste es nulo de pleno derecho.

3.16. Con la cesión de derechos.

3.16.1. En cuanto al nombre.

Tanto el contrato de compraventa como la cesión de derechos son figuras nominadas, pues a ambas se les conoce por dichos nombres.

3.16.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa y la cesión de derechos son figuras típicas legales y ambas se encuentran reguladas en el Código Civil; con la diferencia de que la compraventa es tratada dentro de los contratos típicos (precisamente como el primero de ellos); en tanto la cesión de derechos es regulada en el Libro de Derecho de Obligaciones, dentro del Título relativo a la Transmisión de las obligaciones, en un Capítulo Único denominado Cesión de Derechos.

En tal sentido, la compraventa es considerada como un contrato y la cesión de derechos como un modo de transmisión de obligaciones.

Sin embargo, en este punto consideramos conveniente efectuar una precisión en el sentido que la normatividad de la cesión de derechos como tal recién se da a partir del Código Civil de 1984, pues hasta la vigencia de su predecesor de 1936, la figura fue conocida como cesión de créditos.

Lo que se buscó en 1984 fue ampliar los alcances de la cesión, a fin de que pudiesen ser materia de la misma no sólo derechos crediticios, sino también otros de diversa naturaleza, como bien podría ser un derecho sucesorio respecto de la herencia de una persona ya fallecida (artículo 1209) o cualquier otro derecho para cuya cesión o transmisión la ley peruana no haya contemplado una manera especial; lo que equivale a decir que su modo de transmisión no se encuentre tipificado.

Tal vez el tratamiento de la cesión de derechos no ha sido todo lo adecuado que pudo ser, pero la intención de ampliar el espectro de la cesión a otros derechos distintos a los créditos, a nuestro entender ha sido positiva.

Sin embargo, ocurre que existen determinados supuestos que podrían ser calificados como casos límite, en los cuales no sabremos con certeza si nos encontramos frente a un contrato de compraventa o a una cesión de derechos.

Tal vez el ejemplo más ilustrativo de las hipótesis a que hacemos referencia, esté dado por el acto a través del cual uno de los

copropietarios de un inmueble celebra un acto con otro de los copropietarios o con un tercero, a través del cual se obliga a transferirle su derecho de copropiedad sobre su cuota parte.

Por un lado, podríamos pensar que es una compraventa, al haber sido incluido este supuesto dentro de los casos de retracto, en el artículo 1599, inciso 2, cuando se habla de la venta a tercero de las porciones indivisas, pero también tranquilamente, podría entenderse que cabe una segunda interpretación, que considere que aquello que se cede es el derecho de copropiedad, en oposición a la transferencia de la propiedad completa sobre un bien, lo que llevaría a calificar al acto como una cesión de derechos (no crediticios).

Pero más allá de estos casos límite, es claro que en la gran mayoría de supuestos de cesión de derechos no cabría confusión alguna respecto al contrato de compraventa, ya que ello sólo se producirá cuando el derecho que se cede sea el de propiedad y no otro.

Por otro lado, en la cesión de derechos no crediticios tenemos como partes celebrantes al cedente o titular cedente de un derecho y al tercero cesionario de ese derecho (vale decir aquella persona a la que se le cede el derecho); en tanto que si se tratase de una cesión de créditos, no habría siquiera necesidad de pedir el asentimiento del deudor cedido.

Resulta muy diferente en el caso de la compraventa, pues aquí las partes son el comprador y el vendedor; a diferencia de la cesión de créditos (en donde dicha cesión se produce única y exclusivamente al interior de una relación obligacional). Esto significa que en la compraventa, tanto comprador como vendedor son a la vez acreedores y deudores recíprocos de diferentes obligaciones.

3.16.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica; en tanto la cesión de derechos podría ser considerada simple en la medida que nos encontremos en presencia de un acto por el cual el cedente se obliga frente al tercero cesionario a transferirle un derecho distinto a los derechos de crédito.

3.16.4. En cuanto a su contenido o área.

Por su contenido, el contrato de compraventa puede ser de naturaleza civil, mercantil o especial; no existiendo impedimento

alguno para que la cesión de derechos crediticios o no crediticios, revista cualquiera de las naturalezas mencionadas.

3.16.5. En cuanto a su autonomía.

Por su autonomía, la compraventa es un contrato principal, pues para existir no depende jurídicamente de ningún otro contrato.

Podría decirse lo mismo respecto de la cesión de derechos no crediticios; mas no estaríamos de acuerdo en asignar similar calificativo a la cesión de créditos, ya que para ceder un crédito, previamente tiene que haberse dado nacimiento al mismo, lo que puede haber ocurrido, ya sea en virtud de la ley o de la voluntad humana; y, en este último caso, lo más frecuente será que dicho crédito haya nacido de un contrato. Así, la cesión de créditos necesariamente es un acto derivado porque le anteceden la ley o la voluntad del hombre como fuentes creadoras de tal crédito.

3.16.6. En cuanto a su formación.

Como sabemos, la compraventa es un contrato consensual. En cambio, la cesión de derechos es un acto formal, ya que en virtud a lo prescrito por el artículo 1207 del Código Civil, ella debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad; en tanto que dicha norma agrega que cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión.

3.16.7. En cuanto al tiempo.

Por el tiempo, el contrato de compraventa generalmente es de ejecución inmediata e instantánea, salvo que las partes hayan pactado plazo suspensivo para el inicio de su ejecución o para el caso en el cual las partes hayan convenido que el precio se pagará a plazos.

En lo que respecta a la cesión de créditos, resulta difícil imaginar en la práctica que dicho acto no tenga vocación de ejecución instantánea e inmediata, pero podría darse el caso.

Y en lo referente a la cesión de derechos no crediticios, podríamos aplicar **mutatis mutandis** nuestras expresiones relativas al contrato de compraventa.

3.16.8. En cuanto a su negociación.

Se ha dicho reiteradas veces que la compraventa es un contrato que se celebra ya sea por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

En cambio, no ocurrirá lo propio en materia de cesión de derechos, pues justamente se trata de actos que no tienen mayor tipicidad que aquélla brindada al respecto por las normas generales.

En tal sentido, será poco probable asistir a la celebración de cesiones de derechos que consten en formularios preimpresos, ya sea por adhesión o con arreglo a cláusulas generales. La cesión de derechos constituye corrientemente un acto de formación paritaria o de negociación previa, en el cual ambas partes tendrán márgenes lo suficientemente amplios como para modelar su contenido.

3.16.9. En cuanto al rol económico.

El contrato de compraventa es uno de cambio y de disposición.

Similares consideraciones podrían aplicarse a la cesión de derechos cuando ésta tenga naturaleza onerosa, mas no cuando ella se celebre a título de liberalidad, caso en el cual podría ser calificada como un acto de disposición, y no de cambio.

3.16.10. En cuanto a su función.

Como sabemos, el contrato de compraventa es, generalmente, uno de carácter constitutivo, aunque teóricamente podríamos imaginar una compraventa regulatoria o modificatoria, pero nunca extintiva.

La gama tan amplia que plantea la cesión de derechos, no nos permite efectuar similares consideraciones que aquéllas referidas a la venta.

Así, podemos tener cesiones de derechos constitutivas, regulatorias, modificatorias, como también de carácter extintivo, cuando (en este último caso) lo que se busque sea precisamente poner término a una relación jurídica.

3.16.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Como sabemos, el contrato de compraventa es un contrato de carácter individual, ya que las obligaciones creadas por él afectan únicamente a las partes que lo celebran.

En tanto la cesión de derechos (y específicamente la cesión de créditos), no comparte este rasgo característico, ya que la cesión de créditos surte efectos contra el deudor cedido, teniendo en cuenta que ella puede realizarse sin su asentimiento e incluso **contra su voluntad**, a menos que haya pactado con el acreedor lo **contrario** al momento de constituir la obligación o que tenga **razones** jurídicamente fundadas para tal oposición.

Esto significa que –una vez notificado de la cesión, o cuando tome conocimiento de la misma– la cesión de créditos resulta oponible respecto del deudor, lo que conlleva a que se encuentre obligado a pagar al tercero cesionario que ahora ha pasado a ocupar el lugar del acreedor cedente.

3.16.12. En cuanto a la prestación.

Como sabemos, la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas.

Por su parte, la cesión de derechos puede celebrarse mediando una contraprestación, o sin que medie contraprestación alguna, es decir a título de prestación unilateral.

3.16.13. En cuanto a la valoración.

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, resulta evidente que la cesión de derechos puede celebrarse ya sea a título gratuito o a título oneroso. La compraventa siempre se celebra a título oneroso.

3.16.14. En cuanto al riesgo.

La cesión de derechos puede celebrarse tanto de manera conmutativa como aleatoria.

Se trataría de una cesión conmutativa en la medida que no hubiese duda ni sobre la existencia, ni sobre la exigibilidad del derecho cedido y además que éste pueda cobrarse fácilmente (es decir, sin obstáculo alguno, en el caso de la cesión de créditos) o hacerse efectivo de inmediato y a plenitud (en el caso de la cesión de derechos no crediticios).

Pero pensamos que en la cesión de derechos la regla no estará dada por la conmutatividad, sino por la aleatoriedad. Decimos esto, ya que aunque el derecho que se ceda no sea materia de controversia judicial, arbitral o administrativa, o incluso materia de una controversia de esta naturaleza, podría haber un alto componente de aleatoriedad tanto en lo que respecta a la magnitud del derecho cedido, como a la posibilidad de hacerlo efectivo.

De ahí la puntual regulación al respecto del Código Civil Peruano.

Recordemos simplemente que los artículos 1211 a 1214 están encaminados a garantizar –de una u otra forma– los intereses del cesionario y a evitar posibles fraudes por parte del cedente.

En el artículo 1211 se establece que la cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las

garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transmitido, salvo pacto en contrario; agregándose que en el caso de un bien dado en prenda, debe ser entregado al cesionario si estuviese en poder del cedente, mas no si estuviera en poder de un tercero.

Por su parte, el artículo 1212 prescribe que el cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto; en tanto el numeral 1213 anota que el cedente no se encuentra obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto.

Finalmente, el artículo 1214 prescribe que cuando la cesión opera por ministerio de la ley, el cedente no responde de su realidad, ni de la solvencia del deudor.³⁰

3.16.15. En cuanto a sus efectos.

Tanto la cesión de derechos como el contrato de compraventa son actos meramente obligatorios u obligacionales.

3.17. Con la dación en pago.³¹

3.17.1. En cuanto al nombre.

Tanto el contrato de compraventa como la dación en pago son figuras nominadas y son conocidas con este nombre en el Código Civil Peruano (artículos 1529 y 1265, respectivamente).

3.17.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa –lo sabemos– es un contrato típico. La dación en pago es considerada en nuestra legislación como uno de los medios típicos de extinción de las obligaciones, constituyendo el Capítulo Sexto del Título II, relativo al pago.

30. Para mayor información al respecto, remitimos al lector a un anterior trabajo nuestro (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Primera Parte, Tomo III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, noviembre de 1994, Páginas 543 a 545).

31. Debemos precisar que este punto será abordado de acuerdo a la concepción doctrinaria adoptada por el Código Civil Peruano de 1984, en el sentido de otorgar autonomía conceptual a la dación en pago, independientemente de nuestra posición contraria al respecto, expresada en su oportunidad (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Tercera Parte, Tomo VIII, Páginas 13 a 88).

A pesar de que contradictoriamente en los dos artículos que tratan sobre la dación en pago, el Código acoge teorías distintas, consideramos que dentro de una interpretación sistemática de ese cuerpo legal, aquella que prevalece es la del artículo 1265, norma que prescribe que el pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse. En esta norma, se ha acogido aquella doctrina sobre su naturaleza jurídica que considera a la dación en pago como una forma o modalidad de pago.

Como se recuerda,³² la doctrina alemana del siglo XIX, la moderna doctrina italiana y el Derecho Español –en especial– han considerado a la dación en pago como una forma o modalidad del pago.

Refieren Cazeaux y Trigo Represas³³ que existe una controversia doctrinaria, de antigua data, acerca de cuál es la naturaleza jurídica de la dación en pago, y que esas discrepancias interpretativas se han reflejado a veces en algunas legislaciones. Enunciando las principales doctrinas, los profesores citados precisan que una primera tradicionalmente consideró a la dación en pago como una simple variedad o modalidad del pago, en la cual el acreedor asiente en recibir una prestación distinta a la adeudada.

En este sentido, Latour Brotóns³⁴ señala que la dación en pago no es más que un modo de extinción de las obligaciones por sustitución en el cumplimiento, que si posee ciertas afinidades con otras instituciones jurídicas, aquéllas son más aparentes que reales, ya que la institución tiene ciertamente requisitos propios que la individualizan; es, pues, un subrogado del pago que ofrece sus caracteres fundamentales, siéndole de aplicación sus reglas.

De igual manera, Ruggiero y Maroi –citados por Fernández Rodríguez³⁵ sostienen que la **datio in solutum** no es más que un equivalente de la **solutio** y posee características fundamentales, debiendo aplicarse a la misma, en general, las reglas relativas al pago.

32. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Tercera Parte, Tomo VIII, Páginas 35 a 41.

33. CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Editorial Platense, La Plata, Argentina, 1986, Páginas 282 a 285.

34. LATOUR BROTONS, Juan. Notas sobre la Dación en Pago. En: Revista de Derecho Privado, Números 436-437, Julio-Agosto, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1953, Página 631.

35. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. Naturaleza Jurídica de la Dación en Pago. En: Anuario de Derecho Civil, Serie 1, Número 2, Nota de pie de página N° 98, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid. s/f, Página 778.

Por su parte, Raymundo Salvat³⁶ anota que, según una posición doctrinaria, esta operación constituye una simple modalidad del pago, en virtud de la cual, por una estipulación libremente convenida, el acreedor consiente en recibir una cosa diferente en lugar de la que le era debida. La obligación extinguida queda intacta, sin experimentar en todo lo demás cambio ni modificación alguna.

Gierke, también citado por Fernández Rodríguez,³⁷ considera a la dación en pago como un equivalente del pago, al señalar que en aquélla la obligación se extingue mediante un contrato distinto del contrato de cumplimiento, en que la prestación realizada en virtud de aquél no tiene el valor de cumplimiento sino de equivalente del cumplimiento.

La dación en pago está regulada por el Código Civil Peruano de 1984 como una forma de extinción de las obligaciones, al igual que el pago. Sin embargo, mientras este último supone la ejecución de la prestación debida conforme al contenido de la relación obligatoria, mediante la **datio in solutum** la obligación se extingue por ser ejecutado un **aliud pro alio**.

Así, la realización de una prestación distinta a la debida –nota característica de esta institución– nos permite diferenciarla del pago o cumplimiento en estricto.

Al respecto, señala Borda³⁸ que mucho se ha discutido la naturaleza jurídica de la dación en pago. Para algunos, no es sino una forma peculiar del pago, un modo supletorio de cumplimiento; pero Borda considera que este punto de vista se hace pasible de ciertas objeciones, pues el pago supone entregar exactamente lo que se prometió, en tanto que en la dación en pago se entrega una cosa distinta; el pago puede hacerse contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación, mientras que la dación requiere inevitablemente la conformidad de aquél.

Dentro de esta línea de pensamiento, Jorge Eugenio Castañeda³⁹ afirma que el pago supone que el deudor entregue a su acreedor aquello que constituye el objeto de la obligación. Para que haya

36. SALVAT, Raymundo. Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en General. Tomo II, Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia, por Enrique V. Galli, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1952, Páginas 485 y 486.

37. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. Op. cit., Nota de pie de página N° 96, Página 778.

38. BORDA, Guillermo A. Manual de Obligaciones. Tomo I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1975, Página 623.

39. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones. Lima, 1957, Página 152.

dación en pago se requiere que el deudor entregue a su acreedor cosa distinta de la que debe.

Héctor Lafaille⁴⁰ precisa que para un corto número de autores la dación en pago es tan sólo una forma peculiar del pago que difiere únicamente del régimen ordinario en cuanto, por modificarse el objeto, se torna indispensable el asentimiento del acreedor. Sin embargo, se objeta esta teoría al no ocuparse de las consecuencias del acto extintivo en su integridad.

Refiere Larenz⁴¹ que la satisfacción del acreedor puede tener lugar también cuando en lugar de la prestación debida recibe otra, pero la entrega de prestación distinta de la debida únicamente libera al deudor cuando el acreedor la acepta «en lugar del pago». A diferencia del cumplimiento, la prestación por dación en pago exige un contrato especial que acompañe al acto de la prestación en el sentido de que esta prestación se da y se recibe en lugar del pago.

Por su parte, Fernández Rodríguez⁴² anota que «la teoría que sostiene que la dación en pago es una simple modalidad del pago, no resuelve, a causa de su imprecisión, el problema de la naturaleza jurídica que estamos estudiando. Es evidente que la **datio in solutum** no es pago en sentido técnico, ya que en una acepción estricta o técnico-jurídica significa 'el cumplimiento efectivo de la prestación convenida', y la dación en pago no supone el cumplimiento o realización de la prestación establecida en la obligación, sino de una distinta (el **aliud**)».

El profesor colombiano Antonio de la Vega Vélez⁴³ considera que la dación en pago es un fenómeno jurídico distinto de la extinción por pago efectivo, pues ella tiene lugar cuando por acuerdo mutuo entre el deudor y el acreedor, éste recibe, en lugar de la suma o cosa que se le debe, otra equivalente. Así, consistiendo el pago en la prestación exacta de lo que se debe dar en pago, no podrá nunca entenderse la dación en pago como una forma de pagar.

Precisa Llambías⁴⁴ que con el pago la diferencia es notoria, pues mientras éste consiste en el cumplimiento específico de la

-
40. LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones. Tomo IV, Volumen I, Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1943, Página 371.
 41. LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958, Página 418.
 42. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. Op. cit., Página 779.
 43. DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1978, Páginas 275 y 276.
 44. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Tomo III, Cuarta Edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1983, Páginas 10 y 11.

obligación, es decir, en la satisfacción de aquello mismo que debe el deudor, la dación en pago tiene por objeto un bien distinto del debido, mediante el cual el acreedor logra la satisfacción de su interés. Desde otro ángulo –dice Llambías–, el pago es un acto jurídico unilateral, mientras que la dación en pago es un acto jurídico bilateral que se sustenta en el consentimiento de acreedor y deudor.

A entender de Boffi Boggero,⁴⁵ la dación en pago no consiste en una especie de pago porque la figura entraña una conducta compleja; extingue una obligación primitiva al sustituirla con otra que libera de la anterior; y, con casi simultaneidad jurídica, paga o cumple la obligación sustituyente; de modo que quienes ven un pago, solamente ven la cúspide del proceso, pero no todo él como unidad.

Por otra parte, se han formulado teorías que consideran a la dación en pago como una modificación del objeto de la relación obligatoria.

Según anota Fernández Rodríguez,⁴⁶ entre los autores que defienden esta tesis figura Franz Leonhard (Leonhard fue el primer civilista alemán que se ocupó de esclarecer la naturaleza jurídica del concepto en cuestión). La teoría de Leonhard sostiene que la dación en pago se limita a modificar la relación obligatoria sustituyendo su objeto inicial por el que ha de darse en pago. Es decir, la obligación pasa a tener, por modificación, un nuevo objeto, y, una vez modificada, se extingue por pago o cumplimiento normal. Así, la **datio in solutum** no se considera como una institución jurídica particular, sino como una subespecie de la modificación de la relación obligatoria. Bajo esta perspectiva, mediante la dación en pago, la obligación originaria subsiste.

Luciano Barchi Velaochaga⁴⁷ considera que la relación obligatoria puede experimentar a lo largo de su existencia modificaciones que alteren algunos de sus elementos –incluso los esenciales– pero permaneciendo inmutada y conservando su identidad.⁴⁸

-
45. BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones. Tomo IV, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979, Página 347.
46. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. Op. cit., Páginas 774 y 775.
47. BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. La Modificación Objetiva de la Relación Obligatoria: Replanteando la Dación en Pago. En: Revista Peruana de Derecho El Jurista, Año 1, Número 3, Lima, Agosto de 1991, Página 108.
48. Entre esas modificaciones, el autor citado distingue dos tipos: una subjetiva, vinculada a cambios en la posición activa o pasiva de la obligación, y otra objetiva, referente a cambios en el objeto de la relación obligatoria. Dentro de tal orden de ideas, Barchi Velaochaga (BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. Op. cit., Página 123) concibe a la dación en pago como el acuerdo de partes para la modificación objetiva de una relación obligatoria preexistente.

En nuestra opinión, no puede hablarse de una simple modificación de la relación obligatoria cuando uno de sus elementos esenciales –causa, objeto, sujetos o el vínculo mismo– es reemplazado por otro. Tal variación constituye –en realidad– una sustitución de la relación obligatoria que importa, indudablemente, su extinción, salvo los casos de cesión de derechos y asunción de deuda, que mantienen vigente la misma obligación.

Simple modificaciones de la relación obligatoria podrían ser aquellos cambios sobre el lugar o tiempo del pago, el modo de cumplimiento, el importe de la deuda, los derivados de una constitución de garantías, entre otros, pero nunca la sustitución del objeto de pago.

Planiol y Ripert⁴⁹ afirman que el objeto es un elemento tan esencial de las obligaciones que no puede ser variado sin extinguirlas.

En la dación en pago –agregan los citados autores– existe indudablemente una obligación, en todo momento, pero la segunda no es la misma que la primera; es una nueva obligación que toma el lugar de ésta.

Sobre la base de tales consideraciones, creemos que, cuando el acreedor acepta que se ejecute la misma prestación, pero en un lugar, momento o forma distinto al pactado, no se configura dación en pago sino una modificación circunstancial de la obligación.⁵⁰

Sin embargo, resulta curioso que en el artículo 1266 del propio Código, vale decir en la norma siguiente, pareciera recogerse la tesis de que la dación en pago equivale a una compraventa.

Dicho numeral precisa que si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe el bien en pago, sus relaciones con el deudor se regulan por las reglas de la compraventa.

Como ha sido dicho en oportunidad anterior,⁵¹ la equiparación de la **datio in solutum** al contrato de compraventa tiene profundas raíces históricas; ya en la época Justiniana la dación en pago se configuraba como un contrato semejante a la compraventa.

Los juristas medievales, con posterioridad, recogieron esta concepción, asimilando ambas figuras. En las actuales

49. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo VII, Página 589.

50. En este sentido, el artículo 812 del Código Civil Argentino prescribe que «...las estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligación que no hagan al objeto principal, o a su causa, como respecto al tiempo, lugar o modo de cumplimiento, serán consideradas como que sólo modifican la obligación, pero que no la extinguen.»

51. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Tercera Parte, Tomo VIII, Páginas 79 a 85.

legislaciones, por tradición jurídica, se prevén preceptos similares a la norma.⁵²

En las doctrinas francesa y española, la asimilación de la **datio in solutum** a la compraventa ha alcanzado mayor difusión. Así, Domat, citado por Fernández Rodríguez,⁵³ precisa que si el acreedor de una cantidad consiente recibir en pago una finca u otra cosa, constituirá esto una venta cuyo precio será la cantidad debida.

Troplong,⁵⁴ por su parte, expresa que si ocurriera en seguida que el comprador no pudiese pagar en dinero, diera en pago otra cosa, éste sería siempre un contrato de venta. **Nom enim pretti numeratio, sed conventio perficit emptionem.**

Según se ha dicho, en los contratos no se mira sino el comienzo.

En este sentido, anota Pothier⁵⁵ que si las partes han estipulado por precio una cantidad de dinero, aunque luego el comprador dé en pago otra cosa, y sin mediar entrega de cantidad alguna, el contrato no dejará de ser y continuará siendo un contrato de venta.

Entre los autores españoles, Escriche, citado por Fernández Rodríguez,⁵⁶ afirma que la **datio in solutum** es un contrato equivalente a una verdadera venta, pues se encuentra en ella todo lo que es esencial a la venta, esto es, el consentimiento, la cosa y el precio.

En opinión de Badenes Gasset,⁵⁷ existe venta cuando el precio es estipulado en dinero, aunque por un acuerdo entre las partes se sustituya el precio por una cosa que se da **in solutum**, como dación en pago.

52. En este sentido, el Código Civil Paraguayo de 1987, en el artículo 601, establece que determinado el precio de la cosa dada en pago, las relaciones entre las partes se regularán por las normas del contrato de compraventa.

A su turno, el segundo párrafo del artículo 1491 del Código Civil Uruguayo dispone lo siguiente: «Si se determinare el precio por el cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas del contrato de compraventa.»

Asimismo, el Código Civil Brasileño (artículo 996) prescribe que determinado el precio de la cosa dada en pago, las relaciones entre las partes se regulan por las normas del contrato de compra y venta. De otro lado, señalamos que en la legislación extranjera consultada, sólo un Código Civil, el Nicaragüense de 1903, hace referencia al tema en el Título que regula al contrato de compraventa. Dicho Código prevé en su artículo 2532 lo siguiente: «Cuando las cosas se entreguen en pago de lo que se debe, el acto tendrá los mismos efectos que la compra y venta. El que la entrega está sujeto a las consecuencias de la evicción de los vicios redhibitorios, y de las cargas reales no declaradas; mas la deuda que se paga será juzgada por las disposiciones del pago.»

53. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. Op. cit., Página 757.

54. TROPLONG, C. Op. cit., Tomo I, Página 191.

55. POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Tomo I, Página 20.

56. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. Op. cit., Página 758.

57. BADENES GASSET, Ramón. Op. cit., Tomo I, Página 235.

Ahora bien, dichos autores afirman que la dación en pago configura una compraventa por considerar que aquella impone al deudor una obligación del mismo género que la del vendedor: la entrega del bien a dar en pago de lo que debe. Así, el acreedor adeuda el precio al deudor, pero esta deuda se compensa con el crédito original, de modo que sólo subsiste el crédito respecto del bien dado en pago.

Bekker, también citado por Fernández Rodríguez,⁵⁸ considera que la dación en pago es equiparable a una compraventa, donde, quien recibe la cosa (acreedor de la obligación inicial), cuasi-comprador, viene obligado a satisfacer el precio, que se compensa con su propio crédito.

Al respecto, Cazeaux y Trigo Represas⁵⁹ refieren que la dación en pago se asimila a la compraventa, atendiendo a que el deudor vendería a su acreedor un bien por un precio igual al monto de su deuda, extinguiéndose inmediatamente por compensación la obligación que por el precio nace para el acreedor y aquella a la que a su vez estaba primitivamente sujeto a su respecto el deudor.⁶⁰

Starck, Roland y Boyer⁶¹ precisan que es identificable la dación en pago con una venta; parece como si el deudor vendiera uno de sus bienes a su acreedor por un precio igual al monto de su venta.

Anota el profesor colombiano Antonio de la Vega Vélez⁶² que se ha atribuido a la dación en pago naturaleza contractual y características similares a las de la compraventa, por estimar que la cosa dada en pago ocupa el lugar de la cosa vendida, y la prestación que cumplió en su momento quien la recibe, ocupa el lugar del precio pagado por el comprador. Las responsabilidades y prestaciones entre las partes son las mismas en ambos actos, y sólo es notable el distinto derecho que determina cada uno de estos actos cuando la cosa dada en pago no es de quien la da, o

58. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. Op. cit., Página 759.

59. CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 283 y 284.

60. Recuerda Manuel Albaladejo (ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Volumen II, Tomo II, Página 143) que los tribunales españoles, en una resolución del 12 de marzo de 1931, han sentenciado que cuando alguien debe a otro una suma de dinero y los interesados acuerden que tal suma adquiera el concepto de precio y a cambio de él venda el deudor alguna cosa al acreedor, hay compraventa y no dación en pago.

61. STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Obligations. Cuarta Edición, litéc, Librairie de la Cour de Cassation, París, 1992, Página 80.

62. DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Op. cit., Páginas 275 y 276.

cuando dicha cosa, llegado el caso, es materia de restitución por quien la recibe.

No obstante las opiniones expuestas, precisa aclararse que la teoría que asimila la **datio in solutum** a la compraventa ha sido duramente criticada.

Se ha expresado que dicha tesis acude a una ficción para fundamentar la asimilación de la dación en pago a la compraventa, al considerar que el bien dado en pago –el **aliud**– ocupa el lugar del bien materia de venta y el precio está representado por el crédito que se extingue por compensación.

Por otra parte, Blumenthal, citado por Fernández Rodríguez,⁶³ objeta la equiparación de la **datio in solutum** al contrato de compraventa, ya que tan sólo pueden asimilarse cuando se entrega una cosa en lugar de dinero, o viceversa; fuera de estos casos, no es posible equipararlas. De lo contrario –sostiene Blumenthal–, la dación en pago equivaldría a un contrato bilateral de naturaleza variable según cuando sea el objeto a que se refiere el **aliud**. Así, la dación en pago equivale a una compraventa o a una permuta, cuando se entregue una cosa en lugar de dinero o de otra cosa. Si la antigua prestación se refería a un **dare** o un **facere** y se realiza **in solutum un factum**, habrá tenido lugar un contrato innominado **facio ut facias**.

En efecto, la compraventa no comprende todos los supuestos de la **datio in solutum**, ya que sólo podría aplicarse cuando la **res debita** consistiese en dinero y el **aliud**, en una cosa, o viceversa. Sin embargo, la dación en pago tiene un campo mucho más extenso, pudiendo referirse a todo género de obligaciones y ser objeto de la misma cualquier prestación.

En este sentido, Diez Picazo y Gullón⁶⁴ sostienen que esta teoría tiene un defecto de partida: circunscribirse al supuesto de que el acreedor lo sea por una cantidad de dinero y el deudor, en lugar de entregarlo, da una cosa; de modo que no serviría para explicar la dación cuando ese deudor ejecutase un **facere**, o el acreedor tuviera derecho a un **facere** del deudor y éste entregase una cosa para liberarse. Agregan Diez Picazo y Gullón que esa tesis olvida que el cambio se produce no entre un dinero o cantidad y una cosa, sino entre un crédito (el derecho a exigir una prestación

63. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. Op. cit., Página 761.

64. DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen III, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985, Página 255.

que tiene por objeto dinero) y una cosa, siendo así que el precio en la compraventa debe ser dinero o signo que lo represente. Y añaden, por último, que cabe objetar que nada se halla más lejos de la intención de las partes que el configurar la dación como una compraventa, pues las mismas no quieren concluir un contrato productor de obligaciones recíprocas (entrega de la cosa a cambio de un precio), sino un convenio para extinguir una obligación entre ellos existente.

A estos argumentos, perfectamente válidos, podemos agregar que el artículo 1266 del Código de 1984, al asumir la tesis que identifica la dación en pago con el contrato de compraventa, contradice el precepto previo, esto es, el artículo 1265, el cual acoge otra posición doctrinaria, es decir, aquella que sostiene la autonomía conceptual de la dación en pago.

Por lo demás, si la hipótesis del artículo 1266 asimila la dación en pago al contrato de compraventa, por qué, nos preguntamos, no efectuar igual asimilación, cuando aparezcan semejanzas a otros contratos, típicos o atípicos, de distintas prestaciones de dar, o de prestaciones de hacer o de no hacer.

Dentro de la tesis adoptada por el Código nacional, con la cual discrepamos, el cumplimiento de una prestación distinta a la que se debe, naturalmente con asentimiento del acreedor, no determinará que la diferente naturaleza de la nueva prestación cambie la naturaleza del contrato, debido a que la dación en pago, tal como es entendida por el Código Civil Peruano de 1984, es sólo un medio extintivo de las obligaciones (nunca un medio creador, modificatorio o regulador de las mismas).

Por tal razón, y siempre dentro de la posición asumida por nuestro Código Civil, el contrato originario permanecería siendo el mismo, a pesar de que se hubiera pagado con alguna prestación distinta a la debida.

En opinión de Héctor Lafaille:⁶⁵ “Todo ello se entiende tomando en cuenta la situación de las partes en el momento de celebrarse el acuerdo de voluntades. Si ulteriormente convinieran entre ellas un cambio en el objeto de la obligación, de suerte que quien había estado en el deber de entregar cierta cantidad de dinero quedaba liberado mediante la transferencia de un inmueble o de cualquiera otra cosa, tal acto no cambiaría el contrato primitivo. Con mayor motivo si en lugar de novar se tratara de una dación en pago que,

65. LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo II, Página 71.

como sabemos, no es en rigor más que un caso especial de aquella figura extintiva”.

Añade el referido autor que a igual resultado se llega cuando desde un principio el comprador se ha reservado el derecho de sustituir el precio por un objeto. Sería un caso de obligación facultativa, donde debe considerarse tan sólo la obligación principal, que es la única que podría exigir el vendedor, estando la otra librada al criterio del adquirente, o sea **in facultate solutionis**.

Por nuestra parte, entendemos que la razón por la cual la Comisión Revisora incluyó el artículo 1266 en el Código civil fue la de lograr que se aplicaran a un contrato –al que originalmente no le eran aplicables– las normas sobre obligaciones con saneamiento, si luego de producida la dación en pago aparecía como que se había transferido la propiedad de un bien (obligación que no estaba presente en el contrato originario).

Sobre el particular, Fernández Rodríguez⁶⁶ precisa que la finalidad que se persigue con la asimilación de la **datio in solutum** a la compraventa, es –principalmente– aplicar a aquélla la disciplina del saneamiento por evicción y vicios ocultos. No obstante ello, algunos autores olvidan que el saneamiento por evicción es aplicable no sólo al contrato de compraventa, sino a cualquier contrato por el cual una persona se obliga a enajenar un bien.

3.17.3. En cuanto a su estructura.

La estructura de la compraventa es simple, pues da lugar a una relación jurídica, consistente en la obligación del vendedor de transferir la propiedad, y la del comprador de pagar el precio.

Por su parte, la dación en pago comparte esta característica, pero no con efectos creadores sino extintivos.

3.17.4. En cuanto a su contenido o área.

Por su contenido, la compraventa puede ser tanto un contrato civil como uno mercantil o de naturaleza diversa (especial); a través de la dación en pago se pueden extinguir obligaciones de idéntica naturaleza.

3.17.5. En cuanto a su autonomía.

Por su autonomía, sabemos que la compraventa es un contrato principal, ya que para su existencia no depende jurídicamente de otro contrato.

66. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. Op. cit., Página 760.

En cambio, la dación en pago no se concibe sin una obligación que le sea preexistente. En tal sentido, jamás podríamos imaginar una dación en pago como acto originario o principal.

3.17.6. En cuanto a su formación.

Tanto el contrato de compraventa como la dación en pago son consensuales. En el caso de la dación en pago se requiere del asentimiento de acreedor y deudor para que este último pueda pagar con una prestación distinta a la originalmente debida.

3.17.7. En cuanto al tiempo.

Por lo general la compraventa se celebra para ejecutarse de manera inmediata e instantánea, salvo los casos estudiados en este trabajo.

En la dación en pago necesariamente ocurre lo mismo, ya que resulta imprescindible que el pago con algo distinto a lo debido en origen se efectúe inmediatamente después de aceptado el cambio de prestación por el acreedor. De lo contrario, nos encontraríamos dentro del campo de la novación objetiva (esto, dentro de la lógica del Código Civil Peruano, pues, como hemos mencionado, nuestra posición al respecto consiste en negarle autonomía conceptual a la dación en pago, al considerar que se trata únicamente de una novación objetiva seguida de pago).

3.17.8. En cuanto a su negociación.

Mientras la compraventa se celebra por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, la dación en pago es casi siempre un acuerdo fruto de negociación previa, vale decir, paritario.

Nunca hemos observado en la práctica, la existencia de daciones en pago que consten en formularios pre-impresos (contratos por adhesión) o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.17.9. En cuanto al rol económico.

La compraventa es un contrato de cambio y de disposición. La dación en pago es un acto de disposición, ya que el deudor tendría la obligación de entregar el bien al acreedor (en caso consistiese en esta modalidad).

3.17.10. En cuanto a su función.

La compraventa es un contrato fundamentalmente constitutivo, aunque puede formar parte, por excepción, de uno modificatorio, pero no será un contrato resolutorio, puesto que siempre

generará la obligación de transferir la propiedad, de una parte y la de pagar el precio, por la otra. En esto difiere radicalmente de la dación en pago, el mismo que, dentro de las doctrinas adoptadas por el Código Civil de 1984, es un acto extintivo por excelencia.

3.17.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Tanto la compraventa como la dación en pago son actos individuales, ya que las obligaciones creadas por la compraventa y la obligación extinguida por la dación en pago, afectan únicamente a las partes que celebran cada uno de estos actos.

3.17.12. En cuanto a la prestación.

Mientras la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas, la dación en pago es un acto que puede tener una contraprestación, pero también podría no tenerla, caso este último, en el que se trataría de un acto de prestación unilateral.

3.17.13. En cuanto a la valoración.

La compraventa es un contrato que se celebra a título oneroso; la dación en pago podría celebrarse a título oneroso, en la medida que el sacrificio patrimonial del deudor encontrase compensación en el del acreedor (quien evidentemente sería deudor de una obligación distinta).

3.17.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es por lo general conmutativa y por excepción aleatoria. La dación en pago siempre ha sido concebida como un acto conmutativo; sin embargo, creemos que no habría impedimento alguno para imaginar una eventual aleatoriedad en este acto.

3.17.15. En cuanto a sus efectos.

La compraventa y la dación en pago tienen efectos meramente obligacionales, con la salvedad de que en el caso de la dación en pago, el acuerdo para pagar con algo distinto a lo debido en origen, debería pasar, necesariamente, por efectuar un pago posterior.

3.18. Con la novación.

3.18.1. En cuanto al nombre.

La compraventa es un contrato nominado y la novación es un medio extintivo de obligaciones que comparte similar carácter.

3.18.2. En cuanto a su regulación.

Mientras la compraventa es un contrato típico (regulado entre los artículos 1529 y 1601 del Código Civil), la novación es uno de los medios típicos extintivos de obligaciones (regulado entre los artículos 1277 y 1287 del propio Código).

Ahora bien, cuando hacemos mención a las relaciones existentes entre la compraventa y la novación, resulta obvio que nos estamos refiriendo a la novación objetiva, es decir aquella en la que cambia el objeto de la obligación (la prestación) y no a la novación subjetiva, en la cual cambia alguno de los sujetos (acreedor o deudor), ya que este último tipo de novación no tiene similitud alguna con la compraventa.

Según prescribe el artículo 1278, hay novación objetiva cuando acreedor y deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente; agregándose en el numeral 1279 que la emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo, el lugar de pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación.

3.18.3. En cuanto a su estructura.

La compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica; en tanto la novación objetiva también podría ser calificada de simple, pues extingue una obligación y da nacimiento a otra.

3.18.4. En cuanto a su contenido o área.

Se sabe que la compraventa puede ser un contrato civil, uno mercantil, o uno de naturaleza especial.

La novación puede extinguir obligaciones de cualquiera de estas tres naturalezas, así como dar nacimiento a una nueva obligación también de cualquier naturaleza, incluso de naturaleza distinta a aquella que extinguió.

3.18.5. En cuanto a su autonomía.

Mientras el contrato de compraventa es un contrato principal, la novación no es un acto de carácter principal, pues no se concibe la existencia de una novación sin una obligación que preexista, la misma que las partes desean extinguir y a la cual ellas quieren reemplazar por otra distinta.

3.18.6. En cuanto a su formación.

Tanto la compraventa como la novación son consensuales, lo que equivale a decir que basta con el solo consentimiento de las partes para que sean válidas.

3.18.7. En cuanto al tiempo.

Salvo las excepciones estudiadas en este trabajo, la compraventa es un contrato de ejecución inmediata e instantánea.

Por su parte, la novación tiene efectos inmediatos e instantáneos, en cuanto a la extinción de la obligación preexistente y en cuanto a la creación de la nueva obligación.

3.18.8. En cuanto a su negociación.

Mientras la compraventa se celebra por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, la novación objetiva generalmente se celebrará por negociación previa.

3.18.9. En cuanto al rol económico.

La compraventa es un contrato de cambio y de disposición.

La novación objetiva no podría ser fácilmente encuadrada dentro de esta clasificación de los contratos.

3.18.10. En cuanto a su función.

Por su función, hemos dicho reiteradas veces que la compraventa es un contrato constitutivo, pero que —de manera excepcional— podría ser uno regulatorio o modificadorio; pero nunca será un contrato extintivo.

En cambio, la novación objetiva es un acto que a la vez extingue y crea obligaciones.

3.18.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

La compraventa es un contrato individual, en tanto la novación objetiva es un acto individual, ya que en ambos casos sus efectos sólo se circunscriben a las partes que los celebran.

3.18.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. La novación objetiva se circunscribe a la extinción de una obligación y al nacimiento de otra nueva en sustitución de la primera. Por tanto, no podría afirmarse que la novación implica necesariamente la existencia de una contraprestación.

3.18.13. En cuanto a la valoración.

De lo señalado en el punto anterior, se desprende que en tanto la compraventa es un contrato que se celebra necesariamente a título oneroso, la novación objetiva es un acto que puede celebrarse a título gratuito u oneroso.

3.18.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es fundamentalmente conmutativa y por excepción aleatoria.

Toda la doctrina consultada en torno a la novación, apunta a su conmutatividad; sin embargo, pensamos que en los planos teórico y práctico no habría impedimento alguno para plantearse supuestos en los cuales la novación revista carácter aleatorio.

3.18.15. En cuanto a sus efectos.

Ambos actos son de carácter obligatorio u obligacional.

3.19. Con la transacción.

3.19.1. En cuanto al nombre.

Mientras la compraventa es un contrato nominado, la transacción es un medio extintivo, pero también creador, modificatorio o regulatorio de obligaciones, evidentemente nominado.

3.19.2. En cuanto a su regulación.

En tanto la compraventa es un contrato típico, la transacción es un acto que también reviste tipicidad legal, regulado entre los artículos 1302 y 1312 del Código Civil, como medio extintivo de obligaciones.

Hemos incluido dentro del análisis comparativo de la compraventa respecto a otras figuras, reguladas por el Código Civil, a la transacción, por cuanto a través de ella las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado; pero con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes. Es así que podríamos estar ante el caso en el cual la transacción no sólo solucione el problema existente entre las partes, sino que para dicha solución una de ellas se obligue a transferir la propiedad de un bien, en tanto la otra se obligue a pagar una determinada cantidad de dinero.

En este caso, si bien nos encontraríamos ante una transacción, debido a que con dicho acto se ha solucionado un problema preexistente, el mismo se parecería muchísimo a una compraventa, y tal vez el principal rasgo distintivo se encontraría en el hecho de que la compraventa no presupone la solución de ningún conflicto, a diferencia de la transacción.

3.19.3. En cuanto a su estructura.

Mientras la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica, la transacción podría consistir desde el acto más sencillo o simple, hasta el acto más complejo, caso –este último– en el cual se daría origen a una pluralidad de relaciones jurídicas.⁶⁷

3.19.4. En cuanto a su contenido o área.

En cuanto a su contenido, la compraventa y la transacción pueden ser de naturaleza civil, mercantil o de alguna otra especial.

3.19.5. En cuanto a su autonomía.

Por su autonomía, la compraventa es un contrato principal, pues no depende jurídicamente de otro contrato; en tanto la transacción no es un acto principal, ya que no cabe imaginar la existencia de un acuerdo transaccional sin que previamente se haya dado origen (en virtud de algún acto o hecho jurídico) a alguna relación entre las partes, la misma que –precisamente– es la que les ha acarreado los problemas e inconvenientes que desean solucionar con la transacción.

3.19.6. En cuanto a su formación.

Mientras la compraventa es un acto consensual, la transacción es de carácter formal, ya que en virtud a lo establecido por el artículo 1304, la transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad (transacción extrajudicial), o por petición al juez que conoce el litigio (transacción judicial).

3.19.7. En cuanto al tiempo.

Como ha sido dicho, salvo en los casos de excepción, la compraventa es un contrato que tiende a ejecutarse instantánea e inmediatamente; en tanto la transacción puede que revista estas características o que no las tenga. Ello dependerá del objeto de dicha transacción, en la medida que a lo mejor el problema que tiende a solucionar acaba al momento de celebrarse la transacción, o podría darse el caso en que la solución del mismo esté supeditada a la ejecución de las prestaciones a que da origen la transacción, supuesto en el cual podríamos encontrarnos ante un acto de ejecución diferida, continuada o periódica.

67. En este punto se nos viene a la memoria una consulta profesional formulada en 1993 por una empresa, que buscaba solucionar todos los problemas que mantenía con respecto a otra compañía. Recuerdo que el proyecto de transacción que elaboré era un acto sumamente complejo, en el que se entremezclaban nitidamente rasgos característicos de la compraventa, de la donación, del arrendamiento, de la locación de servicios, de la compensación y de la condonación.

3.19.8. En cuanto a su negociación.

La compraventa puede ser un contrato de negociación previa, como uno celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En cambio, la transacción siempre será un acto de negociación previa, ya que dada su naturaleza sería inconcebible la existencia de una transacción por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, pues si lo que se busca es la solución de un problema a través de concesiones recíprocas, esa solución nunca podría obtenerse a través de este tipo de actos en los cuales es sólo una de las partes la que impone todas las condiciones a la otra.

Si de imponer condiciones se trata, resultaría obvio que la parte que redactase el documento no incluiría disposición alguna en beneficio de aquella que en el futuro se adhiera al mismo. No obstante, si bien en el plano práctico ello resulta inadmisibile, en teoría podría aceptarse, más allá de la improbabilidad de su ocurrencia.

3.19.9. En cuanto al rol económico.

Por el rol económico, la compraventa es un contrato de cambio y de disposición. Sería muy difícil encasillar a la transacción dentro de alguno o algunos criterios clasificatorios referidos al rol económico, ya que podrá revestir varios de ellos, en la medida que dada su naturaleza es completamente posible que varíe en un espectro muy amplio.

3.19.10. En cuanto a su función.

Hemos dicho que la compraventa es fundamentalmente un contrato constitutivo, pero que podría –por excepción– ser uno regulatorio o modificadorio; mas nunca tendrá carácter extintivo, pues a través de ella una parte (denominada vendedor) se obliga a transferir la propiedad de un bien a otra (denominada comprador), y esta parte se obliga a pagar su precio en dinero o signo que lo represente (argumento del artículo 1529 del Código Civil).

En cambio, la transacción tiene vocación extintiva, al buscarse a través de ella la solución de algún asunto dudoso o litigioso existente entre las partes. Sin embargo, como ha sido dicho anteriormente, la transacción también podría revestir una función creadora, modificadoria o regulatoria de obligaciones o relaciones jurídicas preexistentes (argumento del artículo 1302 del Código Civil).

3.19.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

La compraventa y la transacción son actos de carácter individual, ya que las obligaciones creadas, modificadas, reguladas o extinguidas por ellos, afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.19.12. En cuanto a la prestación.

Resulta claro que la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. Más allá de considerar a la transacción como un medio extintivo de obligaciones, ella también es un contrato; y en tal sentido, resultaría ser un contrato con prestaciones recíprocas, rasgo que le es impuesto justamente por las concesiones de tal carácter, que constituyen requisito indispensable de toda transacción.

3.19.13. En cuanto a la valoración.

Tanto la compraventa como la transacción son actos celebrados a título oneroso.

La onerosidad de la transacción es evidente, ya que si se tratase de un acto a título gratuito o de liberalidad, no habría concesiones recíprocas y así sólo estaríamos frente a una condonación o perdón de una de las deudas.

3.19.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es –por regla general– un contrato conmutativo y por excepción uno aleatorio.

Cuando en Derecho de Obligaciones se aborda el tema de la transacción, nunca se cuestiona su carácter conmutativo o aleatorio. Entendemos que ello obedece a que se da como valor entendido que ella reviste carácter conmutativo, al considerársele un medio extintivo de obligaciones, a través del cual las partes ponen término a un asunto dudoso o litigioso que mantenían entre sí.

Pero creemos que debería cuestionarse este carácter de la transacción, en la medida que si bien podrá ser conmutativa, nada impediría que se pactara de manera aleatoria, más aún si tenemos en cuenta que dicho rasgo de aleatoriedad podría estar referido a la ejecución de las prestaciones que eventualmente pudieran crearse, regularse o modificarse; y, sobre todo, cuando las partes recurran para la solución de sus controversias a relaciones diversas de aquéllas que constituirían materia del problema.

3.19.15. En cuanto a sus efectos.

La compraventa y la transacción son actos meramente obligatorios u obligacionales.

3.20. Con el compromiso de contratar.

3.20.1. En cuanto al nombre.

El contrato de compraventa y el compromiso de contratar son contratos nominados.

3.20.2. En cuanto a su regulación.

Cuando decidimos incorporar al compromiso de contratar dentro de aquellos actos sobre los cuales debíamos pronunciarnos acerca de sus semejanzas y diferencias con el contrato de compraventa, fue en base a que tal como lo establece el artículo 1414 del Código Civil, dentro del Título relativo a los Contratos preparatorios, por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo; y, evidentemente, podría ocurrir que el contrato definitivo que las partes se obligasen a celebrar, fuera una compraventa. De ahí la necesidad de establecer las diferencias entre ambas figuras.

En lo que respecta a su regulación, el compromiso de contratar es un contrato preparatorio, el mismo que está legislado por el Código Civil en sus artículos 1414 a 1418 y 1425, situación que le da tipicidad legal, en tanto el contrato de compraventa también tiene –como todos sabemos– tipicidad legal.

3.20.3. En cuanto a su estructura.

En este aspecto, la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica. El compromiso de contratar también reviste esta característica.

3.20.4. En cuanto a su contenido o área.

Por su contenido, la compraventa puede ser un contrato civil como uno mercantil o de naturaleza especial. Pensamos que resulta un poco más complicado el asignar un calificativo a la naturaleza del compromiso de contratar.

Si bien está regulado en el Código Civil y su objeto es simplemente que ambas partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo (que podría ser una compraventa), pensamos que sí tendrá relevancia la naturaleza del contrato definitivo que se obliguen a celebrar, el que podría determinar el carácter civil, mercantil o especial del compromiso de contratar.

3.20.5. En cuanto a su autonomía.

Como ha sido dicho en reiteradas ocasiones, la compraventa es un contrato principal, pues para tener existencia jurídica no depende de ningún otro contrato. Lo mismo ocurre con el compromiso de contratar, ya que para su celebración no se requiere la preexistencia de contrato alguno. Es más, el compromiso de contratar va a servir de base para la celebración de un futuro contrato (pero ello, porque las partes así lo desean y no porque resulte imprescindible).

3.20.6. En cuanto a su formación.

El contrato de compraventa es de carácter consensual. Para el compromiso de contratar rige lo dispuesto en el artículo 1425 del Código Civil, norma que establece que será nulo si no se celebra en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo, bajo sanción de nulidad. Dentro de tal orden de ideas, si el compromiso de contratar está referido a la celebración de un futuro contrato de compraventa, obviamente estaremos frente a un contrato preparatorio de carácter consensual.

3.20.7. En cuanto al tiempo.

Mientras que la compraventa es, salvo los supuestos de excepción analizados en este trabajo, un contrato que se celebra con vocación de ejecutarse inmediata e instantáneamente, el compromiso de contratar –dada su naturaleza– es un contrato de duración, ya que a través del mismo las partes se obligan a celebrar (en un momento futuro) un contrato definitivo, habiendo establecido en el compromiso de contratar, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo (argumento del artículo 1415).

Además, el compromiso de contratar debe tener necesariamente un plazo, relacionado con el momento en que se celebrará el contrato definitivo. Dicho plazo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1416, será no mayor de un año y cualquier exceso se reducirá a este límite; agregando la norma que, a falta de plazo convencional rige el máximo fijado por este artículo; en tanto que el numeral 1417 establece que el compromiso de contratar puede ser renovado a su vencimiento por un plazo no mayor que el indicado como máximo en el artículo 1416 y así sucesivamente.

3.20.8. En cuanto a su negociación.

Por la negociación, sabemos que la compraventa puede ser tanto un contrato paritario, como celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

En cambio, el compromiso de contratar generalmente es un contrato que se celebra por negociación previa, ya que recién en el futuro las partes celebrarán el contrato definitivo.

Esto no excluye que en la práctica se den casos en los cuales existen compromisos de contratar que constan en formularios pre-impresos, pero sin duda dichos supuestos son excepcionales.

3.20.9. En cuanto al rol económico.

Como sabemos, la compraventa es un contrato de cambio y de disposición. El compromiso de contratar no comparte estas características, por más que tuviese por objeto la celebración de una compraventa. Es un contrato de obligarse a contratar, razón por la cual podría ser calificado como de colaboración o cooperación, pues a través de él las partes se obligan a celebrar un contrato definitivo.

3.20.10. En cuanto a su función.

Por su función, la compraventa es fundamentalmente un contrato constitutivo, pero podría, por excepción, ser regulatorio o modificatorio, mas nunca extintivo.

El compromiso de contratar jamás podría ser extintivo, ya que genera en las partes la obligación de celebrar otro contrato.

Sin embargo, además de constitutivo, podría ser un contrato regulatorio o modificatorio, ya sea respecto a un contrato definitivo anterior, o incluso en relación a otro contrato preparatorio celebrado con anterioridad al compromiso de contratar.

3.20.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Por los sujetos a quienes obliga, el contrato de compraventa y el compromiso de contratar son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos, afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.20.12. En cuanto a la prestación.

Por la prestación, el contrato de compraventa es uno con prestaciones recíprocas.

Por su parte, el compromiso de contratar puede ser un contrato con prestaciones recíprocas, en la medida que ambos contratantes se obliguen a celebrar en el futuro un contrato definitivo, pero también podría tratarse de un contrato unilateral, si es que solamente uno de los contratantes quedara obligado –en virtud del mismo– a celebrar en el futuro el contrato definitivo.

3.20.13. En cuanto a la valoración.

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, podría tratarse tanto de un contrato celebrado a título oneroso como de uno celebrado a título gratuito.

3.20.14. En cuanto al riesgo.

En el caso de la compraventa, nos encontramos generalmente frente a un contrato conmutativo y, excepcionalmente, ante un contrato aleatorio.

En lo que respecta al compromiso de contratar, la generalidad de la doctrina no aborda el tema de su conmutatividad o aleatoriedad. Pensamos que ello es así, en la medida que se tiene como valor entendido el que es un contrato conmutativo, ya que las partes conocen el contenido del contrato definitivo que se han obligado a celebrar. Ahora bien, nada obsta a que dicho contrato definitivo revista carácter aleatorio, pero esa situación resulta indiferente para calificar al compromiso de contratar.

3.20.15. En cuanto a sus efectos.

La compraventa y el compromiso de contratar son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.21. Con el contrato de opción.

3.21.1. En cuanto al nombre.

Tanto la compraventa como el contrato de opción son contratos nominados.

3.21.2. En cuanto a su regulación.

Ambos tienen tipicidad legal, encontrándose regulados en el Código Civil.

En el caso del contrato de opción, se halla normado por los artículos 1419 a 1425 del Código, dentro del Título relativo a los Contratos preparatorios.

Por el artículo 1419 se establece que a través del contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no; siendo válido el pacto de opción recíproca, en virtud del cual la opción puede ser ejercitada indistintamente por cualquiera de las partes (artículo 1420); y el pacto de opción mediadora, conforme al cual el optante se reserva

el derecho de designar a la persona con la que se establecerá el vínculo definitivo (artículo 1421 del Código Civil).

Si bien es cierto que el objeto del contrato de opción puede estar encaminado a la celebración de un contrato definitivo cualquiera, tal vez en la mayoría de casos la práctica nos enseña que la opción es una opción de compra, vale decir un contrato preparatorio a través del cual el propietario de un bien (futuro vendedor) celebra, con una persona interesada en adquirirlo (futuro comprador), un contrato por el cual el futuro vendedor concede al futuro comprador la facultad de decidir adquirir o no el bien durante un plazo preestablecido.

De ahí que hayamos considerado necesario estudiar las semejanzas y diferencias existentes entre el contrato de compraventa y el contrato de opción.

Finalmente, cabe recordar que en virtud a lo establecido por el artículo 1422, el contrato de opción debe contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo.

3.21.3. En cuanto a su estructura.

Tanto la compraventa como el contrato de opción, son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.21.4. En cuanto a su contenido o área.

La compraventa puede ser de carácter civil, mercantil o especial. El contrato de opción, más allá de que se encuentra regulado por el Código Civil, puede revestir los mismos caracteres que el contrato definitivo al cual precede.

3.21.5. En cuanto a su autonomía.

Tanto el contrato de compraventa como el de opción son principales, pues jurídicamente no dependen de otro contrato para tener existencia y validez; es más, el contrato de opción servirá de fundamento o base para la celebración de un futuro contrato definitivo (sin que resulte indispensable –claro está– para que exista dicho contrato definitivo).

3.21.6. En cuanto a su formación.

Por su formación, la compraventa es un contrato consensual; en tanto el contrato de opción es nulo si no se celebra en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo, bajo sanción de nulidad (argumento del artículo 1425 del Código Civil); lo que significa que si nos encontramos frente a un contrato de opción de compra, éste será de carácter consensual.

3.21.7. En cuanto al tiempo.

La compraventa generalmente es un contrato que se celebra con vocación de ejecutarse instantánea e inmediatamente. El contrato de opción es –por esencia– un contrato de duración, realidad que se deriva de su propia naturaleza. Así, en virtud del artículo 1423 del Código Civil, se establece que toda opción está sujeta a un plazo máximo de seis meses y cualquier exceso se reduce a este límite; en tanto el numeral 1424 prescribe que al vencimiento de la opción, las partes pueden renovarla por un plazo no mayor al máximo señalado en el artículo 1423 y así sucesivamente.

3.21.8. En cuanto a su negociación.

Mientras la compraventa se suele celebrar por negociación previa, cláusulas generales de contratación o por adhesión, muchos contratos de opción son de carácter paritario; pero es común encontrar contratos de opción redactados en formularios pre-impresos (por adhesión o con arreglo a cláusulas generales).

3.21.9. En cuanto al rol económico.

Por el rol económico, la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, mientras el contrato de opción podría ser calificado como de colaboración o cooperación.

3.21.10. En cuanto a su función.

La compraventa y el contrato de opción son generalmente contratos constitutivos, pero nada impediría que se celebraran con ánimo modificatorio o regulatorio; ~~mas nunca~~ serán extintivos.

3.21.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

La compraventa y el contrato de opción son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos, afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.21.12. En cuanto a la prestación.

El contrato de compraventa es uno con prestaciones recíprocas. El contrato de opción será de prestación unilateral, en la medida que se trate de una opción simple, y será de prestaciones recíprocas, en la medida que estemos en presencia de una opción recíproca (figura regulada por el artículo 1420 del Código Civil).

3.21.13. En cuanto a la valoración.

De acuerdo a lo establecido en el punto anterior, podemos decir que la compraventa es siempre un contrato celebrado a título

oneroso, en tanto la opción podrá celebrarse a título gratuito o a título oneroso.

3.21.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. El contrato de opción es por esencia conmutativo, ya que en virtud de lo prescrito por el artículo 1422 del Código Civil, el mismo debe contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo (independientemente de si este último contrato sea conmutativo o aleatorio).

3.21.15. En cuanto a sus efectos.

La compraventa y la opción son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.22. Con la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

3.22.1. En cuanto al nombre.

La compraventa es un contrato nominado; y siempre ha sido así. En cambio, la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, recién ha merecido tal nomenclatura por parte de la doctrina en el presente siglo XX, y en el Perú, si bien estaba jurídicamente regulada en el Código Civil de 1936, no recibía tal nombre, y recién se le empezó a conocer con esa denominación a raíz de la obra “Estudios Sobre el Contrato Privado”, escrita por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, a fines de la década de los setenta, y cuyas concepciones doctrinarias se plasmaron –mayoritariamente– en el Código Civil de 1984.

3.22.2. En cuanto a su regulación.

Por su regulación, la compraventa es un contrato típico, en tanto que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es un mecanismo contractual típico, que en lo que respecta a la promesa de la obligación de un tercero, puede ser utilizado para la celebración de futuros contratos, sean éstos de la más variada naturaleza, incluyendo a la compraventa. Ello significa que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero puede considerarse como un mecanismo para la futura celebración de un contrato de compraventa.⁶⁸

68. La promesa de la obligación o del hecho de un tercero está regulada en el Título XI de la Parte General de Contratos del Código Civil, en los artículos 1470, 1471 y 1472, de texto siguiente: Artículo 1470.- “Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente.”

En este caso, quienes celebren el contrato de promesa de la obligación de un tercero, serán promitente y promisario, en tanto que el tercero –por lo general– será el propietario del bien.

Es precisamente este supuesto el que nos lleva a considerar la promesa de la obligación o del hecho de un tercero como una figura contractual típica, que necesariamente debe confrontarse con el contrato de compraventa para apreciar sus semejanzas y diferencias. El tema resulta polémico, sobre todo cuando se analiza la venta de bien ajeno, a cuyo tratamiento remitimos.

3.22.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, tanto la compraventa como la promesa de la obligación o del hecho de un tercero son contratos simples, pues da lugar a una relación jurídica.

3.22.4. En cuanto a su contenido o área.

La compraventa, al igual que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, podría ser de naturaleza civil, mercantil o de alguna otra especial.

3.22.5. En cuanto a su autonomía.

Por su autonomía, ambos contratos son principales, pues para su existencia y validez jurídica, no requieren de ningún otro contrato que les anteceda. Es más, la promesa de la obligación de un tercero –como ha sido dicho– puede servir como mecanismo para la celebración de futuros contratos.

3.22.6. En cuanto a su formación.

Ambos contratos son consensuales.

3.22.7. En cuanto al tiempo.

Mientras la compraventa generalmente tiene vocación de ejecución inmediata e instantánea (salvo en los casos analizados por nosotros), la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es un contrato de duración, ya que su objeto consiste –precisamente– en la verificación del hecho u obligación del tercero, lo que –claro está– se esperará ocurra en un lapso determinado o determinable.

Artículo 1471. - "En cualquiera de los casos del artículo 1470, la indemnización a cargo del promitente tiene el carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero."

Artículo 1472. - "Puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización".

3.22.8. En cuanto a su negociación.

Como ha sido dicho, la compraventa puede ser un contrato de negociación previa, o uno celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En lo que respecta a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, ésta generalmente se celebrará por negociación previa; nunca hemos visto una promesa de la obligación o del hecho de un tercero celebrada por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.22.9. En cuanto al rol económico.

En tanto la compraventa es un contrato de cambio y disposición, la promesa de la obligación o del hecho de un tercero podría ser calificada como un acto de colaboración o cooperación.

3.22.10. En cuanto a su función.

Ambos contratos son fundamentalmente constitutivos, aunque en casos excepcionales podrían ser modificatorios o regulatorios; pero nunca extintivos.

3.22.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Los dos contratos son individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran. En el caso de la compraventa, al comprador y al vendedor; y en el caso de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, al promitente y al promisario.

3.22.12. En cuanto a la prestación.

Sabemos que la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. La promesa de la obligación o del hecho de un tercero podría ser tanto un contrato con prestaciones recíprocas como uno de prestación unilateral, en caso el único obligado fuese el promitente, aunque –lo admitimos– este último supuesto podría desnaturalizar la figura.

3.22.13. En cuanto a la valoración.

La compraventa es un contrato a título oneroso; mientras la promesa de la obligación o del hecho de un tercero podría celebrarse a título oneroso (si el promisario se obligara a pagar al promitente una prestación cuando se consiga lo prometido); pero podría ser un contrato a título gratuito en la medida que el promisario no se hubiera obligado a nada respecto al promitente.

3.22.14. En cuanto al riesgo.

Como sabemos, la compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. Si bien para la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, por lo general se asume que es un contrato conmutativo, podría revestir aleatoriedad, en caso las partes lo hayan pactado así.

3.22.15. En cuanto a sus efectos.

Por sus efectos, ambos contratos son meramente obligatorios u obligacionales.

3.23. Con el contrato de donación con cargo.

3.23.1. En cuanto al nombre.

Ya nos hemos referido a que la donación es un contrato nominado. En este punto corresponde decir que el cargo es una modalidad del acto jurídico por todos conocida, y a la que también podríamos calificar como una figura nominada.

3.23.2. En cuanto a su regulación.

El cargo es una figura típica, al igual que el contrato de donación. Se encuentra regulada en los artículos 185, 187, 188 y 189 del Código Civil Peruano.⁶⁹

En lo que respecta al contrato de donación con cargo, sólo se hace referencia al mismo en el artículo 1642 del Código Civil, norma que establece que “En el caso de donaciones remuneratorias o sujetas a cargo, su invalidación o revocación determina la obligación del donante de abonar al donatario el valor del servicio prestado o del cargo satisfecho.”

Como dice Wayar,⁷⁰ la donación puede hacerse con cargo, es decir, imponiendo al donatario la obligación de cumplir con una

69. El texto de los referidos numerales es el siguiente:

Artículo 185.- “El cumplimiento del cargo puede ser exigido por el imponente o por el beneficiario. Cuando el cumplimiento del cargo sea de interés social, su ejecución puede ser exigida por la entidad a la que concierna”.

Artículo 187.- “El gravado con el cargo no está obligado a cumplirlo en la medida en que exceda el valor de la liberalidad”.

Artículo 188.- “La obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de un derecho pasa a los herederos del que fue gravado con ellos, a no ser que sólo pudiesen ser cumplidos por él, como inherentes a su persona.

En este caso, si el gravado muere sin cumplir los cargos, la adquisición del derecho queda sin efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos o a sus herederos”.

Artículo 189.- “Si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno”.

70. WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 99 y 100.

determinada prestación, en favor del propio donante o de un tercero.

Agrega el citado profesor que cuando el cumplimiento del cargo beneficia a un tercero, la distinción de esta figura respecto de la compraventa es nítida; pero no ocurre lo mismo cuando el beneficiario del cargo es el propio donante, máxime si el cargo consiste en la entrega de una suma de dinero y el donatario recibió un bien cuyo valor es más o menos equivalente, caso en el cual la pregunta pertinente sería si estamos en presencia de una donación con cargo o de una compraventa encubierta.

Al emitir opinión, Wayar se basa en la parte final del artículo 1828 del Código Civil Argentino, norma que establece que "no está sujeta a ninguna de las condiciones de las donaciones gratuitas, si el valor de los cargos es poco más o menos equivalente al valor de la cosa donada, sea el beneficiario un tercero o el propio donante".

Así, considera Wayar que por esta primera comprobación se sabe que a las donaciones con cargo de valor equivalente no se les aplican las disposiciones de las donaciones gratuitas; preguntándose en tal caso cuál régimen habrá de aplicarse. Estima que para encontrar una correcta solución es preciso distinguir si el beneficiario del cargo es un tercero o si es el propio donante.

Si el beneficiario del cargo es un tercero, aunque el valor de él sea equivalente al valor de la cosa donada, cree que debe aplicarse el régimen previsto para las donaciones, con exclusión de las condiciones exigidas para las donaciones gratuitas.

En cambio, si el beneficiario del cargo es el propio donante, ante la equivalencia de valores, estima que tal convención deberá considerarse que es una compraventa encubierta bajo la forma de donación; y, en consecuencia, el régimen jurídico aplicable sería el relativo a la compraventa. Sin embargo, si el valor del cargo es sensiblemente inferior al de la cosa donada (lo que se determinará según las circunstancias de cada caso concreto), el contrato conservará su carácter de donación.

Por ello, Wayar coincide con Borda, al sostener que si el valor del cargo se torna equivalente por circunstancias sobrevinientes de carácter extraordinario, pero al tiempo de concertarse la donación había realmente en el donante un espíritu de liberalidad, la cuestión se resolverá en atención a estas circunstancias y no por aplicación inflexible de la regla enunciada. Es decir, si considerado

el contrato en el momento de su celebración, se advierte que el valor de la cosa donada es superior al del cargo, no porque el cumplimiento de éste se torne excesivamente oneroso con posterioridad, el contrato perderá su naturaleza de liberalidad originaria; debiendo todo ello apreciarse según la naturaleza de cada caso concreto.

Nosotros en el Perú carecemos de un precepto equivalente al contenido en la parte final del artículo 1828 del Código Civil Argentino. Sin embargo, estimamos que resultan aplicables al Derecho Peruano las observaciones efectuadas por Wayar, ya que si se trata de hallar la naturaleza jurídica del contrato, esos principios serán pertinentes.

3.23.3. En cuanto a su estructura.

Tanto la compraventa como la donación con cargo son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.23.4. En cuanto a su contenido o área.

Mientras la compraventa puede ser un acto de naturaleza civil, mercantil o especial, la donación con cargo será siempre un contrato civil.

3.23.5. En cuanto a su autonomía.

La compraventa y la donación son contratos principales. Esto ya ha sido mencionado en su momento. Lo único que cabría agregar es que el cargo es un accesorio o una modalidad del acto jurídico (en este caso, del contrato de donación, sin cuya existencia tampoco podría nacer).

3.23.6. En cuanto a su formación.

La compraventa es un contrato consensual. La donación con cargo revestirá carácter consensual o formal, de acuerdo a lo establecido por los artículos 1623, 1624 y 1625 del Código Civil, normas que ya hemos analizado cuando vimos las semejanzas y diferencias existentes entre la compraventa y el contrato de donación sin cargo, razón por la cual allí remitimos al lector.

3.23.7. En cuanto al tiempo.

Hemos dicho en reiteradas ocasiones que la compraventa es un contrato que generalmente se celebra con ánimo de ejecutarlo instantánea e inmediatamente (salvo los casos de excepción que estudiamos en este trabajo). Con la donación simple puede ocurrir lo mismo; pero con la donación con cargo, se apreciará en mayor

frecuencia— un ánimo de duración en el tiempo, ya que si bien la ejecución de la donación en sí puede hacerse de modo inmediato e instantáneo, es probable que la ejecución del cargo se haya pactado de manera periódica o continuada; y que incluso la misma pueda prolongarse durante lapsos considerables.

3.23.8. En cuanto a su negociación.

La compraventa se suele celebrar por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

La donación con cargo se celebra fundamentalmente de modo paritario, vale decir, con negociación previa.

3.23.9. En cuanto al rol económico.

Tanto la compraventa como la donación con cargo pueden ser considerados como contratos de cambio y de disposición.

3.23.10. En cuanto a su función.

La compraventa y la donación con cargo, son contratos fundamentalmente constitutivos. Sin embargo, en el plano teórico nada obsta para que sean actos modificatorios o regulatorios; mas nunca tendrán carácter extintivo.

3.23.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Si el cargo ha sido pactado en beneficio del donante, no cabe la menor duda de que estamos frente a un contrato de carácter individual. Sin embargo, en caso el cargo hubiese sido pactado en beneficio de un tercero, podría pensarse —de una primera impresión— que es un contrato colectivo, pues estaría afectando la esfera patrimonial de una persona que no ha celebrado el contrato. Sin embargo, ello no es así.

Dentro del Derecho positivo peruano, no se admite ningún acto de liberalidad que pueda ser susceptible de imponerse a alguien contra su voluntad. Esto significa que para la eficacia de un acto de liberalidad, siempre será necesario el asentimiento del supuesto beneficiario. Esto significa —para el caso de la donación con cargo— que si el cargo ha sido pactado en favor de un tercero (es decir, de alguien que no ha participado en la celebración del contrato), necesariamente tendrá que pedírsele su asentimiento para ejecutar el cargo a su favor, lo que en buena cuenta significa que él sería parte de ese contrato, razón por la cual la donación con cargo seguiría siendo un contrato de carácter individual.

3.23.12. En cuanto a la prestación.

La donación con cargo constituye un supuesto peculiar, pues por mínimo que sea el cargo consistirá en ejecutar una prestación por parte del donatario a favor del donante o de un tercero. Esto significa que nos encontraríamos ante un contrato bilateral (el mismo que no nos atreveríamos a denominar como de prestaciones recíprocas).

3.23.13. En cuanto a la valoración.

A pesar de lo señalado en el punto anterior, y por seguir siendo una donación y no considerarse una compraventa, tendríamos que concluir en que la donación con cargo es un contrato celebrado a título gratuito y no oneroso.

3.23.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. En el caso de la donación con cargo, nada obstaría a que si bien la doctrina lo considera fundamentalmente conmutativo, revistiese rasgos de aleatoriedad, ya sea referidos a la prestación del donante o al cargo que deberá ejecutar el donatario.

3.23.15. En cuanto a sus efectos.

Como todos los contratos del Derecho nacional (incluida la compraventa), la donación con cargo es meramente obligatoria u obligacional.

3.24. Con el contrato estimatorio.

3.24.1. En cuanto al nombre.

Según anota Wayar,⁷¹ el llamado contrato estimatorio queda celebrado cuando una persona entrega a otra una cosa, estimándola en cierto precio, con el encargo de venderla y autorizándolo a retener el mayor valor que obtenga de la venta.⁷²

71. WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 104 a 107.

72. Sin embargo, como anota Wayar, "No todos los autores están de acuerdo con denominar a esta figura 'contrato estimatorio'; COVIELLO, critica esta terminología y SALANDRA propone reemplazarla por la de 'compraventa de cosa estimada' (SALANDRA, V., *Lezioni sui contratti commerciali. Vendita e contratti affini. Assicurazioni*, Padova, 1940, Página 183). De cualquier modo y pese a las críticas, la denominación 'contrato estimatorio' con que se conoce a esta figura ha alcanzado, como lo remarca BADENES GASSET, plena consagración en el lenguaje jurídico moderno (BADENES GASSET, op. cit., Tomo I, Página 86). Alguien que se ha ocupado especialmente de este tema, GIOVANNI BALBI, llama a esta figura 'contrato estimatorio' (BALBI, GIOVANNI, *Il contratto estimatorio*, Torino, Utet, 1960, en especial Página 44 y siguientes)".

Como vemos, dentro de nuestra tradición jurídica, el contrato estimatorio es uno de carácter nominado, rasgo compartido con la compraventa.

3.24.2. En cuanto a su regulación.

Mientras la compraventa es, dentro de nuestro Derecho positivo, un contrato típico, el contrato estimatorio es atípico; y diríamos nosotros que lo es tanto en el plano legal como en el social.

Según anota Wayar, existen diversas teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del contrato estimatorio. Unas lo ubican fuera del concepto de compraventa, en tanto que otras lo colocan dentro del concepto de compraventa. A su vez, estas últimas pueden subdividirse en cuatro grupos de teorías. Una primera que considera se trata de una venta bajo condición suspensiva, una segunda, que habla de una compraventa con cláusula rescisoria, una tercera, que lo explica como una compraventa bajo condición resolutoria y, finalmente, una cuarta, que expresa que se trata de una compraventa con reserva de dominio.

En opinión de Wayar se trata de una figura compleja, en el sentido que la relación se establece según él originariamente— entre una persona, que llama **tradens**, que es quien entrega las cosas (estimándoles el precio) para que sean vendidas, y quien las recibe para la venta, que llama **accipiens**. De esta forma —dice— si la venta se consuma, entra en escena una tercera persona, que es quien las adquiere definitivamente, a quien llama adquirente.

Para ilustrar lo dicho, Wayar propone el siguiente ejemplo: Juan (**tradens**) entrega a Pedro (**accipiens**) cincuenta mil kilos de tabaco para su venta, estimando el precio en una cantidad determinada, pero autorizando a Pedro a venderlo a mayor precio y quedarse con el excedente. En tales términos, Pedro vende el tabaco a Diego (adquirente), quien pagará el precio que Pedro exija.

Wayar considera necesario dividir la figura en dos etapas: a) la primera, comprende todo el proceso que va desde que Juan entrega a Pedro la mercadería, encomendándole su venta; b) el segundo, se produce cuando Pedro hace la venta a Diego. Según el citado profesor argentino, durante la primera etapa, el contrato debe calificarse como mandato; en tanto que en la segunda se trata de una simple compraventa.

Afirma que se trata de un mandato, porque estima que así resulta de la naturaleza de la convención, ya que el **tradens** encomienda

al **accipiens** la venta de determinadas cosas a un cierto precio; pero admite que se podría objetar que el **accipiens** no actúa en nombre y representación del **tradens**, sino que lo hace en nombre propio, lo cual desvirtuaría la configuración del mandato, pero como existe la figura del mandato sin representación, se salvaría el obstáculo apuntado.

A entender del profesor argentino, durante el tiempo en que las cosas permanezcan en poder del **accipiens**, se aplicarán las reglas del mandato sin representación; en tanto que durante la segunda etapa, en la que el **accipiens** vende las mercaderías al adquirente, la calificación para Wayar es menos dudosa, pues piensa que se trata de una simple compraventa. De este modo, el hecho de que el "vendedor" pueda exigir un precio superior al estimado y quedarse con el excedente, no altera ni modifica lo afirmado; recordando que el mandato puede celebrarse a título oneroso; y señala que tampoco modifica la conclusión expuesta la circunstancia de que el **accipiens** deba adquirir la propiedad para enajenarla después, pues esto puede considerarse como una modalidad del mandato.

En nuestra opinión, el contrato estimatorio no es una compraventa.

Si se quiere establecer entre él y algún otro contrato ciertas semejanzas, lo tendríamos que hacer en relación al mandato. No olvidemos que en virtud a lo prescrito por el artículo 1790 del Código Civil Peruano "Por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante".

Dentro de tal orden de ideas, el contrato estimatorio no sería sino una variante del mandato, pues en este contrato el mandante se obliga a entregar un bien al mandatario, a fin de que este último proceda a venderlo por un precio por encima del estipulado. Se tratará de un mandato a título oneroso, en la medida que sería raro concebir un contrato estimatorio (propio del Derecho Comercial) en que la labor del mandatario no fuese retribuida por el mandante. En el llamado contrato estimatorio, la retribución que el mandante otorgue al mandatario por el hecho de vender el bien a un tercero, consistirá en el plus que el mandatario haya conseguido como diferencia entre el precio de venta acordado con su mandante y el comprador del bien.

Se trataría, además, de un mandato sin representación, pues el mandatario vendería el bien (esto sobre todo se presentará en caso de bienes muebles) que pertenecerá en propiedad al

mandante, sólo que al venderlo lo hará pasar como propio, situación que no contraviene –en lo absoluto– el hecho de que quien adquiere (el tercero comprador) se haga propietario del bien, en virtud de lo estipulado por el artículo 912 del Código Civil Peruano, precepto que establece la presunción de que “El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito”.

Pero ello no excluye la posibilidad de que el denominado contrato estimatorio se celebre a modo de mandato con representación. Si así fuese, cuando el mandatario vendiera el bien a un tercero, no estaría vendiendo lo ajeno, sino lo propio, pues se encontraría actuando en nombre y representación del propietario del bien (mandatario).

Finalmente, queremos dejar establecido que el denominado contrato estimatorio (que como vemos no es otra cosa que un mandato), no se asemeja tanto a la compraventa como a cierto sector de la doctrina le ha parecido. Lo que ocurre es que este mandato tiene por objeto que el mandatario celebre por cuenta y en interés del mandante, una compraventa con las características establecidas anteriormente. Pero dicho contrato de mandato habría podido tener por objeto la celebración de cualquier otro contrato distinto de la compraventa, como sería el caso, por ejemplo, de un arrendamiento, de una permuta, de un suministro, sólo por citar algunos casos ilustrativos.

Es así que no compartimos el parecer de nuestro amigo el profesor Ernesto Clemente Wayar, adhiriéndonos a la opinión de Baudry-Lacantinerie y Wahl, así como a la de Planiol y Ripert.⁷³

3.24.3. En cuanto a su estructura.

Tanto la compraventa como el denominado contrato estimatorio son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.24.4. En cuanto a su contenido o área.

Mientras la compraventa puede revestir carácter civil, mercantil o especial, el contrato estimatorio es fundamentalmente uno

73. Como referencia podemos mencionar que el Código Civil Italiano de 1942 define al contrato estimatorio en el artículo 1556:

Artículo 1556. -“(Noción) Por el contrato estimatorio una parte entrega una o varias cosas muebles a la otra y ésta se obliga a pagar el precio, salvo que restituya las cosas dentro del término establecido”.

mercantil, no excluyéndose, sin embargo, que pueda tener naturaleza distinta.

3.24.5. En cuanto a su autonomía.

En lo que respecta a su autonomía, tanto la compraventa como el denominado contrato estimatorio son principales, pues para su validez no dependen de ningún otro contrato.

3.24.6. En cuanto a su formación.

Es claro que el contrato de compraventa tiene carácter consensual. El denominado contrato estimatorio revestiría también el mismo carácter, pues —como ha sido dicho oportunamente— su naturaleza no difiere, en lo absoluto, de la del mandato; y al carecer de una regulación propia, obviamente le serían de aplicación las disposiciones relativas al contrato de mandato (artículos 1790 a 1813 del Código Civil); y, dentro de tal orden de ideas, al ser el mandato un contrato de carácter consensual, el denominado contrato estimatorio también lo sería.

3.24.7. En cuanto al tiempo.

La compraventa es un contrato con vocación de ejecución inmediata e instantánea (salvo los casos de excepción estudiados en este trabajo). El denominado contrato estimatorio es una variedad del mandato, que si bien comparte el rasgo característico de ser de duración, la misma estará limitada por el hecho de que el plazo del contrato estimatorio se reducirá al que se otorgue al mandatario para que proceda a vender el bien del mandante a un tercero comprador.

Con esto queremos señalar que no obstante tratarse de un contrato de duración, la misma por lo general no será de carácter prolongado.

3.24.8. En cuanto a su negociación.

En lo que respecta al contrato de compraventa, hemos señalado oportunamente que el mismo se celebra por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Por su parte, el mandato es fundamentalmente un contrato de negociación previa, habiendo, naturalmente múltiples mandatos celebrados por adhesión. Sin embargo, en la modalidad de contrato estimatorio, consideramos que **dadas las peculiaridades que presenta, el mismo se celebrará en la mayoría de casos de modo paritario o por negociación previa.**

3.24.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, el denominado contrato estimatorio sería uno de colaboración o cooperación.

3.24.10. En cuanto a su función.

En lo que respecta a la función que desempeña, podemos decir que el contrato de compraventa y el denominado contrato estimatorio, son actos fundamentalmente constitutivos, generadores de obligaciones; por excepción, podrían revestir carácter regulatorio o modificatorio; mas nunca tener naturaleza extintiva.

3.24.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

La compraventa y el denominado contrato estimatorio son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por cada uno de ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.24.12. En cuanto a la prestación.

Sabemos que el contrato de compraventa es uno con prestaciones recíprocas. Con el denominado contrato estimatorio podría ocurrir lo mismo, en la medida que el mandante asuma la ejecución de una prestación en favor del mandatario; pero podría tratarse de un contrato de prestación unilateral, si el mandatario se obligara a vender el bien de propiedad del mandante, sin que este último asuma el deber de pagarle una contraprestación.

3.24.13. En cuanto a la valoración.

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, resulta claro que mientras la compraventa es de carácter oneroso, el denominado contrato estimatorio se puede celebrar a título gratuito u oneroso.

3.24.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. Por su parte, el denominado contrato estimatorio podría ser considerado como un acto que reviste evidentes rasgos de aleatoriedad, sobre todo si reparamos en el contrato estimatorio oneroso, en el cual la contraprestación que el mandante debería ejecutar en favor del mandatario, estaría determinada por el plus que obtenga el mandatario al vender a un tercero el bien de propiedad del mandante. En tal sentido, podría ocurrir que no llegase a obtener plus alguno o que el mismo varíe desde un monto, tal vez razonable o equitativo, hasta haber

logrado el mejor de los negocios, con lo cual la utilidad del mandatario sería apreciable.

3.24.15. En cuanto a sus efectos.

La compraventa y el denominado contrato estimatorio son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.25. Con la expropiación.

3.25.1. En cuanto al nombre.

La compraventa es un contrato nominado. La expropiación no es un contrato pero también es una figura de nombre conocido.

3.25.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa es un contrato típico, regulado en el Código Civil (artículos 1529 a 1600). La expropiación es una figura típica, regulada en la Constitución Política de 1993, y en su legislación especial (la Ley N° 27117).

El marco constitucional está dado por lo dispuesto en el artículo 70 de la Carta Política Peruana, ubicado como primera norma del Capítulo III, De la Propiedad, del Título III, Del Régimen Económico, norma que a la letra dice lo siguiente:

Artículo 70.- “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”.

Como dice el Doctor Marcial Rubio Correa⁷⁴:

“La propiedad es el derecho real (es decir, el derecho sobre las cosas) más completo que existe porque contiene todas las potestades que se puede ejercitar sobre ellas: usarlas, disfrutarlas, disponerlas y recuperarlas cuando otro las usurpa.

La propiedad, sin embargo, no es un derecho absoluto: debe ser ejercitada dentro de los límites de la ley y en armonía con el bien común. Siempre, en todo derecho que otorga la sociedad, hay

74. RUBIO CORREA, Marcial. Para Conocer la Constitución de 1993. DESCO-Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, Tercera edición, Lima, 1994, Páginas 94 y 95.

una dimensión social que no puede dejar de ser tomada en cuenta porque, en última instancia, los derechos existen porque existe el todo social.

El tratamiento jurídico detallado de la propiedad se hace en leyes especiales y particularmente en el Código Civil.

Una de las características de la propiedad como derecho es que no puede ser vulnerada y que el Estado sólo puede privar al propietario de lo que es suyo mediante la expropiación, que es un procedimiento por el cual, en base a razones de seguridad nacional o de necesidad pública declaradas por ley, la autoridad toma para sí la propiedad de terceros mediante el cumplimiento de los trámites legales establecidos y pagando previamente en efectivo la indemnización correspondiente. La indemnización, según la Constitución, debe incluir tanto el valor del bien expropiado como una compensación por el perjuicio que se cause.

Cuando se realiza una expropiación, parte del procedimiento consiste en la tasación del bien, es decir, el valor que el Estado deberá pagar por la expropiación. Durante mucho tiempo, en el Perú el propietario no podía discutir la tasación sino sólo aceptar la que se hubiera fijado. Ahora la Constitución permite discutir este aspecto del procedimiento mediante un proceso judicial.

La propiedad es también un derecho constitucional, como puede verse en el artículo 2, inciso 16".

Las semejanzas y diferencias del contrato de compraventa con la expropiación, han sido advertidas por un sector de la doctrina.

Así, Roque Fortunato Garrido y Rosa Cordobera González de Garrido,⁷⁵ anotan que el estudio detallado del instituto de la expropiación pública, a más de efectuarse en Derechos Reales, es propio del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo; interesando establecer que el presupuesto está dado por la Constitución nacional cuando indica que nadie puede ser privado de la propiedad sino por causa fundada en utilidad pública, previa ley que la declare y la correspondiente indemnización.

Para los profesores citados, el problema consiste en determinar si la expropiación es un supuesto de venta forzosa. Señalan que no lo es, porque en la expropiación no hay precio sino que existe una indemnización, ya que a pesar del interés público no deja de

75. GARRIDO, Roque Fortunato y GONZÁLEZ DE GARRIDO, Rosa Cordobera. *Compraventa*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982, Páginas 25 y 26.

existir el ejercicio de una facultad sobre la voluntad del enajenante que no puede oponerse a la expropiación pública, pero hay diferencias con la compraventa, que según ellos se han morigerado con la orientación jurisprudencial argentina de principios de la década de los ochenta.

Recuerdan que el justo precio señalado por la Constitución nacional, según las leyes de expropiación por utilidad pública, tendía a restituir al propietario en la misma situación jurídica en que se encontraba antes de la privación de la posesión y de la propiedad, en virtud del cumplimiento de la ley de expropiación pública; por eso se establecía, y se sostenía, que no existía un precio en el sentido de la compraventa civil, sino una indemnización, donde se comprendía el valor de la cosa y los daños y perjuicios ocasionados; criterio que según los autores consultados se mantiene y marca una diferencia importante, que estaba agudizada por la posibilidad de requerir actualización monetaria en los casos de expropiación por utilidad pública, por tratarse de una obligación de valor, al ser una indemnización, y, en cambio, el precio en la compraventa civil es una obligación dineraria.

A pesar de ello, Garrido y González de Garrido, estiman que la diferencia fundamental se mantiene, porque en la expropiación hay una indemnización y en la compraventa existe un precio; siendo prevaleciente el criterio de considerar que se debe admitir la desvalorización monetaria en todos los supuestos de incumplimiento contractual o de mora en la compraventa (proceder al que puso fin la denominada Ley de Convertibilidad del Austral, que entró en vigencia el 1 de abril de 1991, situación que —a entender nuestro— suprime esa diferencia en el Derecho Argentino contemporáneo).

Opinamos que, si bien la expropiación en el Derecho Peruano se rige por criterios valoristas (argumento del artículo 1236 del Código Civil), y la compraventa por el principio nominalista (argumento del artículo 1234 del Código Civil), éste es un rasgo distintivo evidentemente accesorio, ya que lo fundamental estriba en calificar a la expropiación como contrato o como una figura distinta.

En primer lugar, debe quedar absolutamente claro que el Derecho Peruano no admite la figura del contrato forzoso (en ninguna de sus dos modalidades), y el contrato es definido por el artículo 1351 del Código Civil como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica

patrimonial; a lo que se agrega lo dispuesto por el artículo 1352 relativo a la celebración de los contratos por el consentimiento de las partes. Esto último significa que si no hay consentimiento, simplemente no habrá contrato. Estaríamos, en todo caso, frente a una figura absolutamente distinta.

Para nosotros queda claro que la expropiación es un acto de origen legal, ya que no existe expropiación sin Ley que la declare, así como tampoco sin un procedimiento administrativo (y hasta de carácter judicial, si el afectado decide impugnar el valor asignado al bien o –a nuestro entender– incluso la veracidad de las propias causales invocadas para la expropiación).

Dentro de este orden de ideas, podríamos estar frente a una expropiación que no sólo carezca del asentimiento del expropiado, sino que cuente con su mayor oposición (situación que, en la práctica, se presentará en todos los procesos expropiatorios).

3.25.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, la compraventa es un contrato simple, ya que sólo genera una relación jurídica entre comprador y vendedor.

La expropiación genera también una relación jurídica entre el Estado (expropiante) y el particular (expropiado).

3.25.4. En cuanto a su contenido o área.

Mientras la compraventa puede revestir carácter civil, mercantil o especial, la expropiación tiene naturaleza constitucional y administrativa.

3.25.5. En cuanto a su autonomía.

La compraventa es un contrato principal, pues para su existencia no depende de ningún otro contrato previo.

Por su parte, la expropiación nace a partir de una Ley, acto del Estado que no necesita de ningún otro acto previo. Lo único que se requiere es que dicha Ley sea promulgada y publicada de acuerdo a los cauces establecidos por la Constitución Política y demás normas al respecto; y, naturalmente, que se den los presupuestos de hecho para que proceda tal expropiación.

3.25.6. En cuanto a su formación.

La compraventa es un contrato consensual.

La expropiación nace en virtud de una Ley del Congreso de la República.

3.25.7. En cuanto al tiempo.

La compraventa es un contrato con vocación de ejecución instantánea e inmediata (salvo los casos de excepción que son materia de estudio en este trabajo).

Por su parte, la expropiación supone un proceso administrativo que, dadas sus características está destinado a tener una duración considerable en el tiempo, hasta que concluya cualquier eventual inconformidad o reclamo por parte del afectado por la Ley expropiatoria.

3.25.8. En cuanto a su negociación.

La compraventa es un contrato que se celebra por negociación previa, por adhesión o por cláusulas generales de contratación.

La expropiación, al no ser un contrato, no es susceptible de encuadrar dentro de los criterios clasificatorios, propios de este tipo de actos.

3.25.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la expropiación podría ser considerada como un acto estatal de similares características, ya que –en cierta forma– está destinado a la circulación de la riqueza (aunque en este caso, extrayendo un bien del ámbito del comercio de los hombres), a la vez que significará un acto de disposición, en la medida que el propietario va a dejar de tener tal condición una vez concluya el proceso expropiatorio, en tanto el Estado va a hacerse de la propiedad de ese bien, a cambio de pagar al afectado su valor.

3.25.10. En cuanto a su función.

La compraventa es un contrato fundamentalmente constitutivo, aunque por excepción podría ser regulatorio o modificadorio, mas nunca de carácter extintivo.

Por su parte, la expropiación puede considerarse como un acto de carácter constitutivo.

3.25.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

El contrato de compraventa es de carácter individual, pues sólo obliga a las partes que lo celebran.

La expropiación podría ser considerada como un acto o disposición legal que también reviste carácter individual, y no general, pues se trata de un dispositivo destinado a afectar la condición jurídica de un bien perteneciente a una o varias personas.

3.25.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas; en tanto que de acuerdo a las normas constitucionales y administrativas vigentes, la expropiación también debe revestir carácter de reciprocidad, en la medida que el Estado recibirá la propiedad del bien expropiado y el particular tendrá derecho a que el Estado le pague el valor de dicho bien.

Sin embargo, lamentablemente la historia del Perú ha demostrado que las expropiaciones antes de ser tales son meros actos confiscatorios, en los que el Estado se hace de la propiedad de un bien, a cambio de una suma simbólica –o incluso de nada–, la misma que no representa en lo absoluto el valor del bien. El ejemplo típico al respecto lo tuvimos en los procesos expropiatorios derivados de la Ley N° 17716 (Ley de Reforma Agraria), del año 1969.

Nosotros no estamos a favor de que el Estado abdique de la posibilidad de recurrir a la expropiación, en caso ello resulte absolutamente necesario (a pesar de tener enormes reparos al respecto), pero a lo que sí nos oponemos es a que mediante la expropiación se configuren atropellos y arbitrariedades por parte del Estado en detrimento de los particulares.

3.25.13. En cuanto a la valoración.

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, la compraventa es un contrato a título oneroso; y, al menos en el plano teórico, la expropiación debe revestir el mismo carácter.

3.25.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio.

La expropiación es un acto de naturaleza conmutativa, aunque podría revestir algunos rasgos de aleatoriedad, en la medida que el Estado expropie un bien que se encuentre en peligro de dejar de existir.

No incluimos dentro de las posibilidades de aleatoriedad en la expropiación, cuando ella recaiga sobre un bien sujeto a litigio, ya que al hacerse de la propiedad del mismo, habrá concluido cualquier controversia; así como tampoco a la expropiación de un bien futuro, pues como se verá oportunamente, éste no ha llegado a tener existencia jurídica propia e independiente (o simplemente puede que ni siquiera exista en el orden físico, razón

por la cual, al ser jurídicamente inexistente, mal podría ser objeto de una Ley y ulterior proceso expropiatorios.

3.25.15. En cuanto a sus efectos.

La compraventa es un contrato meramente obligatorio u obligacional. La Ley expropiatoria ordena se produzca la transferencia de propiedad del bien expropiado, pero la Ley en sí misma no tiene tampoco efectos reales, ya que la transferencia de propiedad del bien se producirá recién cuando haya concluido el proceso de expropiación, ya sea en la vía administrativa o en la judicial.

3.26. Con el alquiler-venta o arrendamiento-venta.

3.26.1. En cuanto al nombre.

Tanto la compraventa como el alquiler-venta son contratos nominados.

3.26.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa es un contrato típico (regulado en los artículos 1529 y siguientes del Código Civil Peruano).

El alquiler-venta también es un contrato típico, tanto en el ámbito social como en el aspecto legal, ya que se hace referencia al mismo (aunque no se le asigna un nombre propio) en el artículo 1585 del Código Civil, norma que establece que las disposiciones de los artículos 1583 y 1584 (relativas a la compraventa con reserva de propiedad) son aplicables a los contratos de arrendamiento en los que se convenga que, al final de los mismos, la propiedad del bien sea adquirida por el arrendatario por efecto del pago de la merced conductiva pactada.

No está demás señalar que dado que el Código de 1984 emplea la expresión "arrendamiento", en vez de aquélla que utilizaba el Código Civil de 1936: "locación-conducción", el nombre propio del alquiler-venta sería, en todo caso, "arrendamiento-venta", pero no sólo en honor a la tradición, sino porque ello resulta usual en la práctica, vamos a seguir llamando a este contrato por el nombre de "alquiler-venta".

Sin embargo, admitimos que cabría sostener la tesis de que el alquiler-venta es un contrato atípico legal, en la medida que no tiene una regulación propia, sino que solamente existe el aludido artículo 1585 del Código Civil, en el que se hace referencia a la normatividad aplicable al referido contrato. A pesar de ello,

nos inclinamos por la primera posición, es decir, aquélla que sostiene que estamos en presencia de un contrato típico. Por lo demás, en lo que a este aspecto se refiere, remitimos al lector a lo expresado por nosotros al analizar el artículo 1585 del Código.

El parecido del alquiler-venta con el contrato de compraventa, se da sobre todo en lo que respecta a aquéllas compraventas que incluyen una cláusula de reserva de propiedad (también conocida como cláusula de reserva de dominio), situación que queda en mayor evidencia al estar incluido el artículo 1585 dentro del Sub-Capítulo II de la compraventa con reserva de propiedad, parte integrante del Capítulo X del contrato de compraventa, relativo a los pactos que pueden integrar este contrato.

Así, en el artículo 1583 se establece que en la compraventa puede pactarse que el comprador se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él, aunque el bien haya sido entregado al comprador, quien asume el riesgo de su pérdida o deterioro desde el momento de la entrega; agregándose que el comprador adquiere automáticamente el derecho a la propiedad del bien con el pago del importe del precio convenido.

Por su parte, la otra norma del Sub-Capítulo II, el artículo 1584, prescribe que la reserva de la propiedad es oponible a los acreedores del comprador sólo si consta por escrito que tenga fecha cierta anterior al embargo; en tanto que si se trata de bienes inscritos, la reserva de la propiedad es oponible a terceros siempre que el pacto haya sido previamente registrado.

En el caso del alquiler-venta, las cuotas que está obligado a pagar el adquirente, tienen un doble carácter o naturaleza, ya que comparten el hecho de ser renta con el de ser parte del precio convenido (armadas o cuotas del mismo).

Esta dualidad se extiende, obviamente, al adquirente, quien compartirá la naturaleza de comprador y arrendatario, al igual que al enajenante, quien compartirá la condición de vendedor y arrendador.

3.26.3. En cuanto a su estructura.

Mientras la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica, el alquiler-venta sería un contrato de carácter complejo, pues comparte rasgos, tanto de la compraventa como del arrendamiento, con lo que podría sostenerse que, indepen-

dientemente de que le resulten aplicables los artículos 1583 y 1584 (propios de la compraventa), también será un acto que se enmarque dentro de las disposiciones y principios propios del contrato de arrendamiento, en cuanto a muchos otros aspectos distintos a los referidos en los aludidos numerales.

3.26.4. En cuanto a su contenido o área.

Como sabemos, la compraventa puede ser un contrato civil, mercantil o de naturaleza especial, en tanto el alquiler venta –sin que ello sea excluyente– será en la mayoría de casos un contrato de carácter civil, sobre todo teniendo en consideración que se utiliza con frecuencia en materia de bienes inmuebles y que el adquirente (comprador-arrendatario) es un particular.

3.26.5. En cuanto a su autonomía.

La compraventa y el alquiler-venta son contratos principales, pues para tener existencia no dependen de ningún otro contrato.

3.26.6. En cuanto a su formación.

Es sabido que la compraventa y el arrendamiento son contratos de carácter consensual, vale decir, que se celebran con el sólo consentimiento de las partes.

Si bien el Código Civil Peruano no incluye norma alguna acerca de la formalidad del contrato de alquiler-venta, podemos deducir que el mismo comparte el rasgo de consensualidad, ello en base a la aplicación de los principios generales de Derecho de contratos.

3.26.7. En cuanto al tiempo.

Mientras la compraventa es un contrato que tiene vocación de ejecutarse instantánea e inmediatamente, el alquiler-venta es, por esencia, un contrato de duración, ya que su vigencia estará determinada por el plazo en que se haya pactado el pago de las cuotas, las mismas que a la vez comparten elementos característicos del precio y de la renta.

3.26.8. En cuanto a su negociación.

Se ha dicho reiteradas veces que la compraventa es un contrato que se celebra por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Ello no ocurre en los mismos términos respecto al alquiler-venta, ya que generalmente se tratará de un contrato paritario. Sin embargo, podría celebrarse por adhesión o con arreglo a cláusulas

generales de contratación, en la medida que, por ejemplo, nos encontraríamos ante una empresa que desea celebrar decenas o centenares de estos contratos con respecto a igual número de inmuebles, y, para tal efecto, haya redactado formularios pre-impresos, con el propósito de que todos esos contratos tengan el mismo contenido y todos quienes deseen celebrarlos, tengan que adherirse a los mismos, sólo llenando algunos datos de identificación, que son de rigor.

3.26.9. En cuanto al rol económico.

Sobre este tema, la situación se plantea interesante, pues ambos serían contratos de cambio, en la medida que están destinados a la circulación de la riqueza.

Asimismo, ambos serían contratos de disposición, pues están destinados a justificar la disminución del patrimonio de ambos contratantes. El vendedor-arrendador terminará transfiriendo la propiedad de su bien, en tanto el comprador-arrendatario terminará haciéndose de dicha propiedad, lo que incrementará su patrimonio, pero no debe olvidarse que para que ello pueda ocurrir, el comprador-arrendatario deberá haber pagado el íntegro de las rentas-precio convenido.

Pero, más allá de estas similitudes, hasta que se produzca ese momento final, el alquiler venta podrá ser considerado como un contrato de goce, pues está orientado a permitir que el acreedor disfrute de un bien, sin tener la disponibilidad del mismo.

3.26.10. En cuanto a su función.

Ambos contratos son fundamentalmente constitutivos. Sin perjuicio de ello, podrían ser de carácter regulatorio o modificadorio, sobre todo cuando un arrendamiento común y corriente es convertido – por acuerdo de partes– en alquiler venta; pero lo que no podría darse es que estos contratos revistan carácter extintivo, pues ello sería contrario a su naturaleza.

3.26.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Tanto la compraventa como el alquiler-venta son contratos de carácter individual. Mientras la compraventa obliga a comprador y vendedor, el alquiler-venta obliga al vendedor-arrendador con el comprador-arrendatario.

3.26.12. En cuanto a la prestación.

Ambos son contratos con prestaciones recíprocas, situación que se deduce de todo cuanto ha sido dicho hasta este momento.

3.26.13. En cuanto a la valoración.

La compraventa y el alquiler-venta son contratos que se celebran a título oneroso.

Es claro que no se concibe una compraventa celebrada a título de liberalidad; pero tampoco podría concebirse un alquiler-venta que revistiera esta característica.

3.26.14. En cuanto al riesgo.

En tanto la doctrina se ha ocupado profusamente de la conmutatividad como rasgo fundamental, mas no esencial de la compraventa, así como del estudio de los supuestos de excepción en los cuales la compraventa puede llegar a ser un contrato de carácter aleatorio, no ha ocurrido lo mismo en cuanto al alquiler-venta. Sin embargo, estimamos que el alquiler-venta –si bien es un contrato básicamente conmutativo– nada impediría que el mismo revistiese signos de aleatoriedad, estén estos referidos al bien o a su contraprestación (renta-precio), situación para la cual serían aplicables nuestras doctrinas respecto a la eventual aleatoriedad de los mencionados contratos.

3.26.15. En cuanto a sus efectos.

Como todos los contratos en el Derecho Peruano, la compraventa y el alquiler-venta son meramente obligatorios u obligacionales.

3.27. Con el contrato de arrendamiento financiero.

3.27.1. En cuanto al nombre.

En lo que respecta al nombre, la compraventa y el arrendamiento financiero son contratos nominados.

3.27.2. En cuanto a su regulación.

En lo que respecta a su regulación, la compraventa y el arrendamiento financiero son contratos típicos, más allá de que se encuentran regulados en leyes distintas.

En tanto la compraventa está contemplada en el Código Civil, el arrendamiento financiero se rige por normas especiales (concretamente el Decreto Legislativo N° 299, de fecha 26 de julio de 1984 y el Decreto Supremo N° 559-84-EFC, de fecha 28 de diciembre de 1984).⁷⁶

76. Carlos Cárdenas Quirós (CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. El Contrato de Arrendamiento Financiero. En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis. Tomo II, Páginas 320 y siguientes).

Según Cárdenas,⁷⁷ “Este contrato ha recibido diversas denominaciones: **leasing** en los Estados Unidos de América, **credit-bail** o crédito arrendamiento en Francia, locación financiera en Argentina, alquiler industrial, crédito-arrendamiento y arrendamiento financiero en España. Esta última denominación, que es la más usada en los países de lengua castellana, ha sido la adoptada por la legislación peruana (...)”.

Agrega el citado profesor que se “justifica la necesidad de la regulación del denominado contrato de arrendamiento financiero, al que definiremos como un contrato complejo y autónomo por el cual la empresa locadora se obliga a adquirir el bien requerido por la arrendataria y le concede su uso –a cambio del pago de una cuota periódica– por un lapso determinado, vencido el cual la arrendataria podrá dar por terminado el contrato restituyendo el bien (que en ese momento no le resultará de gran valor porque se habrá tornado obsoleto ante el avance de la técnica y porque ya habrá aprovechado de su vida económica y útil, lo que lo motivará a celebrar un nuevo contrato de arrendamiento financiero sobre otro bien acorde con los nuevos desarrollos técnicos), continuar en el uso del bien, de convenirse ello con la locadora; o adquirirlo, ejercitando la opción de compra que tiene, por un precio equivalente a su valor residual.

Es obviamente un contrato básicamente financiero o de crédito, por lo que Trucco expresa que, ‘el contrato entre el empresario y la empresa de **leasing** se celebra con anterioridad al momento de adquirir el bien; no tendría sentido que la empresa de **leasing** compre un bien –con la finalidad específica, según veremos, de arrendarlo– si no tiene como contrapartida un compromiso o vínculo contractual con el empresario; sin esta relación contractual ‘empresario-empresa de **leasing**’ bien podría darse un ‘desistimiento’ del empresario una vez que la empresa de **leasing** ya compró el bien de capital que aquel necesitaba’ (Eduardo Trucco, op. cit., pág. 163).

De lo expresado en la definición podemos concluir señalando que:

- El contrato se celebra con el acuerdo de voluntades por el que la empresa locadora se obliga a adquirir el bien y la arrendataria a recibirlo en uso y pagar las cuotas respectivas. La celebración del contrato se produce, por tanto, con anterioridad a la adquisición del bien.

77. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis. Tomo II, Páginas 323 a 325.

- El contrato debe contener necesariamente una opción de compra a favor de la arrendataria, la que podrá ejercitarla pagando el valor residual del bien”.

A lo largo de la historia se han esbozado varias teorías que han intentado explicar la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento financiero.

Una primera, intentó asimilarlo al contrato de préstamo; una segunda, al contrato de depósito, una tercera, al de compraventa; una cuarta, al de arrendamiento; una quinta, al mandato y una sexta, a la gestión de negocios.

Para efectos de nuestro trabajo, resulta de interés hacer referencia a la teoría que lo asimiló al contrato de compraventa.

Según Carlos Cárdenas,⁷⁸ quienes sostienen esta teoría afirman que entre la sociedad de **leasing** que transfiere el uso y goce del bien y el usuario —quien lo toma— existe acuerdo en torno al bien y al precio, y que la voluntad real de las partes es celebrar una compraventa a plazos. Agrega que según estos juristas se fortalece este criterio en la circunstancia de que la suma de los alquileres que el usuario debe satisfacer, sobrepasa el valor del material nuevo facilitado, y proporciona además, un beneficio a la sociedad del **leasing**. De otro lado, consideran que la cláusula de opción de compra a favor del usuario, que es esencial en este contrato, es otro argumento para calificarlo como compraventa.

Pero como señala Cárdenas, el contrato de arrendamiento financiero transfiere el uso del bien, mientras que mediante el de compraventa se busca transferir la propiedad del mismo; siendo el mayor problema para distinguir una figura de la otra, el caso de la compraventa a plazos.

Sobre este particular, el propio Cárdenas⁷⁹ refiere que el arrendamiento financiero no conlleva una transferencia de la propiedad del bien objeto de la prestación a favor de la arrendataria; ya que a esta última se le transmite solamente la posesión del bien, su uso y disfrute, junto con el derecho a ejercitar la opción de comprar dichos bienes por el valor residual y en el momento pactados.

Igualmente señala que la compraventa a plazos supone desde el inicio, en cambio, la obligación del vendedor de transferir la

78. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis. Tomo II, Página 327.

79. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis. Tomo II, Páginas 345 y 346.

propiedad de un bien al comprador y la del comprador de pagar su precio en dinero. Si esta obligación del comprador debe cumplirse a plazos, la situación no varía; incluso en el supuesto de que se hubiese pactado la reserva de la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él, no podemos olvidar que el comprador adquiere automáticamente el derecho a la propiedad del bien con el pago del importe del precio convenido.

Cárdenas recuerda las palabras de Daniel Ferrere Lamaison, cuando señala que el hecho de que “el **leasing** pueda ser usado como pantalla para ocultar un pacto de reserva de dominio en una compraventa, no implica que el **leasing** constituya una compraventa con tales características. La simulación no impide que el **leasing** sea un contrato autónomo y válido, como tampoco impide que existan contratos de arrendamiento con opción de compra que no oculten compraventas con reservas de dominio o que existan compraventas que no encubran una donación simulada. La posibilidad de simulación no afecta la entidad real del contrato. Deberá estarse a la voluntad de las partes, y cuando coinciden la voluntad real y la declarada en celebrar lo que hemos caracterizado como **leasing**, estaremos ante esa figura, y no ante otra. Y recordemos, además, que la simulación deberá probarse, y nunca presumirse. Si la jurisprudencia no reconoce esta realidad, estará creando dificultades innecesarias en la adaptación de las figuras contractuales a la cambiante realidad”.

Cárdenas expresa que el profesor Francisco Javier Zayas Sanza, al diferenciar estas dos figuras, expresa que: “El fin inicial del **leasing** financiero radica en el goce temporal de unos bienes, no en la transmisión de su propiedad al usuario. En el **leasing** financiero la propiedad de los bienes la conserva la sociedad del **leasing**, que sólo la pierde si el usuario ejercita la opción de compra. En la compraventa con precio aplazado, para que el vendedor conserve la titularidad dominial de los bienes durante el período de pago de las cantidades atrasadas, es necesario que las partes pacten una reserva de dominio o ‘pacto de **lex comisoria**’”.

3.27.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, sabemos que la compraventa es un contrato simple. El contrato de arrendamiento financiero es uno de naturaleza compleja, que como dice Cárdenas, constituye el resultado de la fusión de elementos propios de otros contratos o modalidades contractuales.

Al respecto, Carlos Cárdenas⁸⁰ sostiene –en criterio que compartimos– que el **leasing** es un contrato complejo “Porque su contenido da lugar a la aplicación de diversas formas obligacionales. En él, las prestaciones a cargo de cada una de las partes, se presentan de la siguiente manera: La empresa locadora tiene la obligación de adquirir determinados bienes de capital, maquinaria, equipos, o inmuebles, según las indicaciones de la arrendataria y entregarlos a ésta para su uso, quedando vinculada a su declaración de venderle dichos bienes por el valor pactado. A su turno, la arrendataria tiene la obligación de pagar las cuotas periódicas en el plazo señalado, devolver el bien dado en uso al vencimiento del plazo o ejercitar la opción de compra”.

3.27.4. En cuanto a su contenido o área.

Sabemos que la compraventa puede ser tanto un contrato civil, como de naturaleza mercantil o especial. En cambio, el arrendamiento financiero, a decir de Cárdenas Quirós,⁸¹ es un contrato mercantil.

El citado profesor señala que:

“El Código Civil promulgado el 24 de julio de 1984 y que entró en vigencia el 14 de noviembre del mismo año, señala en su artículo 1677 que: ‘El contrato de arrendamiento financiero se rige por su legislación especial y, supletoriamente, por el presente título (disposiciones generales acerca del arrendamiento, obligaciones del arrendador y del arrendatario, duración, subarrendamiento, cesión, resolución y conclusión del arrendamiento) y los artículos 1419 a 1425, en cuanto sean aplicables’.

¿Se trata entonces de un contrato de naturaleza civil o mercantil?

Es obvio que la línea divisoria entre estos dos campos se difumina cada día más, al punto que los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil fueron unificados en su tratamiento legislativo por el artículo 2112 del Código Civil de 1984, quedando derogados los artículos respectivos del Código de Comercio. En lo que respecta al contrato de arrendamiento financiero, es un contrato mercantil porque así lo establece la legislación especial, aunque su naturaleza como tal es perfectamente discutible. A este respecto, compartimos ple-

80. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis. Tomo II, Página 333.

81. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis. Tomo II, Páginas 331 y 332.

namente la opinión de Garrigues al señalar que: 'No es fácil justificar desde el punto de vista legislativo la distinción entre contrato mercantil y contrato civil. En fin de cuentas, el concepto de contrato mercantil vuelve a plantear el concepto de acto de comercio y de la distinción entre acto de comercio y acto civil. Es el conocido criterio de la calificación automática'. Prosigue señalando el mencionado autor que: 'Si prescindiendo del criterio automático de la inclusión en el Código de Comercio, queremos definir el contrato mercantil atendiendo a su naturaleza específica, diríamos que es el contrato que se produce en el ejercicio de una empresa mercantil. Contrato mercantil y contrato de empresa son términos equivalentes. Por ello, la realidad económica del contrato mercantil subsiste aun en aquellos ordenamientos legislativos, como es el italiano, donde ha desaparecido el Código de Comercio como Código independiente'.

La opinión de Garrigues es válida cuando ambas partes contratantes son empresas. Si una de las partes es una persona natural, es perfectamente aplicable al contrato de arrendamiento financiero la observación que realiza De la Puente y Lavalle cuando analiza la fusión de la compraventa civil y mercantil y que nos permitimos transcribir a continuación: 'Es de todos conocida la dificultad que surge para solucionar el conflicto entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil tratándose de la compraventa mixta, o sea aquélla en que una de las partes busca una finalidad mercantil y la otra una civil, como ocurre en las operaciones bancarias de venta de valores que son mercantiles para el banco pero no para el cliente, o en las ventas en tiendas que son mercantiles desde el punto de vista del comerciante, pero no desde el del consumidor. Si no se quiere recurrir al absurdo jurídico de partir en dos el contrato de compraventa para someter a una de las partes al Derecho Civil y la otra al Derecho Mercantil, resulta actualmente necesario optar entre uno y otro Derecho, lo cual no siempre es tarea fácil'".

3.27.5. En cuanto a su autonomía.

Tanto la compraventa como el arrendamiento financiero son contratos principales, pues no requieren la existencia previa de contrato alguno.

3.27.6. En cuanto a su formación.

Tanto la compraventa como el arrendamiento financiero son consensuales.

3.27.7. En cuanto al tiempo.

Mientras la compraventa es un contrato que tiene vocación de ejecutarse de manera inmediata e instantánea (salvo los casos de excepción analizados en este trabajo), el arrendamiento financiero es un contrato de duración y ejecución continuada, en lo que respecta al uso del bien y periódica en lo que se refiere al pago de las cuotas convenidas.

3.27.8. En cuanto a su negociación.

La compraventa se celebra usualmente por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.27.9. En cuanto al rol económico.

Consideramos que la compraventa y el arrendamiento financiero son contratos de cambio y de disposición.

3.27.10. En cuanto a su función.

La compraventa y el arrendamiento financiero son fundamentalmente contratos constitutivos; pero podrían, por excepción, ser regulatorios o modificatorios, mas nunca extintivos.

3.27.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Tanto la compraventa como el arrendamiento financiero son contratos de carácter individual, pues sólo obligan a las partes que intervienen en su celebración (las partes contratantes).

3.27.12. En cuanto a la prestación.

El contrato de compraventa y el contrato de arrendamiento financiero son contratos con prestaciones recíprocas.

Como dice Carlos Cárdenas,⁸² en el arrendamiento financiero, la empresa locadora es deudora del bien mueble o inmueble y acreedora de la renta señalada en cuotas periódicas, mientras que la arrendataria es deudora de la renta y acreedora del bien materia del contrato.

3.27.13. En cuanto a la valoración.

La compraventa y el arrendamiento financiero son contratos que se celebran a título oneroso.

82. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Máx. Exégesis. Tomo II, Página 334.

3.27.14. En cuanto al riesgo.

Sabemos que la compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo, y excepcionalmente aleatorio. La doctrina por lo general no repara en el tema del riesgo respecto del contrato de arrendamiento financiero, tal vez porque se da por entendido que es un contrato conmutativo, al conocerse perfectamente en el momento de celebrarse el contrato, en qué consistirán las prestaciones a ejecutar. Sin embargo, entendemos que pactar un arrendamiento financiero de carácter aleatorio sería plenamente posible, pues ello no atentaría contra la esencia del mismo.

3.27.15. En cuanto a sus efectos.

El arrendamiento financiero, al igual que la compraventa y todos los contratos celebrados de acuerdo al Derecho nacional, es meramente obligatorio u obligacional.

3.28. Con el contrato de donación indirecta o atípica.

Cuando analicemos el tema del cuarto requisito del precio, consistente en su seriedad, abordaremos el punto del problema planteado por los precios vil e irrisorio frente al tema de la llamada donación indirecta. Sin perjuicio de las apreciaciones que allí se sostendrán, recordaremos que el negocio indirecto –producto de la inercia jurídica– supone un recurso de las partes para conseguir no el fin práctico del medio empleado, sino un fin ulterior diferente. Existe en estos casos negocio indirecto porque las partes recurren a un negocio para conseguir por su intermedio, indirectamente, un fin diferente. El empleo del negocio medio se funda en la voluntad de las partes, que quieren sujetarse tanto a la forma como a la disciplina de fondo del negocio medio, así, por ejemplo, a través de una venta, lograr una liberalidad. En tal sentido, el negocio jurídico indirecto consistiría en emplear una determinada forma jurídica para conseguir indirectamente una finalidad económica que no pueda alcanzarse de modo directo.

Víctor A. Villavicencio Cúneo⁸³ sostiene que las partes para alcanzar el fin ulterior que desean, hacen uso en la donación indirecta de un camino oblicuo, transversal; siendo la lenta adecuación del Derecho a las necesidades económicas, una de las causas de la utilización indirecta de las formas jurídicas.

Dentro de ese orden de ideas, en la donación indirecta el donante hace actuar la liberalidad recurriendo a un diverso medio jurídico, que solamente

83. VILLAVICENCIO CUNEO, Víctor A. Las Donaciones Indirectas o Atípicas. Tesis elaborada y sustentada para optar el grado de bachiller en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1965, Páginas 51 y siguientes.

de reflejo lleva ventaja al beneficiario. En las donaciones indirectas, el primer plano lo ocupa un negocio distinto que el de la donación, el cual actúa ulteriormente el efecto económico de la liberalidad; siendo natural que se someta a la forma requerida para celebrar el negocio medio, porque éste es el único que interesa al Derecho.

Así, a manera de ejemplo de una donación indirecta, relacionada con un contrato de compraventa, podríamos citar el caso en que comprador y vendedor celebren una compraventa sobre un automóvil nuevo de una reconocida marca, que en el mercado tiene un valor aproximado de cuarenta mil dólares de los Estados Unidos de América; pactando como precio el de quinientos nuevos soles.

No se trata, por cierto, de un acto simulado, pues vamos a suponer que existe el ánimo por parte del vendedor de cobrar al comprador los quinientos nuevos soles y, más aún, que realmente los cobra.

También vamos a suponer que no existe ningún otro elemento que lleve a que dicho acto pueda perjudicar los intereses de terceros, así como tampoco alguna causal que haga peligrar la validez o eficacia del acto.

Es dentro de este supuesto que vamos a analizar las semejanzas y diferencias existentes entre el contrato de compraventa y la donación indirecta, celebrada empleando la forma de compraventa.

3.28.1. En cuanto al nombre.

Es claro que el contrato de compraventa es uno de carácter nominado. No podemos efectuar similar afirmación respecto a la donación indirecta; esto, por cuanto, como ha sido dicho, el tema de negocio jurídico indirecto, no sólo no ha sido regulado en nuestra legislación, sino que tampoco es conocido con ese nombre ni en la doctrina peruana, ni en la práctica jurídica y judicial de nuestro país.

Es en virtud en estas consideraciones que podríamos llegar a la conclusión de que la llamada donación indirecta es un acto de carácter innominado dentro del Derecho Civil Peruano.

3.28.2. En cuanto a su regulación.

En tanto la compraventa es un contrato típico, que se encuentra regulado en el Código Civil, la donación indirecta vendría a ser un contrato atípico, pues –lo reiteramos– ni ella ni el negocio jurídico indirecto han merecido regulación en ninguno de los Códigos Civiles que han tenido vigencia en el Perú.

3.28.3. En cuanto a su estructura.

Si tomamos en cuenta que la donación indirecta (en la configuración que venimos manejando) es en realidad una compraventa, tendríamos que llegar a la conclusión de que por su estructura es un contrato simple, pues da lugar a una sola relación jurídica.

3.28.4. En cuanto a su contenido o área.

En tanto la compraventa puede tener naturaleza civil, mercantil o especial, la donación indirecta es un contrato esencialmente civil, por cuanto se desprende claramente de su configuración el hecho de que jamás podría tener un fin de lucro, ya que tras esa apariencia de compraventa existe un evidente ánimo de liberalidad, tendiente a favorecer al aparente comprador, parte que –en estricto Derecho– sería un donatario.

3.28.5. En cuanto a su autonomía.

La compraventa y la donación indirecta son contratos principales, pues para tener existencia no dependen de que se haya celebrado previamente algún otro contrato.

3.28.6. En cuanto a su formación.

La compraventa es un contrato consensual, pues se celebra con el solo consentimiento de las partes. La donación indirecta reviste apariencia y formalidades de una compraventa, pero dentro de la teoría del negocio jurídico indirecto, para ser considerada donación, debería cumplir con los requisitos de forma que el Código Civil Peruano establece en sus artículos 1623, 1624 y 1625.

Ahora bien, está claro que dentro de la lógica del Derecho Peruano, la donación indirecta podría ser considerada como una simple compraventa, razón por la cual, para su validez no se requeriría del cumplimiento de formalidad alguna.

3.28.7. En cuanto al tiempo.

La compraventa y la donación indirecta son contratos cuya vocación es que se ejecuten de manera inmediata e instantánea, pero resulta posible que tanto en uno como en otro las partes recurran a imponerse plazos suspensivos para la ejecución de sus prestaciones, o, en el caso de la compraventa a plazos, sería evidente que la misma se sujetaría a una ejecución cuya duración se prolongaría en el tiempo, y podría calificarse como periódica, en razón de los diversos momentos en los que el comprador tendrá que pagar el precio.

3.28.8. En cuanto a su negociación.

Por su negociación, la compraventa puede ser un contrato paritario o de negociación previa o un contrato celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En cambio, la donación indirecta, al ser un acto de liberalidad, pensamos que básicamente se celebrará por negociación previa.

3.28.9. En cuanto al rol económico.

En lo que se refiere al rol económico, sabemos que la compraventa es un contrato de cambio y de disposición. En apariencia, la donación indirecta también lo sería; y si vamos al fondo del tema, la donación indirecta sería un contrato de cambio, pues también se encontraría comprendido dentro de esa clasificación, ya que la riqueza circula mediante el simple cambio sin necesidad del intercambio (a diferencia de lo que ocurre en el contrato de compraventa).

Y en el fondo también sería un contrato de disposición, pues estaría destinado a justificar la disminución del patrimonio de una persona (en este caso, a cambio de una contraprestación insignificante).

3.28.10. En cuanto a su función.

Tanto la compraventa como la donación indirecta son fundamentalmente contratos constitutivos, pero –por excepción– podrían tener carácter regulatorio o modificadorio; nunca extintivo.

3.28.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

La compraventa y la donación indirecta son contratos de carácter individual, pues sólo obligan a las partes que los celebran.

3.28.12. En cuanto a la prestación.

De acuerdo a nuestro ordenamiento positivo, la compraventa y la donación indirecta serían contratos con prestaciones recíprocas, pues –más allá de la insignificancia de una de las prestaciones en la donación indirecta– se encontraría presente el elemento de reciprocidad, ya que dentro de este negocio no se contempla la posibilidad de que se trate de un acto simulado, así como tampoco de que exista en el “vendedor” el ánimo de perdonar o renunciar al cobro de lo que le corresponde (por más mínimo que sea).

3.28.13. En cuanto a la valoración.

Dentro del Derecho Peruano, tendríamos que llegar a la conclusión de que la compraventa y la donación indirecta son contratos celebrados a título oneroso (esto, porque la donación indirecta es

un contrato que en el Perú –jurídicamente hablando– es considerado como una compraventa común y corriente); pero en el fondo la donación indirecta es un contrato que se celebra a título de liberalidad, con **animus donandi**, vale decir con la intención de beneficiar al aparente comprador.

3.28.14. En cuanto al riesgo.

Sabemos que la compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo, pero que de manera excepcional podría revestir caracteres de aleatoriedad.

Como hemos dicho, en apariencia, la donación indirecta es una simple compraventa, mientras en el fondo se trata de una donación. Dentro de este orden de ideas, como compraventa le serían aplicables las consideraciones que en cuanto al riesgo acabamos de esbozar. Sin embargo, debemos reconocer que al no haberse abordado el tema en la doctrina nacional, tampoco se ha cuestionado la posibilidad de que dicha donación indirecta revista rasgos de aleatoriedad. Pensamos que conceptualmente no existe nada que lo impida, pero reconocemos que estos casos serán –sin duda– excepcionales en la práctica.

3.28.15. En cuanto a sus efectos.

Como todos los contratos del Derecho Peruano, la compraventa y la donación indirecta son meramente obligatorios u obligacionales.

3.29. Con la hipoteca.

3.29.1. En cuanto al nombre.

La compraventa es un contrato nominado, en tanto la hipoteca es un derecho real de garantía, que también reviste la característica de ser nominado, pues siempre se le ha conocido con este nombre.

3.29.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa es un contrato típico (regulado en los artículos 1529 a 1600 del Código Civil), en tanto la hipoteca es un derecho real de garantía, también de carácter típico, el mismo que es tratado por los numerales 1097 a 1122 del Código Civil Peruano.

Son muchas las diferencias entre la compraventa y la hipoteca.

En primer lugar, la compraventa es un contrato a través del cual una parte, denominada vendedor, se obliga a transferir la propiedad de un bien a otra parte, denominada comprador, en

tanto dicho comprador se obliga a pagarle el precio en dinero o signo que lo represente.

Es claro que la compraventa puede versar sobre bienes muebles e inmuebles.

En cambio, la hipoteca es un derecho real, no un contrato (independientemente de si la constitución de dicho derecho real se basa en el cumplimiento de alguna obligación contractual). Además, la hipoteca sólo recae sobre inmuebles.

La compraventa puede celebrarse respecto de bienes determinados (ciertos), determinables (inciertos) o fungibles, en tanto la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes específicamente determinados (argumento del artículo 1100 del Código Civil).

La compraventa puede versar sobre bienes propios o ajenos del vendedor; en tanto la hipoteca solamente puede constituirse sobre bienes del propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley (argumento del artículo 1009, inciso 1 del Código Civil).

La compraventa puede celebrarse sobre bienes futuros (argumento de los artículos 1534, 1535 y 1536 del Código Civil), en tanto la hipoteca no puede constituirse sobre bienes futuros (artículo 1106 del Código Civil).

La compraventa necesariamente es un contrato, pues nace del acuerdo de voluntades entre comprador y vendedor. En cambio, la hipoteca puede nacer de un contrato o de la ley, ya que existen las denominadas hipotecas legales, las mismas que están reguladas por los artículos 1118 a 1121 del Código Civil.⁸⁴

84. Los textos de los referidos numerales son los siguientes:

Artículo 1118.- "Además de las hipotecas legales establecidas en otras leyes, se reconocen las siguientes:

1. La del inmueble enajenado sin que su precio haya sido pagado totalmente o lo haya sido con dinero de un tercero.
2. La del inmueble para cuya fabricación o reparación se haya proporcionado trabajo o materiales por el contratista y por el monto que el comitente se haya obligado a pagarle.
3. La de los inmuebles adquiridos en una partición con la obligación de hacer amortizaciones en dinero a otros de los copropietarios."

Artículo 1119.- "Las hipotecas legales a que se refiere el artículo 1118 se constituyen de pleno derecho y se inscriben de oficio, bajo responsabilidad del registrador, simultáneamente con los contratos de los cuales emanan.

En los demás casos, el derecho del acreedor surge de la inscripción de las hipotecas legales en el registro. Las personas en cuyo favor se reconocen dichas hipotecas, pueden exigir el otorgamiento de los instrumentos necesarios para su inscripción."

Artículo 1120.- "Las hipotecas legales son renunciables y también puede cederse su rango respecto a otras hipotecas legales y convencionales.

La renuncia y la cesión pueden hacerse antelada y unilateralmente."

Artículo 1121.- "Las reglas de los artículos 1097 a 1117 y 1122 rigen para las hipotecas legales en cuanto sean aplicables".

3.29.3. En cuanto a su estructura.

La compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica entre comprador y vendedor.

Por su parte, la hipoteca es un derecho real que se constituye con su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, obligación que ha nacido en virtud de un contrato relativo a la hipoteca, celebrado entre quien se obliga a constituir la hipoteca y el acreedor, que en el caso del contrato de compraventa será el vendedor del bien (independientemente del caso de las hipotecas legales). En tal sentido, podemos decir que el contrato de hipoteca también es de carácter simple, pues sólo obliga a las partes que lo celebran.

3.29.4. En cuanto a su contenido o área.

El contrato de compraventa, así como el derecho real de hipoteca pueden revestir naturaleza civil, mercantil o alguna otra especial.

3.29.5. En cuanto a su autonomía.

Mientras el contrato de compraventa es de carácter principal, pues no requiere de la preexistencia de ningún otro contrato, la hipoteca es un derecho real de garantía, por tanto, de carácter accesorio, nacido en virtud de un contrato principal en el que se establezca dicha obligación o, en virtud de un contrato posterior, el mismo que revestiría carácter accesorio. Esta naturaleza de la hipoteca se deriva de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1097 del Código Civil, precepto que establece que "Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía de cualquier obligación, propia o de un tercero".

3.29.6. En cuanto a su formación.

Mientras el contrato de compraventa es de carácter consensual, el derecho real de hipoteca es de carácter formal. Resulta claro que hay que distinguir el título en virtud del cual alguien se obliga a constituir una hipoteca en garantía de una obligación, de la constitución de derecho real de hipoteca. El primer acto (como contrato) podrá ser de naturaleza consensual, carácter que nunca podrá tener el derecho real de hipoteca, ya que tal como lo establece el artículo 1098 del Código Civil, la hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley; a lo que se agrega lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 1099, en el sentido que uno de los requisitos para la validez de la hipoteca consiste en que el gravamen sea de cantidad

determinada o determinable y que se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble.

3.29.7. En cuanto al tiempo.

La compraventa tiene vocación de ejecutarse instantánea e inmediatamente (salvo los supuestos de excepción analizados en este trabajo); la hipoteca es un derecho real llamado a durar en el tiempo, pues justamente se constituye como garantía del cumplimiento de una obligación. En tal razón, la hipoteca durará lo que dure la obligación incumplida, extinguiéndose cuando ella se haya terminado de pagar.

3.29.8. En cuanto a su negociación.

La compraventa puede celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación; en tanto lo propio ocurrirá con la hipoteca, la misma que puede constar en formularios pre-impresos. Ahora bien, sería muy difícil encontrar una hipoteca constituida por adhesión, ya que el formulario no podría contener los datos exactos y el valor del inmueble de que se trate, los mismos que tendrían que ser llenados en cada caso concreto.

3.29.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la hipoteca es de garantía, pues está destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación (haciendo la salvedad que nos estamos refiriendo al contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir hipoteca, mas no al derecho real en sí —el mismo que obviamente no es un contrato—).

3.29.10. En cuanto a su función.

Dada la naturaleza de la compraventa y de la hipoteca, estaremos en presencia de actos de carácter constitutivo, pero excepcionalmente podrían ser regulatorios o modificatorios, mas nunca extintivos.

3.29.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

El contrato de compraventa y el contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir una hipoteca en favor de otra persona, son de carácter individual, pues sólo obligan a las partes que intervienen en su celebración (independientemente de que el derecho real de hipoteca sólo quedará constituido con su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble).

3.29.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. El contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir hipoteca en favor de otra puede ser de prestación unilateral (en caso no exista contraprestación) o con prestaciones recíprocas.

3.29.13. En cuanto a la valoración.

De acuerdo a lo que ha sido dicho en el punto anterior, la compraventa será siempre un acto a título oneroso en tanto la hipoteca puede que se celebre a título oneroso o a título gratuito (de liberalidad).

3.29.14. En cuanto al riesgo.

Sabemos que el contrato de compraventa es fundamentalmente conmutativo, pero que por excepción puede ser aleatorio. En cambio, con la hipoteca no ocurriría lo mismo, ya que podría decirse que es netamente conmutativa, dado lo establecido por el artículo 1100 del Código Civil, en el sentido que debe recaer sobre bienes inmuebles específicamente determinados, a lo que se agrega la prohibición de constituir hipoteca sobre bienes futuros, dispuesta por el numeral 1106 del mismo cuerpo legal.

3.29.15. En cuanto a sus efectos.

El contrato de compraventa, así como el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir un derecho real de hipoteca, son, como todo contrato celebrado de acuerdo a nuestro ordenamiento positivo, de carácter obligatorio u obligacional.

3.30. Con la prenda.

3.30.1. En cuanto al nombre.

Mientras la compraventa es un contrato nominado, el derecho real de prenda también reviste dicho carácter.

3.30.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa es un contrato típico; la prenda es un derecho real de garantía típico, pues se encuentra regulado en la ley (artículos 1055 a 1090 del Código Civil).

En tanto la compraventa puede tener por objeto un bien mueble o inmueble, la prenda sólo recae sobre bienes muebles, al establecer el artículo 1055 del Código Civil Peruano que ella se

constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación.

Por otra parte, si bien cabe celebrar una compraventa sobre bienes futuros, se podría desprender de lo establecido por el artículo 1058 del Código Civil que ello no cabe en el caso de la prenda, pues en el inciso 2 de dicha norma se establece como requisito de validez de la prenda que el bien se entregue física o jurídicamente al acreedor, a la persona designada por éste, o a la que señalen las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en la última parte del artículo 1059 (supuesto de prenda con entrega jurídica, en el cual la prenda sólo surte efecto desde su inscripción en el registro respectivo).

Es necesario señalar también que a diferencia de la compraventa, que puede recaer sobre bienes ajenos (artículos 1537 a 1542), la prenda sólo puede recaer sobre bienes propios, al establecer el inciso 1 del artículo 1058 que es requisito para validez de la prenda que grave el bien quien sea su propietario o quien esté autorizado legalmente. Resulta obvio, sin embargo, que a lo que alude el Código Civil es a la constitución del derecho real en sí, mas no al contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir un bien en prenda, ya que en este caso podría presentarse la hipótesis en la cual el obligado todavía no tenga la calidad de propietario de dicho bien.

3.30.3. En cuanto a su estructura.

Tanto la compraventa como el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir prenda sobre un bien en garantía del cumplimiento de una obligación, son actos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.30.4. En cuanto a su contenido o área.

La compraventa y la prenda pueden revestir carácter civil, mercantil o especial.

3.30.5. En cuanto a su autonomía.

Mientras la compraventa es un contrato principal, la prenda es accesorio, pues se constituye para garantizar el cumplimiento de cualquier obligación (argumento del artículo 1055). Sin embargo, es necesario precisar que la constitución de la prenda puede efectuarse en virtud de una obligación nacida del mismo contrato cuya ejecución garantizará, o de un contrato posterior.

3.30.6. En cuanto a su formación.

Sabemos que la compraventa es un contrato consensual. El contrato por el cual alguien se obliga a constituir un bien en prenda, también revestiría ese carácter, mas no así el derecho real de prenda, ya que en virtud a lo establecido por el inciso 2 del artículo 1058 del Código Civil, es requisito para la validez de la prenda que el bien se entregue física o jurídicamente al acreedor, a la persona designada por éste o a la que señalen las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en la última parte del artículo 1059, caso en el cual la prenda sólo surte efecto desde su inscripción en el registro respectivo.

Además debe tenerse en cuenta que el numeral 1061 establece que la prenda no surte efecto contra tercero si no consta en documento de fecha cierta, salvo lo dispuesto en la última parte del referido artículo 1059. Por otra parte, el artículo 1062 señala que el documento en que consta la prenda debe mencionar la obligación principal y contener una designación detallada del bien gravado; en tanto el artículo 1063 prescribe que la prenda que garantiza una deuda sirve de igual garantía a otra que se contraiga entre los mismos acreedor y deudor, siempre que la nueva deuda conste por escrito de fecha cierta.

3.30.7. En cuanto al tiempo.

La compraventa es fundamentalmente un contrato de ejecución instantánea e inmediata (salvo los casos de excepción estudiados en este trabajo). En cambio, la prenda es –por lo general– un derecho real con vocación de permanencia en el tiempo, pues la vigencia del mismo se prolongará tanto como resulte impaga o incumplida la obligación que garantiza.

3.30.8. En cuanto a su negociación.

Hemos dicho reiteradas veces que la compraventa puede celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En cambio, la prenda es fundamentalmente de negociación previa, sin perjuicio de admitir la posibilidad de casos excepcionales, a los cuales hacemos aplicables nuestros comentarios relativos a la negociación de la hipoteca.

3.30.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, el contrato en virtud del cual una persona se obliga a

constituir respecto a otra el derecho real de prenda sobre un bien, es un contrato de garantía.

3.30.10. En cuanto a su función.

Tanto la compraventa como la prenda son actos fundamentalmente constitutivos, aunque por excepción podrían tener naturaleza regulatoria o modificatoria, pero nunca extintiva.

3.30.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Por los sujetos a quienes obliga, la compraventa y el contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir un derecho real de prenda sobre un bien, son contratos de carácter individual, pues sólo afectan a las partes que intervienen en su celebración.

3.30.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. El contrato en virtud del cual nace la obligación de constituir una prenda puede ser celebrado ya sea con prestaciones recíprocas (de existir contraprestación a favor de quien otorga la prenda), como de prestación unilateral, en caso no existiese dicha contraprestación.

3.30.13. En cuanto a la valoración.

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, el contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir una prenda puede celebrarse tanto a título oneroso como a título gratuito.

3.30.14. En cuanto al riesgo.

Hacemos de aplicación a este punto nuestros comentarios que sobre el particular vertimos al analizar las semejanzas y diferencias entre la hipoteca y la compraventa.

3.30.15. En cuanto a sus efectos.

Independientemente de la naturaleza real del derecho de prenda, el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir una prenda, es, como todo contrato celebrado dentro de nuestro ordenamiento positivo, uno de carácter meramente obligatorio u obligacional.

3.31. Con la anticresis.

3.31.1. En cuanto al nombre.

Mientras la compraventa es un contrato nominado, la anticresis es un derecho real también de carácter nominado.

3.31.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa es un contrato típico. La anticresis es un derecho real de garantía igualmente de carácter típico, encontrándose regulada entre los artículos 1091 y 1096 del Código Civil.

En virtud del artículo 1091 se establece que por la anticresis se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos.

Por otra parte, en el artículo 1093 se señala que la renta del inmueble se aplica al pago de los intereses y gastos, y el saldo al capital; en tanto el numeral 1094 prescribe que las obligaciones del acreedor son las mismas del arrendatario, excepto la de pagar la renta; mientras el artículo 1095 señala que el acreedor no puede retener el inmueble por otra deuda, si no se le concedió este derecho; siendo aplicables a la anticresis las reglas establecidas para la prenda en lo que no se opongan a las consignadas en este título (argumento del artículo 1096).

3.31.3. En cuanto a su estructura.

La compraventa, así como el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir el derecho de anticresis, son de carácter simple, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.31.4. En cuanto a su contenido o área.

La compraventa, al igual que la anticresis, puede revestir carácter civil, mercantil o alguno especial.

3.31.5. En cuanto a su autonomía.

Por su autonomía la compraventa es un contrato principal, mientras la anticresis es un derecho real de garantía, razón por la cual siempre revestirá naturaleza accesoria, ya que no podría existir sin la existencia previa de una deuda que esté destinada a garantizar.

3.31.6. En cuanto a su formación.

La compraventa es un contrato consensual. En cambio, el contrato en virtud del cual se constituye la anticresis se otorgará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacte (argumento del artículo 1092).

3.31.7. En cuanto al tiempo.

La compraventa es un contrato que tiende a ejecutarse instantánea e inmediatamente (salvo los casos excepcionales tratados en esta

investigación), mientras que la anticresis tiene vocación de duración en el tiempo, en la medida que subsistirá hasta que se pague (extinga) la obligación que garantiza.

3.31.8. En cuanto a su negociación.

La compraventa puede celebrarse tanto por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. No ocurre lo mismo con la anticresis, fundamentalmente porque se trata de un acto constitutivo de un derecho real de garantía que no es usual en la sociedad peruana moderna, y cuya utilización se presenta –sobre todo– en las zonas de la sierra de nuestro país.

3.31.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la anticresis es un derecho real de garantía.

3.31.10. En cuanto a su función.

Tanto la compraventa como la anticresis tienen función fundamentalmente constitutiva; pero, por excepción, podrían ser regulatorios o modificatorios.

3.31.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

El contrato de compraventa, así como el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir anticresis a favor de otra, son de carácter individual, pues sólo conciernen en cuanto a sus efectos a las partes que los celebran.

3.31.12. En cuanto a la prestación.

Dada la normatividad legal peruana al respecto, podemos decir que la compraventa es un contrato de prestaciones recíprocas, en tanto la anticresis fundamentalmente es un acto de prestación unilateral (argumento de los artículos 1091 y 1094 del Código Civil).

Sin embargo cabría la posibilidad de imaginar la constitución de una anticresis que implicase la ejecución de una prestación a favor del propietario del bien, sobre todo en caso la constituya en garantía de la obligación de un tercero (y, precisamente, la contraprestación vendría de parte de ese tercero).

3.31.13. En cuanto a la valoración.

Sabemos que el contrato de compraventa se celebra, por esencia, a título oneroso, en tanto la anticresis, si bien en la mayoría de

los casos se celebrará a título gratuito (sin contraprestación alguna), resulta posible imaginar que se celebre de manera onerosa.

3.31.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y por excepción aleatorio. La conmutatividad o aleatoriedad de la anticresis es un punto que no ha sido abordado suficientemente por la doctrina. Sin embargo, consideramos que ello se ha debido a la presunción de su carácter conmutativo. Nada impediría imaginar una anticresis constituida de manera aleatoria.

3.31.15. En cuanto a sus efectos.

Tanto el contrato de compraventa, como aquel por el cual una parte se obliga a dar en anticresis un bien en favor de otra, en garantía de una obligación, son de carácter meramente obligatorio u obligacional, como todos los contratos celebrados de acuerdo al Derecho Peruano.

3.32. Con el contrato de institución de heredero o legatario.

Antes de comentar las semejanzas y diferencias existentes entre ambas figuras, consideramos conveniente señalar que todo el razonamiento que esbozamos a continuación parte del supuesto en que se considere válido —en abstracto— al contrato de institución de heredero o de legatario, ya que dicho contrato es nulo dentro del Derecho Peruano, por lo establecido en el artículo 1405, norma que prescribe la nulidad de todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora. Es el caso de los pactos o contratos sucesorios, los mismos que son nulos en casi todos los países de nuestra tradición jurídica, salvo los casos de Alemania y Suiza, en donde se les permite, pero sujetos a severas restricciones.

En primer lugar, vamos a ocuparnos del pacto de institución de heredero o legatario, en cuanto podría revestir similitud con respecto al contrato de compraventa. Creemos que el caso en el cual ambos contratos revestirían mayor semejanza sería el pacto de institución de legatario, en el cual el instituyente se obligue en vida para que al momento de su muerte un bien determinado de su patrimonio pase o se transfiera —a título de legado— al patrimonio del instituido o beneficiario; realizándose este acto a título oneroso, vale decir, incluyendo una contraprestación, a ejecutar por parte del beneficiario en favor del instituyente.

Es respecto de este pacto que analizaremos sus semejanzas y diferencias con el contrato de compraventa, a la luz de nuestra legislación civil.

3.32.1. En cuanto al nombre.

Como sabemos, de acuerdo al nombre, la compraventa es un contrato nominado y así es conocido en toda nuestra tradición jurídica. En cambio, la nomenclatura del pacto de institución de heredero o legatario prácticamente es conocida sólo en doctrina, pues al ser una figura sancionada con nulidad en la mayoría de países, el común de la población no conoce o es ajena al significado de este nombre. Pensamos que únicamente cierto sector de profesionales del Derecho, entendidos en la materia, tienen verdadero conocimiento del tema.

3.32.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa es un contrato típico y, obviamente, válido. En cambio, el pacto de institución de heredero o legatario no tiene tipicidad legal (así como tampoco social), a lo que se agrega el hecho de que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1405 del Código Civil, se le sanciona con nulidad, pero no de manera específica sino genérica, ya que el referido numeral establece la nulidad de todos los pactos sucesorios.

3.32.3. En cuanto a su estructura.

Independientemente del tema de la validez, el pacto de institución de heredero o legatario resulta ser un contrato simple (al igual que la compraventa), pues da lugar a una relación jurídica entre el instituyente y el instituido o beneficiario, ya sea en calidad de heredero o legatario.

3.32.4. En cuanto a su contenido.

Hemos dicho reiteradas veces que la compraventa puede ser de contenido civil, mercantil o especial. Entendemos que si fuera válido el pacto sucesorio de institución de heredero o legatario, revestiría fundamentalmente naturaleza civil.

3.32.5. En cuanto a su autonomía.

Tanto la compraventa como el pacto de institución de heredero o legatario son contratos de carácter principal, pues no requieren (en el plano teórico) de ningún otro contrato previo para existir.

3.32.6. En cuanto a su formación.

Siempre en el supuesto hipotético de que el pacto de institución de heredero o legatario fuese válido (de no existir el artículo 1405 del Código Civil), el mismo revestiría carácter consensual, al igual que la compraventa.

3.32.7. En cuanto al tiempo.

La compraventa es un contrato que tiene por vocación – generalmente– ejecutarse de manera instantánea e inmediata (salvo los casos de excepción estudiados en este trabajo). En cambio, el pacto de institución de heredero o legatario no tiene vocación de ejecución inmediata, pues la transferencia de propiedad del bien estaría supeditada al momento de la muerte del instituyente, más allá de si la transferencia de propiedad del bien se produce de manera inmediata a dicho acontecimiento.

Es en virtud de ello que estimamos que los pactos de institución de heredero o legatario son contratos sujetos a un plazo suspensivo determinable, el mismo que estará signado por el momento de la muerte del instituyente. En la hipótesis de que estos pactos no fueran nulos, su validez comenzaría al momento de su celebración, en tanto que resultarían eficaces sólo a partir de la fecha de la muerte del instituyente, a menos que se hubiesen pactado con contraprestación a ejecutar por el instituido o beneficiario, en vida del instituyente.

3.32.8. En cuanto a su negociación.

La compraventa puede celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Si fuese válida la institución de heredero o legatario, se celebraría fundamentalmente por negociación previa, ya que dadas las características de este contrato, no resultaría factible pensar en que se celebrara por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.32.9. En cuanto al rol económico.

Ambos contratos (la compraventa y el pacto de institución de heredero o legatario) pueden ser considerados de cambio y de disposición.

3.32.10. En cuanto a su función.

La compraventa y el pacto de institución de heredero o legatario serían contratos constitutivos, aunque excepcionalmente podrían ser modificatorios o regulatorios; mas nunca extintivos.

3.32.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Ambos contratos serían de carácter individual, ya que solamente obligarían a las partes que los celebran.

Sin embargo, deberíamos reparar en el hecho de que si el pacto de institución de heredero o legatario fuese válido, el mismo no

sólo afectaría a quienes lo celebraron, sino también a los demás sucesores del causante que instituyó como heredero o legatario a alguien.

3.32.12. En cuanto a la prestación.

Mientras la compraventa siempre es un contrato con prestaciones recíprocas, el pacto de institución de heredero o legatario podría celebrarse tanto a título de prestaciones recíprocas como a título de prestación unilateral (como liberalidad), siempre que el beneficiario de dicha institución no tenga que ejecutar prestación alguna en favor del instituyente o de un tercero.

3.32.13. En cuanto a la valoración.

De acuerdo a lo sostenido en el punto anterior, la compraventa siempre será un contrato celebrado a título oneroso, en tanto el pacto de institución de heredero o legatario podría celebrarse, ya sea a título oneroso como a título gratuito.

3.32.14. En cuanto al riesgo.

Como sabemos, el contrato de compraventa es fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. Poco se ha dicho sobre esta materia en relación al pacto de institución de heredero o legatario. Pero, pensamos que si fuese un contrato válido (es decir, sin considerar la existencia del artículo 1405 del Código Civil), y manteniendo intactas todas las normas de nuestro ordenamiento legal, podría llegarse a la conclusión de que sería un contrato aleatorio, ya que se tendrían que respetar los preceptos relativos a la legítima hereditaria (artículos 724 a 727 del Código Civil); así como tener presente lo establecido por el artículo 1629 del propio Código, relativo a la donación inoficiosa (en caso que estemos frente a un pacto de institución de heredero o legatario celebrado a título de liberalidad).

3.32.15. En cuanto a sus efectos.

De tener validez el pacto de institución de heredero o legatario, sería, dentro del Derecho Peruano –al igual que todo contrato– meramente obligatorio u obligacional.

3.33. Con la compraventa de herencia futura.

Como ha sido dicho en nuestra introducción al tema de los pactos sucesorios, uno de ellos es la compraventa de herencia futura, a través del cual el eventual futuro heredero celebra un contrato con un tercero (que puede ser ajeno o no a la futura sucesión), a través del cual se obliga a transferirle la propiedad sobre la herencia que reciba en el futuro respecto

de un determinado causante (que al momento de la celebración de dicho pacto se encuentra vivo). Así, al tiempo de la muerte del causante, quien tendría derecho al patrimonio hereditario que le correspondería al eventual heredero, no sería dicho heredero, sino el tercero que contrató con él, quien habría adquirido los derechos sobre la herencia de aquella persona que todavía vive.

Es claro que este pacto tiene similitudes con el contrato de compraventa, sobre todo si tenemos en consideración que el patrimonio hereditario podría estar compuesto solamente por uno o más bienes, caso en el cual el contrato se asemejaría mucho a la compraventa.

Finalmente, es necesario precisar que todas las consideraciones que esbozaremos a continuación las hacemos teniendo en cuenta que este contrato sucesorio (al igual que cualquier otro) es nulo, en virtud a lo establecido por el artículo 1405 del Código Civil Peruano; pero nuestro razonamiento lo efectuamos considerando la posibilidad teórica de que fuera válido.

3.33.1. En cuanto al nombre.

Sabemos que la compraventa es un contrato nominado y es así conocido por toda la sociedad. No ocurre lo propio con el pacto de compraventa de herencia futura, en la medida que (tal como ocurre con el pacto de institución de heredero o legatario) no es conocido por la sociedad en general, la misma que no tiene una idea clara acerca de sus alcances, precisamente por la nulidad impuesta en el Perú y en casi todos los países de nuestra tradición jurídica respecto a los pactos sucesorios en general. Sin embargo, en el ámbito doctrinario sí se le conoce con el nombre a que hacemos referencia, tal vez como una especie de aquellos pactos sucesorios de disposición de herencia futura.

3.33.2. En cuanto a su regulación.

Mientras la compraventa es un contrato típico, el pacto de compraventa de herencia futura no reviste dicha tipicidad legal, siendo nulo en base a lo establecido por el artículo 1405 del Código Civil, norma que –sin embargo– no establece la nulidad puntual de este pacto, sino en general de todos los contratos sucesorios. Por lo demás, incluso como pacto nulo, no podríamos decir que se trata de un contrato típico.

3.33.3. En cuanto a su estructura.

De tener validez, el pacto de compraventa de herencia futura sería, al igual que la compraventa común y corriente, un contrato simple, pues sólo afectaría a las partes que lo celebrasen.

3.33.4. En cuanto a su contenido o área.

En tanto la compraventa puede tener contenido civil, mercantil o especial, el pacto de compraventa de herencia futura tendría naturaleza fundamentalmente civil.

3.33.5. En cuanto a su autonomía.

En el plano teórico, ambos contratos serían de carácter principal, pues para su existencia no dependerían jurídicamente de ningún otro contrato.

3.33.6. En cuanto a su formación.

De ser válido el pacto de compraventa de herencia futura, sería, al igual que el contrato de compraventa, uno de carácter consensual, pues se celebraría con el sólo consentimiento de las partes, no requiriéndose el cumplimiento de ninguna formalidad específica.

3.33.7. En cuanto al tiempo.

Mientras la compraventa común y corriente es un contrato que tiene vocación de ejecución instantánea e inmediata (salvo los casos excepcionales analizados en esta investigación), la compraventa de herencia futura es un contrato que si bien tiene validez desde el momento de su celebración entre el eventual futuro heredero y un tercero, sólo surtirá efectos a la muerte del causante, momento en el cual (en el plano teórico, naturalmente) dicho tercero recién podría exigir la titularidad de la porción del patrimonio hereditario que fuera objeto del referido pacto sucesorio.

3.33.8. En cuanto a su negociación.

En tanto la compraventa es un contrato que se celebra, ya sea por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, pensamos que de ser válida la compraventa de herencia futura, dada su naturaleza y especiales características, ella solamente se celebraría por negociación previa.

3.33.9. En cuanto al rol económico.

La compraventa y el pacto sucesorio de compraventa de herencia futura (de ser válido) serían contratos de cambio y de disposición.

3.33.10. En cuanto a su función.

Ambos son contratos constitutivos, sin perjuicio de que excepcionalmente podrían tener carácter modificatorio o regulatorio, mas nunca extintivo.

3.33.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

En caso fuera válida la compraventa de herencia futura, tanto ella como la compraventa común y corriente serían contratos de carácter individual, pues sólo afectarían a las partes que intervinieran en su celebración.

3.33.12. En cuanto a la prestación.

Resultaría evidente que al ser ambos contratos una compraventa, tendrían prestaciones recíprocas.

3.33.13. En cuanto a la valoración.

De acuerdo a lo que acabamos de mencionar en el punto anterior, ambos serían contratos celebrados a título oneroso.

3.33.14. En cuanto al riesgo.

Siendo ambos contratos una compraventa, les resultarían de aplicación las expresiones que en reiteradas oportunidades hemos vertido con relación a que se trata de un contrato fundamentalmente conmutativo, pero que –por excepción– podría revestir rasgos de aleatoriedad.

3.33.15. En cuanto a sus efectos.

Ambos contratos (naturalmente, en el supuesto de validez de la compraventa de herencia futura) serían meramente obligatorios u obligacionales, pues el Derecho Peruano no admite la existencia de contratos de distinto orden.

3.34. Con el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura.

En teoría, el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura es aquél que celebra un eventual futuro causante con un heredero forzoso, a través del cual (obviamente en vida del causante) el potencial futuro heredero acepta o renuncia a la herencia que –a la muerte del causante– como tal le correspondería.

Este pacto podría revestir semejanzas con el contrato de compraventa, en la medida que –hipotéticamente– el patrimonio hereditario estuviese constituido solamente por uno o más bienes, y que además para aceptar o renunciar a dicha herencia, el potencial heredero recibiera una contraprestación en dinero o signo que lo represente, de parte de su eventual futuro causante.

3.34.1. En cuanto al nombre.

Como sabemos, la compraventa es un contrato nominado, en tanto el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura también

lo sería, si tenemos en consideración que en doctrina se le conoce con este nombre, más allá de la solución legislativa que se adopte sobre el mismo y de que la mayoría de personas en la sociedad desconocen su existencia.

3.34.2. En cuanto a su regulación.

El pacto de aceptación o renuncia de herencia futura es considerado nulo, tanto en virtud de la disposición general del artículo 1405 del Código Civil, como por lo prescrito en el artículo 678 del mismo, numeral que establece textualmente que “No hay aceptación ni renuncia de herencia futura”. En este sentido, podríamos –más allá de que es nulo– decir que se trata de un contrato típico.

Por lo demás, en cuanto respecta a la compraventa común y corriente, sabemos es un contrato típico, regulado por los artículos 1529 a 1600 del Código Civil.

3.34.3. En cuanto a su estructura.

En el plano teórico, tanto la compraventa simple como el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura, serían contratos de carácter individual, en la medida que sólo afectarían a las partes que intervinieran en su celebración. Sin embargo, en la eventualidad de considerar válida a la aceptación o renuncia de herencia futura, tendríamos que llegar a la conclusión de que dicho pacto podría afectar (para bien) los derechos hereditarios de los demás herederos, pues ellos gozarían del derecho de acrecer.

3.34.4. En cuanto a su contenido o área.

Sabemos que, por su contenido, la compraventa podría ser un contrato de naturaleza civil, mercantil o especial. Pensamos que el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura tendría fundamentalmente naturaleza civil.

3.34.5. En cuanto a su autonomía.

Por su autonomía, ambos contratos serían de carácter principal, pues para su existencia no requerirían la de ningún otro contrato.

3.34.6. En cuanto a su formación.

Por su formación, sabemos que la compraventa es un contrato consensual. De no existir los artículos 1405 y 678 del Código Civil, que lo proscriben, el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura también sería de carácter consensual.

3.34.7. En cuanto al tiempo.

Es sabido que por el tiempo, la compraventa es un contrato que tiene vocación para ejecutarse inmediata e instantáneamente. De ser válida la aceptación o renuncia de herencia futura, dicha validez estaría centrada en el momento de celebración del contrato, pero necesariamente tendríamos que considerar al acto como uno sujeto a plazo suspensivo determinable, el mismo que estará signado por el momento de la muerte del futuro causante, fecha en la cual el acto recién podrá surtir efectos, salvo que haya sido celebrado a título oneroso y el futuro causante se hubiera obligado a ejecutar una prestación –mientras viviera– en favor del aceptante, renunciante o, incluso, de un tercero.

3.34.8. En cuanto a su negociación.

En tanto la compraventa se celebra tanto por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, el contrato de aceptación o renuncia de herencia futura (en el entendido de que fuese válido), se celebraría por negociación previa, ya que un acto de esta naturaleza escaparía de aquellos supuestos de contratación en masa, a los cuales están dirigidos los formularios de contratos por adhesión o celebrados con arreglo a cláusulas generales.

3.34.9. En cuanto al rol económico.

En el plano teórico, la compraventa y el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura serían contratos de cambio y de disposición.

3.34.10. En cuanto a su función.

Siempre teniendo en cuenta la validez, teóricamente hablando, del pacto de aceptación o renuncia de herencia futura, el mismo y la compraventa tendrían fundamentalmente naturaleza constitutiva, admitiéndose, sin embargo, la posibilidad de que revistan carácter modificatorio o regulatorio, mas nunca extintivo.

3.34.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Por los sujetos a quienes obliga, la compraventa es un contrato de carácter individual, al afectar solamente a quienes lo celebran. Por su parte, el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura, podría ser de carácter individual, pero tal carácter se vería mediatizado en función del derecho de acrecer que asistiría a los demás herederos, en caso se tratara de una renuncia de herencia futura.

3.34.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa siempre será un contrato con prestaciones recíprocas. El pacto de aceptación o renuncia de herencia futura también podría serlo, en la medida que el aceptante o renunciante se obligara a ejecutar una prestación en favor del futuro causante; pero resulta evidente que también podría ser un pacto de prestación unilateral, en la medida que el futuro causante no se obligue a nada respecto del eventual aceptante o renunciante de la herencia.

3.34.13. En cuanto a la valoración.

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, la aceptación o renuncia de herencia futura podría ser un contrato que se celebre a título oneroso como uno que se celebre a título gratuito.

3.34.14. En cuanto al riesgo.

Sobre este particular, podemos decir que la aceptación o renuncia de herencia futura no ha merecido un estudio sobre su carácter conmutativo o aleatorio. Sin embargo, pensamos que –de ser válido– se trataría de un contrato fundamentalmente de carácter aleatorio, ya que el contenido de la herencia sobre la cual se efectúa dicha aceptación o renuncia no es conocido, sino presunto, pues en el lapso que media entre la celebración del contrato y la muerte del causante, el patrimonio hereditario podría variar de manera sustancial.

Por lo demás, como sabemos, la compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio.

3.34.15. En cuanto a sus efectos.

De ser válida la aceptación o renuncia de herencia futura, deberíamos llegar a la conclusión de que tanto ella como la compraventa son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.35. Con el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro.

El artículo 1406 del Código Civil Peruano establece que “Es nulo el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro”.

Esta norma, que resulta, por su ubicación y contenido, aplicable a todos los contratos, sin embargo, sólo está referida a aquellos contratos que

impliquen obligación de disposición de bienes. Consideramos que deberíamos entender por “disposición” a aquellos actos que implican la enajenación del bien, lo que equivale a decir –en cuanto a contratos nominados– que el bien sea materia de la prestación en una compraventa, en una permuta o en una donación, o sea en aquellos contratos en los cuales una parte se obliga a transferir a la otra la propiedad de uno o varios bienes.

A nosotros, como resulta obvio, nos interesa el artículo 1406 en lo relativo al contrato de compraventa. Si bien es cierto que en el Título relativo a este contrato y en el Capítulo del bien materia de la venta no se reitera este supuesto (a diferencia de otros ya analizados), es de entera aplicación al contrato de compraventa, lo que equivale a decir que es nulo el contrato de compraventa de la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro.

3.35.1. En cuanto al nombre.

La compraventa es un contrato nominado, a diferencia del contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro, el mismo que no recibe por parte de la doctrina ni la legislación un nombre específico con el que se le conozca, más allá de la descripción de su contenido esbozada al tratar de identificarlo. En este sentido, podríamos decir que estamos frente a un contrato innominado.

3.35.2. En cuanto a su regulación.

Por su regulación, la compraventa es un contrato típico, regulado en el Código Civil, en tanto el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro es nulo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1406 del Código Civil Peruano.

3.35.3. En cuanto a su estructura.

Dentro del campo teórico, ambos serían contratos de carácter simple, pues cada uno de ellos da lugar a una sola relación jurídica.

3.35.4. En cuanto a su contenido o área.

Mientras la compraventa puede tener naturaleza civil, mercantil o especial, pensamos que de permitirse la celebración de un contrato por el cual alguien disponga sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que pueda adquirir en el futuro, éste sería un contrato fundamentalmente de carácter civil, dada su peculiar naturaleza.

3.35.5. En cuanto a su autonomía.

Fuera del tema de la validez, ambos contratos serían de carácter principal, pues no requieren de la preexistencia de contrato alguno.

3.35.6. En cuanto a su formación.

En el entendido imaginario de no existir el artículo 1406 del Código Civil Peruano, podríamos señalar que tanto la compraventa como el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro, son actos de carácter consensual, pues para su celebración sólo se requiere del consentimiento de las partes, sin que deba seguirse formalidad alguna.

3.35.7. En cuanto al tiempo.

En lo que respecta al tiempo, ambos contratos difieren sustancialmente. Mientras la compraventa tiene vocación de ejecución inmediata e instantánea (salvo los casos excepcionales estudiados en esta investigación), el contrato por el cual se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro, necesariamente será un contrato sujeto a plazo resolutorio; en buena cuenta, se trataría de un contrato de duración, en la medida que para que surta efectos respecto a la transferencia de dichos bienes, tendrá que haber transcurrido el tiempo necesario para que dicha persona los adquiera o, expresado en otras palabras, para que esos bienes ingresen en su patrimonio.

3.35.8. En cuanto a su negociación.

La compraventa puede ser celebrada por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, mientras que el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro (de ser válido), sería indudablemente un contrato celebrado por negociación previa, pues habida cuenta de sus características especiales, escaparía a cualquier lógica que el mismo se celebrara a través de formularios tipo (por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación).

3.35.9. En cuanto al rol económico.

Siempre dentro del ámbito teórico, pensamos que ambos contratos serían de cambio y de disposición.

3.35.10. En cuanto a su función.

La compraventa, así como un contrato por el cual se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro (en la eventualidad de que fuese válido), serían básicamente contratos constitutivos, sin dejar de reconocer la posibilidad de que revistan naturaleza modificatoria o regulatoria; pero nunca serían de carácter extintivo.

3.35.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Dentro del plano teórico, ambos contratos serían de carácter individual, ya que sólo estarían afectando a las partes que intervienen en su celebración.

3.35.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa siempre será un contrato con prestaciones recíprocas. En cambio, de no existir la norma prohibitiva del artículo 1406, el contrato por el cual se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro, podría ser tanto un contrato con prestaciones recíprocas, como uno de prestación unilateral. Se trataría de un contrato con prestaciones recíprocas, en la medida que el beneficiado con la entrega de dichos bienes se obligara respecto a su contraparte a ejecutar alguna prestación. En cambio, sería un contrato de prestación unilateral, en ausencia de dicha contraprestación (lo que —siempre en el plano teórico— resultaría sumamente exótico).

3.35.13. En cuanto a la valoración.

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, queda claro que la compraventa siempre será un contrato que se celebre a título oneroso, en tanto el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro, podría celebrarse a título oneroso o a título gratuito.

3.35.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. Pensamos que de ser válido el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona puede adquirir en el futuro, éste sería un contrato básicamente aleatorio, ya que no habría certeza sobre el contenido de la prestación a ejecutar por parte del obligado a ello, ya que resultaría incierto el volumen de bienes que pueda adquirir en el futuro y el hecho mismo de que los llegue a adquirir o no.

3.35.15. En cuanto a sus efectos.

De no existir la nulidad establecida por el artículo 1406, nos encontraríamos frente a un contrato meramente obligatorio u obligacional, característica que compartiría con el contrato de compraventa y con todos los contratos que se celebran dentro del ordenamiento jurídico peruano.

3.36. Con el contrato de donación disimulado con apariencia de compraventa.

3.36.1. En cuanto al nombre.

Un contrato de compraventa que las partes hayan celebrado sólo en apariencia, pero que en realidad lo que hayan hecho es celebrar una donación, bajo el manto de la compraventa, mientras no sea anulado (y puede que nunca llegue a serlo) será considerado como un contrato de compraventa, y, por consiguiente, le serán de aplicación todas las normas relativas a este contrato. Dentro de tal orden de ideas, ambos contratos serían llamados compraventa.

3.36.2. En cuanto a su regulación.

En lo que a este tema respecta, mientras el contrato no se invalide, se regirá por los preceptos relativos a la compraventa. Si se llegara a anular el acto aparente (la compraventa), valdría el acto oculto (la donación), siempre y cuando se cumplan con los requisitos de forma establecidos por los artículos 1623 a 1625 del Código Civil, y en concordancia con lo prescrito por el artículo 191 de dicho cuerpo legal.

3.36.3. En cuanto a su estructura.

Tanto la compraventa simple como la donación disimulada de venta son contratos simples, pues cada uno de ellos da lugar a una sola relación jurídica.

3.36.4. En cuanto a su contenido o área.

La compraventa simple y la donación disimulada de venta pueden revestir apariencia civil, mercantil o especial, pero en el caso de la donación disimulada de venta, en el fondo se tratará de un acto de carácter civil.

3.36.5. En cuanto a su autonomía.

Ambos contratos son de carácter principal, pues para tener existencia no requieren que les preceda contrato alguno.

3.36.6. En cuanto a su formación.

La compraventa es un contrato consensual. La donación disimulada de venta también lo es, con la salvedad de que si el acto llegara a anularse carecería de valor si es que no cumple con los requisitos de forma que la ley establece para el contrato de donación.

3.36.7. En cuanto al tiempo.

Ambos contratos tienen vocación de ejecución instantánea e inmediata; lo que no obsta para que las partes puedan haber establecido plazos suspensivos con respecto a la ejecución de las prestaciones materia de los mismos, caso en el cual estaremos frente a contratos de duración.

3.36.8. En cuanto a su negociación.

La compraventa simple puede celebrarse tanto por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En cambio, la donación disimulada de venta, dada esta especial característica, necesariamente tendría que ser un contrato de negociación previa.

3.36.9. En cuanto al rol económico.

Sobre este punto diremos que ambos contratos son de cambio y de disposición.

3.36.10. En cuanto a su función.

Por su función, los contratos bajo estudio son fundamentalmente constitutivos, pero podrían –en casos excepcionales– ser de carácter regulatorio o modificadorio, más nunca extintivos.

3.36.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Ambos contratos son de carácter individual, pues solamente implican a las partes que han intervenido en su celebración.

3.36.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. La donación disimulada de venta sólo tendría esta característica en apariencia, pues en realidad –al ser una donación– estaríamos frente a un contrato de prestación unilateral.

3.36.13. En cuanto a la valoración.

En apariencia ambos son contratos celebrados a título oneroso; pero en realidad sólo la compraventa tiene esta característica,

pues la donación disimulada de venta es –en el fondo– un contrato celebrado a título gratuito.

3.36.14. En cuanto al riesgo.

Ambos contratos son fundamentalmente celebrados a título conmutativo, pero en el plano teórico nada impediría que se celebraran de manera aleatoria.

3.36.15. En cuanto a sus efectos.

Por sus efectos, ambos contratos, al igual que todos los del Derecho peruano son meramente obligatorio u obligacionales.

3.37. Con la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor.

Antes de iniciar el estudio comparativo de la compraventa con la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor, consideramos necesario precisar que el supuesto en el cual ambas figuras podrían revestir cierto parecido es aquél en que se celebra un contrato de cesión de posición contractual, de cualquiera de estas dos formas: si en el contrato (tripartito) el vendedor cede su posición contractual al tercero, con asentimiento del comprador; o si el comprador cede su posición contractual al tercero, con asentimiento del vendedor.

Es a este supuesto al que nos vamos a referir.

3.37.1. En cuanto al nombre.

La compraventa es un contrato nominado, en tanto la cesión de posición contractual es una figura contractual también nominada, pero que tiene regulación en la parte general de contratos (artículos 1435 a 1439), tema que es abordado con carácter general y no referido exclusivamente a la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor.

3.37.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa es un contrato típico, en tanto la cesión de posición contractual es un mecanismo contractual también de carácter típico.

3.37.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica. Lo mismo podría decirse de la cesión de posición contractual de vendedor o de comprador, luego de producida la cual, el tercero cesionario ocupará el lugar que originariamente ocupaba el comprador cedente o el vendedor cedente en el contrato de compraventa.

3.37.4. En cuanto a su contenido o área.

Por su contenido, tanto la compraventa como la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor pueden ser considerados contratos civiles, mercantiles o de naturaleza diversa (especial).

3.37.5. En cuanto a su autonomía.

Mientras la compraventa es un contrato principal, la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor no lo es. Se trata de un contrato derivado, pues tiene por finalidad mantener una relación contractual similar a la que existía antes de su celebración (la compraventa), pero con distinto comprador o diferente vendedor. Obviamente, no se concibe una cesión de posición contractual (en términos generales) ni una cesión de posición contractual de comprador o de vendedor (en especial), sin la existencia –en este último caso– de un contrato de compraventa.

3.37.6. En cuanto a su formación.

La compraventa es un contrato consensual. En lo que respecta a la cesión de posición contractual, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 1436 del Código Civil, norma que establece que la forma de la transmisión se define en función del acto que sirve de base a la cesión y se sujeta a las disposiciones legales pertinentes. Esto significa que si el acto originario (el que sirve de base a la cesión) es una compraventa celebrada de manera consensual, la cesión de posición contractual no requerirá de alguna formalidad adicional. En cambio, sí requeriría de formalidades adicionales en caso las partes se hubieran impuesto, ellas mismas, alguna formalidad especial para la celebración del contrato de compraventa.

3.37.7. En cuanto al tiempo.

Por el tiempo, el contrato de compraventa y la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor, son actos con vocación de ejecución inmediata e instantánea, sin perjuicio de que las partes pacten en contrario, de acuerdo a sus intereses.

3.37.8. En cuanto a su negociación.

El contrato de compraventa puede celebrarse ya sea por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación; en tanto la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor, dada su naturaleza y peculiaridades, no es un contrato susceptible de estar comprendido en formula-

rios tipo, vale decir, que se celebre por adhesión o con arreglo a cláusulas generales.

3.37.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la cesión de posición contractual sería un contrato de cambio, de disposición y también de colaboración.

3.37.10. En cuanto a su función.

La compraventa es un contrato fundamentalmente constitutivo y por excepción modificatorio o regulatorio. La cesión de posición contractual nunca podría ser constitutiva, pues –como ha sido dicho oportunamente– requiere de la preexistencia de un contrato que sirva de base a la cesión.

Por último, cabe anotar que ninguno de los dos contratos revestirá carácter extintivo.

3.37.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

La compraventa es un contrato individual, pues sólo obliga al comprador y vendedor que lo celebran; en tanto la cesión de posición contractual de comprador o vendedor también sería un contrato individual, pero obligaría no a dos partes sino a tres: el cedente (comprador o vendedor), el cedido (vendedor o comprador) y el tercero cesionario.

3.37.12. En cuanto a la prestación.

Mientras la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas, la cesión de posición contractual podría ser tanto de prestaciones recíprocas (en la medida que el comprador o vendedor cedente reciba del tercero una contraprestación a cambio de la cesión efectuada), o de prestación unilateral, en caso no exista dicha contraprestación.

3.37.13. En cuanto a la valoración.

De acuerdo a lo que acaba de ser señalado en el punto anterior, resulta claro que la compraventa será siempre un contrato que se celebre a título oneroso, en tanto la cesión de posición contractual de comprador o vendedor se celebrará, ya sea a título oneroso o a título gratuito (de liberalidad).

3.37.14. En cuanto al riesgo.

Como sabemos, la compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. La cesión de posición contractual de comprador o vendedor no ha merecido por parte

de la doctrina un cuestionamiento al respecto. Sin embargo, pensamos que tal situación obedece al hecho de que se parte de la idea de su conmutatividad, pero a nuestro entender no es la conmutatividad lo que debe definir el punto de partida de este contrato, sino, por el contrario, la aleatoriedad, que será muy probable que el cedente proceda a ceder un derecho sin exacto conocimiento de su contenido, asumiendo el tercero cesionario las consecuencias de un acto de esta naturaleza.

3.37.15. En cuanto a sus efectos.

La compraventa y la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor son contratos meramente obligatorios u obligacionales, al igual que todos los comprendidos o regulados en el Derecho Peruano.

3.38. Con la gestión de negocios.

Antes de iniciar el estudio comparativo del contrato de compraventa con la gestión de negocios, debemos precisar que el punto en donde consideramos existiría confluencia de ambas figuras, es aquél en el cual el gestor, dentro de la realización de actos propios de su gestión, deba adquirir la propiedad de uno o más bienes en beneficio de otro que lo ignora, teniendo derecho al reembolso de dichos gastos.

3.38.1. En cuanto al nombre.

Mientras el contrato de compraventa es uno de carácter nominado, la gestión de negocios es una fuente de las obligaciones que también comparte la característica de ser nominada.

3.38.2. En cuanto a su regulación.

En tanto la compraventa es un contrato típico (artículos 1529 a 1600 del Código Civil), la gestión de negocios es una fuente de las obligaciones distinta de los contratos (la ley misma), que está regulada entre los artículos 1950 y 1953 del Código Civil.

3.38.3. En cuanto a su estructura.

A través de la gestión de negocios la ley obliga al beneficiado por los actos del gestor a retribuir aquellos gastos efectuados por el gestor, con los intereses legales generados a partir del día en que se han realizado; e indemnizar los daños y perjuicios que haya sufrido el gestor en el desempeño de la gestión.

En virtud a lo señalado, la obligación de reembolso es impuesta por la ley, que es la fuente de obligaciones que vincula al gestor

con el beneficiario de la gestión; a diferencia de la compraventa, que es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

Con ello no queremos decir que la relación jurídica creada por la gestión de negocios no sea simple; lo que queremos expresar es que a pesar de serlo, no nace en virtud de un contrato.

3.38.4. En cuanto a su contenido o área.

Tanto el carácter o contenido de la compraventa como el de la gestión de negocios, puede ser civil, mercantil o especial, dependiendo de en qué consisten los actos de gestión, por un lado, y el objeto de la compraventa, por otro.

3.38.5. En cuanto a su autonomía.

La compraventa es un contrato principal. La gestión de negocios no puede ser calificada como tal, pues es una obligación nacida en virtud de la ley, pero se asemeja a la compraventa en cuanto no requiere de la preexistencia de contrato alguno.

3.38.6. En cuanto a su formación.

La compraventa es un contrato de carácter consensual. La obligación de retribuir la gestión de negocios nace por mandato de la ley.

3.38.7. En cuanto al tiempo.

Mientras la compraventa tiene vocación de ejecución inmediata e instantánea, la gestión de negocios está destinada a tener una duración mayor en el tiempo, ya que se prolongará durante todo el lapso en el cual el gestor realice los actos de gestión, hasta que los mismos sean reembolsados por el beneficiario de dicha gestión.

3.38.8. En cuanto a su negociación.

La compraventa es un contrato que puede celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En cambio, la gestión de negocios es una fuente de obligaciones de origen legal.

3.38.9. En cuanto al rol económico.

El contrato de compraventa es de cambio y de disposición; mientras la gestión de negocios podría ser calificada como un acto de colaboración.

3.38.10. En cuanto a su función.

Consideramos que la compraventa y la gestión de negocios son fundamentalmente constitutivos de obligaciones. En el caso de la

gestión de negocios nacerán en el beneficiario de la gestión las obligaciones establecidas en el artículo 1952 del Código Civil.

3.38.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Al respecto, podemos decir que la compraventa es un contrato de carácter individual, pues sólo concierne a quienes participan en su celebración; en tanto la gestión de negocios es una figura legal que –igualmente– sólo vincula al gestor y al beneficiado por la gestión.

3.38.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. La gestión de negocios también implica reciprocidad, en la medida que se den los supuestos de los artículos 1950 y 1951, derivándose las consecuencias previstas en los numerales 1952 y 1953 del Código Civil.

3.38.13. En cuanto a la valoración.

La compraventa es un contrato que se celebra a título oneroso. La gestión de negocios también implica onerosidad, en tanto los actos realizados por el gestor deberán recibir o merecer reembolso o indemnización de parte del beneficiario de los mismos.

3.38.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. Por su parte, la gestión de negocios es una figura netamente aleatoria, pues el gestor –al tomar por propia iniciativa la realización de los actos establecidos en el artículo 1950–, es decir careciendo de facultades de representación y sin estar obligado, asume conscientemente la gestión de los negocios o la administración de los bienes de otro que lo ignora, debiendo desempeñarla en provecho de éste.

Decimos que se trata de una figura aleatoria, por cuanto el gestor no tendrá la certeza de que al final el beneficiado por su gestión le termine pagando, o si, por el contrario (en caso el resultado de la gestión no haya sido satisfactorio), el titular del bien o negocio termine reclamando al gestor una indemnización por los daños y perjuicios derivados –precisamente– de su gestión.

3.38.15. En cuanto a sus efectos.

El contrato de compraventa es de carácter meramente obligatorio u obligacional, en tanto la gestión de negocios implica un mandato legal de la misma naturaleza.

3.39. Con la promesa unilateral.

La promesa unilateral es una figura regulada dentro de las fuentes de las obligaciones en el Código Civil Peruano, entre los artículos 1956 y 1968 del mismo.

Tal vez el supuesto donde la promesa unilateral encuentre un mayor parecido con el contrato de compraventa sería aquél en el cual, por ejemplo, alguien que ha perdido su perro ofrezca a través de un aviso publicado en el periódico una recompensa de mil nuevos soles a quien se lo entregue sano y salvo. En caso alguna persona lo encuentre, lo devuelva y se haga acreedora de la recompensa, tendremos una figura en la cual el dueño del perro recibirá a su animal (un bien) y entregará la cantidad de dinero prometida a aquél que lo encontró y se lo trajo.

No cabe duda que una figura de estas características revestiría un parecido bastante grande con la denominada compra de bien propio, supuesto que analizaremos oportunamente.

3.39.1. En cuanto al nombre.

Mientras la compraventa es un contrato nominado, la promesa unilateral constituye una fuente de obligaciones de carácter no contractual (de naturaleza legal), también nominada y conocida con ese nombre desde hace mucho tiempo.

3.39.2. En cuanto a su regulación.

La compraventa es un contrato típico. La promesa unilateral es una figura legal típica, tanto en el aspecto legal como en el aspecto social.

3.39.3. En cuanto a su estructura.

La compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una sola relación jurídica entre comprador y vendedor. La promesa unilateral también es de carácter simple, pues es una figura que en virtud del mandato legal vincula al promitente y al destinatario de la promesa que cumple con el objeto de la misma.

3.39.4. En cuanto a su contenido o área.

La compraventa puede ser de carácter civil, mercantil o especial. La promesa unilateral, dadas sus características y estructura, fundamentalmente será de naturaleza civil.

3.39.5. En cuanto a su autonomía.

La compraventa es un contrato principal, pues no requiere para su validez de la preexistencia de algún otro contrato. La promesa unilateral también es una figura de carácter principal, pues para nacer resulta irrelevante que le preexista alguna otra.

3.39.6. En cuanto a su formación.

La compraventa es un contrato de carácter consensual. La promesa unilateral, en principio también lo es.

3.39.7. En cuanto al tiempo.

Mientras la compraventa es un contrato con vocación de ejecución instantánea e inmediata, la promesa unilateral es una figura con vocación de duración en el tiempo, por lo menos en tanto dure el plazo de la misma o, en caso de ser indeterminado (y el promitente no lo revoque), hasta que algún destinatario de la promesa cumpla con ejecutar aquello que ha sido objeto de la misma.

3.39.8. En cuanto a su negociación.

La compraventa, como contrato que es, puede celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. La promesa unilateral no requiere de acuerdo alguno, bastando con la manifestación de voluntad de aquél que formula la promesa.

3.39.9. En cuanto al rol económico.

Respecto al rol económico, sabemos que el contrato de compraventa es uno de cambio y de disposición. Dentro de tal orden de ideas, la promesa podría ser calificada como de colaboración y de disposición.

3.39.10. En cuanto a su función.

Tanto la compraventa como la promesa unilateral tienen carácter eminentemente constitutivo. Sería difícil imaginar una promesa unilateral de carácter modificatorio o regulatorio (a diferencia de la compraventa, que sí puede revestir este carácter); pero ninguna de las dos figuras tendrá función extintiva.

3.39.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

En la compraventa quedan obligados comprador y vendedor, razón por la cual se le considera un contrato de carácter individual.

La promesa unilateral también sería individual, pues sólo vincula al que efectúa la promesa con aquél que cumple con obtener el objeto de dicha promesa y decide hacer efectiva la recompensa ofrecida.

3.39.12. En cuanto a la prestación.

Por la prestación, la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. En la promesa unilateral siempre debe haber

reciprocidad, en la medida que el acto celebrado implica de por sí la ejecución de una recompensa en favor de aquél que cumple con un determinado acto o hecho, conforme a lo ofrecido.

3.39.13. En cuanto a la valoración.

La compraventa y la promesa unilateral son actos de carácter oneroso. Sería imposible imaginar una promesa unilateral de carácter gratuito, pues si así fuese, simplemente no se estaría prometiéndola nada.

3.39.14. En cuanto al riesgo.

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. La promesa podría revestir similares características, ya que en principio, cuando se promete algo, el destinatario de la promesa sabe qué es lo que se va a ejecutar; en tanto si dicho destinatario obtiene aquello por lo que se ha ofrecido algo en la promesa, tendrá derecho a reclamarlo – naturalmente, siempre y cuando cumpla con entregar aquello que era materia de la promesa–.

3.39.15. En cuanto a sus efectos.

Tanto la compraventa como la promesa unilateral tienen carácter meramente obligatorio u obligacional.

3.40. Con el contrato de facturación (factoring).

3.40.1. En cuanto al nombre.

Dentro del Derecho de nuestra tradición jurídica, el contrato de facturación ha ingresado proveniente del Derecho Anglosajón, donde recibe el nombre de **factoring**, y sólo en la última década ha venido siendo conocido en nuestro país.

En este sentido, podríamos decir que es un contrato nominado, que se conoce en el Perú fundamentalmente con el nombre de **factoring** y no de facturación.

Dentro de tal orden de ideas, comparte dicho rasgo característico con la compraventa, más allá de que este último es un contrato muchísimo más antiguo.

3.40.2. En cuanto a su regulación.

El contrato de **factoring** es un contrato atípico legal, ya que no merece regulación en nuestro ordenamiento jurídico positivo. Ahora bien, en lo que se refiere a su tipicidad social, el mismo viene adquiriéndola paulatinamente, sobre todo en cierto sector

de nivel socioeconómico alto del mundo jurídico y comercial, mas no ha sido asimilado aún por la sociedad en su conjunto, a diferencia del contrato de compraventa, que es típico legal y típico social.

Sobre el concepto del **factoring**, Max Arias-Schreiber Pezet y Angela Arias-Schreiber Montero⁸⁵, anotan que los sujetos del contrato de facturación son el cliente y la empresa de facturación o factor.

Agregan que el cliente, llamado también factorado, es el que celebra con la entidad de facturación el contrato, persiguiendo la obtención de los servicios de gestión, garantía y financiación que el factor le brinda, pudiendo ser una persona natural o jurídica. En tanto, la empresa de facturación, compañía de **factoring** o factor, es una empresa financiera o un **banco** que por autorizarlo la ley presta el conjunto de servicios que comprende el **factoring**.

Señalan los profesores citados que los deudores del cliente no integran el contrato, pero son sujetos colaterales, ya que deben ser notificados de la cesión del crédito o créditos, a fin de cancelar las facturas; a pesar de lo cual su consentimiento no es necesario para la validez de la cesión, pues ésta puede llevarse a cabo sin tal requisito, en aplicación del principio contenido en el artículo 1206 del Código Civil Peruano.

Sobre el objeto de este contrato, anotan que puede afirmarse que, desde el punto de vista del cliente, es la intención de obtener los servicios administrativos y de gestión que el factor pueda brindarle, además de la financiación que puede suponerle la cesión de su cartera de clientes. Desde el punto de vista de la entidad de facturación, el objeto consiste en el propósito de obtener una comisión por los servicios que presta, además de un interés en caso de brindar financiación al cliente.

Luego, refiriéndose al objeto de las prestaciones que surgen de las obligaciones derivadas de esta figura, señalan que al tratarse de un contrato complejo, su objeto es también diverso. Así, en primer lugar, a cargo del factor, el objeto consiste en la prestación de una gama de servicios de índole administrativa; tratándose básicamente de servicios de gestión de cartera, investigación de clientela, contabilidad y cobranza, pudiendo extenderse también a servicios de garantía en caso que el factor asuma el riesgo de

85. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Angela. Los Contratos Modernos, Tomo I, Páginas 68 a 70. WG Editor, Lima, 1994.

insolvencia de los deudores, y de financiación en caso que así se hubiere pactado.

En segundo término, refieren que el objeto de las prestaciones a cargo del facturado son los créditos que éste se obliga a ceder al factor, los mismos que pueden estar representados por títulos valores, facturas, recibos, etc., indistintamente, pudiendo tratarse de créditos vencidos o no, existentes o futuros.

En tercer término, como contraprestación a los servicios que se le prestan, el facturado está obligado al pago de una suma de dinero, generalmente en forma de comisión a razón de un tanto por ciento.

Finalmente, los autores citados señalan que el objeto de la prestación a cargo del facturado puede consistir también en una abstención, lo cual ocurre cuando se pacta la exclusividad del **factoring** a favor de la entidad financiera; casos en los cuales el cliente debe abstenerse de ceder sus créditos a otras entidades mediante nuevos contratos de **factoring**.

3.40.3. En cuanto a su estructura.

Por su estructura, sabemos que la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

En cambio, el contrato de facturación es un contrato complejo, pues como dicen Max y Ángela Arias-Schreiber,⁸⁶ en él concurren tanto un arrendamiento de servicios como una comisión de cobro, una asunción de créditos y una asunción **pro nuptio**.

Señalan que en realidad no existe unanimidad de opiniones respecto a su naturaleza jurídica, considerándosele, en términos generales, como un contrato de financiación.

Citan el parecer de Eduardo Guillermo Cogorno, quien anota que este contrato no se relaciona con ningún otro, sino que es un contrato especial de naturaleza jurídica propia, que puede ser encuadrado dentro de los contratos de crédito. En él, el factor adquiere los créditos mediante la cesión de derechos y acciones, que si se realiza a cambio de un precio, como sucede en esta materia, adopta las características de una compraventa, pero si bien en realidad —opina Cogorno— dentro de este contrato existe la compraventa, ésta es sólo un medio para materializar el crédito que se obtiene con el adelanto del capital por parte de la entidad financiera.

86. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela. Op. cit. Tomo I, Páginas 70 a 72.

No compartimos el parecer de Cogorno, ya que si el contrato de **factoring** guarda similitud con algún otro acto típico, no es con la compraventa, sino –en todo caso– con la cesión de créditos o derechos crediticios.

3.40.4. En cuanto a su contenido o área.

Mientras la compraventa puede ser tanto un contrato civil, como uno mercantil o de naturaleza especial, el contrato de **factoring** es, fundamentalmente, un contrato financiero.

3.40.5. En cuanto a su autonomía.

La compraventa –no cabe ninguna duda– es un contrato principal, pues para existir no requiere de ningún otro contrato.

En cuanto al contrato de facturación, Arias-Schreiber⁸⁷ sostiene que se debate en doctrina si este contrato es definitivo o preparatorio. Recuerdan que autores como Bianchi y Sussfeld, consideran que el contrato de facturación es en realidad un acuerdo preliminar, por el cual el cliente se obliga a ofertar al factor los créditos que surjan de su actividad empresarial. Si la oferta es aceptada por la empresa de facturación, se celebra, en cada caso, un negocio de cesión de tales créditos. Según estos autores existen dos momentos distintos: el contrato de **factoring** como obligación de ofertar, y la posterior cesión de cada crédito; surgiendo las obligaciones del acuerdo preliminar únicamente para el cliente, ya que el factor podría rechazar las ofertas de cesión que aquél fuese haciendo a su favor, sin estar comprometido a aceptarlas.

Arias-Schreiber sostiene además que la tesis del **factoring** como contrato definitivo, por el contrario, expresa que este instituto entraña una cesión global de créditos existentes y futuros; no presentándose, pues, dos momentos distintos, sino uno solo: la cesión de los créditos se produce en el momento de celebrarse el contrato, aun cuando pueda pactarse que, en cada caso, dicha cesión tenga como condición suspensiva que aquellos reúnan las condiciones previstas en el contrato. Arias-Schreiber se inclina por la segunda de las tesis expuestas, pues considera que contemplando todos los elementos presentes en el **factoring** –que no se limitan a la cesión de créditos, sino que abarcan servicios de diversa índole– no hay nada que se oponga a considerarlo como un contrato definitivo cuya ejecución se verifica

87. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Angela. Op. cit., Tomo I, Páginas 71 y 72.

a lo largo del tiempo; a pesar de lo cual comparten el parecer de García-Cruces cuando sostiene que no obstante el carácter definitivo del **factoring**, no puede olvidarse que, en ocasiones, este contrato se configura no con carácter definitivo y traslativo, sino, por las razones que sean, como un contrato cuadro (entendemos que se refiere a lo que conocemos como un contrato tipo) respecto a los posteriores negocios de cesión.

3.40.6. En cuanto a su formación.

Dado que este contrato se asemeja a la cesión de derechos, sería un contrato de carácter formal, pues se debe celebrar por escrito, en virtud de lo establecido por el artículo 1207 del Código Civil Peruano; a diferencia del contrato de compraventa que –como sabemos– es un contrato consensual.

3.40.7. En cuanto al tiempo.

La compraventa es un contrato con vocación de ejecución inmediata e instantánea (salvo los casos excepcionales estudiados en este trabajo), en tanto el contrato de **factoring** es de duración, pues tiene por finalidad prolongar su duración en el tiempo, en tanto se tengan que ejecutar las obligaciones nacidas del mismo.

3.40.8. En cuanto a su negociación.

Mientras la compraventa puede celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, el contrato de **factoring** generalmente es por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, pues está destinado a celebrarse con infinidad de personas en formularios pre-impresos.

3.40.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, el **factoring** es un contrato de cambio, disposición y colaboración.

3.40.10. En cuanto a su función.

Pensamos que tanto la compraventa como el **factoring** son contratos fundamentalmente constitutivos, pudiendo –de manera excepcional– revestir carácter modificatorio o regulatorio, mas no creemos que en ningún caso puedan ser extintivos.

3.40.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Ambos son contratos individuales, pues solamente obligan a las partes que intervienen en su celebración. En la compraventa, al

comprador y al vendedor; y en el **factoring**, al cliente y a la empresa de facturación (también llamada factor).

3.40.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa y el contrato de facturación son contratos con prestaciones recíprocas. En este último caso, la prestación del cliente tiene como correlato la de la empresa de facturación o factor.

En el plano teórico, cabría imaginar un contrato de facturación que se celebrara con prestación unilateral, vale decir, uno en el cual solamente el factor asumiese obligaciones, pero dado que se trata de un contrato de carácter mercantil, ello sería algo inusitado en la práctica.

3.40.13. En cuanto a la valoración.

De acuerdo a lo que acaba de ser señalado en el punto anterior, ambos contratos son celebrados a título oneroso; y en el contrato de facturación, el factor recibe la tarifa de facturación y la tasa de interés, en caso éste se haya pactado.

3.40.14. En cuanto al riesgo.

Se ha dicho que la compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. En cuanto al contrato de facturación podemos decir que tiene rasgos aleatorios, en la medida que la entidad de facturación no conocerá exactamente –al momento de celebrar el contrato– cuál será el monto total de dinero que perciba por efectos de la cesión de la cartera del cliente, ya que nada nos asegura que los créditos realmente podrán ser cobrados, además de los gastos en que tenga que incurrir el factor para poder conseguir la finalidad esperada.

3.40.15. En cuanto a sus efectos.

El contrato de **factoring** es, al igual que la compraventa, un contrato meramente obligatorio u obligacional.

3.41. Con el contrato de franquicia (franchising).

3.41.1. En cuanto al nombre.

Tanto el contrato de compraventa como el contrato de franquicia son de carácter nominado. La franquicia, originaria de los Estados Unidos de América (**franchising**), es tal vez uno de los contratos modernos que más difusión ha tenido en nuestro país en los últimos quince años, sobre todo con la celebración de franquicias entre empresas franquiciantes extranjeras y compañías franquiciadas peruanas. Casos y ejemplos sobran.

Por lo demás, estimamos que el concepto y el nombre del contrato de franquicia no se han limitado al ámbito jurídico y comercial, sino que muchas personas conocen acerca de qué trata.

3.41.2. En cuanto a su regulación.

Mientras la compraventa es un contrato típico legal y social, la franquicia es un contrato atípico legal, pero que va adquiriendo paulatinamente tipicidad social.

3.41.3. En cuanto a su estructura.

La compraventa es un contrato simple. La franquicia es un contrato complejo, pues presenta elementos que son propios de otros contratos.

Según refieren los profesores Arias-Schreiber,⁸⁸ no es fácil definir al contrato de franquicia, debido a que concurren caracteres o modalidades propias de otros contratos, tales como la licencia, el **know how**, el uso del nombre comercial y otros.

Así, recuerdan que el profesor Juan M. Farina señala que la franquicia es básicamente una suerte de simbiosis. Una parte, que es conocida como franquiciante, otorga licencia a un comerciante independiente, llamado franquiciado, para que venda productos o servicios de su titularidad. También traen a colación las expresiones de los profesores Paulo C. Mauro y Gerardo Saporisi, cuando afirman que el contrato de franquicia es el documento que pone en claro el tipo de relación existente entre el franquiciante y el franquiciado dentro del sistema de la franquicia: mostrando qué papel corresponde a cada uno en el desarrollo del negocio, sus responsabilidades, derechos y limitaciones. Agregan que de esta manera, una vez que está bien definida la operación de **franchising**, con sus manuales de operación elaborados, es que puede comenzar a pensarse en la formalización del contrato de franquicia.

Max y Ángela Arias-Schreiber también citan las expresiones de Hernán Figueroa Bustamante, cuando señala que por este contrato una empresa matriz o principal promueve y constituye una serie de empresas autónomas vinculadas, a fin de encomendarles la producción o venta de sus productos o servicios, permitiendo que sean ofrecidos al consumidor a precios más accesibles. Así, una empresa principal franquiciante o concedente

88. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Angela. Op. cit., tomo I, páginas 102 y siguientes.

otorga a la empresa vinculada y eventualmente controlada, franquizada o concesionaria, que actúa con gestión y riesgo propio, el derecho de ejercitar en determinadas condiciones y bajo el control de la concedente, una actividad que por lo general es de producción de bienes o prestación de servicios, valiéndose de medios comunes o de signos distintivos u otros elementos de identificación de la concedente, sea de patentes de invención o de otros conocimientos y de la asistencia técnica de la concedente, a cambio de un precio o compensación compuesto de una renta fija y una variable proporcional a los ingresos producidos por la explotación del negocio por parte de la concesionaria.

También citan las expresiones del profesor francés Jean Guyenot, quien indica que son concesiones de una marca, producto o servicio a la que se añade la concesión de un conjunto de métodos y medios propios para que la empresa concesionaria asegure la explotación racional de la concesión, administrando la mejor rentabilidad para el concedente y concesionario.

Asimismo, recogen la opinión de Jaime Alberto Arrubla Paúcar, quien sostiene que la franquicia se define como la concesión de una marca de productos o de servicios a la cual se agrega la concesión de conjunto de métodos y medios de venta; habiendo también sido definido como el contrato mediante el cual una empresa concede a empresas independientes, a cambio de cierto canon, el derecho de utilizar su razón social y su marca por la venta de productos o servicios.

Finalmente, para los profesores Arias-Schreiber, el contrato de franquicia es aquél por el cual se otorga licencia a un comerciante independiente, para que pueda vender productos o prestar servicios de reconocido prestigio y eficiencia, a cambio del pago de un canon que se obtiene por este privilegio, más usualmente una regalía sobre las ventas. Agregan que se ha destacado que el significado idiomático de la palabra **franchising** no expresa con exactitud el concepto que encierra el contrato; siendo ésta, por lo demás, una característica propia de los contratos modernos, generalmente surgidos en países anglosajones, los que han venido utilizando sus propias denominaciones, a su vez incorporadas a los países latinos.

Agregan que este contrato es un medio en virtud del cual el titular de una marca o nombre comercial llega al consumidor final, pasando por una serie de establecimientos comerciales previa fabricación del producto u otorgamiento del servicio de una marca

o del nombre de acuerdo a las instrucciones y exigencias del titular; tratándose, en suma, de un medio de colaboración para asegurar la distribución de un producto o servicio, en mercados competitivos.

Cabe agregar, como expresan Max y Ángela Arias-Schreiber, que el contrato de franquicia es **intuitu personae**, pues en él el factor confianza es fundamental, ya que generalmente los franquiciantes ponen mucho cuidado en escoger a los franquiciados, esperando de ellos lealtad, trabajo, espíritu de empresa y, en suma, capacidad e idoneidad. Refieren que uno de los factores más trascendentes para lograr éxito en esta especie de distribución es la capacidad gerencial del franquiciado, quien en realidad maneja su propio negocio y ésta es una de las características que distinguen al **franchising** del contrato de distribución. Así –anotan–, al manejar su propio negocio, resulta obvio que el franquiciado debe ser apto para ello, teniendo las calidades necesarias para operar una empresa pequeña o mediana, por sí solo y a la distancia del franquiciante, muchas veces en zonas alejadas y de difícil acceso, debiendo tener condiciones para operar normalmente día a día.

3.41.4. En cuanto a su contenido o área.

Sin duda la franquicia es un contrato de naturaleza mercantil. En cambio la compraventa puede ser tanto mercantil como civil o especial.

3.41.5. En cuanto a su autonomía.

Tanto la compraventa como la franquicia son contratos principales, pues para tener existencia no dependen jurídicamente de otro contrato.

Siguiendo a los profesores Arias-Schreiber⁸⁹, diremos que en doctrina no se ha establecido con claridad cuál es la naturaleza jurídica del contrato de franquicia. Ellos piensan que se trata de una aglutinación de modalidades de diversos contratos (marca, licencia, distribución, representación), aun cuando hay autores que lo califican como una de las formas de concesión más recientes –caso de Arrubla Paúcar–; en tanto que para Etcheverry, es un contrato completo que involucra en sus múltiples normas legales de Derecho, entre otros, de Derecho Comercial, Industrial, Constitucional y De competencia, toda vez que las relaciones entre las partes, así como sus derechos y deberes,

89. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela. Op. cit., Tomo I, Página 110.

sus responsabilidades y el funcionamiento del propio contrato deben necesariamente considerar las referidas regulaciones legales.

3.41.6. En cuanto a su formación.

En el plano teórico, el contrato de franquicia podría ser de carácter consensual, ya que no existe norma alguna que lo regule ni mucho menos que imponga formalidades para su celebración. Pero, en la práctica siempre se celebra por escrito en formularios pre-impresos, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.41.7. En cuanto al tiempo.

El contrato de compraventa tiene vocación de ejecución inmediata e instantánea (salvo los casos excepcionales estudiados en este trabajo). En cambio, la franquicia es un contrato de duración, en la modalidad continuada.

3.41.8. En cuanto a su negociación.

Independientemente de los tratos comerciales que existan entre las empresas que pactan un contrato de franquicia, la celebración propiamente dicha de este acto es siempre por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, las mismas que son impuestas por una parte (la empresa franquiciante) a otra (la empresa franquiciada).

3.41.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la franquicia es un contrato de cambio, pudiendo ser de disposición (cuando recaiga sobre bienes), y también es de cooperación, entre franquiciante y franquiciado.

3.41.10. En cuanto a su función.

Tanto la compraventa como la franquicia son contratos fundamentalmente constitutivos, aunque en el plano teórico podrían ser regulatorios o modificatorios; pero nunca extintivos.

3.41.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Ambos son contratos individuales, pues sólo vinculan jurídicamente a las partes que intervienen en su celebración.

3.41.12. En cuanto a la prestación.

La compraventa y la franquicia son contratos con prestaciones recíprocas.

3.41.13. En cuanto a la valoración.

La compraventa es un contrato esencialmente oneroso. La franquicia también, sobre todo si tenemos en consideración su naturaleza mercantil. Imaginar una franquicia que se celebre a título gratuito o de liberalidad sólo cabría en el terreno teórico.

3.41.14. En cuanto al riesgo.

El contrato de compraventa es fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. Podría decirse lo mismo del contrato de franquicia, a pesar de que la doctrina generalmente lo estima como conmutativo. Sin embargo, creemos resulta susceptible imaginar su celebración con rasgos de aleatoriedad, de la más variada índole.

3.41.15. En cuanto a sus efectos.

Tanto la compraventa como la franquicia son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.42. Con el contrato de fideicomiso.

3.42.1. En cuanto al nombre.

La compraventa y el fideicomiso son contratos nominados.

Según anota el Doctor Manuel de la Flor Matos,⁹⁰ fideicomiso deriva del latín **fides commisus**; siendo el significado de **fides** “fe”, y de **commisus** “comisión” o “encargo”, por lo que esta palabra sugiere un encargo de confianza o una comisión basada en la fe que merece una persona. Agrega que lo propio ocurre con la palabra fidueca (expresión con la cual se conoce a este contrato en varios países latinoamericanos), la misma que también deriva del vocablo latín **fides** que, como se dijo anteriormente, significa –en términos generales– fe, confianza o aquello que depende del crédito que merece una persona.

De la Flor cita a Fraenkel, autor que ha estudiado el tema desde el plano filológico, quien caracteriza la **fides** genéricamente como la confianza en algo, señalando después en concreto los matices de esta primera idea. Precisa como uno de los matices, el hecho de que la **fides** radique en una propiedad moral que, atribuida a una persona, da lugar a la confianza, ya sea por amistad, lealtad, probidad, rectitud de conciencia, etc.; presentando como otro caso,

90. DE LA FLOR MATOS, Manuel. El Fideicomiso. Modalidades y Tratamiento Legislativo en el Perú. Tesis para optar el título de abogado sustentada en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú el martes de 7 de enero de 1997, Página 3.

la confianza que se puede tener a alguien por sí mismo; en otras palabras, que se confía en una persona haciendo abstracción de sus probables cualidades.

De la Flor resalta que Fraenkel hace referencia expresa a la confianza en la palabra dada por el sólo hecho de ser dada, como la posibilidad más característica de la **fides** en su primera y más antigua acepción.

Manuel de la Flor considera importante lo expresado, pues el contenido del fideicomiso reviste infinidad de matices, variando desde su más antigua acepción en la época romana, hasta aquella que se sustenta en el prestigio, excelencia y solvencia económica de los bancos.

Dentro de tal orden de ideas, podemos decir que en el Perú el contrato de fideicomiso es de carácter nominado, habiendo comenzado a emplearse y ser conocido en los últimos años, sobre todo desde que empezó a tener regulación legislativa en la derogada Ley de Bancos (Decreto Legislativo N° 770).

Anteriormente, se le conocía tanto como fideicomiso o como **trust**, palabra anglosajona, que denota también los orígenes del fideicomiso en la historia reciente.

En este sentido, puede decirse que tanto el fideicomiso como la compraventa son en el Perú contratos nominados.

3.42.2. En cuanto a su regulación.

Por su regulación, la compraventa y el fideicomiso son contratos típicos legales. La compraventa se encuentra regulada en el Código Civil. El fideicomiso no se encontraba regulado de manera expresa en nuestra legislación con anterioridad al Decreto Legislativo N° 770 (antigua Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros), pero en base a la libertad de contratar consagrada en la Constitución Política del Perú y en lo dispuesto por el Código Civil en su artículo 1354 (“Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”), puede decirse, como afirma De la Flor Matos, que estaba permitido constituir un negocio fiduciario en nuestra legislación, ello a pesar de no haber sido contemplado expresamente por la ley, pues las partes tienen absoluta libertad para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, siempre que no vaya en contra de una norma de carácter imperativo, el orden público y las buenas costumbres, ni se logre mediante ella un abuso de derecho; pero

De la Flor agrega⁹¹ que es muy cierto también que las personas en el Perú no acudían a esta figura para establecer sus relaciones jurídicas, pues resulta evidente que no estamos acostumbrados a celebrar negocios de tal envergadura, como es el consistente en la disposición de bienes, sólo basados en la confianza; siendo así como el fideicomiso nunca fue utilizado en el Perú.

Actualmente, el fideicomiso se encuentra regulado en la nueva Ley de Bancos N° 26702, de fecha 9 de diciembre de 1996, concretamente en los artículos que van del 241 al 274.

3.42.3. En cuanto a su estructura.

A decir de Manuel de la Flor,⁹² el contrato de fideicomiso es simple, a partir de un pensamiento unitario de lo que significa esta figura. De la Flor opina que existe una unión estructural, una sola relación jurídica patrimonial constituida en esencia por elementos tanto reales como obligacionales, teniendo sus efectos un mismo fundamento causal. De este modo, estima que la causa o motivo generador del fideicomiso establece un solo vínculo entre las partes contratantes, creando éste el efecto práctico querido por las partes, razón por la cual deja de lado la posición que considera al fideicomiso como un contrato complejo, que determina que en él existen dos tipos de contratos: uno de efectos reales y otro de efectos obligacionales, que están vinculados entre sí.

En este campo, el fideicomiso se asemeja a la compraventa, que también es un contrato simple.

3.42.4. En cuanto a su contenido o área.

Sabemos que la compraventa es un contrato civil, mercantil o de naturaleza especial. De acuerdo a lo expresado por Manuel de la Flor,⁹³ la configuración del fideicomiso dependerá de cómo lo trate la legislación de cada país. De acuerdo a ello, y por lo visto en la mayoría de las legislaciones, el fideicomiso se configuraría como un contrato especial, en este caso, propio del Derecho Bancario.

3.42.5. En cuanto a su autonomía.

Por su autonomía, tanto la compraventa como el fideicomiso son contratos principales. De acuerdo a lo manifestado por De la Flor,⁹⁴ el fideicomiso tiene las características de un contrato principal, al

91. DE LA FLOR MATOS, Manuel. Op. cit., Página 225.
92. DE LA FLOR MATOS, Manuel. Op. cit., Página 92.
93. DE LA FLOR MATOS, Manuel. Op. cit., Página 93.
94. DE LA FLOR MATOS, Manuel. Op. cit., Página 95.

no depender ni lógicamente ni jurídicamente de otro contrato, pues su existencia y validez sólo están bajo su sujeción. De esta manera, el fideicomiso por sí solo satisface plenamente el efecto práctico querido por las partes; no obstante lo cual estima necesario tener presente que existe una modalidad operativa en la cual el fideicomiso se presenta como un contrato accesorio (el fideicomiso de garantía).

3.42.6. En cuanto a su formación.

La compraventa es un contrato consensual. En cambio, según refiere Manuel de la Flor⁹⁵ el fideicomiso tiene carácter de contrato solemne, pues la mayoría de las legislaciones que tratan el tema establecen formalidades para darle validez al acuerdo entre las partes para constituir este tipo de contratos.

3.42.7. En cuanto al tiempo.

Sabemos que la compraventa es un contrato que generalmente tiene vocación de ejecución inmediata e instantánea (salvo los casos de excepción estudiados). En cambio, según refiere De la Flor,⁹⁶ el fideicomiso es un contrato que puede ser tanto de ejecución inmediata o diferida, pues podremos encontrarnos con fideicomisos cuyo momento de ejecución varíe según lo que determine el acuerdo constitutivo; de manera tal que tendremos contratos de fideicomiso donde los términos del mismo tengan que ejecutarse de manera inmediata o en un momento posterior. Así, De la Flor cita como ejemplo el caso en el cual el fideicomitente encarga al fiduciario en fideicomiso valores para ser negociados en el mercado a su mejor precio actual (contrato de ejecución inmediata), el supuesto de un fideicomiso establecido a favor del hijo del fideicomitente, debiendo postergarse el momento de su ejecución hasta la muerte de este último.

Asimismo, existe la posibilidad, según De la Flor, de que los contratos de fideicomiso de ejecución inmediata o diferida, se combinen con los de ejecución instantánea o de ejecución de tracto sucesivo, pues ambos criterios de clasificación son complementarios y no excluyentes.

De esta forma,⁹⁷ los contratos de fideicomiso pueden tomar las características de cualquiera de estos contratos. Así, podremos tener fideicomisos de ejecución inmediata, como por ejemplo si

95. DE LA FLOR MATOS, Manuel. Op. cit., Página 103.

96. DE LA FLOR MATOS, Manuel. Op. cit., Página 99.

97. DE LA FLOR MATOS, Manuel. Op. cit., Página 101.

el encargo trata sobre la venta de un inmueble al contado y al mejor precio actual; asimismo, podemos tener contratos de tracto sucesivo, como cuando se entrega un inmueble al fiduciario con la finalidad de que éste administre una empresa.

3.42.8. En cuanto a su negociación.

La compraventa y el fideicomiso pueden celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Según Manuel de la Flor,⁹⁸ el fideicomiso puede responder a una negociación previa entre el fideicomitente y el fiduciario, llegando a un acuerdo sobre los términos del contrato, o responder a la adhesión por parte de la fiduciaria, aceptando los términos planteados por el fideicomitente a fin de que se destinen los bienes a la finalidad querida por él.

De la Flor estima importante señalar que al ser las entidades financieras las que han sido aceptadas por la mayoría de legislaciones como entidades fiduciarias, el contrato de fideicomiso rompe con la característica general de los contratos bancarios, en cuanto a la contratación en masa, donde son los clientes los que se adhieren a estos contratos, en aras de una mayor practicidad y las exigencias de la vida moderna. En el contrato de fideicomiso –dice De la Flor–, el fideicomitente o el cliente tienen un rol fundamental para la determinación de las cláusulas del contrato, donde la institución bancaria tendrá que negociar las estipulaciones del mismo con él, o simplemente adherirse a lo determinado por el fideicomitente.

3.42.9. En cuanto al rol económico.

La compraventa es un contrato de cambio y de disposición. Pensamos que el fideicomiso, dadas las múltiples modalidades susceptibles de revestir, puede ser un contrato de cambio, de disposición; pero en todos los casos será un contrato de confianza. Sin duda, el fideicomiso es un contrato **intuitu personae**.

En este punto consideramos necesario hacer mención de uno de los temas que genera mayor polémica respecto al contrato de fideicomiso. Nos referimos a la posibilidad de que a través de este contrato se esté generando una especie de derecho real especial, distinto de todos aquellos que conocemos y que se encuentran regulados en el Código Civil, especialmente diferente

98. DE LA FLOR MATOS, Manuel. Op., cit., Página 104.

del de propiedad. En tal sentido, si el fideicomiso constituye un derecho de estas características, tal situación marcaría una diferencia adicional importante entre el mismo y la compraventa (a través del cual, como sabemos, el vendedor se obliga a transferir al comprador la propiedad de un bien).

3.42.10. En cuanto a su función.

Tanto la compraventa como el fideicomiso son contratos fundamentalmente constitutivos, pero por excepción podrían ser regulatorios o modificatorios, mas nunca extintivos.

3.42.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

La compraventa y el fideicomiso son contratos de carácter individual, pues sólo obligan a las partes que los celebran.

Cabe recordar, como lo hace Manuel de la Flor,⁹⁹ que el fideicomiso podrá tener como fuente a actos jurídicos unilaterales, es decir, aquellos celebrados por la declaración de voluntad de una sola parte, la misma que produce los efectos jurídicos deseados por ella.

En tal sentido, en opinión de De la Flor, podemos tener fideicomisos testamentarios, siempre y cuando la ley les otorgue la virtud de producir efectos jurídicos. Refiere el citado profesor que algunas legislaciones han optado por esta postura, ya sea indicándola expresamente (como es el caso peruano) o dando la posibilidad de entenderla así. De igual forma, refiere que otras legislaciones señalan que si no se designa fiduciario en el testamento, el juez lo designará, y si el fiduciario nombrado no aceptara, podrá nombrar un sustituto; presentándose en ambos casos la posibilidad de que el acto unilateral del fideicomitente produzca efectos jurídicos con su sola declaración de voluntad.

Pero, como bien anota De la Flor, el fideicomiso también tendrá como fuente a actos jurídicos bilaterales, a los cuales podemos definir como aquellos actos que necesitan del concurso de las manifestaciones de dos partes para producir el efecto jurídico querido por ellos, es decir, crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Así, el fideicomiso en las relaciones entre vivos tiene carácter bilateral, celebrándose con el acuerdo de voluntades entre el fideicomitente y el fiduciario. De la Flor puntualiza que nunca será un acto jurídico plurilateral, pues el fideicomisario tiene el papel de tercero, no siendo fundamental su aceptación para la constitución del fideicomiso.

99. DE LA FLOR MATOS, Manuel. Op. cit., Páginas 83 y 84.

3.42.12. En cuanto a la prestación.

Tanto la compraventa como el fideicomiso son contratos con prestaciones recíprocas.

3.42.13. En cuanto a la valoración.

La compraventa siempre será un contrato celebrado a título oneroso. Según Manuel de la Flor,¹⁰⁰ debe considerarse al fideicomiso como un contrato a título oneroso, pues es característica en él la correspondencia de prestaciones entre las partes que lo celebran. De un lado encontramos que el fiduciario tiene la obligación de realizar ciertas prestaciones de acuerdo al contrato que dio origen al fideicomiso, pudiendo ser la obligación de administrar y disponer determinados bienes. Por otra parte – agrega De la Flor–, tenemos la obligación del fideicomitente de entregar los bienes al fiduciario y –eventualmente– solventar la retribución que corresponde al fiduciario por los servicios prestados.

Según De la Flor Matos, de esta manera, el carácter oneroso del fideicomiso es esencial, pues resulta fundamental para su existencia. No se podría explicar un contrato de fideicomiso sin esta característica, ya que tal como está estructurada la figura, las partes implicadas no permitirían otra situación y las legislaciones (entre ellas la peruana), lo han entendido así.

A decir del citado catedrático, queda claro que lo que busca el banco fiduciario o la entidad fiduciaria es la retribución por los servicios que presta al fideicomiso, esto, como parte de la amplia gama de posibilidades que tienen sus clientes para realizar operaciones bancarias, muy especialmente las referidas a operaciones neutras que no implican una operación de crédito. Agrega que también queda claro que el fideicomitente, al celebrar el contrato de fideicomiso, busca en el banco fiduciario o en la entidad fiduciaria la posibilidad de aprovechar el enorme potencial de conocimientos sobre negocios que poseen las instituciones financieras para realizar éstos, o el buen respaldo económico y moral que rodea a los bancos, que garantice una buena administración o gestión de sus bienes; todo lo cual hace que ambas partes asuman –en igual equivalencia– prestaciones a su cargo que permitan que sus intereses se vean claramente satisfechos.

100. DE LA FLOR MATOS, Manuel. Op. cit., Páginas 88 y 89.

3.42.14. En cuanto al riesgo.

Como ha sido dicho, la compraventa es fundamentalmente un contrato conmutativo, siendo aleatorio por excepción.

De acuerdo a la opinión de Manuel de la Flor,¹⁰¹ el fideicomiso constituye un contrato conmutativo, pues al momento de su celebración, las partes que intervienen en ella saben a ciencia cierta el contenido de las prestaciones que estarán a su cargo. Así, el fideicomitente sabrá por anticipado que entre sus obligaciones estará la de transferir el dominio del bien una vez llegado el acuerdo; y el fiduciario será consciente de que tendrá como una de las prestaciones a su cargo el disponer de los bienes en función a la finalidad determinada en el contrato.

En tal sentido, recogiendo expresiones del citado profesor, es claro que al momento de celebrar el contrato de fideicomiso, las partes se obligan mutuamente en función de hechos serios y concretos, conociendo por anticipado el contenido de sus prestaciones.

3.42.15. En cuanto a sus efectos.

Como todo contrato celebrado dentro del ordenamiento jurídico peruano, la compraventa y el fideicomiso son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.43. Con el contrato de licencia o *know how*.

3.43.1. En cuanto al nombre.

Como expresan Max Arias-Schreiber Pezet, Ángela Arias-Schreiber Montero y Manuel Muro Rojo,¹⁰² la expresión inglesa **know how** traducida literalmente al español significa "saber cómo", es decir, tener el conocimiento acerca de la manera de hacer algo. Agregan que el término resulta sumamente significativo, y sin perjuicio de las discrepancias existentes en cuanto a su definición, opinan que el **know how** está siempre referido a un conocimiento de orden técnico, económico o comercial, no protegido por la legislación industrial, que se mantiene en secreto entre las partes, y cuya explotación facilita que el beneficiario produzca y venda objetos y realice otras actividades empresariales.

101. DE LA FLOR MATOS, Manuel. Op. cit., Páginas 90 y 91.

102. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max; ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Angela y MURO ROJAS, Manuel. Los Contratos Modernos. Tomo II: Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1996, Páginas 105 y siguientes.

Más adelante los autores citados señalan que evidentemente, los conocimientos a que hacen referencia excluyen a aquellos protegidos por la legislación industrial (como es el caso de las patentes y marcas), puesto que son susceptibles de registro; lo que les lleva a afirmar que los conocimientos objeto de este contrato evidentemente son secretos, puesto que su divulgación pública causaría perjuicios económicos a las empresas agraviadas, al ponerlos al alcance de la competencia.

Puede decirse que el contrato del **know how**, proveniente del Derecho Anglosajón, se ha venido convirtiendo paulatinamente en un contrato nominado dentro de nuestra tradición jurídica, y que en el Perú paulatinamente ha venido adquiriendo importancia, sobre todo en esta última década, pero su conocimiento está restringido todavía a determinados ámbitos profesionales y comerciales.

3.43.2. En cuanto a su regulación.

Como sabemos, la compraventa es un contrato típico, tanto en el aspecto social como en el aspecto legal.

El contrato de licencia es atípico, ya que no está regulado por el ordenamiento legal peruano.

3.43.3. En cuanto a su estructura.

Según refieren Arias-Schreiber y Muro,¹⁰³ Massaguer define el contrato de **know how** como aquel negocio jurídico celebrado entre personas, físicas o jurídicas, en virtud del cual una de ellas (el licenciante), titular de un **know how** (el **know how** licenciado), autoriza a su contraparte (el licenciatario o receptor) a explotarlo durante un tiempo determinado y, con este fin, se obliga a ponerlo en su efectivo conocimiento; y en virtud del cual el licenciatario o receptor se obliga, por su lado, a satisfacer un precio cierto en dinero o en especie, fijado normalmente en forma de suma de dinero calculada en función del volumen de fabricación o ventas de productos o servicios realizados con empleo del **know how** licenciado.

Los profesores citados recuerdan que los autores Chuliá y Beltrán citan la definición contenida en una Guía para la redacción del contrato, editado por la Generalitat Valenciana en 1988, a saber: “negocio jurídico en virtud del cual una de las partes (transferente)

103. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max; ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Angela y MURO ROJO, Manuel. Op. cit., Tomo II, Páginas 108 y siguientes.

se compromete a poner a disposición de la otra parte (adquirente o receptor) los conocimientos técnicos constitutivos del **know how** de modo definitivo, desprendiéndose de ellos en todo o en parte, o bien, a comunicar dichos conocimientos, posibilitando su explotación por un tiempo determinado, a cambio de una contraprestación determinada normalmente en forma de cantidad de dinero calculada como porcentaje sobre producción o venta”.

Arias-Schreiber y Muro agregan que Gómez Segade, lo define como el “contrato en virtud del cual el licenciante autoriza al licenciario (de ordinario a título oneroso), a utilizar una técnica desarrollada y mantenida en secreto por el primero”.

Recuerdan también que los autores distinguen entre dos tipos de contratos: el de **know how** puro, en el cual no se da ninguna otra figura jurídica, y el mixto, en el que concurre la transmisión de otro tipo de derechos (marcas, patentes, etc.). Manifiestan que el Reglamento de la Comunidad Económica Europea N 556/89 del 30.11.89 define los contratos puros como “aquellos por los que una empresa, el licenciante, accede a comunicar el **know how**, a otra empresa, el licenciario, para su explotación en el territorio concedido” (artículo 1.7.5); y los mixtos, “por los que se concede una tecnología constituida a la vez por elementos no patentados y patentados en uno o más Estados miembros”.

En lo que respecta a las diferencias del contrato de **know how** con el contrato de compraventa, resulta de interés lo señalado por Arias-Schreiber y Muro¹⁰⁴:

“Igualmente conviene distinguir entre el **know how** y los contratos de compraventa. Conforme al artículo 1529 del Código Civil peruano, por este contrato una de las partes se obliga a entregar un bien determinado y la otra a pagar un precio cierto en dinero o en signos que los representen. En el **know how**, el transmitente no enajena sus conocimientos y sólo permite su utilización, lo que se produce mediante entrega de informes, maquinaria, planos, disquetes, y otros medios de reproducción y de conocimiento.

Otra diferencia radica en que el contrato de licencia de **know how** normalmente es de tracto sucesivo, estableciéndose una duración en el tiempo que las partes desean, puesto que generalmente tiene lugar en el transcurso de un proceso productivo. Como afirmáramos en ‘Exégesis’ (Tomo I), ‘... lo

104. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Angela y MURO ROJO, Manuel. Op. cit., Tomo II, Páginas 110 y 111.

fundamental es que la distribución de la ejecución está dada en el tiempo y éste es su carácter relevante o esencial' (...).

Otra nota distintiva tratándose de la compraventa radica en que los bienes objeto del **know how** no son susceptibles de apropiación y, por lo mismo, no existe transferencia de derecho de propiedad alguno. La demostración de este hecho está en que los conocimientos objeto del contrato pueden ser explotados simultáneamente por el licenciante y el licenciado, lo cual no sería posible si se tratase de bienes cuya propiedad se transmitiese”.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con las dos primeras diferencias que los profesores citados anotan en relación al contrato de compraventa, mas no con la tercera, ya que el **know how** no recae sobre bienes, sino sobre conocimientos, datos o informaciones que –precisamente– no constituyen bienes (en este caso derechos incorporeales), porque no son susceptibles de apropiación por el hombre. En todo caso, la información que se brinde en el **know how** podría ser calificada como un servicio o una prestación de hacer, pero nunca una de dar.

3.43.4. En cuanto a su contenido o área.

Sabemos que por su contenido la compraventa puede ser tanto un contrato civil como uno mercantil o especial. En lo que respecta al contrato de licencia, éste será de naturaleza fundamentalmente mercantil.

3.43.5. En cuanto a su autonomía.

Tanto la compraventa como la licencia son contratos principales, pues para existir no dependen de la pre-existencia de algún otro contrato.

3.43.6. En cuanto a su formación.

El contrato de compraventa es consensual. En relación a la formación del contrato de licencia, Arias-Schreiber y Muro¹⁰⁵ anotan lo siguiente:

“Por su forma, podemos afirmar que en principio se trata de un contrato consensual, pues se perfecciona con el mero consentimiento de los contratantes, no requiriendo de ninguna formalidad o requisito adicional. Es importante señalar, empero, que si el cedente del **know how** fuese extranjero, habrá que observar las

105. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Angela y MURO ROJO, Manuel. Op. cit., Tomo II, Página 115.

normas de la Decisión N° 291 que imponen la literalidad del contrato, al establecer que éste deba ser celebrado por escrito y registrado ante el organismo nacional competente”.

3.43.7. En cuanto al tiempo.

Mientras la compraventa es un contrato que tiene vocación de ejecución instantánea e inmediata, el contrato de licencia es básicamente uno de duración.

3.43.8. En cuanto a su negociación.

En lo que respecta a su negociación, sabemos que la compraventa puede celebrarse tanto por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Pensamos que similares conceptos podríamos aplicar al contrato de licencia, pero dadas sus especiales características y las peculiaridades que presentará en cada caso, pensamos que por lo general se celebrará por negociación previa.

3.43.9. En cuanto al rol económico.

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la licencia es un contrato de disposición (pues implica una disminución en el patrimonio del licenciario) y de colaboración (la que prestará el licenciante a su contraparte).

3.43.10. En cuanto a su función.

La compraventa y la licencia son fundamentalmente constitutivos, aunque excepcionalmente podrían ser regulatorios o modificatorios, mas nunca extintivos.

3.43.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Por los sujetos a quienes obliga, la compraventa y la licencia son contratos individuales, pues sólo vinculan a las partes que los celebran (la compraventa a comprador y vendedor y la licencia a licenciante y licenciario).

3.43.12. En cuanto a la prestación.

Ambos contratos son con prestaciones recíprocas; pero nada impediría –en el plano teórico– que la licencia se celebre sin pago alguno, lo que no resulta usual, por tratarse de un contrato mercantil.

3.43.13. En cuanto a la valoración.

De lo que acaba de ser dicho, se deduce que ambos son contratos que se celebran fundamentalmente a título oneroso, aunque en

el plano teórico cabría la posibilidad de imaginar una licencia celebrada a título gratuito o de liberalidad.

Sin embargo, Arias-Schreiber y Muro¹⁰⁶ anotan que “Ello ocurre con frecuencia, por ejemplo, en el ámbito de los contratos de suministro de bienes de equipamiento industrial, que incluyen cláusulas de cesión gratuita de **know how** como parte integrante de los mismos. Es importante recalcar, sin embargo, que se trata de situaciones especiales y que lo usual es que se trate de un contrato que implique una obligación de pago por parte del adquirente”.

3.43.14. En cuanto al riesgo.

Se ha dicho que la compraventa es fundamentalmente un contrato conmutativo y excepcionalmente aleatorio. A pesar de que por lo general no se cuestiona la conmutatividad del contrato de licencia, nada impediría que se celebrara con rasgos de aleatoriedad.

3.43.15. En cuanto a sus efectos.

Por sus efectos, tanto la compraventa con el contrato de licencia son meramente obligatorios u obligacionales.

106 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Angela y MURO ROJO, Manuel. Op. cit., Tomo II, Página 114.

CAPÍTULO II

LA VENTA DE BIEN AJENO

1. LA VENTA DE BIEN AJENO EN ESTRICTO. CONCEPTO.

En primer lugar, debemos señalar que cuando hablamos de un contrato de venta de bien ajeno, estamos haciéndolo, precisamente, de un contrato de compraventa y no de una figura similar, parecida o afín. Es un contrato de compraventa común y corriente, siendo su único elemento distintivo -y el que le da el carácter de interés doctrinario-, el hecho de que el bien objeto de la prestación del vendedor no le pertenece en propiedad al momento de la celebración del contrato. Por ello es que sostenemos la necesidad de robustecer esta idea: estamos hablando de un contrato de compraventa, con todas las obligaciones y efectos que genera esta figura típica, regulada, en el caso peruano, por los artículos 1529 a 1601 de su Código Civil.¹⁰⁷

107. Sobre este particular el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, en su más reciente trabajo sobre el tema (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios Sobre el Contrato de Compraventa, Páginas 69, 82 y 83), ha llegado a las siguientes conclusiones:

"El tema de la compraventa de bien ajeno ha sido tratado en el Código Civil peruano de 1984 siguiendo un método original, que difiere del adoptado por otros ordenamientos legales. Creo que ello obedece a una idea central que ilumina todo el sistema: **Sólo hay compraventa de bien ajeno cuando el vendedor se obliga, como tal, a transferir al comprador la propiedad del bien.**

Ello requiere, quizá, una explicación previa. En principio, es posible que una persona adquiera por compraventa la propiedad de un bien perteneciente a un tercero por dos vías: 1) obteniendo el vendedor que el verdadero dueño transfiera directamente el bien al comprador; y 2) adquiriendo el vendedor el bien y transfiriéndolo él al comprador.

El codificador peruano ha optado conscientemente por la segunda solución, de tal manera que no se considera compraventa de bien ajeno el acto jurídico mediante el cual el verdadero dueño transfiere, a instancias del vendedor, la propiedad del bien directamente al comprador.

Otra idea que gobierna el régimen peruano, a diferencia de varios otros, es que **el comprador no debe conocer que el bien es ajeno.**"

En segundo término, queremos precisar que el tema de la contratación en general sobre bienes ajenos, y en especial el del contrato de compraventa de bienes de tal carácter, no tiene relevancia en todos los casos, ya que sólo la tendrá cuando estemos ante bienes ciertos. Los supuestos de bienes indeterminados o de bienes fungibles no tendrán relevancia para nuestro análisis, aunque al momento de la celebración del contrato no pertenezcan en propiedad al vendedor de los mismos.

Nos explicamos.

En principio, el género a nadie le pertenece y la especie tampoco, a menos de que estemos hablando de géneros tan limitados que puedan pertenecer a una persona en exclusiva.

Pero vamos a ocuparnos de un género cualquiera. Por señalar un ejemplo, el género de los automóviles. Sin lugar a dudas, a nadie pertenecerán todos los automóviles del mundo, pero podrá darse el caso de que a una persona no le pertenezca algún automóvil que se ha comprometido a entregar.

Aquí caben dos posibilidades: que esa persona se haya obligado a entregar un automóvil perfectamente delimitado, es decir, un bien cierto, o que esa persona se haya comprometido a entregar un automóvil de una determinada marca, sin especificarlo ni determinarlo, supuesto en el cual estaremos frente al caso de una obligación de dar un bien incierto o indeterminado.

No hay lugar a dudas que el primer contrato (aquél de bien cierto) deberá regirse perfecta y completamente por las normas del contrato de compraventa de bienes ajenos, ya que al tratarse de un bien cierto o determinado al momento de la celebración del contrato, será verdaderamente relevante el hecho de que ese bien pertenezca o no al patrimonio de quien se obliga a transferirlo. Sin lugar a dudas, aquí se plantea plenamente el tema de la contratación sobre bienes ajenos y sus consecuencias teóricas y doctrinarias.

El bien no es de quien lo vende, y como se trata de bien cierto que está en propiedad de un tercero, vamos a ver cuáles son las soluciones que plantea

"Después de la exposición que precede sobre el sistema peruano de compraventa de bien ajeno podría objetarse que este sistema es complicado pues, a diferencia de otros sistemas, sólo admite la existencia de tal contrato cuando el comprador ignora que el bien es ajeno al momento de celebrarse la compraventa. Sin embargo, debe tomarse en consideración que la existencia en el Código Civil de un Título que regula la celebración del contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero permite colocar cada acto jurídico en su verdadero lugar. Es así como cuando el comprador sabe que el bien es ajeno, conoce también que el vendedor no le podrá transferir la propiedad del bien si previamente no lo adquiere del verdadero dueño, por lo cual no puede venderse a firme, asumiendo una obligación incondicional. Solamente podrá el seudovendedor cumplir su obligación gestionando que el verdadero dueño le adjudique la propiedad del bien, lo que significa, en realidad, ingresar a un área muy similar a la de la promesa de la obligación de un tercero".

la ley para solucionar este problema, el cual consiste en determinar para el Derecho, las consecuencias de un acto de estas características, de un contrato de compraventa algo extraño, pero de compraventa al fin.

Todo esto se reduce a la duda de qué pasará si es que el verdadero propietario del bien no transfiere la propiedad de dicho vehículo al vendedor del mismo, a fin de que éste pueda transferirla al comprador, ya que de no lograr el vendedor obtener la propiedad del carro, simplemente no podrá ejecutar sus obligaciones. Sin lugar a dudas este supuesto es digno de tratamiento y regulación. Es un supuesto complicado.

Pero el segundo caso, vale decir aquel en el cual una persona vende a otra un vehículo indeterminado, pero determinable (sólo determinado en su especie y en su cantidad), no va a plantearnos mayores problemas, ya que se trata, precisamente, de un bien indeterminado.

Es evidente que cuando uno celebra cualquier contrato por el cual se compromete a dar en propiedad o en otra condición o calidad, bienes indeterminados, en las más de veces, dichos bienes no pertenecerán en propiedad a quien se obliga a transferirlos, dado que existe una razón fundamental para presumir ello: si no se ha efectuado una determinación o precisión de los mismos al momento de la celebración del contrato, esto será, en la mayoría de casos, porque las partes desconocen de qué bien de dicha especie se tratará, y este desconocimiento, a nuestro entender, sólo podría justificarse en que dicho bien no es conocido por los contratantes, en que dicho bien no pertenece al patrimonio de ninguno de ellos (aunque pueda darse el caso que los bienes pertenezcan al patrimonio del vendedor, pero éste no haya decidido cuál vender al momento de la celebración del contrato).

Es por tal razón que sostenemos que en el caso de los bienes inciertos, a pesar de que éstos revistan el carácter de ajenos (y también podría tratarse de bienes futuros) deberá dárseles el tratamiento de bienes presentes, es decir, que si se tratase, como en el ejemplo antes anotado, de un contrato de compraventa, no debería aplicársele ninguna de las normas de excepción respecto de los bienes ajenos o futuros, sino que deberá regirse —exclusivamente— por las normas generales del contrato de compraventa, tal y como si se tratase de un bien propio, siéndole de plena aplicación (lo que resulta evidente) las normas relativas a las obligaciones de dar bienes inciertos.

Similar opinión tenemos de los bienes fungibles que al momento de la celebración del contrato no pertenezcan en propiedad al vendedor, ya que se trata de bienes que por lo general no pertenecerán a aquél al momento de la celebración del contrato. Para el caso de dichos bienes fungibles, vale decir, aquellos en los que cada uno equivale al otro y son plenamente

intercambiables, deberá ser de aplicación el tratamiento general (y no alguno específico) de las normas relativas al contrato de compraventa, además, naturalmente, de las normas relativas a dicho tipo de bienes, contenidas en los artículos 1142 a 1147, referidos a las obligaciones de dar.

El anterior planteamiento se basa en las mismas razones que hemos esgrimido para el caso de los bienes determinados.

Todo lo antes expuesto reduce inmensamente el campo de la contratación sobre bienes ajenos, y -en especial- la del contrato de venta de bien ajeno, además de la aplicación específica de las normas previstas en el Código Civil para estos supuestos. En conclusión, sólo serán aplicables dichas normas para los supuestos de contratos sobre bienes ajenos que sean determinados (ciertos), al momento de la celebración del contrato.

Se debe tener presente que esta fue una de las excepciones más importantes que dieron la doctrina y jurisprudencia francesas en el siglo XIX para sustraer de la nulidad del artículo 1599 del Código Napoleón a los contratos sobre bienes ajenos que se celebraran sobre bienes indeterminados o fungibles.

Pero ahora, nosotros no necesitamos ratificar dicha excepción como causal de salvación de un acto jurídico, sino lo hacemos como fundamento doctrinario básico para determinar cuál debe ser su tratamiento.

El Doctor Manuel de la Puente y Lavalle,¹⁰⁸ coincide con nuestras apreciaciones acerca de los diversos contratos susceptibles de tener como objeto de sus prestaciones bienes ajenos, y señala, en criterio que

108. El Doctor De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en general. Primera Parte, Tomo III, Páginas 436 a 439), refiriéndose a nuestro trabajo "Los Contratos Sobre Bienes Ajenos", anota las siguientes expresiones:
"Considera CASTILLO que, además del contrato de compraventa, pueden darse otros contratos sobre bienes ajenos, citando los siguientes:

- a) El contrato de permuta.
Dada su similitud con el contrato de compraventa, y estando a lo dispuesto por el artículo 1603 del Código Civil, serán aplicables a la permuta los comentarios que se hagan al contrato de compraventa.
- b) El contrato de suministro.
De conformidad con el artículo 1604 del Código Civil, por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar en favor de otra persona prestaciones continuadas o periódicas de bienes. Tal como se expresa en la Exposición de Motivos de este artículo, las prestaciones a que el contrato se refiere son de entrega de bienes en propiedad, en uso o en goce.
El suministro de bienes ajenos supone, por consiguiente, que el suministrante adquiera con posterioridad a la celebración del contrato el título sobre los bienes que le permita obligarse a nombre propio, y como titular del derecho, a transferir la propiedad o a ceder el uso y el goce.
- c) El contrato de donación.
Tomando en consideración que en virtud de este contrato el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien, le son aplicables **mutatis mutandis** las disposiciones sobre el contrato de compraventa.

compartimos, que los principales problemas planteados por la doctrina al respecto, se circunscriben al contrato de compraventa.

Entendemos por venta de bien ajeno, en estricto, a aquel contrato de compraventa celebrado entre un vendedor que no es propietario del bien que vende, y un comprador común y corriente; surgiendo de este contrato, como en cualquier compraventa, la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien al comprador y la obligación del comprador de pagar su precio en dinero o signo que lo represente.

En tal sentido, la venta de bien ajeno ideal sería aquella en donde comprador y vendedor supiesen que el bien es de propiedad de un tercero; pero somos conscientes de que en la mayoría de casos ello no será así.

-
- d) El contrato de mutuo.
En virtud de este contrato el mutuante se obliga a entregar al mutuario una determinada cantidad de dinero o bienes consumibles, estableciendo el artículo 1654 del Código Civil que con la entrega del bien mutuado se desplaza la propiedad al mutuario. Consecuentemente, se trata de un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad del bien mutuado al mutuario, razón por la cual también le son aplicables **mutatis mutandis** las reglas sobre la compraventa.
- e) El contrato de arrendamiento.
Según el artículo 1666 del Código Civil, por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida. Tratándose de una cesión de uso en la cual el arrendador está obligado a entregar al arrendatario el bien arrendado, en el plazo, lugar y estado convenidos (artículo 1678), es posible que el arrendador se obligue a ceder el uso de un bien ajeno, pero para ello será necesario que previamente a la ejecución de la relación jurídica obligatoria, el arrendatario adquiera la disponibilidad de la cesión a fin de que pueda ejecutar -debidamente legitimado- la prestación de dar (entregar).
Recuérdese que la obligación de ceder el uso la asume el arrendador a título propio, esto es como si tuviera la potestad de hacerlo.
- f) El contrato de comodato.
En virtud de este contrato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo y luego lo devuelva.
Obsérvese que el comodante no sólo se obliga a entregar el bien al comodatario sino también cederle su uso, de tal manera que tratándose de bienes ajenos el comodante debe actuar frente al comodatario como titular no sólo del derecho de entregar legítimamente el bien sino también del derecho de ceder su uso.
Estos títulos debe adquirirlos el comodante con anterioridad al momento en que debe efectuarse la entrega del bien.
- g) El contrato de depósito.
De conformidad con el artículo 1814 del Código Civil, por el depósito voluntario el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante.
Me parece que en este contrato, que es naturalmente gratuito, el único usualmente obligado es el depositario, quien no asume la obligación de entregar un bien ajeno como si fuera propio, sino de prestar un servicio, que es el de custodiar el bien ajeno y devolverlo, por lo cual queda fuera del ámbito de los contratos sobre bienes ajenos, que recae sobre bienes y no sobre servicios.
- h) El contrato de renta vitalicia.
El artículo 1923 del Código Civil dispone que por la renta vitalicia se conviene la entrega de una suma de dinero u otro bien fungible, para que sean pagados en los períodos estipulados. Dado que el obligado a entregar los bienes que constituyen la renta debe tener la disponibilidad de los mismos, cabe que esta obligación la adquiera respecto de bienes que son ajenos al momento de celebrar el contrato, por lo cual éste puede quedar comprendido en la problemática de los contratos sobre bienes ajenos".

2. OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR DE INFORMAR AL COMPRADOR SOBRE EL CARÁCTER AJENO DEL BIEN.

El Doctor De la Puente considera,¹⁰⁹ respecto del artículo 1539, lo siguiente:

“Este artículo ha merecido un agudo comentario de MOSQUEIRA que ha despertado mi más vivo interés. Por ello, me permito hacer algunas reflexiones sobre el mismo, aunque no con la hondura que quisiera, dado el carácter general de este trabajo.

Como se ha visto, mediante el contrato de compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.

El bien puede ser propio o ajeno del vendedor, ello no afecta la esencia del contrato. Lo que sí es substancial es que en la compraventa es el vendedor, y sólo él, quien queda obligado a transferir la propiedad del bien, de tal manera que esa obligación sólo puede ser cumplida por el vendedor, no por un tercero -salvo el caso de la legitimación-.

El vendedor puede revelar u ocultar al comprador que el bien es ajeno. (El subrayado es nuestro).

Si lo revela, ambas partes conocen que el bien es ajeno, dando lugar a la figura contemplada en el artículo 1537 del Código Civil, pues ya se ha visto que este artículo comprende la hipótesis de que el promitente adquiera el bien para transferirlo al promisorio, lo que ocurrirá automáticamente por efecto del artículo 1538. Este es el régimen del Código Civil peruano y hay que respetarlo. (El subrayado es nuestro).

Si lo oculta, se produce la verdadera venta de bien ajeno, pues sólo el vendedor tiene la certeza que el bien no le pertenece, estando el comprador en la incertidumbre de que el bien sea propio o ajeno del vendedor.

Se ha visto que es connatural a la venta de bien ajeno la existencia de un plazo suspensivo inicial, computado a partir de la celebración del contrato, que permita al vendedor adquirir la propiedad del bien para transferirla, a su vez, al comprador.

Si durante el decurso de este plazo el comprador llega a conocer que el bien no pertenece al vendedor, tendrá la certeza, de la que carecía antes, que el vendedor debe adquirir la propiedad del bien de su verdadero dueño para que, vencido el plazo, pueda cumplir su obligación de transferirle dicha propiedad.

109. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo III, Páginas 442 a 444.

La situación del comprador no es igual en uno u otro caso. Si él tiene la incertidumbre respecto a si el bien es propio o ajeno del vendedor, indudablemente preferirá que realmente ocurra lo primero, pues así no existirá inconveniente alguno para que, al vencimiento del plazo, el vendedor le transfiera la propiedad del bien. En cambio, si ocurre lo segundo, corre el riesgo que el vendedor no llegue a adquirir la propiedad del bien y no pueda, por consiguiente, transferírsela.

Cuando el comprador llega a tener la certeza de que el bien no pertenece al vendedor, se ha materializado el riesgo, pues queda en evidencia que el vendedor se encuentra en el albur de adquirir o no la propiedad. (El subrayado es nuestro).

Para paliar el impacto de este riesgo es que el artículo 1539 del Código Civil permite al comprador, como alternativa, pedir la rescisión del contrato, con lo cual el comprador quedará liberado de la obligación de pagar el precio.

Refiriéndose al ordenamiento civil italiano dice Luzzato lo siguiente: 'Bien distinta de las hipótesis hasta ahora consideradas es aquélla del vendedor que ha vendido como cosa propia la ajena, mientras que el comprador ignoraba que la cosa era de otro. A esta hipótesis, en la que siempre se da la ignorancia del comprador, se puede equiparar aquella del vendedor que no ha declarado que la cosa es ajena: dada, en efecto, la naturaleza de la venta de cosa individualmente determinada, destinada a transmitir la propiedad al comprador por efecto del solo consentimiento, el vendedor, por el hecho mismo de vender cosa individualmente determinada, ha hecho nacer en el comprador la confianza en una adquisición inmediata de la propiedad del vendedor. En estas hipótesis, pues, el comprador no está obligado a estar en espera del cumplimiento por parte del vendedor, esto es, a esperar que el vendedor le procure la cosa en un plazo prudencial, sino que puede actuar inmediatamente para reclamar la disolución de la relación contractual mediante una acción que el nuevo Código llama de resolución'.

Si bien esta opinión de Luzzato no es de exacta aplicación al régimen peruano, pues en éste no existe la adquisición inmediata de la propiedad, pone de manifiesto que la pérdida de la confianza en una transferencia oportuna de la propiedad por parte del vendedor, concede al comprador el derecho de no esperar el cumplimiento por parte del vendedor, sino que puede actuar inmediatamente para pedir la resolución del contrato.

Debe tenerse presente que en el Derecho italiano la resolución del contrato tiene, en general, efecto retroactivo, de tal manera que la resolución de que habla el artículo 1479 del Código Civil italiano tiene el mismo efecto que la rescisión de que trata el artículo 1359 del Código Civil peruano.

Debe tomarse en cuenta que no ocurre aquí un incumplimiento contractual, desde que el vendedor no se encuentra obligado, durante la vigencia del plazo suspensivo, a cumplir su obligación de transferir la propiedad, por lo cual es improcedente la acción de resolución por incumplimiento”.

Hasta aquí la cita del Doctor De la Puente.

En lo que respecta a su opinión en el sentido que cuando hablamos de venta de bien ajeno, debe estar presente necesariamente el elemento del plazo, consideramos a este criterio como sumamente acertado.

Respecto del punto en el cual el Doctor De la Puente señala que el hecho de que el bien sea propio o ajeno del vendedor no afecta a la esencia del contrato, la consideramos también una afirmación acertada. Resulta, sin embargo, contradictoria su posición en el sentido que es sustancial en la compraventa que sea el vendedor, y sólo él, quien queda obligado a transferir la propiedad del bien, de tal manera que esa obligación sólo puede ser cumplida por el vendedor, no por un tercero -salvo el caso de la legitimación-, ya que anteriormente había sustentado el criterio de que cuando el bien sea ajeno y ambas partes sepan tal carácter, deberá regirse necesariamente este supuesto por lo establecido en el artículo 1537, norma que permitiría al contratante (vendedor) cumplir con sus obligaciones, sea a título personal o a través de un tercero, punto sobre el cual hemos manifestado nuestro desacuerdo, ya que como lo hemos expresado, por un lado afirma que es sólo el vendedor el obligado a transferir la propiedad del bien ajeno, mientras que por el otro, sostiene que puede hacerlo tanto el vendedor como el tercero, propietario del bien al momento de la celebración del contrato.

Estimamos que el tercero-propietario podría pagar, pero sólo si lo hace a nombre del vendedor del bien ajeno, se estaría ejecutando la obligación de este último, emanada del referido contrato.

Respecto a la posición esgrimida por el Doctor De la Puente acerca de la venta de bien ajeno con desconocimiento del comprador del carácter ajeno del bien, debemos señalar que no la compartimos, por las razones que se consignan a continuación.

De la Puente considera que por el hecho de que los bienes ajenos pueden constituir el objeto de una prestación contractual y, precisamente, el objeto de la prestación del vendedor en el contrato de compraventa, el comprador asumiría una especie de riesgo al comprar dicho bien, riesgo que consistiría en que el bien comprado pudiera ser propio o ajeno.

Esto no es así.

Cuando una persona compra a otra un bien no presupone la existencia de ningún riesgo, vale decir, el riesgo de que dicho bien sea propio o ajeno del vendedor. Dicho comprador compra en la seguridad de que el bien es propio de quien se lo vende, salvo que ambas partes hubiesen pactado, con pleno conocimiento de que el bien no pertenecía al vendedor, un contrato de compraventa de bien ajeno.

A pesar de no existir ninguna norma legal que ampare nuestra anterior afirmación, tenemos a los artículos relativos a las obligaciones de saneamiento, y en especial, las normas del saneamiento por evicción, las que están destinadas a buscar una reparación en favor del contratante que viese perjudicado su derecho por existir con anterioridad a la celebración del contrato, un mejor derecho por parte de un tercero, ajeno a la relación contractual, y una sentencia judicial o administrativa firme que así lo respalde.

Siendo el contrato de compraventa uno de los actos comprendidos dentro del probable saneamiento por evicción, las normas de este último resultan una garantía en favor del comprador que compra lo ajeno sin saberlo, a la vez que una sanción (fundada en la respectiva indemnización) contra quien vendió lo ajeno, de modo tal que cuando se señala que “el vendedor puede revelar u ocultar al comprador que el bien es ajeno”, este ocultamiento no es gratuito, pacífico y sin efectos, ya que dicho vendedor será pasible de sufrir cuatro tipos de consecuencias:

- (a) La indemnización establecida por los artículos relativos a la venta de bien ajeno (en especial el 1541); o
- (b) La indemnización establecida por las normas relativas al saneamiento por evicción (artículo 1491 a 1502); y
- (c) La pena privativa de la libertad con la que el Código Penal sanciona al delito de estelionato (artículo 197, inciso 4); y
- (d) La respectiva reparación civil generada por efectos de la sentencia penal condenatoria.

Sencillamente, estas cuatro son las consecuencias a las que se somete quien venda lo ajeno ocultando esta condición.

En lo referente a la acción de rescisión prevista en el Código Civil (artículos 1539 y 1540) para el comprador de lo ajeno que descubre tal condición del bien con posterioridad a la celebración del contrato, no podemos dejar de señalar en esta parte de nuestro trabajo el fundamento de la misma dado por el Doctor De la Puente¹¹⁰ y referido a dicho supuesto riesgo del que nos acabamos de ocupar.

110. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo III, Página 444.

“La razón de que la acción concedida al comprador sea la de rescisión radica en que la certidumbre sobre el riesgo existía desde el momento de la celebración del contrato y la certeza de que el bien es ajeno no hace sino materializar un riesgo que se encontraba en potencia en dicho momento. El bien ya era propio cuando se celebró el contrato”.

3. POSICIONES DE LA DOCTRINA Y LA LEGISLACIÓN.

3.1. Contrato nulo.

Respecto del contrato de venta de bien ajeno hemos realizado un estudio de los antecedentes del mismo en el antiguo Derecho Romano, el Derecho Español de los Siglos VII a XIX, y el Derecho Francés, específicamente, a través del Código Civil (1804), fuentes que influyeron en el proceso codificador peruano.

Para abordar el tema en el antiguo Derecho Romano, hemos recurrido a determinadas fuentes bastante significativas y representativas del mismo. Concretamente, lo hemos hecho respecto de las Instituciones y el Digesto del Emperador Justiniano, y las Instituciones de Gayo.¹¹¹

111. Antes de comenzar el tratamiento del tema mencionado en el título precedente, debemos hacer una aclaración; si bien trataremos acerca del contrato de venta de bien ajeno en el Derecho Romano, lo haremos circunscribiendo el estudio del tema a determinadas fuentes legislativas. Concretamente, nos referiremos a las Instituciones y al Digesto, recopilaciones legislativas elaboradas por órdenes del Emperador Justiniano, y a las Instituciones de Gayo.

René Foignet (FOIGNET, René. Op. cit., Tomo I, Página 408) establece las dos características fundamentales del contrato de compraventa en el Derecho Romano:

1. “En Derecho Romano el vendedor no se obligaba a transferir la propiedad al comprador, sino a transferirle todos los derechos que podía tener sobre la cosa vendida...”
2. En Derecho Romano, cuando el vendedor era propietario de la cosa vendida, la venta no operaba, por ella misma, transferencia de propiedad al comprador. La propiedad no era adquirida por el comprador sino por el empleo de uno de los modos de transferencia de propiedad: **Mancipatio**, **Cessio in Iure** o tradición. Vender y enajenar eran por tanto, dos términos diferentes”.

En principio, los bienes que pueden ser vendidos en el Derecho Romano son aquellos que se encuentran dentro del comercio de los hombres, mas no así los bienes que están fuera de él. Es dentro de este marco que analizaremos los supuestos de compraventa de bienes ajenos, tema que como veremos más adelante, ha servido de valiosa fuente de estudio doctrinario posterior.

En D. 18.1.27, Paulo, comentando a Sabino, señala que el que compra de cualquiera una cosa que cree que es de aquel mismo, compra de buena fe. Esta es la regla general.

En D.18.1.28, Ulpiano, en sus Comentarios a Sabino, señala que no hay duda alguna de que cualquiera puede vender una cosa ajena, porque hay compra y venta; pero puede quitarse la cosa al comprador. Como vemos, en este párrafo, se recoge el principio de la validez del contrato de compraventa de cosa ajena; haciéndose la salvedad de que puede quitarse la cosa al comprador.

En el Derecho Romano regía el principio por el cual ninguno puede transferir más derechos de los que tiene.

Respecto de la compraventa de bienes ajenos, nadie podía transferir la propiedad de un bien ajeno, mas sí obligarse a ello.

Ulpiano, en sus Comentarios a Sabino, Libro 29 (D.41.1.20) señala que la entrega no debe, ni puede transferir al que recibe nada más que lo que hay en poder del que entrega; señala como ejemplo que si uno tuvo el dominio de un fundo, lo transfiere al entregarlo; y si no lo tuvo, no transfiere nada al que lo recibe.

En el Derecho Romano se admitía la validez de la venta de bienes ajenos, ya que se consideraba que el vendedor contrataba, no obligándose a transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida, sino para entregarle su pacífica posesión (AUBRY, C. y RAU, C. Op. cit., Tomo IV, Página 354). Esto es ratificado por Foignet (FOIGNET, René. Op. cit., Tomo I, Página 419), cuando señala que en Roma la venta no era considerada como una "enajenación", agregando que el vendedor podía contratar válidamente de este modo en cuanto a una cosa de la cual él no era actualmente propietario, ya que para ejecutarla, él no tendría sino que procurarse el objeto y transferirlo en seguida al comprador. Como señala Guillouard (GUILLOUARD, L. *Traité de la Vente et de L'échange*. Paris, A. Pedone, Editeur, 1902, Tomo I, Página 198), en el Derecho Romano "el vendedor no estaba obligado por ningún motivo a transferir la propiedad del objeto vendido: él debía solamente entregar al adquirente la pacífica posesión **Vacuam Posseslonem, Tradere**".

Baudry-Lacantinerie (BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. Op. cit., Tomo III, Páginas 318 y 319), al citar un ejemplo de venta de una cosa ajena, anota que "ningún obstáculo se opondría a que la convención sea válida, pues la ejecución de una obligación semejante es posible a la continuación de los arreglos tomados con el propietario (por el vendedor, naturalmente)".

La validez de la venta de cosa ajena estaba recogida en el principio Romano "**REM ALIENAM DISTRERE QUEM POSSE NULA DUBITATIO EST**", lo que es ratificado por Pothier cuando afirma que se podía vender válidamente la cosa propia, e incluso la ajena, sin el consentimiento de aquel que es el propietario de la misma (GUILLOUARD, L. Op. cit. Tomo I, Página 198).

Todo esto, naturalmente, estaba regido bajo el principio de que nadie puede dar más derechos de los que tiene, por lo que, el vendedor, para poder proporcionar al adquirente la pacífica posesión del bien ajeno, debía previamente, convertirse en propietario del mismo, para, por medio del empleo de uno de los medios de la transferencia de propiedad del Derecho Romano, poder transferir la misma al comprador, como ya vimos cuando citamos a Foignet. De no contar con el asentimiento del verdadero propietario, todo se resolvería en el pago de daños y perjuicios. Esto es ratificado por Laurent (LAURENT, François. Op. cit., Tomo III, Página 105).

Guillouard (GUILLOUARD, L. Op. cit. Tomo I, Página 199) agrega que una razón fundamental para explicar por qué en el Derecho Romano era válida la venta de la cosa ajena:

"Nosotros podemos vender todo aquello que está dentro del comercio, sea que nosotros lo poseamos ya, sea que, el objeto no estando todavía dentro de nuestro patrimonio, nosotros podríamos adquirirlo en el futuro: ésta es la decisión formal de una ley romana, la ley 34.1, De contrahenda emptione: **"OMNIUM RERUM, QUAS QUIS HABERE, VEL POSSIDERE, VEL PERSEQUI POTEST, VENDITIO RECTE FIT"**.

¿Cuál es desde este punto de vista, el verdadero carácter jurídico de la cosa ajena? Este es un objeto que está en el comercio, que el vendedor no tiene aún en su patrimonio, pero que él puede comprar, **REM QUAM QUIS HABERE POTEST**: este objeto puede por tanto, ser vendido como cualquier otro". La línea de pensamiento antes citada es compartida por Troplong (TROPLONG, C. Op. cit., Tomo I, Página 305); Mourlon (MOURLON, Frédéric. *Répétitions Écrites Sus le Code Civil*, Paris, 1878, Tomo III, Página 236); Duranton (DURANTON. Op. cit., Tomo I, Página 69); Demante y Colmet de Santerre (DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. *Cours Analytique de Code Civil*, Paris, 1887, Tomo VII, Página 52) y Rogron (ROGRON, J.A. *Code Civil Expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence*. E. Plon et Cie., Imprimeurs - Éditeurs, rue Garancière, 10, Paris, 1877, Tomo II, Página 2080).

En abono de ratificar la tesis en el sentido de que el Derecho Romano permitía la venta de la cosa ajena, es que señalaremos en adelante diversos casos en los que se hace referencia sobre el particular, contenidos en el Digesto.

En el Libro Cuadragésimo Primero del Digesto, Título II, relativo a la adquisición o pérdida de la posesión encontramos las siguientes notas:

- A. Marcelo señala que si uno, de buena fe compró un fundo ajeno, lo tomó a su dueño por arrendamiento, es evidente que habrá dejado de poseerlo (D.41.2.19).
- B. Marciano (D.41.2.43) señala que alguno hubiere comprado un fundo, del cual sabía que una pequeña parte era ajena, si sabía que era ajena estando dividida, puede adquirir con la larga posesión las otras partes; y si estaba indivisa, aunque ignore cuál sea la parte propia y cuál la parte ajena, podía él adquirir igualmente, porque sin perjuicio de nadie pasa al comprador mediante la larga posesión la parte que se considera es del vendedor.

En el Digesto 41.2.43.1 se señala que si se supiera o juzgase que el derecho de usufructo era ajeno, se puede éste adquirir con buena fe por la posesión de largo tiempo.

En el Título III, relativo a las usurpaciones y usucapiones, del ya mencionado Libro Cuadragésimo Primero del Digesto, encontramos las siguientes notas:

Paulo señala (D.41.3.4.18) que si antes que pariese, el comprador hubiese sabido que era ajena, (parece referirse a un animal o a una esclava), hemos dicho que él no puede usucapir; pero que si lo hubiere sabido, podía, pero si cuando ya hubiese usucapido hubiere sabido que era ajena, debemos mirar al comienzo de la usucapición como se determinó respecto a las cosas compradas.

Según Ulpiano, en sus comentarios al Edicto; Libro XVI (D.41.3.10), si una cosa ajena hubiera sido comprada de buena fe, para que corra la usucapición se exige que tenga buena fe, según la opinión de Sabino y de Cassio (y no al momento del comienzo de la compra).

Respecto de los casos de compraventa de bien ajeno por el heredero aparente, Gayo (D.41.3.36) señala que puede acaecer de muchos modos que alguien engañado por algún error, venda acaso o done como suya una cosa ajena, y que por esto pueda ser usucapida la cosa de buena fe, por ejemplo, si el heredero hubiere enajenado, creyendo que era de la herencia, una cosa dada en comodato o en arrendamiento.

Señala asimismo, (D.41.3.36.1) que si alguien engañado por alguna apreciación hubiere creído que le pertenecía una herencia, que no le perteneciera, y hubiere enajenado una cosa de la misma, o si aquel a quien le pertenece el usufructo de una esclava hubiere enajenado el parto de ésta, creyendo que era suyo, porque también la cría de los ganados le pertenece al usufructuario.

Respecto de la usucapición del heredero de quien compró de buena fe una cosa ajena, Pápiniano (D.41.3.43) señala que el heredero que de buena fe compró una cosa no la usucapirá sabiendo que era ajena, si a él mismo se le hubiera entregado la posesión, pero la continuación no será impedida por el heredero.

Respecto a la ratificación del propietario en la venta de un bien ajeno, Papiniano señala en el D.41.3.44.1, que es sabido, que si se vendiese una cosa sabiendo el comprador que era ajena, pero el vendedor se la entregara al tiempo de la entrega, y la cosa se hace del comprador.

Respecto a la compra de cosa ajena por parte de un hijo de familia, que ignoraba haber sido hecho padre de familia, Papiniano (D.41.3.44.4) señala que un hijo de familia, comprador de una cosa ajena, ignorando que él había sido hecho padre de familia, comenzó a poseer la cosa que se le había entregado, usucapirá habiendo habido buena fe al principio de la posesión aunque éste por error creyese que él era tal que no podía poseer ni cosa adquirida por causa del peculio.

Papiniano señala además que lo mismo ha de decir también si por no leve presunción creyere que la cosa comprada fue a su poder por virtud de la herencia del padre.

Paulo en el Digesto 41.3.48, señala que si creyendo una persona que debiendo una cosa a otra, se la entregara, se seguirá la usucapición solamente si también esa otra persona creyera que se la debía. Otra cosa será si creyera la primera persona que estaba obligada por causa de venta, y por esto hiciera la entrega; porque en este caso si no precediera la venta, no tiene lugar la usucapición a título de comprador.

Señala que la causa de la diversidad consiste en que tratándose de las demás causas se atiende al tiempo del pago; y no importa que cuando una persona estipula, sepa o no, que la cosa es ajena; porque basta que esa persona crea que es suya cuando se le paga; pero en la compra se atiende así al tiempo del contrato, como a aquel en que se paga y el que no compra no puede usucapir como comprador ni a título de pago, como en los demás contratos.

Paulo (D.41.4.2.) señala que posee como comprador el que verdaderamente compró; y no basta solamente que él esté en tal creencia, que juzgue que posee como comprador, sino que debe subsistir la causa de la compra. Pero si creyendo una persona que le debía una cosa a la otra, se la entregara y esta última la ignoraba, la usucapirá.

Paulo sostiene, seguidamente, que si una persona creyese que la vendió a otra y se la entregara, esta última persona la usucapirá, porque en los demás contratos basta que se atiende al tiempo de la entrega; y así pues, si a sabiendas estipulara una persona sobre la cosa de otro (se entiende que como comprador), la usucapirá, si cuando se le entrega creyese esa persona que era de un tercero; pero en la compra se atiende también al tiempo en que se contrata; así, pues, debe haber comprado de buena fe y haber alcanzado de buena fe la posesión.

Paulo (D.41.4.2.1) señala que la causa de la posesión es distinta que la de usucapición; porque se dice con verdad que uno compró, pero con mala fe a la manera que posee como comprador el que a sabiendas compró una cosa ajena aunque no la usucapía.

Si el esclavo de una persona compró a nombre del peculio una cosa que sabe que es ajena, aunque esa persona ignore que es ajena, no la usucapirá (D.41.4.2.10).

Si una persona comprase a sabiendas una cosa ajena que otro usucapía, no la usucapirá (Paulo, D.41.4.2.17).

Paulo establece además que si el difunto hubiere comprado de buena fe una cosa, esta será usucapida aunque el heredero sepa que era ajena (D.41.42.19). Por último Paulo señala que si uno hubiera

En el Título Décimo Octavo del Digesto, encontramos menciones específicas respecto a la validez para el Derecho Romano del contrato de compraventa de bien ajeno. Intentando seguir los comentarios de los tratadistas franceses Foignet, Guillaouard y Baudry-Lacantinerie, podemos explicar cuáles eran las razones de esta validez. Ella, fundamentalmente, se basaba en que:

- (a) En Roma el contrato de compraventa era meramente obligacional, no siendo por sí mismo traslativo de propiedad;
- (b) A lo que se obligaba el vendedor no era, en estricto, a transferir la propiedad del bien vendido, sino a garantizar en adelante, al comprador, la tranquila posesión del mismo;
- (c) Se suponía que cuando las partes celebraban un contrato de estas características, lo hacían en el entendido supuesto de que el vendedor tomara los arreglos necesarios con el propietario de la cosa, para poder, después de adquirir la misma, efectuar su transferencia al comprador.

comprado una cosa ajena, y si al usucapirla esta persona, su dueño le pidiera la misma cosa, no se interrumpen la usucapición de la primera con la contestación de la demanda (D.41.4.2.21).

Según Javoleno (D.41.4.4) el comprador de un fundo que no había ignorado que era parcialmente ajeno, no usucapirá nada del fundo con la posesión larga; si ignoraba cuál era la parte ajena; pero si sabía cuál era ésta, con la posesión larga podría usucapir las demás partes.

El jurista antes mencionado, continúa señalando que si el que compraba todo un fundo sabe que una parte indivisa era ajena, tendrá el mismo derecho; pues solamente ésta no la usucapirá; y no se impedirá la usucapición de las otras partes por la larga posesión.

Según Juliano, el que de buena fe compró un fundo ajeno y perdió su posesión, y después la hubiese recuperado a tiempo de que sabe que la cosa era ajena, no la usucapirá por el largo tiempo, porque no carecerá de vicio al comienzo de la segunda posesión.

Señala que no es semejante al que al tiempo de la compra cree que el fundo es del vendedor, pero cuando se le entrega sabe que es ajeno, no tiene lugar la usucapición, aunque antes que lo vendiese, hubiere estado en situación de usucapirlo. Establece que el mismo derecho hay respecto al que echando de un fundo hubiere recuperado por interdicto la posesión, sabiendo ya que era ajeno (D.41.4.7.4).

Por último agrega que cuando uno a sabiendas vendió un fundo ajeno al que lo ignora, no se interrumpe la larga posesión (D.41.4.7.6).

Scévola (D.41.4.13) señala que cuando uno compró de buena fe un solar ajeno, y comenzó a edificar antes de haber completado la posesión de largo tiempo, habiéndole hecho la denuncia el dueño del solar, continuó dentro del término de la posesión de largo tiempo, no se habrá interrumpido la posesión comenzada.

Finalmente, debemos señalar que en las Instituciones de Gayo, numerales 62, 63 y 64, encontramos dentro del Comentario Segundo, relativo al Derecho de las Cosas, una referencia acerca de la enajenación de cosas por quien no es su dueño. El mencionado jurista señala lo siguiente:

“Sucede, a veces, que el que es dueño no tiene la potestad de enajenar una cosa, y el que no es dueño puede enajenarla. Así, en virtud de la ley Julia, el marido tiene prohibido enajenar el fundo dotal sin consentimiento de su mujer, aunque suyo por haberlo recibido a causa de dote mediante una mancipatio, o por cesión ante el magistrado, o por haberlo usucapido. Pero se duda si este derecho se aplica sólo a los funcionarios itálicos o también a los provinciales. Por el contrario, el agnado curador de un loco puede enajenar una cosa de éste, en virtud de lo dispuesto en la Ley de las XII Tablas; del mismo modo, el procurador (...) también el acreedor puede enajenar la prenda en virtud de pacto, aunque la cosa no sea suya. Pero esto quizá se hace así porque se considera que la prenda es enajenada con la voluntad del deudor, el cual pactó que al acreedor le fuera permitido vender la prenda sino fuera pagada la deuda”.

- (d) El contrato de compraventa tenía el carácter de **res inter alios** acta, es decir, que sólo surtía efecto entre las partes y no en relación al tercero, propietario del bien.

Otro de los Derechos que influyó decisivamente en el Peruano, fue el Derecho Español. Respecto de este último, hemos hecho un estudio acerca de la compraventa de bien ajeno en las más importantes recopilaciones legislativas de la España de los siglos VII a XIX.¹¹²

112. Como sabemos, el Derecho Español de la Edad Media, estuvo marcado por los Fueros, que eran diversas recopilaciones de leyes, que, siendo en su mayor parte de carácter municipal, solían constituir regímenes que implicaban ciertas situaciones de excepción.

Sin duda, el concepto de Fuero, evolucionó con el correr de los siglos, transformándose, de recopilaciones de privilegios, en conjuntos de normas que designaban el derecho territorial de extensas regiones (siglos XII y XIII).

El Fuero Juzgo es una compilación española de la Edad Media que recopiló Leyes Visigodas y Romanas. Tuvo vigencia a partir del siglo VII, y prácticamente durante toda la Edad Media, pudiéndose decir de ella, que fue la más conocida e importante de las recopilaciones de Leyes de carácter municipal que tuvo España en dicho período de su Historia.

En el Fuero Juzgo hallamos algunas menciones acerca de las cosas que pueden constituir objeto del contrato de compraventa. Así, encontramos alusiones concretas a los contratos de compraventa de bienes ajenos; de cosas litigiosas; de hombres libres; y de hijos por parte de sus padres.

Respecto del primero de los casos mencionados, en el Libro Quinto del Fuero Juzgo, relativo a los Convenios y las Compras, numeral VIII, se establece que si algún hombre libre toma o compra una cosa ajena, sabiendo que tiene tal carácter, si el señor de la cosa lo pudiese demostrar ante aquel que la hubiese tomado, éste deberá pagar el señor de la cosa tres duplos. Si quien la tomó o compró fuese un hombre franqueado (liberado), deberá pagar el duplo; y si fuese siervo, y la tomara sin la voluntad del señor; deberá pagar la cosa y recibir azotes.

Más adelante, en el numeral IX se establece que si alguno vende o da cosas ajenas, el comprador no debe sufrir ningún perjuicio; pero aquel que la vende o da, deberá pagar el duplo de lo que recibió por parte del comprador, al señor o dueño de la cosa, además de devolver el precio recibido al comprador. Esta disposición también era aplicable para el caso en que se vendieran siervos.

También existe una alusión al contrato de compraventa de bienes ajenos, en el numeral XIV, relativo a las ventas de los siervos, cuando se señala que las cosas que son ajenas no las puede vender ninguno sin la voluntad de su señor; y por lo tanto, la ley antigua que mandaba deshacer las ventas de los siervos ajenos no era sin daño de sus señores, consideran mejor modificar esta ley "que seguir incurriendo en el error de quienes la redactaron".

En tal sentido, se establece que si algún hombre, sabiendo que un siervo o una sierva son ajenos, recibiera de ellas casa, vino, servicios, etc., tal hecho no vale, ni aquel que se obligó a pagar, estará en la obligación de hacerlo. Se considera que es conforme a derecho, pierda aquello que dio quien pagó, porque quiso ganar lo ajeno por codicia.

Se señala además, que si el siervo o la sierva vendiere algún animal, algunos ornamentos, u otras cosas que hubiesen sido dadas por su señor o por cualquier otro hombre para vender, esta venta debe valer, aunque el señor del siervo o de la sierva quisiera deshacer la venta, y decir que la cosa es suya y no del siervo; no se debe deshacer la venta, a menos que el señor pruebe, o por buenos testimonios o por su juramento, que aquello no era del siervo y que éste lo vendió sin voluntad de aquél.

En la Ley de las Siete Partidas, era válida la venta de la cosa ajena. En la Ley XIX se establece que si un hombre vende a otro una cosa ajena, esta venta es válida, constituyendo la regla general.

Se considera, en esta línea de pensamiento, que quien compra, o sabe que aquella cosa no es de aquel que se la vende, cree que es suya. Pero si sabe el comprador que la cosa es ajena, y le causase después perjuicio a quien es el propietario de la misma, el comprador no estará obligado, en este caso, a retornar el precio al comprador.

Distinto sería el caso si cuando el vendedor se la vendió, se obligó a devolverle el precio pactado, si el verdadero propietario de la cosa la demandase posteriormente y la recobrase.

Si el comprador no supiese que la cosa era ajena cuando la compró, en este caso el vendedor no estaría obligado tan sólo a devolver al comprador el precio, sino que además estará obligado a pagarle todos los daños y perjuicios que hubiese sufrido en razón de aquella venta que él hizo.

En la Ley XXXIII, se contempla el caso en el cual el propietario de una cosa que ha sido vendida por otro, puede demandar al comprador que la tuviese; pero si el comprador llamase a aquel que se la vendió para que venga a defenderlo en juicio, de aquella cosa que el vendió, y a responder sobre ella al demandante, si el vendedor quiere entrar con el demandado en juicio para ampararla, obligándose a hacer derecho sobre ella, tal como si él la tuviese, entonces el demandante no tendrá razón de demandar al comprador, sino más bien deberá demandarla a aquel que se la vendió, y no perturbar al que la compró.

Pero, si el vendedor no quiere entrar en juicio con el demandante sobre la cosa, entonces podrá demandarla al comprador, quedando a salvo el derecho del comprador para demandar al vendedor para que le restituya el valor de la cosa que él vendió (los términos utilizados en la Ley XXXIII son "faga sana", cuyo significado más apropiado consideramos ser el antes mencionado).

Si el rey vende o da a otro una cosa ajena como si fuera propia, pasa el señorío de la misma al comprador; pero de quien la hubiese tomado, puede pedir durante el plazo de cuatro años que él le dé el valor estimado de aquella cosa, y el rey deberá pagársela si hasta cuatro años no pidiese la estimación, ya que en adelante no podría hacerlo.

De otro lado, si el Rey tuviese una cosa en común con otros, la puede vender toda en razón de aquella parte que tiene en ella, y pasa el señorío de aquella cosa, pero a pesar de todo esto, debe dar el valor estimado a cada uno de los otros copropietarios en razón de las partes que tenían en aquella cosa.

En la Ley LVI se establece que si un hombre vendiese a otro una cosa ajena en nombre de aquel que tuviese el señorío de la misma, si el propietario ratifica la venta después de hecha, ésta vale y pasa el señorío de la cosa a aquél que la compró, a pesar de que al comienzo éste no hiciese la venta con otorgamiento del consentimiento, ni conocimiento de aquél de quien era la cosa.

Caso distinto es aquel en el cual el vendedor no la vendiese en nombre del señor de la cosa, sino en el suyo mismo. En este supuesto, si aquel que la compró sabía que era ajena y creía que era de aquel que se la vendió, entonces podrá ganar su señorío por tiempo, y el vendedor de todos modos estará obligado a devolver el precio a quien era propietario de la cosa.

Un supuesto distinto es si un hombre vende alguna cosa ajena como si fuera propia, si después de hecha la venta se pierde la cosa o se muere, (es obvio que se está refiriendo a los seres vivos) puede, si así lo quiere el señor de la cosa, considerar la venta como firme y demandar el precio de la misma al vendedor, sea que haya sido hecha la venta en nombre del señor o no.

Como hemos visto, en el Fuero Juzgo, Libro V, numerales VIII y IX, se contempla lo relativo a la compraventa de cosas ajenas. No se sanciona expresamente su validez o prohibición, sino más bien se alude a las consecuencias que puede tener un pacto de tal naturaleza y al resarcimiento que deberán pagar y penas que deberán sufrir quienes efectúen, de manera consciente, pactos de esta naturaleza. Sin embargo, parece estar claro que el Fuero Juzgo no favorecía este tipo de convenios.

El Fuero Juzgo también menciona las distintas consecuencias que tendrán lugar en el caso de que quien compre o venda el bien ajeno sea un hombre libre, uno franqueado o un siervo.

Cabe precisar que el Fuero Juzgo no varió el criterio Romano por el cual se consideraba válida la compraventa de la cosa ajena. También es importante señalar que en la regulación del particular se incluyen ya algunos supuestos muy propios de la Edad Media, lo que se manifiesta en una regulación distinta para determinados supuestos, en razón de quiénes contraten.

Debemos señalar, que respecto de la compraventa de cosas ajenas, el Digesto es mucho más rico que el Fuero Juzgo, ya que aquél contempla supuestos mucho más específicos que éste.

Podemos señalar además, que hemos tratado de encontrar normas relativas al contrato de compraventa de bien ajeno en otros Fueros españoles.

Concretamente, hemos consultado el Fuero Real, o Fuero de las Leyes, mandado componer, en el año de 1255, por el Rey Alfonso X, el Sabio con el propósito de unificar la legislación municipal española. Esta recopilación, puede ser considerada, hasta cierto punto, dentro del Derecho Español, como la excepción respecto del contrato de compraventa de bien ajeno, ya que se pronunciaba en contra de la misma, cuando en la Ley VI, Título X, Libro III, señalaba que "Ningún ome venda cosa, ni tierra, ni otra cosa, sin mandato o voluntad de su señor, e si alguno lo ficiere, no vala".

De otro lado, tenemos al Fuero Viejo de Castilla, cuyo texto, arreglado a la última recopilación de los Fueros Castellanos que hizo el Rey Don Pedro en el año de 1356, consultamos. Este Fuero, según Ignacio Jordán de Asso y del Río y Miguel de Manuel y Rodríguez (El Fuero Viejo de Castilla. Recopilación de Ignacio Jordán de Asso y del Río y Miguel de Manuel y Rodríguez. Página I del Discurso Preliminar), se constituye en "el Código Legal más respetable de la España". Este Fuero, no

En tal sentido, en el Libro Quinto del Fuero Juzgo, relativo a los convenios y las compras, encontramos, en los numerales VIII y siguientes, la regulación relativa al contrato bajo comentario. En principio, éste se consideraba válido, pero la regulación contemplaba determinadas sanciones para quienes contrataban de esta forma en perjuicio del comprador o del verdadero propietario del bien.

Vale decir, que el Fuero Juzgo no varió el criterio romano antes expuesto.

Sin embargo, la mencionada tendencia no rigió permanentemente en España. Una excepción (la única que hemos podido hallar) la encontramos en el Fuero Real, el cual, en la Ley VI, Título X, Libro III, establecía el criterio contrario.

contiene ninguna norma relativa al contrato de compraventa de bien ajeno, cuando trata acerca del mencionado contrato en el Libro IV, Título I, De las Ventidas é de las Compras.

Algo similar ocurre con el Ordenamiento de Leyes de Alcalá, el cual, a decir de los compiladores citados en el párrafo anterior (Ordenamiento de Leyes. Recopilación de Ignacio Jordán de Asso y del Río Miguel de Manuel y Rodríguez. Página I del Discurso Preliminar), es "el momento más precioso de la Legislación Española que nos ha quedado de Don Alfonso XI", Ordenamiento que no contiene norma alguna respecto de la compraventa de bien ajeno, en el título XVII, De las Ventidas é de las Compras. Es en la Ley de las Siete Partidas que encontramos una regulación más clara y consistente acerca de los bienes susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa en el Derecho Español. En lo que concierne al contrato de compraventa de bien ajeno, la Ley XIX del mencionado Título V de la Quinta Partida establece su validez, como regla general; pero sin embargo, lo regula de modo minucioso y bastante casuístico, tal como observamos con la lectura de las Leyes XXXIII y LIV, anteriormente comentadas. Pero lo que debemos resaltar, es que aquí prevaleció la tradición romana. Para algunos comentaristas españoles del siglo XIX, como es el caso de Modesto Falcón (FALCÓN, Modesto. *Exposición Doctrinal del Derecho Civil Español Común y Foral*. Imprenta Cervantes, Barcelona, 1893, Tomo IV, Página 197), para celebrar el contrato de compraventa, no bastaba tener la aptitud general para obligarse, sino además, tener el dominio de los bienes que han de ser objeto de la compraventa; porque este contrato es un título legal de adquisición de dominio para el comprador. Según esta regla, no puede vender el que no tiene dominio. Es por ello que el mencionado tratadista considera que la venta de cosa ajena es nula, "porque nadie puede transmitir un dominio que no le pertenece".

Otros, como Clemente Fernández Elías (FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente. *Novísimo Tratado Histórico – Filosófico del Derecho Civil Español*. Librería de Leocadio López-Editor, Madrid, 1880, Tomo IV, Página 254) optan porque podrán comprar y vender todos aquellos que tengan la capacidad legal para hacerlo, y no tengan un impedimento expreso; vale decir, que no se requeriría ser propietario del bien vendido al momento de la celebración del contrato.

Una de las opiniones más claras y concisas en favor de la validez de la venta de bienes ajenos en el Derecho Español, y amparándose en la Ley de las Partidas, es la del tratadista José María Álvarez (ÁLVAREZ, José María. *Derecho Real de España*. Tomo II, Página 68), cuando sostiene, al hablar del objeto del contrato de compraventa que "... aún las cosas ajenas, por razón de estar en el comercio, pueden ser vendidas (...) No se puede decir por esto que semejante venta pueda perjudicar al verdadero señor de la cosa, a quien queda su derecho a salvo para vindicar su cosa en donde quiera que la encuentre, sino porque de este contrato nace acción y obligación entre el comprador y vendedor".

Sin embargo, y a pesar de la regla general de la Ley XIX del Título V de la Quinta Partida, en el sentido que es válida la venta de la cosa ajena, existe alguna jurisprudencia que intenta delimitar lo más posible a esta institución, como es el caso de la Sentencia de fecha 21 de Mayo de 1865 (Citada por SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Op. cit.*, Tomo IV, Página 621); la que restringía esta figura a los efectos señalados en la citada Ley de las Partidas. Como veremos a continuación, el criterio adverso a esta modalidad del contrato de compraventa, generado en Francia, se fue extendiendo, llegando a variar esporádicamente el criterio Romano.

Con posterioridad, el Derecho Español retorna al principio romano, tal y como lo comprobamos al revisar la Ley de las Siete Partidas. Esta compilación, recogía, en el Título V, de la Ley XIX, de la Quinta Partida, y como regla general, el principio por el cual era válida la venta de la cosa ajena.

La tercera y última gran influencia del Derecho Peruano en lo que respecta a la venta de bien ajeno, la encontramos en el Código Civil Francés.

A raíz de la promulgación del mencionado Código Civil, el más importante del proceso codificador mundial de los siglos XIX y XX, se suscitó una interesante discusión sobre el particular. Este Código contiene una norma, el artículo 1599, que señala que la venta de bien ajeno es nula, pudiendo dar lugar al abono de daños y perjuicios cuando el comprador haya ignorado que la cosa fuere de otro. Dicho artículo, contravenía el principio romano que se pronunciaba por la validez de un contrato de estas características, criterio que imperaba en el Derecho Francés antes de la promulgación del Code.¹¹³

En este punto de nuestro análisis, conviene subrayar el argumento sostenido por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle,¹¹⁴ quien señala que este sencillo sistema de compraventa obligacional romano, tan fácil de comprender por los concedores romanos del Derecho, se vio progresivamente perturbado por la difusión de las ideas de Grocio y Puffendorf sobre la necesidad de dar mayor relevancia al consentimiento contractual haciéndolo suficiente para la transmisión del dominio sin necesidad de otro requisito adicional. Estas ideas fueron acogidas por importantes juristas franceses, entre los que cabe citar a Loysel, Domat, Ricard y, aunque combatidas tesoneramente por Pothier, quien sostenía que el contrato de venta no transfería la propiedad sino obligaba al comprador con respecto al vendedor a hacerle adquirir libremente una cosa a título de propietario, se plasmaron en el sistema del Código Napoleón relativo a la transmisión de la propiedad por contrato. Consecuencia lógica de este sistema, que requería que el vendedor fuera propietario de la cosa materia de la venta, fue la declaración de la nulidad de la venta de cosa ajena contenida en el artículo 1599 de dicho Código.

3.1.1. Fundamento de la nulidad.

Han sido numerosos los argumentos de la doctrina francesa para sostener que el contrato de venta de bien ajeno era nulo.

En adelante, pasamos a explicar las diversas teorías:

113. Para apreciar un desarrollo a profundidad acerca de la historia y evolución de la venta de bien ajeno, remitimos al lector a nuestro trabajo Los Contratos Sobre Bienes Ajenos, Páginas 73 a 149.

114. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios Sobre el Contrato de Compraventa, Página 71.

3.1.1.1. Es un contrato contra toda razón y contra todo principio.

En la elaboración del Código Civil Francés, Portalis¹¹⁵, Vocero del Gobierno, sostenía que la venta del bien ajeno era un pacto “contra toda razón y contra todos los principios que las partes dispongan con conocimiento de causa, de una propiedad que pertenece a un tercero, a ignorancia del cual tratan.” Sostenía, además, que hay un vicio en la cosa.

3.1.1.2. Es un contrato ridículo.

Por su parte, Tronchet¹¹⁶ calificaba a la venta de bien ajeno como “ridícula”. Sostenía la equivocación en que habían incurrido los jurisconsultos romanos y Pothier, quien los siguió.

Agrega que se trata de un cambio de teoría, que si el objeto de la venta es el de transferir la propiedad del bien, la venta de la cosa ajena no sería válida.

3.1.1.3. Es un contrato de objeto jurídicamente imposible.

Faure¹¹⁷, el Informante del Tribunal, señalaba que “la transmisión de propiedad es el objeto de la venta; por tanto no se debe tener el derecho de vender una cosa que no nos pertenece, ya que allí no tenemos el derecho de transmitir su propiedad”.

Duvergier y Troplong sostienen que la nulidad se justifica en que en el “nuevo Código” se obliga al vendedor a transferir la propiedad del bien.

En este mismo sentido, Marcadé sostiene que se ha modificado completamente la naturaleza del contrato de compraventa, el que, de un contrato simplemente productivo de obligaciones, ha pasado a ser uno traslativo de propiedad. Y añade que esta transmisión de propiedad es inmediata.

En tal sentido, Durantón sostiene que el Código Civil Francés declara nula a la venta de la cosa ajena porque ella no confiere para nada al comprador la propiedad

115. PORTALIS. Citado por LAURENT, François. Op. cit., Tomo III, Páginas 105 a 107.

116. TRONCHET. Citado por LAURENT, François. Op. cit., Tomo III, Páginas 105 a 107.

117. FAURE. Citado por LAURENT, François. Op. cit., Tomo III, Páginas 105 a 107.

del objeto vendido, cuando la finalidad de la venta debe ser el transferírsela¹¹⁸

3.1.1.4. Es un acto contrario a la moral.

Grenier¹¹⁹, el Vocero del Tribunal, señalaba que “la legislación romana ha parecido contraria al verdadero principio de la venta, en el cual la única finalidad debe ser una transmisión de propiedad”, añadiendo que podría favorecer en algunos casos, propósitos inmorales; criterio compartido -según Guillouard- por Leligois y De Folleville.

Respecto de las opiniones transcritas, Guillouard y Laurent critican la posición de Grenier, señalando que “una legislación no puede atenerse a una declaración especulativa: no basta proclamar que un acto es inmoral, será necesario una vez más, impedir el mal resultado que este acto tiene por finalidad alcanzar, ¡y precisamente el artículo 1599 no impide nada!”.¹²⁰

Por su parte, Laurent,¹²¹ señala que Grenier “no dice que la regla, ella misma sea inmoral; en efecto, la moral está fuera de discusión. Esto es tan cierto que se puede todavía, hacer bajo el imperio del Código, un contrato, teniendo absolutamente los caracteres y los efectos de la venta de la cosa ajena, tal y como Pothier la comprendía; la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo sobre este punto, como nosotros lo diremos mas adelante. Por tanto, el contrato, por él mismo, no está viciado como contrario a las buenas costumbres; y no es exacto decir, como lo hace Portalis, que hay un vicio en la cosa”.

Critica a Grenier, pues cree que es contradictorio su razonamiento en cuanto a que la venta de la cosa ajena es “contraria a las consideraciones de una sana moral”, sosteniendo que quienes con mayor calidad moral que los jurisconsultos romanos, cuya moral era de un rigor excesivo, y que Pothier, el jurisconsulto francés cristiano por excelencia, y que éstos defendieron la validez de este contrato.

118. DURANTON. Op. cit., Tomo I, Páginas 69 a 70.

119. GRENIER. Citado por GUILLOUARD, L. Op. cit., Tomo I, Páginas 201 a 204.

120. GUILLOUARD, L. Op. cit., Tomo I, Página 202.

121. LAURENT, François. Op. cit., Tomo III, Páginas 109 a 111.

Guillouard¹²² critica la posición de Marcadé, señalando que su sistema “reposa sobre una confusión, entre las condiciones esenciales y las condiciones simplemente naturales de la venta: Nosotros reconocemos que ordinariamente, en la venta, la transmisión de la propiedad de la cosa vendida tendrá lugar inmediatamente, al momento del contrato, que es también el propósito del legislador, pero aquello que nosotros discutimos, es que él la haya hecho una regla esencial, a la cual las partes no podrían derogar”.

3.1.1.5. Se funda en una causa ilícita.

Laurent¹²³ ve la posibilidad de que la nulidad se funde en una causa ilícita, que el artículo 1133 define como “aquella que está prohibida por la ley y aquella que es contraria a las buenas costumbres y al orden público”, considerando necesario ver si la prohibición influye sobre el motivo jurídico que ha comprometido a las partes a contratar.

3.1.1.6. Es atentatoria contra el orden social.

Este es otro de los argumentos que se esgrimieron en abono de la nulidad de la venta de bien ajeno. Sin embargo, Guillouard¹²⁴ descarta la posibilidad de que la venta de bienes ajenos sea atentatoria al orden social porque “viola la propiedad”, ya que los derechos del verdadero propietario permanecen a salvo y este puede, de ser necesario, ejercitar la acción reivindicatoria para recuperar la posesión de su bien.

3.1.1.7. Se basa en un error sobre la persona del vendedor.

Inicialmente, Baudry-Lacantinerie en su Manual¹²⁵ y en las primeras ediciones de su Tratado sostenía que se trataba de un error sobre la persona del vendedor. Lo expresaba en los siguientes términos:

“Creemos que es un error del comprador, y el error consiste en nuestro concepto en que él ha tratado con un **'nom dominus'**, creyendo tratar con el **'verus dominus'**. Este es un error sobre la persona, es cierto;

122. GUILLOUARD, L. Op. cit., Tomo I, Página 203.

123. LAURENT, François. Op. cit., Tomo III, Páginas 109 a 111.

124. GUILLOUARD, L. Op. cit., Tomo I, Página 203.

125. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. Op. cit., Tomo III, Páginas 321 y 322.

pero él es substancial, y suficiente a este título para acarrear la nulidad del contrato (argumento del artículo 1110). Nosotros decimos que el error es substancial. En efecto, la persona del co-contratante tenía aquí una importancia capital para el comprador; no es con Pedro o con Pablo que él entendió tratar, sino con el propietario de la cosa, porque {él quería adquirir la propiedad y sólo el propietario podía transferírsela. Esta explicación nos parece preferible a aquélla que dan en general los partidarios de nuestra opinión, y a partir de la cual se debería considerar el error del comprador como basado en la substancia de la cosa (artículo 1110), es decir, sobre una cualidad substancial de esta cosa, consistente en que pertenecía a otro, distinto del vendedor”.

Esta opinión es respaldada por los Mazeaud:¹²⁶

“Por otra parte, el comprador ha considerado como esencial la cualidad de propietario en la persona del vendedor: le ha comprado a esa persona porque le atribuía la cualidad de propietario. Ahora bien, según los términos del artículo 1110, segundo párrafo, el error sobre una cualidad determinante de la persona del otro contratante lleva consigo también la nulidad del contrato”.¹²⁷

3.1.1.8. Se basa en un error sobre la pertenencia de la cosa vendida.

Los Mazeaud¹²⁸ señalan sobre este punto que en el caso de la venta de un bien ajeno, “el comprador ha considerado como una cualidad esencial de la cosa vendida su pertenencia al vendedor; aquél ha sido determinado a comprar porque creía que la cosa vendida presentaba la cualidad de ser de propiedad del vendedor. Ahora bien, al calificarla de ‘error... sobre la substancia misma de la cosa’, el artículo 1110, primer párrafo, del Código Civil, hace un vicio del consentimiento de todo error sobre una cualidad esencial, determinante de la cosa vendida”.

126. MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Parte III, Volumen III, Páginas 92 y 93.

127. En este sentido, ver también: JOSSERAND, Louis. Op. cit., Tomo II, Volumen II, Páginas 24 a 26.

128. MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Parte III, Volumen III, Páginas 92 a 93.

3.1.1.9. El principio romano “**nemo dat quod non habet**”.

Baudry-Lacantinerie¹²⁹ se retracta de la opinión vertida en su Manual de Derecho Civil y las primeras ediciones de su Tratado, cuando sostenía que el vicio consistía en un error sobre la substancia de la cosa vendida. Este cambio de parecer se basa en que la redacción del artículo 1599 no distingue -para declarar la nulidad- en si el comprador ignoraba o no que la cosa vendida no pertenecía al vendedor, y sólo establece diferencias en cuanto se refiere al abono de daños y perjuicios.

El sostiene que el verdadero fundamento de la nulidad consiste en la imposibilidad de transferir la propiedad del objeto vendido:

“(...) en el caso de venta de la cosa ajena: la imposibilidad de transferir al adquirente la propiedad de la cosa vendida es la consecuencia inmediata de que el vendedor no sea propietario de la misma; la imposibilidad de ejecutar el contrato existe desde el momento en el cual las partes han contratado; en este caso el legislador declara el contrato nulo, porque no ha habido un momento en el cual su ejecución haya sido posible...”.

Luego los autores citados agregan lo siguiente:

“(...) este vicio original implica una falta del vendedor que ha contraído obligaciones inejecutables; la nulidad que es la consecuencia, no existe sino en el interés del comprador. Esta es una nulidad relativa, en la cual los efectos son, por algunos matices cercanos, los mismos que en la teoría del error...”.

Sin embargo, cabe señalar que realmente en un contrato de venta de bien ajeno la prestación no es absolutamente inejecutable, ya que la imposibilidad de transferir la propiedad no es absoluta sino relativa, debido a que el vendedor podrá adquirir la propiedad del bien y luego transferirla. Sería absoluta en el caso de que bajo cualquier circunstancia, sin la menor posibilidad de pactar en contrario, la ejecución de la

129. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Traité de Droit Civil*. Librairie de la Societé du Recueil J-B Sirey et du Journal du Palais, Ancienne Maison La Rose et Foicel, Paris, 1908, Tomo XIX, Páginas 110 y 111.

obligación resulte imposible, siendo un ejemplo el haberse obligado a transferir la propiedad de un bien, que tiene el carácter de público, al momento de la celebración del contrato.

3.1.1.10. Se basa en un error sobre la causa.

Josserand¹³⁰ recoge esta teoría, y explica que "(...) el comprador ha creído que su obligación tenía una causa, puesto que pensaba ser propietario en virtud de la venta; al quedar fallidas sus previsiones, su obligación de pagar el precio está desprovista de causa y la operación debe, por consiguiente, caer; pero el error sobre la causa lleva consigo la inexistencia del contrato; ahora bien, la nulidad de la venta de la cosa ajena es comprendida, en doctrina y en jurisprudencia, como una nulidad relativa".

3.1.1.11. Se basa en un error sobre la substancia de la cosa vendida.

Este criterio se sustenta -básicamente- en el mismo razonamiento señalado para el punto (b), cuando se trató acerca del error sobre la pertenencia de la cosa vendida.¹³¹

3.1.2. Personas facultadas para plantear la acción de nulidad.

La doctrina y jurisprudencia francesas han dado diversas respuestas a este problema, en tanto se considere a la nulidad establecida por el artículo 1599 del Código Napoleón, como absoluta o relativa.

Hace bien Foignet¹³² al señalar que "La solución de este asunto se relaciona estrechamente con la solución de la pregunta precedente. Los autores que admiten que la nulidad del artículo 1599 es absoluta otorgan la acción de nulidad indiferentemente al vendedor y al comprador. Por el contrario, aquellos que consideran que esta es una acción de resolución, o bien que esta es una nulidad relativa rechazan al vendedor el derecho de intentarlo y lo reservan sólo al comprador. Es en este sentido que se pronuncia la jurisprudencia; ésta es la solución mas razonable".

130. JOSSERAND, Louis. Derecho Civil, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1952, Tomo II, Volumen II, Página 26.

131. Ver también a JOSSERAND, Louis. Op. cit., Tomo II, Volumen II, Página 26.

132. FOIGNET, René. Op. cit. Tomo I, Página 421.

En tal sentido, Laurent¹³³ agrega lo siguiente:

“Si se admite que la venta de la cosa ajena es inexistente o atacada de nulidad radical, es necesario otorgar la acción de nulidad a todos aquellos que tienen interés en plantearla. Para decir mejor, ni siquiera habría acción de nulidad, pues no se demanda la nulidad de la nada; el vendedor podría siempre prevalerse de la inexistencia del contrato si el comprador demandase ahí la ejecución, y él tendría 30 años para repetir el precio que él habría indebidamente pagado. Nosotros hemos rechazado el principio (# 1303), debemos, por tanto, rechazar la consecuencia que de él se ha deducido”.

3.1.3. Posiciones de la doctrina y de la legislación.

3.1.3.1. Sólo el comprador puede demandar la nulidad.

Un número muy importante de tratadistas, consideran que solamente es el comprador quien podría plantear la acción de nulidad.

Como señala Lauren¹³⁴, para saber quién puede demandar la nulidad, es necesario apreciar en interés de cuál de las partes es que la ley ha declarado la venta nula.

“Es cierto que la nulidad está establecida en interés del comprador; él ha comprado para devenir en propietario; si el vendedor le entrega la cosa ajena, la venta no tendría la finalidad que las partes previeron; este es el motivo de la nulidad, él interesa al comprador; su derecho de accionar no ha sido jamás contestado, al menos por la doctrina”.

Baudry-Lacantinerie¹³⁵ agrega, en tal sentido, lo siguiente:

“La nulidad no puede ser propuesta más que por el comprador, en interés del cual ella ha sido establecida. El tiene, por lo demás, derecho de prevalerse, sea por vía de excepción, sea por vía de acción, según los casos: por vía de excepción, si el vendedor lo ataca en pago del precio; por vía de acción, si habiendo ya

133. LAURENT, François. Op. cit., Tomo III, Página 116.

134. LAURENT, François. Op. cit., Tomo III, Páginas 116 y 117.

135. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. Op. cit., Tomo III, Página 322.

pagado su precio, quiere obtener la restitución, o si él quiere adelantarse para impedir que el vendedor no venga a demandar más tarde la ejecución del contrato. En todos los casos la nulidad debe ser demandada a la justicia, que es la única que tiene la cualidad para pronunciarla, pues ella no existe de pleno derecho".¹³⁶

3.1.3.1.1. Oportunidad en la que puede accionar el comprador.

Laurent¹³⁷ considera que el comprador puede accionar inmediatamente, inclusive antes de la ejecución del contrato, por el legítimo interés que tendrá para liberarse de las obligaciones contraídas.

Pero en este sentido debemos analizar dos supuestos muy frecuentes:

3.1.3.1.1.1. Si el contrato se ha ejecutado y el vendedor ha entregado al comprador el objeto vendido.

En tal sentido, Guillouard¹³⁸ señala lo siguiente:

"Hay una hipótesis en la cual esta consecuencia se halla casi unánimemente admitida: es cuando el contrato es ejecutado, y que el vendedor ha entregado al adquirente la cosa ajena que él le había vendido. Suponiendo incluso que la venta fuese radicalmente nula, el vendedor no tendría para estos efectos, calidad para retomar el objeto que él ha entregado: él no tiene, por ningún motivo, título jurídico para detenerlo, no más que el adquirente, y esto es al propietario sólo, si él lo quiere, a reivindicarlo contra este último."

136. En este sentido, ver también: MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Parte III, Volumen III, Página 95; PLANIOL, Marcel. Op. cit., Tomo II, Página 466; FOIGNET, René. Op. cit., Tomo I, Página 421; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo X, Páginas 43 y 44; GUILLOUARD. Op. cit., Tomo I, Páginas 211 y 212; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. Op. cit., Tomo XIX, Página 111; DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. Op. cit., Tomo VII, Página 58; DURANTON. Op. cit., Tomo I, Página 70; y TROPLONG, C. Op. cit., Tomo I, Página 316.

137. LAURENT, François. Op. cit., Tomo III, Página 118.

138. GUILLOUARD, L. Op. cit., Tomo I, Página 211.

3.1.3.1.1.2. Si el objeto vendido no ha sido entregado.

El propio Guillouard¹³⁹ agrega lo siguiente:

“¿El vendedor puede responder al adquirente oponiendo por vía de excepción la nulidad del contrato?”

Nosotros respondemos negativamente. En primer lugar, en el punto de vista de los textos, el vendedor de la cosa ajena está obligado a otorgar garantía: ¿no hay allí una correlación íntima entre la entrega y la garantía, que no sea, siguiendo una expresión ingeniosa, la entrega continuada, y cómo se podría someter, sobre todo, en presencia del artículo 1603, que impone a todo vendedor, sin distinción, estas dos obligaciones que son consecuencia la una de la otra?”.

3.1.3.2. El comprador, el vendedor, así como cualquier otra persona pueden demandar la nulidad.

Esta posición contó con más detractores que adherentes.

La mayoría de autores coinciden en negar al vendedor la posibilidad de demandar la nulidad de la venta.¹⁴⁰

Laurent,¹⁴¹ en tal sentido, opina lo siguiente:

“En nuestra opinión, la nulidad es relativa; ella está establecida en interés del comprador, y contra el vendedor que vende una cosa de la que es imposible transferir la propiedad al comprador. Por tanto, el vendedor no puede prevalerse. Vanamente invocaría él su interés: nadie le contesta; pero para poder proceder, el interés no basta; cuando la nulidad es relativa, es necesario que la ley haya establecido la

139. GUILLOUARD, L. Op. cit., Tomo I, Página 211.

140. MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Parte III, Volumen III, Página 96; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo X, Página 44; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. Op. cit., Tomo III, Página 322; LAURENT, François. Op. cit., Tomo III, Páginas 119 y 120; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. Op. cit., Tomo XIX; TROPLONG, C. Op. cit., Tomo I, Páginas 316 y 317.

141. LAURENT, François. Op. cit., Tomo III, Páginas 119 y 120.

nulidad en razón de este interés. La equidad está de acuerdo con el rigor del derecho. Cuando el vendedor es de mala fe, esto es evidente. Entonces aunque él sea de buena fe, hay una falta que reprocharle, y él debe asumir las consecuencias de su falta. Si la nulidad fuese de orden público, la falta del vendedor no le impediría proceder, pues él procedería en el interés público, tanto como en el suyo. Pero en el sistema de la nulidad relativa, no se comprende que el vendedor, que tiene contra él de derecho, invoque su interés, en tal caso es por su negligencia o por su dolo, que él se ha puesto en la situación que le es perjudicial”.

Baudry-Lacantinerie y Saignat¹⁴² coinciden en gran medida con el profesor antes citado, cuando sostienen que:

“El vendedor no está jamás permitido para proponer la nulidad de la venta, sea por vía de acción, sea por vía de excepción, y esto, aun si él hubiese sido de buena fe al momento de la venta, es decir que él hubiese ignorado que la cosa vendida pertenecía a otro. Es cierto que, en este caso, el vendedor al haber procedido bajo el imperio de un error, esta circunstancia parecería, de primera impresión, abrirle el ejercicio de la acción de nulidad. Pero jamás hay que perder de vista que vender, es obligarse a hacer al comprador propietario; y es totalmente natural que si el vendedor no puede ejecutar inmediatamente esta obligación, tenga que hacer, si el comprador lo exige, todos sus esfuerzos para ejecutarla más tarde; él ha, por tanto, implícitamente, contratado la obligación de transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida desde el momento en que esto le sea posible y él desconociere esta obligación si, para dispensar de ejecutarla, demandase, él mismo, la nulidad de la venta.

No se admite que un contratante haga anular su compromiso bajo el pretexto de que él lo ha tomado temerariamente; ahora bien, el vendedor ha tomado un compromiso temerario prometiendo transferir una cosa de la cuál él no era propietario.

142. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. Op. cit., Tomo XIX, Páginas 112 a 115.

Tal es, por lo demás, el carácter de las nulidades relativas, de no poder ser propuestas sino por aquella de las partes en interés de la cual han sido creadas”.

En este sentido también opina Laurent¹⁴³.

3.1.4. Posibilidad de ratificación o consolidación de la venta de bien ajeno por un hecho posterior.

Según la doctrina francesa -que fue la que fundamentalmente sostuvo el criterio de la nulidad absoluta de la venta de bien ajeno-, existían diversas posibilidades de ratificación o consolidación de dicha venta, para transformarla en un acto válido. Esas posibilidades son las que describimos a continuación:

3.1.4.1. Supuesto de ratificación por el verdadero propietario.

Foignet¹⁴⁴ considera a esta solución como muy razonable en la práctica, pero la descalifica en teoría por considerar que la confirmación de un acto anulable sólo puede ser efectuada por una de las partes contratantes y de ninguna manera por un tercero.

Los Mazeaud¹⁴⁵, en cambio, justifican esta posibilidad y consideran que es respaldada mayoritariamente por la jurisprudencia. Estiman que este hecho opera retro trayéndose al momento de la celebración del contrato.

También respaldan esta posición Planiol y Ripert.¹⁴⁶

Baudry-Lacantinerie y Saignat¹⁴⁷ sostienen que esta posibilidad debería darse, necesariamente, antes de que el comprador plantee la demanda de nulidad.

Troplong¹⁴⁸ también acepta esta posibilidad, citando para ello una sentencia de la Corte de Riom del 12 de enero de 1927.

143. LAURENT, François. Op. cit., Tomo III, Página 118.

144. FOIGNET, René. Op. cit., Tomo I, Página 422.

145. MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Parte III, Volumen III, Páginas 96 y 97.

146. PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1907, Tomo II, Páginas 467 y 468; y PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo X, Páginas 44 y 45.

147. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. Op. cit., Tomo XIX, Páginas 112 a 155.

148. TROP LONG, C. Op. cit., Tomo I, Páginas 314 y 315.

- 3.1.4.2. Supuesto en el cual el vendedor vuelve a adquirir la propiedad del bien que había vendido previamente.

Esta posición es recogida por los Mazeaud,¹⁴⁹ con similares argumentos a los esgrimidos para la posibilidad (7.1) y admitida además por Planiol¹⁵⁰, quien sostiene que para estos casos, la jurisprudencia exige que el hecho se produzca antes de que el comprador haya ejercitado su acción (solución aplicable también al caso (7.1)). Baudry-Lacantinerie y Saignat¹⁵¹ respaldan esta posición.

- 3.1.4.3. Supuesto en el cual el comprador renuncia a demandar la nulidad.

Esta posición es sostenida por los Mazeaud.¹⁵²

Planiol y Ripert¹⁵³ señalan que en esta posibilidad ocurre con la renuncia como si el comprador consintiese en que la venta contratada sólo engendre obligaciones y que no opere ninguna transferencia de propiedad. Es, como señala Baudry-Lacantinerie,¹⁵⁴ consentir en una transformación de la venta traslativa de propiedad que él ha entendido celebrar, en una simplemente productiva de obligaciones. Para él y Saignat¹⁵⁵ esta nulidad puede ser expresa o tácita.

3.1.5. Excepciones a la nulidad establecidas por la doctrina y la jurisprudencia.

Con el correr de los años, la regla del artículo 1599 del Código Civil Francés, que sancionaba con nulidad a la venta de bien ajeno, fue tornándose en excepción, ya que la doctrina y jurisprudencia de ese país establecieron tantos casos en los cuales no era aplicable, que, finalmente, dichas excepciones terminaron siendo la regla.

En adelante, pasamos a describir lo antes mencionado:

149. MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Parte III, Volumen III, Páginas 96 y 97.
150. PLANIOL, Marcel. Op. cit., Tomo I, Páginas 467 y 468.
151. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. Op. cit., Tomo XIX, Página 114.
152. MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Parte III, Volumen III, Páginas 96 y 97.
153. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo X, Páginas 44 y 45.
154. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. Op. cit., Tomo III, Página 322.
155. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. Op. cit., Tomo XIX, Páginas 112 a 115.

- 3.1.5.1. Cuando se ha establecido en el contrato un plazo para que opere la transferencia de la propiedad.

Demolombe, citado por Guillouard,¹⁵⁶ sostiene que “esta es una cláusula insólita y de la cual no hay muchos ejemplos”. No habiendo nada de contrario al orden público ni a los principios esenciales del Derecho, debería ser considerada como válida.

Se entiende, como señalan Planiol y Ripert,¹⁵⁷ que “las partes han entendido diferir hasta una fecha determinada la transferencia de la propiedad; el vendedor debe la garantía a menos que él no sea propietario en el día del cumplimiento del plazo”:

- 3.1.5.2. Cuando se trata de bienes inciertos.

Todos los autores consultados coinciden en que ésta es una de las excepciones a la aplicación del artículo 1599.

Duranton¹⁵⁸ señala que “no es vender la cosa ajena, el vender lo que no se tiene, si no lo vende quien le pertenece; pues lo que consiste “**in genere**” no pertenece a nadie: también es tan injusto que un autor, en conveniencia además que una venta tal, es muy válida, dice que es por excepción al principio establecido por el artículo 1599. No hay excepción al principio en este caso, porque no es de ningún modo uno de estos que el artículo ha tenido en cuenta”.

Laurent¹⁵⁹ sostiene que “(...) aquel que vende granos o vino que no tiene (en propiedad) no vende lo que le pertenece a un tercero, pues las cosas indeterminadas, aquéllas que consisten en una especie, no pertenecen a nadie, por tanto no hay allí venta de la cosa ajena”.

Planiol¹⁶⁰ adhiere a este concepto.

Josserand¹⁶¹ explica que en estos casos, “(...) por la fuerza misma de las cosas, no podría ser traslativa de propiedad, en el acto; sólo lo será el día en que el objeto

156. GUILLOUARD, L. Op. cit., Tomo I, Página 206.

157. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo X, Página 40.

158. DURANTON. Op. cit., Tomo I, Página 71.

159. LAURENT, François. Op. cit., Tomo III, Página 112.

160. PLANIOL, Marcel. Op. cit., Tomo II, Páginas 464 y 465.

161. JOSSERAND, Louis. Op. cit., Tomo II, Volumen II, Página 23.

haya sido determinado, es decir, ordinariamente, por la entrega (...). Las partes sabían lo que hacían; pensaron en disociar la venta del efecto traslativo, hacerle producir obligaciones, y nada más; la operación es válida, aunque la cosa vendida no pertenezca al vendedor aun cuando la propiedad de ella no se transmita, por tanto, inmediatamente al comprador”.

Los Mazeaud¹⁶² agregan que “El comprador de una cosa genérica no puede creer, por lo tanto, que trate con un propietario que le transmitirá inmediata y automáticamente la propiedad de la cosa vendida y, acerca de este punto, no ha podido incurrir en ningún error”.

Baudry-Lacantinerie¹⁶³ señala que la venta es válida “porque ello resulta de la naturaleza misma de la cosa vendida”, habiéndose “entendido hacer una venta simplemente productiva de obligaciones”. Esta venta, como señala Guillouard¹⁶⁴, “no transferirá la propiedad sino hasta el momento en el cual la individualidad del objeto vendido haya sido determinada”. Pero Planiol y Ripert¹⁶⁵ van más allá cuando sostienen que el artículo 1599 no puede, entonces, aplicarse sino hasta después de efectuada la individualización de los bienes genéricos.¹⁶⁶

3.1.5.3. Cuando así lo determina la libre voluntad de las partes.

Baudry-Lacantinerie¹⁶⁷ sostiene, luego de citar un ejemplo al respecto, que “No hay ninguna duda de que la convención no sea válida. No solamente es válida, sino que constituye una venta; no es esencial, en efecto; para que haya habido venta, que la propiedad sea inmediatamente transferida al comprador. Esto es de la naturaleza de la venta, pero no de su esencia; y las partes pueden, por consiguiente, estipular lo contrario”.

162. MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Parte III, Volumen III, Página 95.

163. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. Op. cit., Tomo III, Página 319.

164. GUILLOUARD, L. Op. cit., Tomo I, Página 357.

165. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo X, Página 41.

166. En abono de estas posiciones, ver: BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. Op. cit., Tomo XIX, Página 116; TROPLONG, C. Op. cit., Tomo I, Página 309; y DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. Op. cit., Tomo I, Página 51.

167. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. Op. cit., Tomo III, Página 320.

3.1.5.4. Cuando el vendedor tiene la propiedad del bien sujeta a condición.

Al respecto, Baudry-Lacantinerie y Saignat¹⁶⁸ sostienen que “La cosa de la cual se tiene la propiedad condicional no es de ninguna manera la cosa ajena. Aquel que no tiene sobre una cosa sino un derecho de propiedad subordinado a una condición, sea suspensiva, sea resolutoria, puede, por tanto, vender esta cosa. La incertidumbre de su derecho de propiedad, que depende del cumplimiento o del incumplimiento de la condición, no hacen que él haya vendido la cosa ajena; la venta es válida, pero ello no transfiere al comprador sino aquello que tendría el vendedor, es decir, un derecho de propiedad eventual. No hay dificultad hasta aquí”.

Esta posición también es sostenida por Troplong.¹⁶⁹

3.1.5.5. Cuando se trata de una promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Este caso, si bien no constituye un contrato de compraventa, amerita ser analizado, dada la confusión en que sobre el particular incurren algunos autores franceses.

Baudry-Lacantinerie y Saignat¹⁷⁰ señalan que “El artículo 1599 no es aplicable al caso en el cual el vendedor de una cosa que no le pertenecía, ha actuado en nombre del propietario. El contrato es, en tal caso, completamente diferente, y está regido por el artículo 1120. Si el propietario ratifica la promesa hecha por él, es él quien es el vendedor; el otro es considerado haber sido su mandatario y está liberado de toda obligación. Si, por el contrario, el propietario no ratifica una obligación de hacer que él no puede ejecutar, debe daños y perjuicios, aun cuando el comprador no hubiera ignorado que la cosa fuese ajena”.

Por su parte, Guillaouard¹⁷¹ sostiene que “La venta recae sobre un objeto perteneciente a un tercero, pero el

168. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAINAT, Leo. Op. cit., Tomo XIX, Páginas 116 y 117.

169. TROPLONG, C. Op. cit., Tomo I, Página 308.

170. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAINAT, Leo. Op. cit., Tomo XIX, Página 120.

171. GUILLOUARD, L. Op. cit., Tomo VII, Página 206.

vendedor se obliga expresamente a hacer ratificar la venta por el propietario: la venta es válida en los términos del artículo 1120 y, una vez que la ratificación es dada por el propietario, ella se retrotraerá entre las partes al día mismo del contrato primitivo; pero, en consideración a terceros, la ratificación no se retrotraerá jamás, y la propiedad no será transferida sino hasta el día de la ratificación”.

En tal sentido Demante y Colmet de Santerre¹⁷² señala lo siguiente:

“Lo que nosotros podemos decir incidentalmente, demuestra que es imposible tratar como un contrato defendido por la ley y nulo, a pesar de la voluntad de las partes, a la promesa de entregar y de garantizar la cosa de otro sin transferir su propiedad.

En el caso en el cual una persona promete que el propietario dará su consentimiento, esta persona no puede ser atacada inmediatamente en base al contrato y sólo porque este contrato no ha hecho al estipulante propietario. El promitente no puede ser demandado por daños y perjuicios salvo en el caso que el propietario rechace dar su consentimiento al contrato de venta, y se le ha -necesariamente- estipulado, de manera expresa o tácita, un plazo para obtener de él este consentimiento”.¹⁷³

3.1.5.6. Cuando el bien es futuro.

Guilouard¹⁷⁴ al respecto señala que “La obligación recae, no sobre una cosa actualmente existente, sino sobre una cosa futura; la propiedad no será transferida sino hasta el momento en el cual la cosa exista: ‘Las cosas que no existen todavía, dice el señor Bigot-Prémeneu en la Exposición de Motivos, pueden ser el objeto de la obligación que entonces, depende de su futura existencia’”.

172. DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE. Op. cit., Tomo VII, Página 59.

173. En abono de estas apreciaciones, ver también: AUBRY, C. Y RAU, C. Op. cit., Tomo IV, Página 357; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo X, Página 41; LAURENT, François. Op. cit., Tomo III, Páginas 112 a 115; PLANIOL, Marcel. Op. cit., Tomo II, Página 465; JOSSEMAND, Louis. Op. cit., Tomo II, Volumen II, Página 24; TROPLONG, C. Op. cit., Tomo I, Página 309; DURANTON. Op. cit., Tomo I, Página 71; MOURLON, Frédéric. Op. cit., Tomo III, Página 237.

174. GUILLOUARD, L. Op. cit., Tomo I, Páginas 205 a 206.

- 3.1.5.7. Cuando el contrato está sujeto a condición suspensiva.

Guillouard¹⁷⁵ sobre el particular señala lo siguiente:

“En el título de los contratos o de las obligaciones convencionales en general, el señor Bigot-Préameneu, afirma netamente el principio que, en la obligación bajo condición suspensiva, la transmisión de propiedad está diferida hasta el cumplimiento de la condición: ‘La obligación bajo una condición suspensiva no es perfecta sino hasta el cumplimiento de esta condición, y resulta que antes del cumplimiento, la propiedad de la cosa, que es la materia del compromiso, no es jamás transferida (...)’”.¹⁷⁶

- 3.1.5.8. Cuando el comprador no está expuesto a peligro alguno.

Planiol y Ripert¹⁷⁷ sostienen lo siguiente:

“Es necesario que la venta haga correr al comprador un peligro contra el cual conviene se le proteja. El comprador no podrá demandar la nulidad de la venta si no corre ningún peligro, por ejemplo, si él adquiere de buena fe de un heredero aparente (De Folleville...) o si la cosa vendida es un mueble cuya adquisición está protegida por el artículo 2279 (Aubry y Rau, V, 351, Página 53.), o si la prescripción adquisitiva ha funcionado en su beneficio. Es en virtud de la misma idea que el vendedor no puede invocar más el artículo 1599, si un hecho posterior a la venta ha hecho cesar todo peligro”.

- 3.1.5.9. Cuando se trata de una compraventa “en la modalidad de suministro”.

Como es sabido, el contrato de suministro recién adquiere autonomía conceptual e independencia legislativa en la tercera década del presente siglo. Antes era considerado –simplemente– como una modalidad del contrato de compraventa.

175. GUILLOUARD, L. Op. cit., Tomo I, Página 205.

176. Sobre este particular, ver también: AUBRY, C. y RAU, C. Op. cit., Tomo IV, Página 357; y TROPLONG, C. Op. cit., Tomo I, Página 309.

177. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo X, Página 41.

Así se explica que se considerara este supuesto como una excepción a la nulidad establecida por el artículo 1599 del Código Napoleón.¹⁷⁸

Josserand¹⁷⁹ recoge al respecto los siguientes conceptos:

“Se sentiría uno tentado a sustraer también a la nulidad la venta a entregar, que no es más que una promesa de suministrar; sin embargo, esta conclusión sería demasiado absoluta; las partes, cuya intención es soberana, han podido considerar tal venta como pura y simple, como traslativa inmediatamente de propiedad, por lo menos cuando recae, no sobre las cosas “**in genere**”, sino sobre cuerpos ciertos: en este caso, y si el vendedor no era propietario de las cosas vendidas, entra en aplicación el artículo 1599”.

3.1.5.10. Cuando el “pretendido vendedor” se obliga a adquirir el bien para transferirlo al “pretendido comprador”.

El propio Josserand señala que se concibe, que una persona se comprometa respecto a otra a adquirir –para transmitírsela– la propiedad de determinada cosa que pertenece actualmente a otro, siendo la operación válida, constituyendo ésta un mandato o un contrato innominado. Sostiene que no hay venta de cosa ajena por la sencilla razón de que no hay venta.

Planiol y Ripert¹⁸⁰ llaman a este contrato uno “sin nombre especial” y señalan que contiene “una obligación de hacer” por parte del “pretendido vendedor”.

3.1.5.11. Cuando el “pretendido vendedor” no se obliga a transferir la propiedad, sino sólo la posesión del bien.

En este sentido, Mourlon¹⁸¹ señala lo siguiente:

“Igualmente, la convención que los Romanos denominaban venta, sería válida en Francia, no como

178. Para apreciar lo relativo a los orígenes del suministro, remitimos al lector a la nota a pie de página que sobre la materia hemos redactado con ocasión del análisis sobre las diferencias existentes entre compraventa y el suministro, al abordar el artículo 1529 del Código Civil Peruano.

179. JOSSERAND, Louis. Op. cit., Tomo II, Volumen II, Página 24.

180. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo X, Página 41.

181. MOURLON, Frédéric. Op. cit., Tomo III, Página 237.

venta, sino como contrato **sui generis**. Yo me obligo, mediando una suma de dinero que usted me promete, a procurarle la posesión pacífica de una cosa que yo creo mía. La convención es válida, en el sentido que usted tiene contra mí una acción para ponerle en posesión, y que usted puede reclamar daños y perjuicios, si yo no le entrego la cosa, o si habiéndola usted entregado, usted ha sido desposeído”.

En este mismo sentido opinan Demante y Colmet de Santerre.¹⁸²

Antes de concluir nuestras apreciaciones acerca del criterio que esgrimía la nulidad absoluta de la venta de bien ajeno, podríamos anotar que dicha posición se basaba, fundamentalmente, en una interpretación literal del artículo 1599 y en las razones de orden moral ya esgrimidas. Este argumento fue primeramente sostenido por Marcadé.

Pero según Guilloaurd,¹⁸³ Marcadé “(...) después de haber afirmado que ‘no hay venta, sino solamente un acto que presenta las apariencias de serlo’, y que ‘la venta es propiamente nula e inexistente, y que ‘la venta es propiamente nula e inexistente, y no solamente anulable’, admite enseguida que si ‘el vendedor deviene en propietario del objeto que él ha vendido’, la venta deviene perfectamente válida y se encuentra en lo sucesivo a cubierta de todo ataque, sea del vendedor, sea del comprador”.

Guilloaurd¹⁸⁴ señala que sólo dos autores, Leligois y De Folleville aceptan las tres consecuencias de la nulidad absoluta y muestran:

1. Que la acción de nulidad durará treinta años;
2. Que la nulidad no puede ser cubierta por una ratificación;
3. Que las dos partes, el vendedor tanto como el comprador, pueden proponer la nulidad del contrato”.

182. DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. Op. cit., Tomo VII, Página 51.

183. GUILLOUARD, L. Op. cit., Tomo I, Página 210.

184. GUILLOUARD, L. Op. cit., Tomo I, Página 207.

Al respecto Laurent¹⁸⁵ señala lo siguiente:

“La expresión de ‘orden público’ es tan vaga que siempre se podría sostener que un acto es contrario al orden público desde que hay un interés general en causa; o, el interés de los particulares y aquel de la sociedad están estrechamente ligados, que se encuentra casi siempre un interés privado en las leyes que son de orden público, y se le encuentra también al interés público, entonces, que la ley se estatuye en un interés particular; hay que ver, entonces, cuál es el interés dominante; nosotros lo hemos señalado analizando los trabajos preparatorios (# 101); es el comprador quien está principalmente interesado en que no se le venda una cosa de la cual no se le pueda transmitir la propiedad; por tanto el interés privado domina. ¿Se ve una prueba irrecusable? El Código decide el asunto. Cuando un contrato es inexistente, no puede tener ningún efecto; éstos son los términos del artículo 1131, y este es el artículo que trata de la causa ilícita. ¿Acaso la venta de la cosa ajena no tiene ningún efecto? El mismo artículo que la declara nula, señala que ella puede dar lugar al abono de daños y perjuicios.

Un acto inexistente, es la nada; en la venta inexistente, no hay ni vendedor, ni comprador, y la nada no puede engendrar una obligación. Se hacen objeciones, sobre ellas volveremos; por el momento, recogemos los textos; así pues, el texto del artículo 1599 es formal: es la venta de la cosa ajena la que da lugar al abono de daños y perjuicios; por tanto ella existe a los ojos de la ley. Ella tiene otros efectos mucho más considerables. El comprador no sólo tiene la acción de daños y perjuicios, él tiene una acción especial en la venta, la acción de garantía (artículo 1626). ¡De este modo la venta de la cosa ajena es la nada, y esta nada produce los efectos de la venta! ¡El comprador puede usucapir, todos están de acuerdo sobre este punto. Sin embargo, para prescribir por 10 años, es necesario un justo título (artículo 2265)!, ¡de este modo, la venta de la cosa ajena, que es la nada, constituye nada menos que un justo título; la venta viciada en su esencia, la venta inmoral, la venta que viola la propiedad, va a servir para despojar al verdadero propietario y dará la propiedad a aquel que no tiene para él sino un contrato sobre causa ilícita!

185. LAURENT, François. Op. cit., Tomo III, Página 111.

Por último, el comprador de buena fe gana los frutos; ahora bien, para ser poseedor de buena fe, es necesario poseer en virtud de un título traslativo de propiedad. ¿Y cuál es el título de aquél que ha comprado la cosa ajena? Su único título es la nada. Decididamente la nada tiene los efectos de la venta, salvo que la propiedad no está transferida. ¿Es éste un contrato sobre causa ilícita que no puede tener ningún efecto?”.

La mayoría de autores que se inclinan por la nulidad absoluta esgrimen razones de orden público, pero sin embargo, como intentamos demostrar en este trabajo, ellas carecen de definitivo sustento. Aubry y Rau, tienen sobre esta tesis una posición bastante particular, que es analizada y criticada del siguiente modo por Guillouard:¹⁸⁶

“Los señores Aubry y Rau, no admiten, como lo hace Marcadé, que la venta de la cosa ajena pueda ser ratificada: ‘Es en efecto de principio, dicen ellos, que las condiciones necesarias para la validez de una convención deben existir desde el instante de su formación, o que, al menos, sus existencias deban ser independientes del buen gusto de una o de otra de las partes...’. Pero ellos declaran enseguida que la acción de nulidad de esta venta no durará sino diez años, y este es el motivo que ellos han dado: ‘La venta de la cosa ajena reúne, en efecto, todos los elementos esenciales para la formación de un contrato de venta, y sí, contrariamente a los principios de Derecho Romano, los redactores del Código la han declarado nula, no es esta una razón para decir que ellos la hayan considerado como no ocurrida. Lo que prueba, de otra parte lo contrario, es que, según es testimonio de todos, una venta similar constituye un título susceptible de servir de fundamento para la usucapición por diez o veinte años.

Si no nos equivocamos, los eminentes autores aceptan dos soluciones que se contradicen: si la nulidad de la venta de la cosa ajena es relativa, la acción prescribirá por diez años, pero el contrato podrá ser expresamente ratificado por el vendedor devenido en propietario, si, por el contrario la nulidad es absoluta, ¿por qué admitir

186. GUILLOUARD, L. Op. cit., Tomo I, Páginas 208 y 209.

la prescripción de diez años que supone que la obligación existe, y que está solamente atacada de un vicio que el tiempo hará desaparecer?”.

3.1.6. Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica que adoptan el sistema de la nulidad absoluta de la venta de bien ajeno.

Como es sabido, la influencia que tuvo el Código Civil Francés dentro de nuestra tradición jurídica fue muy grande, siendo notable el alcance de este cuerpo normativo en las legislaciones de los siglos XIX y XX (aunque en menor medida, en este último). Esto hizo que múltiples Códigos Civiles adoptaran su mismo sistema, con lo que el criterio de considerar nula a la venta de bien ajeno estuvo en boga durante muchos años y en los más variados ámbitos geográficos.

En adelante, analizaremos el rumbo que siguió la corriente francesa en la legislación mundial.

- Código Civil Belga:

Apenas transcurridos dos años de su promulgación, Bélgica, asumió íntegramente, como su Código Civil, el texto del Código Napoleón, motivo por el cual, se convirtió, asimismo, en el primer Código Civil en adoptar el sistema francés respecto del contrato de venta de bien ajeno (artículo 1599).

- Código Civil Boliviano de 1831:

En América, el Código Civil Boliviano de 1831, es, dentro de los cuerpos legislativos consultados, el primero en acoger la nulidad del contrato bajo tratamiento. Concretamente, este Código Civil recogió el principio en su artículo 1018. Este numeral tenía el mismo texto que el que, cinco años más tarde de la promulgación de este Código, pasaría a ser el artículo 1017 del Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana.

El texto del artículo 1018 es el siguiente:

Artículo 1018.- “Es nula la venta de la cosa ajena, y puede dar lugar a daños e intereses, aun cuando el comprador ignore que es ajena”.

- Código Civil Italiano de 1865:

El Código Civil Italiano del año 1865 -de fuerte influencia francesa- recogía, en su artículo 1459, similar criterio. El texto de la norma aludida, es el siguiente:

Artículo 1459.- "La venta de cosa ajena es nula: ella puede dar lugar al resarcimiento de los daños si el comprador ignoraba que la cosa era ajena.

La nulidad establecida en este artículo no puede ser planteada jamás por el vendedor".

Como podemos apreciar, los elementos de la norma transcrita son los siguientes:

- (a) Se celebra un contrato de compraventa;
- (b) El bien que es objeto de la prestación derivada de la obligación de dar del vendedor, es un bien ajeno;
- (c) Un contrato de estas características puede dar lugar a que el comprador, si ignoraba que el bien era ajeno, al momento de la celebración del contrato, plantee, frente al vendedor, una acción de daños y perjuicios;
- (d) El vendedor no tiene acción alguna frente al comprador.

La norma bajo análisis, tenía prácticamente la misma estructura que el artículo 1599 del Código Civil Francés, en el sentido de establecer la nulidad de un pacto de tal naturaleza y de conceder al comprador que desconocía tal carácter del bien la acción de daños y perjuicios frente al vendedor. Sin embargo, y a diferencia del Código Francés, el Código Italiano de 1865 sí remarca de manera explícita que la nulidad establecida en este artículo jamás puede ser planteada por el vendedor.

Esta última parte del artículo 1459 nos hace reflexionar en el sentido de si el antiguo Código Italiano contemplaba una nulidad absoluta o relativa frente al contrato bajo análisis. Comentaristas del viejo Código Italiano coinciden en que dicha nulidad no tenía carácter absoluto. Así, Stolfi señala que "la venta de cosas ajenas no es inexistente sino anulable".¹⁸⁷

Esta opinión es respaldada por Pacífico-Mazzoni, quien opina en el mismo sentido:¹⁸⁸

187. STOLFI, Nicola. *Diritto Civile*. Turín, 1934, Página 169.

188. PACÍFICO MAZZONI, Emidio. *Instituzioni di Diritto Civile Italiano*. Eugenio e Filippo Carmmelli Editori - Librai. Firenze, 1873, Páginas 147 y 148.

“La nulidad de la venta de la cosa ajena no es absoluta, mas sí relativa; tan sólo se establece en favor del comprador y puede ser exigida sólo por él.

Ello puede prevalecer tanto en vía de acción como de excepción y se puede demandar la restitución del precio aunque se está en posesión de la cosa comprada y no se halle uno molestado. Por otro lado, el comprador no podría pretender al mismo tiempo valerse de la nulidad de la venta para no pagar o repetir el precio y así retener por válido en su favor el contrato para demandar o no la restitución de la cosa”.

Como señalamos anteriormente, este Código difiere, frente al artículo 1599 del Código Francés, en lo que respecta a la precisión de su último párrafo. Resulta importante anotar que el Código Italiano de 1865 es uno de los pocos cuerpos legales que prohíbe expresamente que esta acción sea planteada por el vendedor, no interesando –para tal efecto– que éste sea de buena o de mala fe. Es interesante conocer la opinión que al respecto tiene Pacífico-Mazzoni.¹⁸⁹

“La facultad de demandar la nulidad de la venta o de oponerla pertenece al comprador, ya sea de mala fe o conociendo que la cosa era ajena, o ya sea que el vendedor de buena fe se creyera propietario de la cosa que vendía; no obstante si el comprador es de mala fe y el vendedor de buena, aquello no sólo da derecho a repetir los gastos de los actos accesorios a la venta, sino que también se puede condenar al resarcimiento de daños frente al vendedor.

Al contrario, el vendedor no puede, luego de efectuada la tradición de la cosa, demandar la nulidad de la venta y la restitución de la misma, tanto porque se le podría oponer la siguiente máxima: “**quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio**”, cuanto porque no siendo propietario de la cosa no tiene calidad para demandar su restitución. No antes de la tradición se puede oponer su nulidad al comprador que le demanda la consignación de la cosa, ni puede por eso refutársela (artículo 1459). La venta de la cosa ajena, pues, produce contra el vendedor todas las obligaciones que genera la venta de la cosa propia, menos la de transferir la propiedad al comprador”.

189. PACÍFICO MAZZONI, Emidio. Op. cit., Página 148.

Sin embargo, podemos agregar que el hecho de que se considere que la nulidad del artículo 1459 es relativa y el respaldar la procedencia del segundo párrafo de esta norma, es un contrasentido, ya que es característica y, hasta cierto punto, connatural a la nulidad relativa, que ésta se derive de un vicio de la voluntad (en el caso de la compraventa de bien ajeno, especialmente dolo o error), por lo cual, como señalamos en páginas anteriores, consideramos que una acción de anulación de un acto de tales características debe ser concedida a cualquiera de las partes que haya incurrido en el referido vicio, al igual que la posibilidad de demandar los respectivos daños y perjuicios sufridos, pues no necesariamente será el comprador quien incurra en dicho vicio o se vea perjudicado, aunque sí debemos admitir que será el caso más frecuente.

Código Civil Costarricense de 1888:

Otro Código Civil que adopta el Sistema de la Nulidad Absoluta, es el Código Civil Costarricense del año 1888, el cual contiene este principio en su artículo 1061. El texto de este artículo es el siguiente:

Artículo 1061.- “La venta de cosa ajena es absolutamente nula; pero el comprador que ignora el vicio del contrato, tiene derecho a los daños y perjuicios aun contra el vendedor de buena fe”.

Los elementos de esta norma son los siguientes:

- (a) Existe un contrato de compraventa;
- (b) El bien que es objeto de la prestación derivada de la obligación de dar del vendedor, es un bien ajeno;
- (c) Este contrato es absolutamente nulo;
- (d) El comprador que ignora el vicio del contrato tiene derecho a demandar al vendedor por daños y perjuicios;
- (e) El derecho otorgado al comprador en el punto (d) puede ser ejercido indistintamente si el vendedor ha actuado de buena o de mala fe.

El artículo bajo análisis contiene algunos conceptos que consideramos necesario comentar.

En primer término, dentro de la línea francesa, el contrato se considera nulo, pero no sólo nulo, sino absolutamente

nulo, es decir, desterrando así la posibilidad de interpretar dicha nulidad como relativa.

Vale decir, que el Código Civil Costarricense pareciera querer zanjar con la redacción de la primera parte del artículo 1061, la discusión que para la fecha de su elaboración y promulgación ya era amplia acerca del carácter absoluto o relativo de la nulidad del contrato de venta de bien ajeno en el Código Civil Francés. Y, como resulta evidente, el Código Civil Costarricense se inclina por el primero de los criterios señalados, de modo tal que no nos caben dudas al respecto.

Este Código también reitera la omisión consistente en sólo otorgar al comprador adquirente de buena fe la facultad de demandar al vendedor los daños y perjuicios sufridos, y acentúa el error cuando establece que esta acción podrá ser interpuesta aun contra el vendedor de buena fe. Para este punto, son de aplicación nuestras críticas formuladas al particular en páginas anteriores.

El Código bajo comentario trata acerca del contrato de compraventa de bienes ajenos en cuatro normas adicionales, los artículos 1062 a 1065.

El artículo 1062 regula la procedencia de las acciones de nulidad por parte del comprador y del vendedor:

Artículo 1062.- “Esta nulidad puede ser opuesta como excepción por el vendedor, cuando sea demandado para la entrega de la cosa o para el otorgamiento de la escritura pública, y por el comprador, como acción o excepción en cualquier tiempo, salvo lo dicho en los dos artículos siguientes”.

Veamos cuáles son sus elementos:

- (a) El vendedor sólo puede oponer la nulidad a título de excepción cuando sea demandado para la entrega de la cosa o para el otorgamiento de la escritura pública;
- (b) El comprador podrá interponer la nulidad, ya sea a título de acción o a título de excepción, en cualquier momento, con las excepciones de los artículos 1063 y 1064, que analizaremos oportunamente.

Sin duda alguna, un aspecto positivo de este Código Civil es haber contemplado expresamente la acción de nulidad para que sea ejercida por el vendedor del bien aunque ésta

sólo pueda ser interpuesta a título de excepción, en los casos taxativamente señalados en la norma bajo comentario, cuando en realidad, a nuestro entender, debió ser otorgada en el más amplio sentido.

El artículo 1063 está referido a la posibilidad de que la nulidad del contrato de venta de bien ajeno sea salvada en virtud de dos circunstancias especiales. Concretamente, esta norma establece que dicha nulidad queda salvada en dos supuestos:

- (a) Si el verdadero propietario ratifica la enajenación; o
- (b) Si el vendedor llega a ser ulteriormente propietario de la cosa vendida.

El texto del referido artículo, es el siguiente:

Artículo 1063.- "La nulidad de la venta de cosa ajena, queda salvada si el verdadero propietario ratifica la enajenación, o si el vendedor llega a ser ulteriormente propietario de la cosa vendida".

Esta norma, que no es única en el contexto de la legislación civil extranjera, adolece -tal como analizamos oportunamente- de serias deficiencias, sobre todo en el caso de un Código como el Costarricense que considera el contrato bajo comentario como absolutamente nulo; pues sólo cabe preguntarnos, ¿cómo se puede salvar una nulidad absoluta?. Y en el supuesto negado de que se pudiera salvar, en la norma bajo comentario, si el verdadero propietario del bien vendido ratifica la venta hecha por un tercero no propietario, esta ratificación no podrá revestir otra forma que la de un nuevo contrato de compraventa.

El segundo de los supuestos, es decir, aquel por el cual el vicio del contrato queda salvado si el vendedor llega a ser ulteriormente propietario del bien ajeno, en todo caso podría tener validez si es que dicha nulidad tuviese carácter distinto al otorgado por el Código Civil de Costa Rica.

El artículo 1064 de este Código contempla un supuesto de compraventa de bien parcialmente ajeno. Pero sólo uno de los dos supuestos, tal vez el más frecuente que puede revestir una venta de estas características: la venta de la totalidad de un bien indiviso del cual el vendedor es sólo copropietario. En este caso, se consideran los siguientes elementos adicionales:

- (a) El vendedor vende un bien que aparentemente le pertenece en su totalidad, cuando realmente sólo es copropietario del mismo;
- (b) Una venta de estas características es válida sólo en cuanto a la parte que pertenece al vendedor;
- (c) Pero si el vendedor ignoraba que dicha parte era ajena, podrá demandar la rescisión del contrato.

El texto del artículo 1064 es el siguiente:

Artículo 1064.- "La venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa indivisa, como perteneciéndole por entero, es válida en cuanto a la parte del vendedor; mas si el comprador ignoraba el vicio de la venta, podrá rescindirla".

Sin duda alguna esta norma resulta muy interesante, ya que si analizamos el artículo bajo comentario dentro del contexto de las demás normas acerca de la compraventa de bienes ajenos, podremos observar que el contrato será absolutamente nulo respecto de la parte ajena del bien vendido, y válido, respecto de aquella parte que era propia del vendedor. Pero sin embargo, resulta curioso que se otorgue al comprador que desconoció el carácter ajeno de dicha parte, la acción de rescisión del contrato. Entendemos se ha hecho con el propósito de que no vea perjudicados sus intereses, si adquiriendo sólo una parte indivisa del bien esta adquisición no satisface sus expectativas.

La norma del artículo 1065 resulta siendo una por la cual se exceptúa de la regulación sobre la compraventa de bienes ajenos a los contratos en que se vendan bienes muebles, ya que se considera que respecto de esta clase de bienes el comprador se hace inmediatamente propietario, si entró en posesión real de los mismos, salvo lo dispuesto en el artículo 481 de este Código. Vale recalcar que la excepción regirá sólo en los casos que el comprador haya entrado en posesión real del bien, pues, anteriormente el comprador no se habrá hecho aún propietario del mismo. El texto del artículo 1065 es el siguiente:

Artículo 1065.- "La nulidad de la venta de cosa ajena no se aplica a cosas muebles, pues respecto de éstas el comprador de buena fe se hace inmediatamente propietario, si entró en posesión real salvo lo dispuesto en el artículo 481".

La regulación del Código Civil Costarricense respecto del contrato de venta de bien ajeno tiene algunos aciertos, pero resulta poco convincente. Sin embargo, en este aspecto el Código Costarricense de 1888 no es del todo criticable, pues si tenemos en cuenta su fecha de promulgación, sin duda alguna, para la época, trae algunos avances significativos, como aquellos que hemos comentado favorablemente.

Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade, del año 1890:

De otro lado, el Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por el profesor francés G. Boissonade, y publicado en 1890, siguió fiel a la tradición francesa, ya que en su artículo 679, recogió el principio de la nulidad de este contrato. Sin embargo, contiene algunas adiciones que consideramos dignas de comentario. El texto de la citada norma es el siguiente:

Artículo 679.- "La venta de la cosa ajena es nula para las dos partes. Nunca la nulidad puede ser invocada por el vendedor, salvo que éste ignorese, al momento de la venta, que la cosa era ajena.

Las reglas concernientes al ejercicio de las acciones y excepciones respectivas, la restitución del precio y las indemnizaciones debidas por el vendedor están establecidas en la garantía de evicción".

Comentando esta norma, cabe decir, en primer lugar, que se señala que un contrato de tales características es nulo para las dos partes, con lo que, al igual que el Código Costarricense de 1888, comentado anteriormente, intentaba zanjar, legislativamente, la discusión derivada de la redacción del artículo 1599 del Código Civil Francés. Esto es natural, con distinta terminología, ya que el Proyecto Boissonade señala que un contrato de esta naturaleza era nulo para las dos partes, lo que equivale, a todas luces, a decir que era absolutamente nulo.

Además se señala que la nulidad nunca puede ser invocada por el vendedor, salvo que éste ignorese, al momento de la venta, que la cosa era de otro.

Pensamos que de la redacción antes citada, podría interpretarse como que se sobre entiende que la nulidad

puede ser invocada siempre por el comprador, ya que no hace mención expresa de este último. Sin embargo, esta situación traería muchas injusticias, pues cabría la posibilidad, ya que no hay nada que impida lo haga, que el comprador de mala fe, es decir, aquel que conocía que el bien era ajeno, demande la nulidad del contrato. Sin duda, una peligrosa omisión.

- Código Civil Mexicano de 1927:

El Código Civil Mexicano de 1927 es otro cuerpo legislativo que sanciona con nulidad a este contrato. Así lo determina en su artículo 2124. El texto de este numeral es el siguiente:

Artículo 2124.- “La venta de cosa ajena es nula y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe, debiendo tenerse en cuenta lo que se dispone en el título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe”.

Este artículo es una consecuencia de la norma que lo precede, el numeral 2123, que establece que “Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad”.

Aparte de los elementos consistentes en la naturaleza del contrato celebrado y los bienes que son objeto del mismo, el artículo 2124 tiene los siguientes elementos:

- (a) El contrato es nulo;
- (b) El vendedor es responsable de los daños y perjuicios causados, si procedió con dolo o mala fe;
- (c) Se debe tener presente, para efectos de contratos de estas características, lo que se dispone en el Título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe.

Algo positivo de esta norma es el hecho de haber establecido que el vendedor sólo es responsable de los daños y perjuicios causados, si es que actuó de mala fe o con dolo, ya que así se evitan probables injusticias.

También resulta interesante observar que este Código omite mención alguna respecto a las acciones que se pueden derivar de un contrato de estas características, con lo cual, si bien se deja libertad al respecto, no se aclara el panorama, más aún si, como es el caso, el contrato se considera nulo

y no anulable, con lo cual se crea una seria incertidumbre respecto de quiénes y en qué casos pueden interponer dicha acción, y –al no establecerse restricciones– se crean vacíos y posibilidades muy peligrosas.

El Código Civil Mexicano de 1927 también incluye una norma acerca de la convalidación del contrato, la misma que no es congruente con el sistema adoptado por este Código. Se trata del artículo 2125, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 2125.- “El contrato quedará revalidado si antes de que tenga lugar la evicción adquiere el vendedor, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa vendida”.

- Anteproyecto de Código Civil para Bolivia elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo de 1943:

Ángel Ossorio y Gallardo, en su Anteproyecto de Código Civil para Bolivia, publicado en 1943, también se pronuncia contra la validez de un contrato de estas características, cuando en el artículo 1046, lo considera nulo:

Artículo 1046.- “Es nula la venta de la cosa ajena y no producirá efectos ni aun para terceros adquirentes de buena fe, salvo los derechos emanados del Registro de la Propiedad o de la contratación legal en bolsa”.

Según señala el propio Ossorio, esta nulidad es absoluta, dado que no es posible permitir la celebración y la validez de contratos de esta naturaleza. Ossorio se sigue apoyando, en 1943, en las razones de los juriconsultos franceses de comienzos del Siglo XIX.

Sin embargo, Ossorio señala algo que va inclusive más allá del principio francés, pues considera expresamente que un contrato de estas características no producirá efectos ni para las partes, ni aun para terceros adquirentes de buena fe. Pero, establece excepciones consistentes en los derechos emanados de los Registros de la Propiedad o de la contratación legal en Bolsa.

- Código Civil Guatemalteco de 1973:

El más reciente Código Civil encontrado que contiene el principio francés, es el Código Guatemalteco del año 1973, el cual califica a este contrato como nulo, en su artículo 1794, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 1794. - "Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad. La venta de cosa ajena es nula, y el vendedor debe restituir el precio si lo hubiere recibido y responder de daños y perjuicios si hubiere procedido de mala fe.

El que comprare lo suyo por haberlo creído de otro, tiene derecho a conservar la cosa y a que se le restituya el precio".

Esta norma, además de los elementos naturales siempre señalados en artículos similares, contiene los siguientes:

- (a) No se comienza por señalar la imposibilidad expresa de vender bienes ajenos, sino que la prohibición se establece por el lado de quien vende, al señalarse que ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad;
- (b) En seguida se ratifica, con los términos habituales en otras legislaciones, que la venta de cosa ajena es nula;
- (c) Se establece que el vendedor est. en la obligación de restituir el precio, si lo hubiere recibido;
- (d) Se establece la obligación del vendedor que procedió de mala fe, de responder por los daños y perjuicios ocasionados.

Esta norma, al igual que la del Código Civil Francés, contiene serias deficiencias, consistentes en no establecer, en este caso, acorde con los tiempos, una estipulación en la cual se sancione una nulidad relativa, sino seguir estableciendo, de manera absurda, el criterio de la nulidad absoluta.

Sin embargo, resulta interesante el hecho de haber explicitado que el vendedor que ha recibido el precio del bien, está en obligación de restituirlo al comprador. A pesar de que esto resulta obvio, en la mayoría de legislaciones que se inclinan por el Sistema Francés, pero que no lo contemplan expresamente, consideramos oportuno haber incluido este precepto, ya que así no se deja lugar a interpretaciones erróneas sobre el particular.

Lamentablemente, el Código Civil Guatemalteco no corrige el viejo problema de no establecer la obligación del abono de daños y perjuicios respecto de ambas partes contratantes, sino que la limita al vendedor que procedió de mala fe. En cuanto a que sólo procedan éstos en caso se hubiese actuado dolosamente, estamos de acuerdo, pero, sin embargo, consideramos que se debió comprender

también al comprador, por las razones anotadas en momento oportuno.

Por lo demás, el Código bajo comentario no aporta nada significativo y, más bien respecto al tema representa un atraso.

- Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922:

Por último, cabe mencionar al Código Civil Ruso de 1922. Este cuerpo legislativo en su artículo 183 prescribe que el derecho a vender un bien compete a su propietario. Señala, además, que de ser vendido un bien por alguien que no tenga tal carácter, como regla general, el comprador no adquirirá su propiedad, salvo los casos en que no tuviese derecho a reivindicar los bienes, de acuerdo a lo prescrito por los artículos 59 y 60 de este Código.

El texto del citado artículo 183 es el siguiente:

Artículo 183.- "El derecho a vender los bienes compete al propietario, fuera de los casos de venta en subasta pública. Si los bienes fuesen vendidos por no propietarios, el comprador sólo adquirirá el derecho de propiedad en los casos en que, conforme a los artículos 59 y 60, el propietario no tuviese derecho a reivindicar los bienes".

3.2. Contrato anulable.

Dado que en Derecho Francés la palabra "nulidad", puede comprender tanto a la nulidad absoluta, como a la nulidad relativa (anulabilidad en el Derecho Peruano), la doctrina y jurisprudencia de ese país se esforzaron por precisar que el carácter de dicha nulidad era relativo y no absoluto, principio que –a entender del sector inmensamente mayoritario de la doctrina francesa– es el más razonable.

Además, esta fue la opción que empezó a triunfar jurisprudencialmente en Francia desde la dación del Código Civil. A ella se adhieren Laurent, Planiol y Ripert, Guillouard y Baudry-Lacantinerie, entre otros.

3.2.1. Argumentos de la doctrina en favor de esta posición.

Los argumentos que la doctrina francesa recoge en favor de esta alternativa son los siguientes:

3.2.1.1. En relación a los efectos del contrato.

Permite a la venta producir todos sus efectos, en tanto ella no sea anulada. A favor de esta posición se

encuentran: Guillouard,¹⁹⁰ Laurent,¹⁹¹ Josserand¹⁹² y Baudry-Lacantinerie.¹⁹³

3.2.1.2. En relación al saneamiento por evicción.

De allí se explicaría por qué se hace nacer la obligación de garantía a la obligación del vendedor cuando la evicción está consumada. Guillouard¹⁹⁴ y Laurent¹⁹⁵ respaldan esta posición.

3.2.1.3. En relación a la prescripción adquisitiva.

Porque puede servir, de acuerdo al artículo 2265 del Código Napoleón, de justo título a la prescripción adquisitiva. Sobre este aspecto podemos apreciar el parecer de Guillouard.¹⁹⁶

3.2.1.4. En relación a los frutos y productos.

Porque puede servir para la adquisición de los frutos, de acuerdo a los artículos 549 y 550 del Code. Guillouard¹⁹⁷ y Laurent¹⁹⁸ se pronuncian en este sentido.

3.2.1.5. En relación al titular de la acción.

Por ser anulable y no nula, la acción está reservada al comprador que desconocía el carácter ajeno del bien y no al vendedor, a quien también le correspondería –de ser de nulidad–, lo que sería injusto en Derecho. Guillouard,¹⁹⁹ Planiol y Ripert,²⁰⁰ Josserand²⁰¹ y Baudry-Lacantinerie,²⁰² comporten este parecer.

3.2.1.6. En relación a los daños y perjuicios.

Da lugar a daños y perjuicios; tal como expulsan. Laurent²⁰³ y Baudry-Lacantinerie²⁰⁴.

-
190. GUILLOUARD. Op. cit., Tomo I, Página 466.
191. LAURENT, François. Op. cit., Tomo III, Página 111.
192. JOSSERAND, Louis. Op. cit., Tomo II, Volumen II, Página 27.
193. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. Op. cit., Tomo III, Página 323.
194. GUILLOUARD. Op. cit., Tomo I, Página 466.
195. LAURENT, François. Op. cit., Tomo III, Página 111.
196. GUILLOUARD. Op. cit., Tomo I, Página 466.
197. GUILLOUARD. Op. cit., Tomo I, Página 466.
198. LAURENT, François. Op. cit., Tomo III, Página 112.
199. GUILLOUARD. Op. cit.; Tomo I, Página 466.
200. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo X, Páginas 43 y 44.
201. JOSSERAND, Louis. Op. cit., Tomo II, Volumen II, Página 27.
202. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. Op. cit., Tomo III, Página 322.
203. LAURENT, François. Op. cit., Tomo III, Página 111.
204. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. Op. cit., Tomo III, Página 323.

- 3.2.1.7. En relación a la posibilidad de adquirir el bien por prescripción adquisitiva.

El comprador puede usucapir en un plazo de 10 años, para lo que es necesario un justo título, de acuerdo al artículo 2265, tal como anotan Laurent,²⁰⁵ Josserand²⁰⁶ y Baudry-Lacantinerie.²⁰⁷

- 3.2.1.8. En relación a la posibilidad de confirmación del acto.

La nulidad es susceptible de desaparecer por efecto de una confirmación, sobrevenida después del descubrimiento del error, y también, según la jurisprudencia, por razón de acontecimientos que convirtieron inmediatamente al comprador en propietario, bien porque el propietario hubiera ratificado la venta estipulada sin contar con él, bien que el vendedor haya adquirido ulteriormente la propiedad, la cual ha pasado automáticamente al comprador; en semejante caso, el comprador, no teniendo ya que temer la evicción, no podría quejarse; lo mismo ocurriría, y la venta sería decididamente nula, si los acontecimientos de que se trata se produjeran en un momento en que el comprador había ya demandado la nulidad y en que la situación estaba, por consiguiente, fijada. Baudry-Lacantinerie respalda esta afirmación.²⁰⁸

3.2.2. Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica que adoptan el sistema de la nulidad relativa o anulabilidad de la venta de bien ajeno.

Como hemos podido apreciar cuando analizamos los alcances del artículo 1599 del Código Civil Francés y, en especial, lo relativo al carácter de la nulidad en él establecida, la mayoría de comentaristas de dicho cuerpo legislativo se inclinaron por sostener que se trataba de una nulidad relativa, o lo que hoy en día se conoce como anulabilidad.

Conforme se difundía esta interpretación y se consideraban los sólidos argumentos que la abonan, muchas legislaciones fueron inclinándose por entender al contrato bajo comentario como uno atacado por nulidad relativa.

205. LAURENT, François. Op. cit., Tomo III, Página 111.

206. JOSSERAND, Louis. Op. cit., Tomo II, Volumen II, Página 27.

207. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. Op. cit., Tomo III, Páginas 322 y 323.

208. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. Op. cit., Tomo III, Página 322.

En adelante un análisis de estos cuerpos legales y proyectos legislativos.

- El Código Civil Argentino:

El Código Civil Argentino, obra del notable jurista Dalmacio Vélez Sarsfield, contempla, respecto del contrato de venta de bien ajeno, el principio francés de la nulidad. Pero en ese país ha habido un proceso de crítica doctrinaria y jurisprudencial, e intentos de reforma bastante importante.

La regulación del Código Civil Argentino acerca de los contratos sobre bienes ajenos y, específicamente del contrato de venta de bien ajeno, es muy especial.

Este Código establece dos normas generales acerca de los contratos sobre cosas ajenas: los artículos 1177 y 1178. La primera de las normas citadas establece lo siguiente:

Artículo 1177.- "Las cosas ajenas pueden ser objeto de los contratos. Si el que promete entregar cosas ajenas, no hubiese garantizado el éxito de la promesa, sólo estará obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice.

Si él tuviera culpa de que la cosa ajena no se entregue, debe satisfacer las pérdidas e intereses. Debe también satisfacerlas, cuando hubiese garantizado la promesa, y ésta no tuviere efecto".

El artículo transcrito establece como regla, que las cosas ajenas pueden ser objeto de los contratos. Veamos los elementos de la norma bajo comentario:

- (a) Como regla general, las cosas ajenas pueden ser objeto de los contratos;
- (b) Si el que promete entregar cosas ajenas no hubiese garantizado el éxito de la promesa, este promitente sólo estará obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice;
- (c) Si el promitente fuese culpable de que la cosa ajena no se entregue, deberá satisfacer las pérdidas e intereses;
- (d) El promitente deberá también satisfacer las pérdidas e intereses cuando hubiese garantizado la promesa y ésta no tuviere efecto.

Es pertinente observar que la segunda parte de este artículo parecería dar a entender que se está asimilando ésta a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero. En este caso, el artículo 1177 llega a distinguir cuando lo que se promete es una obligación de medios o una de resultados (más allá de admitir o no en el plano teórico una distinción conceptual en este sentido).

Pero lo que en realidad hace el artículo 1177 es establecer de modo muy claro la regla por la cual resulta perfectamente posible contratar sobre bienes ajenos. Y es que, en principio y salvo los problemas respecto de los contratos de compraventa y permuta, no hay nada que realmente impida la celebración de contratos de tal naturaleza.

Como señala Guillermo Borda,²⁰⁹ “(...) (la) aplicación de esta regla es particularmente clara en el supuesto de que el contrato no signifique un compromiso de transferir el dominio; ningún inconveniente hay en que la cosa ajena pueda ser objeto de un contrato de locación, de depósito, de comodato, etc.”.

El citado autor agrega que “(...) inclusive es concebible la validez de un contrato de compraventa de una cosa ajena en algunos supuestos de excepción”.

Por su parte, el artículo 1178 establece lo siguiente:

Artículo 1178.- “El que hubiere contratado sobre cosas ajenas como cosas propias, si no hiciere tradición de ellas, incurre en el delito de estelionato, y es responsable de todas las pérdidas e intereses”.

La citada norma contempla el supuesto en el cual una de las partes contrata sobre cosas ajenas como si fueran propias. Para el caso se establece que si este contratante no hiciere tradición de las cosas, incurre en el delito de estelionato, siendo responsable, además, de todas las pérdidas e intereses.

Pero el artículo 1178 no es el único respecto de esta clase de contratos. También tenemos al numeral siguiente, el 1179:

Artículo 1179.- “Incurre también en el delito de estelionato y será responsable de todas las pérdidas e intereses quien

209. BORDA, Guillermo A. Manual de Contratos, Página 93.

contratarse de mala fe sobre cosas litigiosas, pignoradas, hipotecadas, o embargadas, como si estuviesen libres, siempre que la otra parte hubiese aceptado la promesa de buena fe”.

Esta norma también se refiere a algunos supuestos, distintos del de los contratos sobre bienes ajenos, sobre el delito de estelionato. Pero no es el caso ocuparnos de ella. Sin embargo, debemos puntualizar nuestra opinión en el sentido de que consideramos impropio que un Código Civil se ocupe de materias de índole penal.

Pero creemos conveniente, para terminar de tratar acerca de la regulación que en la Parte General de Contratos merecen en el Código Civil Argentino los contratos sobre bienes ajenos, que como señaláramos al principio, la redacción del artículo 1177 puede conducir a contemplar varios supuestos; más aún, si lo analizamos conjuntamente con el artículo 1178. En tal sentido, resulta ilustrativa la opinión del profesor Guillermo A. Borda,²¹⁰ quien señala que cuando el contrato sobre cosa ajena envuelve una promesa de entregarla, hay que distinguir tres supuestos:

- (a) El que ha prometido la cosa no garantizando el éxito de su promesa, caso en el cual sólo estará obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice, debiendo satisfacer, si la cosa no se entrega por su culpa, todos los daños y perjuicios consiguientes;
- (b) El que ha prometido la entrega de la cosa ajena garantizando su entrega. En este caso, si la cosa no se entrega aunque no mediara culpa de su parte, deberá la reparación de los daños;
- (c) Si el que prometió la entrega hubiera ocultado que la cosa no le pertenecía, en tal caso incurre en delito de estelionato y será responsable de todas las pérdidas e intereses.

El Código Civil Argentino constituye, en lo referente a la contratación sobre bienes ajenos, una excepción dentro del conjunto de Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica, ya que establece como regla general para todos los contratos, la posibilidad de contratar sobre las cosas ajenas.

210. BORDA, Guillermo A. Manual de Contratos, Página 93.

En este sentido, nos hace recordar la norma contenida en el artículo 1409, inciso 2 del Código Civil Peruano (sobre el artículo 1409, inciso 2 del Código nacional, nos hemos ocupado en dos trabajos anteriores, nuestros libros “Los Contratos Sobre Bienes Ajenos”, y “El Bien Materia del Contrato de Compraventa).

El Código Civil Argentino, materia de análisis, contiene el concepto del contrato de compraventa, en su artículo 1323, teniendo su carácter consensual.

Cuando trata acerca de la cosa vendida (artículo 1327) señala que pueden venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos, siempre que su enajenación no sea prohibida.

Sin embargo, contradiciendo el tenor de este último artículo y de los comentados numerales 1177 y 1178, el 1329 establece la prohibición de vender cosas ajenas, cuando señala lo siguiente:

Artículo 1329.- “Las cosas ajenas no pueden venderse. El que hubiese vendido cosas ajenas, aunque fuese de buena fe, debe satisfacer al comprador las pérdidas e intereses que le resultasen de la anulación del contrato, si éste hubiera ignorado que la cosa era ajena. El vendedor después que hubiese entregado la cosa, no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución de la cosa. Si el comprador sabía que la cosa era ajena no podrá pedir la restitución del precio”.

Este artículo ha sido materia de extensos comentarios por parte de los tratadistas argentinos. Nosotros tomaremos en primer lugar la opinión de Héctor Lafaille,²¹¹ quien señala que “La venta de cosas ajenas no es sino un caso especial del artículo 1177, que se refiere a los objetos de esta naturaleza como materia de los contratos en general. Bajo este aspecto constituye una excepción a la regla...”.

El propio Lafaille,²¹² considera que la nulidad de este tipo de venta tiene su fundamento en el objeto, de modo tal que la exclusión de la cosa ajena respondería a inconvenientes derivados de los bienes que se procura transmitir por este medio.

211. LAFAILLE, Héctor. Curso de Contratos. Página 38.

212. LAFAILLE, Héctor. Curso de Contratos, Página 39.

Pero analicemos los elementos del artículo 1329, bajo comentario:

- (a) Se establece como regla particular y privativa del contrato de compraventa, que las cosas ajenas no pueden venderse;
- (b) El que hubiese vendido cosas ajenas, aunque fuere de buena fe, deberá satisfacer al comprador las pérdidas e intereses que le resultasen de la anulación del contrato, siempre y cuando el comprador haya ignorado que la cosa era ajena;
- (c) El vendedor después que hubiese entregado la cosa, no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución de la primera cosa;
- (d) Si el comprador sabía que la cosa era ajena, no podrá pedir la restitución del precio.

Aparte del rasgo privativo que tiene el artículo bajo comentario y su carácter disímil respecto de la regla general (artículo 1177) debemos puntualizar que, a nuestro entender, el artículo 1329 contiene algunas deficiencias, tales como establecer que quien hubiese vendido un bien ajeno deberá responder siempre de los daños y perjuicios causados al comprador, aunque hubiese actuado de buena fe. Además esta norma, como sus similares en muchos otros Códigos Civiles, resulta incompleta ya que no establece la acción de daños y perjuicios para el vendedor que se ha visto perjudicado con un contrato de tales características.

Por lo demás, los supuestos o elementos (c) y (d) nos parecen razonables.

Sin embargo, extraña que a pesar del transcurso de los años, y de serios esfuerzos de reforma al respecto, no se haya variado aún el texto de este artículo, concordante con los primitivos conceptos que sobre el particular tuvieron los legisladores franceses del Código Napoleón.

Naturalmente, los comentaristas del Código Civil Argentino, coinciden en señalar el carácter relativo de dicha nulidad y los múltiples supuestos de excepción posibles de estar contenidos en la norma bajo comentario. El propio José

Olegario Machado²¹³ lo señalaba, recogiendo las palabras de Marcadé, de la siguiente manera:

“Sin duda que el acto es nulo respecto de él (el vendedor), pero no lo es completamente: el acto es nulo o inexistente como venta, como contrato traslativo de la propiedad, mas no lo es como contrato productivo de obligaciones...”.

Pensamos que no son los términos más afortunados, pero sin embargo es claro el propósito de las expresiones de José Olegario Machado.

En realidad, la redacción del artículo 1329, primer párrafo del Código Civil Argentino, es absolutamente contraria a lo que en él se quiso establecer.

Las excepciones son tan numerosas que la norma aludida se constituye en excepción y aquéllas en regla general.

Como anota Ernesto Clemente Wayar,²¹⁴ habría que completar la redacción del artículo 1329 a fin de darle su real significado, de la siguiente manera: “Las cosas ajenas no pueden venderse, cuando se las ofrece como si fueran propias”.

El criterio expresado por Wayar coincide con el recogido por el Proceso de Reforma al Código Civil, que culminó con la formulación del Proyecto de 1936, que analizaremos más adelante.

La segunda norma del Código Argentino sobre el contrato de venta de bien ajeno, es el artículo 1330:

Artículo 1330.- “La nulidad de la venta de cosa ajena, queda cubierta por la ratificación que de ella hiciere el propietario. Queda también cubierta, cuando el vendedor ulteriormente hubiese venido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida.”

Los elementos de esta norma son los siguientes:

- (a) La nulidad de un contrato de esta naturaleza, es susceptible de cubrirse por la ratificación que de ella hiciere el propietario;

213. MACHADO, José Olegario. Exposición y Comentario del Código Civil Argentino. Félix Lajuane Editor, Buenos Aires, 1889, Tomo IV, Página 189.

214. WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 206 y 207.

- (b) La nulidad de este contrato también puede salvarse cuando el vendedor, en forma ulterior a la celebración del contrato, hubiese venido a ser sucesor a título universal o singular de la cosa vendida.

Este artículo, destinado a subsanar la nulidad de la venta de lo ajeno, confronta las múltiples objeciones que sobre el particular formulamos en nuestros trabajos anteriores, cuando procedimos a analizar normas similares.

Es interesante observar que el Código Civil Argentino incluye, en la parte relativa a los bienes materia del contrato de compraventa, una norma que trata acerca de la venta de los bienes parcialmente ajenos. En este caso se trata de una norma que regula –a la vez– la venta de la totalidad de un bien pro indiviso por uno de sus copropietarios sin el consentimiento de los otros y, también, regula la venta de un bien parcialmente ajeno. El texto de esta norma es el siguiente:

Artículo 1331.- “La venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa indivisa, es de ningún efecto aun respecto a la porción del vendedor; pero éste debe satisfacer al comprador que ignoraba que la cosa era común con otros, los perjuicios e intereses que le resulten de la anulación del contrato”.

- Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936:

El Proceso de Reforma al Código Civil Argentino promovido en las décadas de 1920 y 1930, proponía cambios bastante importantes respecto de este tema. A diferencia del Código vigente, el Proyecto de 1936, en la Parte General de Contratos, no hacía mención a los bienes ajenos.

En lo relativo al contrato de compraventa se incluía el siguiente artículo:

Artículo 911.- “Será anulable la venta de un bien ajeno que se hiciere como propio. El comprador o el vendedor podrá pedir la anulación antes de la entrega, y aun después de ella, siempre que fueren de buena fe.

Cuando el enajenante hubiere procedido por error, se aplicará lo dispuesto en el artículo 145, si no mediare tradición. Verificada ésta, deberá indemnizarse con arreglo a lo dispuesto en el título décimo séptimo, capítulo II, del presente libro y sección”.

Cuando se trata del objeto de la compraventa, en el artículo 911 se señala que será anulable la venta de un bien ajeno que se hiciere como propio.

En este sentido, la redacción antes transcrita nos hace recordar las modificaciones que un sector de la doctrina plantea efectuar sobre el primer párrafo del artículo 1329 del Código Civil de dicho país, y que fueran citadas por Wayar, tal como señalamos al tratar acerca del mencionado cuerpo legal.

El aludido artículo 911 del Proyecto de Reforma de 1936 señala además que el comprador o el vendedor podrán pedir la anulación antes de la entrega, y aun después de ella, siempre que fueren de buena fe. Como vemos, este es uno de los pocos cuerpos normativos que otorgan expresamente al vendedor la facultad de ejercer alguna acción en este sentido.

Además se señala que cuando el enajenante hubiere procedido por error, se aplicará lo pertinente, si no mediare tradición del bien. Cabe resaltar, que este Proyecto de Código, contiene en el artículo bajo comentario, de manera expresa, la concepción que el vicio del cual está atacado el contrato de venta de bien ajeno en el cual una de las partes desconocía el carácter ajeno del bien, es el error, y éste, al ser uno de los vicios de la voluntad, acarrearía la anulación del contrato, acción que también se establece expresamente en la norma bajo comentario. Esta era una precisión positiva, que suscribimos, pero no se mencionaba al dolo, con lo que dicha precisión resultaba incompleta, al ser más frecuente el dolo que el error en la venta de bienes ajenos.

Por otra parte, el referido Proyecto también trataba sobre la venta de lo ajeno, en su artículo 912, norma cuyo texto era el siguiente:

Artículo 912.- "La nulidad de la venta de un bien ajeno, quedará cubierta con la ratificación del propietario, lo mismo que cuando el vendedor sucediere al primero, por título universal o singular."

El artículo 912 establece que la nulidad de la venta de bien ajeno puede quedar cubierta de dos maneras: con la ratificación del verdadero propietario, o cuando el vendedor del bien deviniese en sucesor a título universal o singular

del mismo. Creemos que debieron utilizarse en lugar de la palabra "nulidad", los términos "anulabilidad" o "vicio", ya que hubieran sido más congruentes con la naturaleza y contenido del artículo 911.

En el artículo 913 se contempla el caso de la venta de un bien parcialmente ajeno, pero en el supuesto específico de la copropiedad.

Creemos pertinente recordar que estas propuestas de reforma, que hubiesen sido positivas, nunca llegaron a plasmarse legislativamente.

- El Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina:

El referido Anteproyecto, elaborado por el Instituto de Derecho Civil del Ministerio de Justicia de la Nación, cuyo Director era el Doctor Jorge Joaquín Llambías, incluía una norma relativa a la venta de bienes ajenos, la misma que llevaba por sumilla "venta de cosa ajena". El texto de la mencionada norma era el siguiente:

Artículo 1100.- "Si se hubiese vendido una cosa ajena como propia, el comprador podrá demandar la resolución del contrato y el pago de los daños y perjuicios conforme a las normas del Título XI, Capítulo VI, del presente Libro, sin perjuicio de que el vendedor que haya padecido error, puede solicitar la anulación de la convención en los casos y bajo las condiciones que la ley autoriza.

Producida la evicción el comprador de mala fe sólo podrá demandar la devolución del precio, pero no los daños y perjuicios.

Si la cosa fuera parcialmente ajena, el comprador podrá demandar la resolución y los daños y perjuicios cuando deba entenderse, según las circunstancias, que no habría comprado sin aquella parte; pero podrá optar por el mantenimiento del contrato respecto de la parte indivisa de propiedad del vendedor, con disminución proporcional del precio".

- La Reforma de 1968:

El siguiente Proceso de Reforma, que concluyó positivamente en 1968, con la Ley 17.711, no introdujo modificación alguna al respecto.

- El Proyecto de Reforma de 1987:

Hace catorce años, la Argentina vivió un nuevo Proceso de Reforma. Concretamente en el año de 1987 fue publicado el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, aprobado, en ese mismo año, por la Cámara de Diputados de la Nación. Este Proyecto no se tradujo en Ley por veto presidencial.

Del mencionado Proyecto, nos interesan tres normas: los artículos 1323, 1325 y 1328:

Artículo 1323.- “Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra el dominio de una cosa, y ésta a pagar un precio en dinero”.

Artículo 1325.- “Pueden venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos, siempre que su enajenación no sea prohibida”.

Artículo 1328.- “Es válida la venta de cosa total o parcialmente ajena. El vendedor se obliga a transmitir o hacer transmitir su dominio al comprador”.

El artículo 1323 modifica –a nuestro entender, indebidamente– el concepto del contrato de compraventa. El Código Argentino -en su redacción actual- establece, en el artículo 1323, que habrá compraventa cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero. El artículo del Proyecto modifica al artículo vigente en cuatro aspectos: el vendedor no se obliga a transferir propiedad sino dominio; el comprador no se obliga a recibirla; respecto del precio, se ha creído conveniente eliminar la palabra “cierto”; y, por último, se cambia la nomenclatura del contrato, al dejar de llamarlo compraventa, para volver a la antigua denominación “compra y venta”.

El actual artículo 1327, relativo a las cosas que pueden venderse, establece que pueden enajenarse todas aquellas que pueden ser objeto de los contratos, aunque sean cosas futuras, siempre que su enajenación no sea prohibida, eliminándose una parte de dicha norma en el Proyecto.

El tratamiento que la venta de bienes ajenos recibe en el Código Argentino vigente (artículos 1329 a 1331), que tiene como regla general el que las cosas ajenas no puedan venderse (artículo 1329), es modificado sustancialmente en el Proyecto de 1987, por el artículo 1328, precepto que

establece su validez en el caso que el bien materia del contrato sea total o parcialmente ajeno. Se establece además, que el vendedor se obliga a transmitir o hacer transmitir su dominio al comprador. Esta norma nos parece buena, por su brevedad y la libertad contractual que plantea. Además, en su segundo párrafo, prevé como consecuencia de este contrato, que el vendedor se obligue a transferir, por él mismo, el derecho de propiedad (contrato de compraventa) o hacer transmitir su dominio al comprador por el verdadero propietario, supuesto que escaparía a la esfera del contrato de compraventa, para constituirse, a nuestro entender, en una aplicación legal a las consecuencias del contrato de compraventa, de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

- El Dictamen del Proyecto de Reforma de 1993:

A mediados del año 1993, la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, a través de la Comisión Oficial integrada por los Diputados Rodolfo M. Parente y César Arias, aprobó un Dictamen de Proyecto de Reforma al Código Civil.

Este Dictamen, si bien con algunas alteraciones en la numeración (artículos 1323, 1328 y 1331), recogía —en relación al tema que nos ocupa— las mismas propuestas modificatorias que el Proyecto de 1987, motivo por el cual hacemos de aplicación, **mutatis mutandis**, nuestros comentarios al respecto.

- Código Civil Nicaragüense de 1903:

Pasando a la legislación de otro país, el Código Civil Nicaragüense de 1903 regula también al contrato de venta de bien ajeno, en su artículo 2568. Esta norma, bastante extensa por cierto, tiene el texto siguiente:

Artículo 2568.- “Las cosas ajenas no pueden venderse. El que hubiese vendido cosas ajenas, aunque de buena fe debe satisfacer al comprador las pérdidas e intereses que le resultaren de la anulación del contrato, si dicho comprador hubiese ignorado que la cosa era ajena. El vendedor después que hubiese entregado la cosa, no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución de la cosa. Si el comprador sabía que la cosa era ajena, no podrá pedir la restitución del precio. La nulidad de la venta de cosa ajena es relativa; y por consiguiente, queda cubierta por la ratificación que de ella hiciere el propietario. Queda también

cubierta cuando el vendedor ulteriormente hubiese venido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida”.

Esta norma, a nuestro entender, presenta los siguientes elementos:

- (a) Se establece como regla general, que las cosas ajenas no pueden venderse;
- (b) Si el comprador hubiese desconocido que el bien era ajeno, al momento de la celebración de contrato, y hubiese sufrido daños y perjuicios, éstos deberán ser resarcidos por el vendedor, no interesando si éste hubiese actuado de buena o de mala fe;
- (c) El vendedor después de haber efectuado la entrega de la cosa no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución de la cosa;
- (d) Se establece expresamente que la nulidad de la venta de cosa ajena es relativa;
- (e) Como consecuencia de lo establecido en el punto anterior, el artículo deriva que por consiguiente, la nulidad queda cubierta por la ratificación que de ella hiciere el propietario;
- (f) Se establece, además, que queda también cubierta cuando el vendedor ulteriormente, al momento de la celebración del contrato, hubiese venido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida.

Qué mejor ejemplo que el Código Civil Nicaragüense de 1903, para graficar los temores respecto del contrato de venta de bien ajeno. Como vemos, en la primera parte de esta norma se señala de manera muy clara -y como regla general- que las cosas ajenas no pueden venderse, pero más adelante se precisa que la nulidad de la venta de cosa ajena no es absoluta sino relativa, como queriendo aclarar la discusión que generó el tema en Francia.

Esta norma establece, al igual que otros Códigos ya comentados, la obligación del vendedor de resarcir al comprador que desconocía el carácter ajeno del bien por los daños y perjuicios sufridos, no importando, para estos efectos, si el vendedor actuó de buena o de mala fe. Sin

duda alguna, como ya lo hemos dicho, normas de este corte son incompletas, en razón de que sólo otorgan la respectiva acción al comprador, mas no al vendedor; e injustas, por cuanto no distinguen las consecuencias derivadas de la buena o mala fe del vendedor al momento de la celebración del contrato. Una excesiva protección al comprador, en perjuicio, a nuestro criterio, injustamente, del vendedor.

Sin embargo, sí nos parece muy positivo que, aunque no en sentido afirmativo, sino por el argumento **contrario sensu**, podamos deducir que si después de haber efectuado la entrega de la cosa, el vendedor no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución del bien, el comprador está facultado para demandar la anulación del contrato, al igual que el comprador, en su caso, con las restricciones antes mencionadas.

Por último, en lo que respecta a la manera de salvar la nulidad relativa, que está contenida en el literal (e), seguimos manteniendo nuestras reservas, sustentadas en los argumentos mencionados oportunamente.

Sin embargo, respecto a la manera de subsanar la nulidad mencionada por nosotros con el literal (f), manifestamos considerarla procedente.

Además, el Código Civil Nicaragüense de 1903 regula en su artículo 2569 el supuesto de venta de un bien parcialmente ajeno, pero en el caso específico de la copropiedad:

Artículo 2569.- "La venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa indivisa, es de ningún efecto aún respecto a la porción del vendedor; pero éste debe satisfacer al comprador que ignoraba que la cosa era común con otros, los perjuicios e intereses que le resulten de la anulación del contrato.

Es aplicable a este caso lo dispuesto en el artículo que precede".

- Código Civil Venezolano de 1942:

De otro lado, el Código Civil Venezolano de 1942, también se pronuncia en el sentido de que el contrato de venta de bien ajeno es anulable (artículo 1483), si el comprador ignoraba que la cosa era de otra persona.

Esta norma también otorga a dicho comprador la acción para demandar al vendedor los respectivos daños y perjuicios causados.

Por último, establece que la nulidad de esta norma no podrá ser alegada nunca por el vendedor, precepto que, como ya hemos comentado en oportunidades anteriores, resulta insuficiente y arbitrario. Como también es insuficiente y arbitraria la norma que otorga acción de daños y perjuicios sólo al comprador, por las razones ya esgrimidas:

Artículo 1483.- "La venta de la cosa ajena es anulable, y puede dar lugar al resarcimiento de daños y perjuicios, si ignoraba el comprador que la cosa era de otra persona.

La nulidad establecida por este artículo no podrá alegarse nunca por el vendedor".

Aunque no es indispensable hacerlo, cabe puntualizar que el Código Civil Venezolano de 1942, respecto al tema tratado en estas páginas, no constituye ningún avance.

Por último, debemos señalar que la norma comentada no sufrió alteración alguna con el Proceso de Reforma que concluyó en el año de 1982.

- Código Civil Portugués de 1967:

Y llegamos al Código Civil Portugués de 1967. La Sección IV del Título del Contrato de compraventa regula lo relativo a la venta de bienes ajenos, entre los artículos 892 y 903, es decir, en más de diez normas, constituyendo el tratamiento más metódico y extenso que sobre el particular dé Código alguno. En adelante analizamos este tema:

Artículo 892.- "(Nulidad de la venta) Es nula la venta de bienes ajenos siempre que el vendedor carezca de legitimidad para realizarla; pero el vendedor no puede oponer la nulidad al comprador de buena fe, como no puede oponerla al vendedor de buena fe el comprador doloso".

En el artículo 892 se sanciona con nulidad la venta de los bienes ajenos, en el supuesto de que el vendedor carezca de legitimidad para hacerla. Esto resulta obvio, ya que — caso contrario— estaríamos en el supuesto de una venta realizada por alguien que es propietario del bien, o que está facultado para hacerla en virtud de un mandato o de una disposición legal.

Artículo 893.- “(Bienes ajenos como bienes futuros) La venta de bienes ajenos, no obstante, queda por esto, sujeta al régimen de la venta de bienes futuros si las partes los considerasen de esta calidad”.

El artículo 893 admite que el tratamiento aplicable a los bienes ajenos sea el dispuesto para los bienes futuros, en caso las partes los consideren de esta calidad. Pensamos que tal situación es contemplada en virtud de que el Código Portugués habría adoptado aquella teoría por la cual se entendería por bienes ajenos los que todavía no se encuentran en el patrimonio de una persona, incluyendo en éstos a los que pertenecen a terceros, los que no pertenecen a nadie y aquellos que aún no existen.

Artículo 894.- “(Restitución del precio)

1. Siendo nula la venta de bienes ajenos, el comprador que hubiera procedido de buena fe tiene derecho de exigir la restitución íntegra del precio, aunque los bienes hayan disminuido de valor por cualquier otra causa.
2. Pero, si el comprador hubiese obtenido provecho de la pérdida o disminución de valor de los bienes, será el provecho restado del monto del precio y la indemnización que el vendedor tenga que pagarle”.

En el artículo 894 se trata acerca de la restitución del precio, en caso el comprador hubiese procedido de buena fe. Esta restitución puede ser por el íntegro del precio, aunque por cualquier motivo los bienes hubiesen disminuido de valor. Sin embargo, si el comprador hubiera obtenido provecho de la pérdida mencionada, ésta se reduciría del monto que por concepto de indemnización el vendedor deba abonarle.

Esta norma es una muestra del rigor y la precisión del Código Portugués. Sin duda es equitativa, ya que hace referencia directa a una hipotética disminución de valor del bien e inclusive a los provechos que el comprador hubiese podido obtener del bien objeto del contrato de compraventa.

Artículo 895.- “(Consolidación del contrato) Luego que el vendedor adquiera por algún modo la propiedad de la cosa o del derecho vendido, el contrato se torna válido y dicha propiedad o derecho se transfiere para el comprador”.

El artículo 895 se refiere a la consolidación del contrato. Esta es una ficción jurídica, ya que como lo expresamos oportunamente, no pensamos que el hecho que acá se invoca, deba ser considerado como determinante para alterar la validez o invalidez de un contrato de tal naturaleza, a pesar de las razones de índole práctico que abonan esta teoría.

En virtud de la norma citada, el contrato que en virtud del artículo 892 es nulo, se convertiría en válido por el solo hecho de que el vendedor haya devenido en propietario de la cosa vendida. Además, se establece que la propiedad de este bien se transfiere para el comprador de un modo inmediato.

Artículo 896.- "(Casos en que el contrato no se consolida)

1. El contrato no adquiere, no obstante, validez, si entre tanto ocurre alguno de los siguientes hechos:
 - a) Demanda judicial de declaración de nulidad del contrato, formulada por uno de los contratantes contra el otro;
 - b) Restitución del precio o pago de indemnización; en todo o en parte, con aceptación del acreedor;
 - c) Transacción entre los contratantes, en la cual se reconozca la nulidad del contrato;
 - d) Declaración escrita, hecha por uno de los estipulantes al otro, de que no quiere que el contrato deje de ser declarado nulo.
2. Las disposiciones de las líneas (a) y (d) del numeral precedente, no perjudican lo dispuesto en la segunda parte del artículo 892".

El artículo 896 establece cuatro causales por las cuales el contrato no se consolida.

Justamente por cuanto no consideramos pertinente ni relevante esta propuesta, no haremos mayores comentarios al respecto.

Artículo 897.- "(Obligación de consolidación)

1. En caso de buena fe del comprador, el vendedor está obligado a salvar la nulidad de la venta, adquiriendo la propiedad de la cosa o derecho vendido.

2. Cuando exista una obligación tal, el comprador puede subordinar el no cumplimiento de ella, dentro del plazo que el tribunal fije, al efecto previsto en la línea (a) del numeral 1 del artículo anterior”.

El artículo 897 prevé que en el caso en el cual el comprador haya sido de buena fe, el vendedor estará obligado a efectuar lo necesario para lograr se cumpla el supuesto del artículo 895 (la consolidación del contrato), la que puede ser considerada por nosotros como una norma de economía contractual.

Artículo 898.- “(Indemnización en caso de dolo) Si uno de los contratantes hubiese procedido de buena fe y el otro dolosamente, el primero tiene el derecho a ser indemnizado, en los términos generales, de todos los perjuicios que no hubiese sufrido si el contrato fuese válido desde el comienzo o no hubiese sido declarado conforme venga o no a ser salvada la nulidad”.

El artículo 898 establece que si uno de los contratantes hubiese actuado dolosamente, deberá indemnizar al otro por los perjuicios que no hubiera sufrido de ser válido el contrato desde el comienzo, o no hubiese sido celebrado conforme venga o no a ser salvada la nulidad.

De todos los Códigos y Proyectos de Códigos Civiles consultados, el Portugués de 1967, bajo comentario, es el único que otorga la acción de daños y perjuicios, para cualquiera de los contratantes que los hubiese sufrido en razón del actuar doloso del otro u otros contratantes. El resto de Códigos circunscriben dicha acción al comprador que desconocía el carácter ajeno del bien al momento de la celebración del contrato y, teniendo de la otra parte, a un vendedor que en algunos casos podía ser doloso, o inclusive, en otros, no interesaba si lo era o no, con lo que se abría la puerta a múltiples injusticias. En el caso del Código Portugués, como vemos, responderá sólo el contratante que hubiese actuado dolosamente, y cuando haya causado daños y/o perjuicios a la otra parte.

El artículo 898 establece dos supuestos de indemnización por la no convalidación de la venta. Y el artículo 901 contempla el supuesto de garantía del pago de mejoras:

Artículo 901.- “(Garantía del pago de mejoras) El vendedor es garante solidario del pago de las mejoras que deben ser

reembolsadas por el dueño de la cosa al comprador de buena fe”.

Artículo 902.- “(Nulidad parcial del contrato) Si los bienes fueren sólo parcialmente ajenos, el contrato vale en la parte restante por aplicación del artículo 292. Se deben observar las disposiciones anteriores en cuanto a la parte nula y reducirse proporcionalmente el precio estipulado”.

El artículo 902 establece el caso de nulidad parcial del contrato en virtud de que sólo una fracción y no la totalidad del bien vendido fuese ajena, debiendo reducirse el precio estipulado a la porción del bien que fuese propia.

Este artículo recoge el caso del contrato de venta de un bien parcialmente ajeno, y es positivo el hecho de que no restrinja la aplicación del supuesto a los casos de venta de bienes sujetos al régimen de copropiedad; ya que como hemos visto cuando tratamos acerca del contrato mencionado en nuestro Código Civil vigente, existe, por lo menos, un caso adicional que, de adoptarse dicha restricción, quedaría excluido.

Es pertinente la norma de remisión a lo dispuesto por el artículo 292, precepto que establece que “la nulidad o anulación parcial no determina la invalidez de todo el negocio, salvo cuando se demuestre que éste no hubiere sido concluido sin la parte viciada”.

El inciso 1 del artículo 903 establece que lo dispuesto en el artículo 894, en el inciso 1 del artículo 897, en el artículo 899, en el inciso 1 del artículo 900 y en el artículo 901, admite pacto en contrario, excepto si el contratante a quien beneficiase la convención hubiera actuado con dolo, y el otro estipulante, de buena fe. El inciso 3 de este artículo señala que las cláusulas por las que se pacten en contrario de las normas antes citadas, son válidas, sin perjuicio de la nulidad del contrato de compraventa en el que se encuentren insertas, si la nulidad procede de la ilegitimidad del vendedor en los términos de la Sección que contiene a estos artículos.

3.3. La anulabilidad según el Proyecto de Código Civil de Andrés Bello y los Códigos Civiles que lo tomaron como modelo.

A pesar de ser susceptible de analizarse dentro del grupo de Códigos Civiles tratados cuando vimos el Sistema de la Nulidad Relativa, pues tiene este carácter, hemos optado por estudiar separadamente, dadas sus

peculiares características e importancia, a un grupo de Códigos Civiles que, en lo que respecta al tema en estudio, hemos optado en denominar como “la Corriente de Andrés Bello”. Veamos por qué.

Sin duda alguna, en lo que respecta al ámbito latinoamericano, influyó de gran manera en el proceso codificador de este Continente el Proyecto de Código Civil elaborado por el insigne intelectual venezolano Andrés Bello. Este Proyecto, que contenía tres normas acerca del contrato de venta de bien ajeno, los artículos 1995, 2003-A y 2003-B, fue fuente para la elaboración de los Códigos Civiles Chileno (1857), Uruguayo (1868), Colombiano (1873), Venezolano (1880) y Ecuatoriano (1887). También tuvo notable influencia sobre el Código Civil Panameño de 1917.

Analicemos por qué es importante la corriente creada por el Proyecto de Andrés Bello.

El Proyecto Bello fue, hasta donde tenemos conocimiento, el primer Proyecto de Código Civil de América Latina (y no podemos asegurar si más allá de nuestro Continente), que establece de manera expresa que el contrato de venta de bien ajeno puede ser un contrato perfectamente válido. Este Proyecto de Código señalaba, en su artículo 1995, que la venta de la cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida. El Código Civil Chileno recogió esta norma en su artículo 1815, pero con el agregado de que no se extingan por el paso del tiempo. El Código Civil Uruguayo recoge esta norma en su artículo 1669, pero concluye el artículo señalando que esta venta vale, mientras “no se extinga por la prescripción”. Los Códigos Colombiano y Ecuatoriano optan por similar conclusión que el Código Civil Chileno, en sus respectivas normas (los artículos 1871 y 1781).

Respecto de este último Código, Barros Errázuriz²¹⁵ señala que “La razón de esta disposición es que nuestra ley, siguiendo la tradición del Derecho Romano, considera la compraventa como un título que produce obligaciones y que confiere un derecho personal para exigir la entrega; pero el contrato no produce el cambio de dominio, el cual sólo se opera una vez efectuada la entrega o tradición, que es el modo de adquirir”.

Alessandri y Somarriva²¹⁶ comparten los conceptos vertidos por Barros, señalando que como consecuencia del artículo 1815, no podría decirse que para que la compraventa sea válida, se requiera que la cosa vendida sea de propiedad del vendedor. Este autor encuentra la razón de esta disposición, en que según la legislación chilena la compraventa por sí sola

215. BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. Curso de Derecho Civil. Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1921, Tomo II, Página 371.

216. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Op. cit., Tomo IV, Páginas 372 a 374.

no transfiere el dominio, sino que solamente es un título que habilita para adquirirlo.

El Proyecto de Código Civil de Andrés Bello, en el artículo 2003-A, señala que la venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador el dominio de ella desde la fecha de la venta. Esta norma fue adoptada íntegramente por el Código Chileno, en el artículo 1818. Lo propio ocurre con el primer párrafo del artículo 1681 del Código Civil Uruguayo, artículo 1874 del Código Civil Colombiano y el artículo 1785 del Código Civil Ecuatoriano. Según Alessandri y Somarriva, comentando el mencionado artículo 1815 del Código Chileno, a través de esta norma, la venta de cosa ajena produce amplios efectos, como si en realidad fuera de cosa propia. Sin embargo, mantenemos nuestras críticas formuladas en páginas anteriores, cuando nos referimos a normas de la misma naturaleza en Códigos Civiles de otros países.

La tercera y última norma que contiene el Proyecto de Andrés Bello respecto a la venta de bienes ajenos, es el artículo 2003-B, relativo a la consolidación de la propiedad, en el caso de haberse vendido bienes del mencionado carácter. En tal sentido, la aludida norma señala que vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la venta. Esta norma tiene un segundo párrafo que señala que por consiguiente, si el vendedor le vendiere a otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio de ella en el primer comprador. El artículo 2003-B del Proyecto Bello tuvo su primera materialización legislativa a través del artículo 1819 del Código Civil Chileno. Posteriormente, el Código Civil Uruguayo, recogió, aunque no en los mismos términos, el aludido principio, en la segunda parte del artículo 1681. El Código Civil Colombiano repite la norma original en su artículo 1875. El Código Civil Ecuatoriano sólo adopta una parte de la norma, concretamente el primer párrafo de la misma, a través de su artículo 1786.

Sin duda alguna, el artículo 2003-B del Proyecto Bello, bajo análisis, es una norma importante, relativa a la consolidación de la propiedad. Es un precepto de avanzada para la época en que se promulgó, y que podríamos calificar como de "economía contractual".

Es interesante observar que el Código Civil Panameño de 1917 también recogió el principio trazado por el artículo 1995 del Proyecto Bello, específicamente, con la redacción del artículo 1815 del Código Civil Chileno, esto, en el artículo 1227. Sin embargo, la norma panameña señala que la venta de bien ajeno es nula para el caso de los bienes inmuebles.

Algo que presentimos, es que esta excepción se debe al sistema de transferencia de propiedad panameña respecto de los bienes inmuebles,

con lo cual, de ser así, ese Código estaría retrocediendo conceptualmente, en más de un siglo respecto al particular.²¹⁷

- Proyecto de Código Civil Colombiano:

Antes de terminar el estudio de los países que siguieron el modelo del Proyecto Bello, cabe señalar que existe un reciente Proyecto de Reforma al Código Civil Colombiano (de la década de 1980), que se

217. Las normas a que hemos hecho referencia, al tratar acerca de la Corriente de Andrés Bello, son las siguientes:

- Proyecto de Código Civil elaborado por Andrés Bello:

Artículo 1995.- "La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida".

Artículo 2003-A.- "La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador el dominio de ella desde la fecha de la venta".

Artículo 2003-B.- "Vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la venta. Por consiguiente, si el vendedor la vendiere a otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio de ella en el primer comprador".

- Código Civil Chileno:

Artículo 1815.- "La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo."

Artículo 1818.- "La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta".

Artículo 1819.- "Vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición. Por consiguiente, si el verdadero propietario la vendiere a otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio de ella en el primer comprador".

- Código Civil Uruguayo:

Artículo 1669.- "La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por la prescripción".

Artículo 1681.- "La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta.

Lo mismo sucede si el vendedor adquiere el dominio de la cosa ajena después de entregada al comprador, y por consiguiente si el vendedor la vendiere a otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio de ella transferido al primer comprador".

- Código Civil Colombiano:

Artículo 1871.- "La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo".

Artículo 1874.- "La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta".

Artículo 1875.- "Vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición. Por consiguiente, si el vendedor la vendiere a otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio de ella en el primer comprador".

- Código Civil Ecuatoriano:

Artículo 1781.- "La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el transcurso del tiempo".

Artículo 1785.- "La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal, desde la fecha de la venta".

Artículo 1786.- "Vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mira al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición".

- Código Civil Panameño de 1917:

Artículo 1227.- "La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso del tiempo.

Tratándose de bienes inmuebles, la venta de cosa ajena es nula".

aparta –respecto del contrato de venta de bien ajeno– de la redacción del Código vigente, pero que continúa considerando válida entre las partes una convención de estas características. Ello puede ser observado de la lectura del artículo 629 del mencionado Proyecto.

Artículo 629.- “La venta de cosa ajena es inoponible al propietario de la misma, salvo que medie su ratificación.

Quien a sabiendas vende cosa ajena y se encontraba en imposibilidad de adquirirla, debe indemnizar al comprador los perjuicios que sufra”.

3.4. Códigos Civiles que consideran a la venta de bien ajeno como un contrato resoluble.

El criterio que considera al contrato de venta de bien ajeno como susceptible de resolución por incumplimiento tiene larga data en doctrina, a pesar de que recién se plasmó legislativamente en el Código Civil Italiano de 1942.

Sostiene Colmet de Santerre, precursor de esta doctrina,²¹⁸ lo siguiente:

“La venta es, ante todo, un contrato que pone a cargo del vendedor la obligación de transferir la propiedad de la cosa vendida al comprador; sin duda cuando el vendedor es propietario de esta cosa, si está en un cuerpo cierto, la transferencia de propiedad tendrá lugar inmediatamente (...) de ahí que nada se opone a que la venta no pueda tener por objeto la cosa ajena, no hay aquí nada de ilícito, ni nada de imposible. Solamente, cuando ello es así, si el vendedor no ejecuta su obligación de transferir inmediatamente la propiedad del objeto vendido al comprador, este tiene el derecho de demandar la resolución de la venta por causa de inejecución de la obligación. Es así como la venta de cosa ajena es, no nula, sino resoluble”.

Esta opinión no es recogida por ningún otro autor.²¹⁹

Foignet señala que Colmet de Santerre estaba equivocado por confundir en su razonamiento la venta y la transferencia de la propiedad de los bienes. Laurent califica su posición de “inadmisibles”, ya que “el término nulo (en el que se incluye a las nulidades absoluta y relativa) no significa jamás ‘resoluble’”, señalando que hay que “tomar la ley tal cual ella es”.

Crítica similar formula al respecto Jossierand²²⁰ cuando señala que “Tal opinión choca directamente con el texto del artículo 1599, que establece la nulidad y no la resolución de la venta de la cosa ajena; no cuadra con las soluciones jurisprudenciales que indicaremos más adelante, ni con los

218. COLMET DE SANTERRE. Citado por FOIGNET, René. Op. cit., Tomo I, Página 420.

219. FOIGNET, René. Op. cit., Tomo I, Página 417; y LAURENT, François. Op. cit., Tomo III, Página 108.

220. JOSSIERAND, Louis. Op. cit., Tomo II, Volumen II, Página 25.

efectos que la ley hace producir a la venta de la cosa ajena, que constituye sobre todo un justo título para la usucapión de diez a veinte años y juega así un papel que no podría tener un título resuelto”.

Esta opinión también es compartida por los Mazeaud,²²¹ cuando expresan que “En verdad, si el legislador no hubiera establecido ninguna disposición relativa a la venta de la cosa ajena, el comprador tendría derecho a pedir la resolución judicial. Pero, precisamente, el artículo 1599 sanciona la imposibilidad de la transmisión, y no la sanciona con la resolución judicial, sino con la nulidad, lo cual es muy diferente”.

Para concluir los comentarios sobre esta corriente de opinión, consideramos necesario citar las cuatro razones que Baudry-Lacantinerie²²² da para refutarla:

- “(1) La resolución que se ha llamado una nulidad, no puede ser demandada más que por el comprador (argumento del artículo 1184);
- (2) La acción que la ley atribuye a este efecto dura 30 años: esta es la duración normal de las acciones de resolución;
- (3) La resolución no existe más que cuando ha sido pronunciada por la Justicia, la que puede acordar una prórroga al vendedor para ejecutar su obligación (argumento del artículo 1184);
- (4) Si el vendedor deviene propietario antes de que la resolución haya sido pronunciada, la propiedad pasa inmediatamente al comprador quien ya no podrá más, obtener la resolución (argumento del artículo 1138)”.

De los Códigos Civiles consultados, existen tres: el Código Civil Italiano de 1942, el Código Civil Boliviano de 1976 y el Código Civil Paraguayo de 1987, que optan por el Sistema de la Resolución del contrato de venta de bien ajeno.

Este sistema creado, hasta donde conocemos, por el primero de los Códigos citados, tiene sus más remotos orígenes doctrinarios en la discusión que sobre el carácter de la nulidad del artículo 1599, se dio en Francia. Para ello, se pueden recordar los conceptos y las críticas que Foignet formula a Colmet de Santerre, único defensor en ese entonces de este criterio.

- Código Civil Italiano de 1942:

El Código Italiano de 1942 regula, en sus artículos 1478 a 1480, los supuestos de venta de un bien total y parcialmente ajeno. Sin duda

221. MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Parte III, Volumen III, Página 92.

222. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. Op. cit., Tomo III, Página 95

alguna, este Código Civil ha influido mucho en las normas correspondientes al contrato de compraventa en el Código Civil Peruano de 1984, motivo por el cual ya hemos comentado algunos aspectos respecto de aquél cuando tratamos acerca de este último.

Acercas del artículo 1478 del Código Italiano, no vamos a precisar mayores términos, ya que fue ampliamente desarrollado en la mencionada parte relativa al Código Civil Peruano de 1984. Sin embargo, recordaremos aquella norma, sumillada como "Venta de cosa ajena":

Artículo 1478.- "Venta de cosa ajena. Si en el momento del contrato la cosa debida no era de propiedad del vendedor, éste está obligado a procurar su adquisición al comprador.

El comprador se convierte en propietario en el momento en que el vendedor adquiere la propiedad del titular de ella".

Esta norma tiene los siguientes supuestos y consecuencias:

- (a) Se celebra un contrato de compraventa;
- (b) El bien objeto de la prestación en que consiste la obligación de dar del vendedor, es un bien ajeno;
- (c) El vendedor está obligado a procurar la adquisición de dicho bien al comprador;
- (d) El comprador se convierte en propietario en el momento en que el vendedor adquiere la propiedad del titular de ella.

El artículo siguiente (1479), está sumillado como "Buena fe del comprador":

Artículo 1479.- "Buena fe del comprador. El comprador puede pedir la resolución del contrato si, cuando lo ha concluido ignoraba, que la cosa no era de propiedad del vendedor y si entretanto el vendedor no le ha hecho adquirir su propiedad.

Salvo lo dispuesto por el artículo 1223, el vendedor está obligado a restituir al adquirente el precio pagado, aun cuando la cosa disminuya de valor o se deteriore; debe además reembolsarle los gastos y los pagos hechos legítimamente por el contrato. Si la disminución de valor o el deterioro derivan de un hecho del comprador, del monto indicado se debe detraer la utilidad que el comprador ha obtenido.

El vendedor está obligado además a reembolsar al comprador los gastos necesarios y útiles hechos para la cosa y, si era de mala fe, también los gastos suntuarios".

El artículo antes transcrito tiene los siguientes elementos:

- (a) Se presume la existencia de un contrato de venta de bien ajeno, de acuerdo a las características del artículo 1478;
- (b) El comprador puede pedir la resolución del contrato si, cuando lo ha concluido, ignoraba que la cosa no era de propiedad del vendedor y, si entretanto, el vendedor, no le ha hecho adquirir su propiedad;
- (c) Salvo lo dispuesto en el artículo 1223, el vendedor está obligado a restituir al adquirente el precio pagado, aun cuando la cosa disminuya de valor o se deteriore;
- (d) El vendedor está obligado a restituir al adquirente los gastos y los pagos hechos legítimamente por el contrato;
- (e) Si la disminución de valor o el deterioro derivan de un hecho del comprador, del monto indicado se debe detraer la utilidad que el comprador ha obtenido;
- (f) El vendedor también está obligado a reembolsar al comprador los gastos necesarios y útiles hechos para la cosa, siendo indiferente si el vendedor ha actuado con buena o mala fe.
- (g) Si el vendedor hubiese actuado de mala fe, también deberá reembolsar los gastos suntuarios efectuados por el comprador respecto del bien.

Consideramos que de todos los elementos que contiene el artículo bajo comentario, el más importante es el segundo, ya que es aquél que introduce el sistema de la resolución del contrato. Esta resolución, puede ser interpuesta por el comprador que desconocía el carácter ajeno del bien y si entretanto el vendedor no le ha hecho adquirir la propiedad de dicho bien. Para el Sistema Italiano, el vicio que se señala, afecta o ataca a un contrato de venta de bien ajeno consiste en la imposibilidad del vendedor de efectuar la transferencia de propiedad del bien al comprador, o más concretamente el hecho objetivo de que dicha transferencia no se ha producido. Para ilustrar esta posición citaremos a Messineo,²²³ quien señala, refiriéndose al artículo bajo comentario, lo siguiente:

“Por el contrario, si el comprador (aún culposamente) ignoraba en el momento de la conclusión de la venta (el conocimiento posterior no le perjudica: artículo 1147, tercer apartado) el carácter ajeno de la cosa, tiene derecho a la resolución del contrato (artículo 1479, primer

223. MESSINEO, Francesco. Derecho Civil y Comercial, Tomo V, Página 61.

apartado), en cuanto él no consigue (hecho sobrevenido) la propiedad de la cosa, que es, para él, la finalidad principal de la compra”.

El Sistema Italiano se caracteriza por establecer expresamente la acción mencionada en favor del comprador y en el supuesto ahí señalado y, de este modo, surgiría la interrogante de si otorgando la acción de resolución, y correspondiendo ésta, que por su naturaleza se deriva de un hecho sobreviniente al momento de la celebración del contrato, cabría la posibilidad de demandar la acción de anulabilidad del acto jurídico, derivado del hecho que alguno de los contratantes incurrió, ya sea en error o en dolo, como vicios de la voluntad, por desconocer que el bien no era de propiedad del vendedor.

Consideramos que esta interrogante admite discusión y, que de optar por el criterio negativo, se estaría limitando, de manera arbitraria, la acción (en este caso, sólo la de resolución del contrato) al comprador, no contemplándose para el vendedor el ejercicio de ninguna acción. Éste es el riesgo del Sistema de la Resolución. Nosotros consideramos más amplio prever también la anulabilidad del acto.

Pero, sin embargo, cabe señalar que el Sistema de la Resolución tiene algo positivo. Al otorgarse al comprador la acción de resolución por el simple hecho objetivo de que el vendedor ha incumplido con efectuar la transferencia de propiedad del bien, éste se constituye en un elemento objetivo de muy fácil probanza, lo que contrasta con la prueba del error o del dolo. Pero no por esta consideración creemos que la posición que respaldamos deje de tener también solidez técnica, por razones similares a las que expusimos cuando tratamos acerca de la rescisión en el Código Civil Peruano de 1984.

El Sistema de la Resolución del Contrato resulta incompleto, ya que regula, exclusivamente, las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien. No precisa el vicio y la acción correspondiente al contrato de venta de bien ajeno en el que una o las dos partes contratantes desconocían el carácter ajeno del bien.

Por lo demás, respecto de los otros elementos del artículo bajo comentario, debemos señalar que este Código incurre en las mismas omisiones de muchos otros, en el sentido de sólo prever para una de las partes la obligación de restituir los pagos y gastos hechos por la otra, en razón legítima del contrato, olvidando que puede darse el supuesto de que sea la otra parte la que incurra en ellos.

La tercera y última norma que trata sobre el contrato de venta de bien ajeno en el Código Civil Italiano de 1942, es el artículo 1480, que regula el supuesto y consecuencias de la compraventa de un bien parcialmente ajeno de su vendedor:

Artículo 1480.- “Venta de cosa parcialmente ajena: Si la cosa que el comprador consideraba de propiedad del vendedor era sólo en parte de propiedad ajena, el comprador puede pedir la resolución del contrato o el resarcimiento del daño a tenor del artículo anterior, cuando deba considerarse según las circunstancias, que no habría adquirido la cosa sin aquella parte de la que no ha llegado a ser propietario, igualmente puede obtener sólo una reducción del precio además del resarcimiento del daño”.

Consideramos que los elementos de esta norma son suficientemente claros, motivo por el cual nos limitaremos a señalarlos:

- (a) Se celebra un contrato en el cual el bien objeto de la prestación que es materia de la obligación de dar del vendedor es parcialmente ajeno;
- (b) El comprador, según el supuesto del artículo 1479, está facultado para demandar la resolución del contrato o el resarcimiento del daño, cuando deba ser considerado, según las circunstancias, que no habría adquirido la cosa sin aquella parte de la que no ha llegado a ser propietario;
- (c) El comprador, igualmente, podrá obtener sólo una reducción del precio, además del resarcimiento del daño.

- Código Civil Boliviano de 1976:

Otro Código Civil que opta por el Sistema de la Resolución, es el Código Civil Boliviano de 1976. Este cuerpo legislativo contiene tres normas respecto de los bienes ajenos, los artículos 596, 597 y 598.

El artículo 596 sanciona con resolución la venta de los bienes ajenos, si el comprador, al momento de la venta, ignoraba que la cosa tenía tal condición. Se exceptúa el caso en el cual el vendedor antes de la demanda, hubiese hecho adquirir tal calidad al comprador.

Este artículo establece, además, las consecuencias de los casos en los cuales el incumplimiento se deba o no a culpa del vendedor. Además se establece la obligación del vendedor de restituir los gastos útiles y necesarios (mejoras) hechos en el bien y aun los suntuarios si es que hubiese actuado de buena fe.

Para el caso de venta de un bien ajeno, se da al comprador una opción entre solicitar la resolución del contrato o el resarcimiento del

daño, si es que de acuerdo a las circunstancias de celebración del contrato, el comprador no hubiera adquirido la cosa sin la parte de la cual no ha llegado a ser propietario.

Si de acuerdo a las circunstancias resultase lo contrario, el comprador sólo podrá, además del resarcimiento, solicitar la reducción del precio pactado:

Artículo 598.- "(Conocimiento del carácter ajeno de la cosa) Si el comprador sabía que la cosa era ajena, sólo puede pedir la restitución del precio cuando no se había convenido en que la venta es a su riesgo y peligro".

El artículo 598 establece una norma bastante particular en lo que se refiere al tratamiento de los bienes ajenos. En virtud de ella se establece que si el comprador tenía conocimiento del carácter ajeno de la cosa, sólo puede pedir la restitución del precio cuando no se había convenido en que la venta era a su riesgo y peligro. Esta norma resulta sumamente interesante ya que es la primera vez (dentro de lo que tenemos conocimiento) que un Código que admite la validez de la venta de los bienes ajenos reduce un problema que en otros Códigos resulta complicado de manera innecesaria, a una fórmula tan sencilla como la que comentamos: simplemente este Código concluye —en otras palabras— en que la venta de bien ajeno en estricto es un contrato perfectamente válido, pues nada obsta para que una persona compre un bien que él y el vendedor conocen perfectamente que es ajeno; y que como consecuencia de la celebración de este acto, y producto de la absoluta o relativa inseguridad contractual que él ofrece, se vea sujeto a los avatares del mismo; pero podría dar lugar a la comisión de ciertas injusticias, como hemos visto en páginas anteriores de este trabajo. El Código Civil Boliviano acuerda que si es que las partes no hubiesen convenido en que la venta es a riesgo y peligro del comprador, éste podrá solicitar la restitución del precio. De lo contrario no podrá hacerlo.

La redacción de la última parte del artículo bajo comentario nos hace recordar el tratamiento legislativo que dan muchos Códigos a la llamada "compraventa de esperanza incierta". Sin duda alguna, la opción tomada por el legislador boliviano nos parece novedosa.

- Código Civil Paraguayo de 1987:

El Código Civil latinoamericano más reciente que contempla el Sistema de la Resolución, es el Código Civil Paraguayo de 1987, el mismo que regula al contrato de venta de bien ajeno en sus artículos 743 a 745.

El artículo 743 señala, como regla general, que los bienes ajenos pueden ser materia de este contrato.

Se establece además, que si al momento de la contratación el bien era ajeno, el vendedor está obligado a procurar su adquisición al comprador. Esta redacción pareciera dar a entender que se está estableciendo la obligación alternativa del vendedor de transferir él mismo la propiedad del bien o hacer que éste llegue a ser de propiedad del comprador por otra vía, la que podría consistir en un contrato que el propietario celebre respecto de aquél. Además se establece que el comprador adquirirá el dominio del bien en cualquiera de estos dos casos cuando el verdadero propietario ratifique su consentimiento a dicha venta, o cuando el vendedor devenga en sucesor del bien materia del contrato.

Con respecto a la interpretación que hemos señalado, referente a una probable obligación alternativa que surgiría del texto del artículo bajo comentario, esta norma nos hace recordar la última parte del artículo 1478 del Código Civil Italiano, cuyos elementos mencionamos en páginas anteriores.

En el artículo 744 se concede al comprador la posibilidad de demandar la resolución del contrato si al momento de su celebración ignoraba que el bien era ajeno y además con posterioridad a su celebración, el vendedor no le ha hecho adquirir su propiedad en virtud de cualquiera de las posibilidades establecidas en el primer párrafo del artículo 743.

Sin duda alguna, el artículo bajo comentario es prácticamente una transcripción del texto del artículo 1479 del Código Civil Italiano de 1942, predecesor del Sistema de la Resolución del contrato de venta de bien ajeno, razón por la cual le son de aplicación nuestros comentarios al respecto. Éstos también son extensivos a todo el contenido del artículo 744, ya que como veremos en el párrafo siguiente, se repite casi de manera textual la norma del mencionado Código europeo.

De darse el supuesto de la primera parte del artículo 744, el vendedor estará en la obligación de devolver al comprador el precio, si es que éste hubiese sido pagado, independientemente del estado actual de la cosa, además de los gastos legítimos hechos en razón del contrato, deduciendo éstos de la utilidad obtenida por el comprador, si la disminución del valor o el deterioro del bien son resultado de una acción culposa de éste.

Por último, se señala que el vendedor debe reembolsar además los gastos útiles y necesarios hechos en la cosa y, si era de mala fe, aun los gastos hechos en mejoras suntuarias.

La única diferencia entre ambas normas (la paraguaya y la italiana), es que el Código latinoamericano sistematiza mejor, en tres incisos, al mencionado artículo.

El artículo 745 contempla el caso de la venta de un bien parcialmente ajeno. Para éste, en el supuesto de haber actuado el comprador creyendo que el bien era de propiedad del vendedor, se le otorga la facultad de demandar la resolución del contrato y la indemnización correspondiente, en los términos establecidos por el artículo 744, pero sólo en el caso en que la parte que no era de propiedad del vendedor hubiese sido determinante para la contratación. Del artículo bajo comentario, también puede deducirse, que de no ser fundamental, el comprador sólo podrá obtener una reducción del precio y el resarcimiento del daño.

Esta norma también es copia casi textual del artículo 1480 del Código Civil Italiano.

3.5. Códigos Civiles que se abstienen de pronunciarse sobre el tema de la venta de bien ajeno.

Por otra parte, tenemos a un grupo de Códigos Civiles que no incluyen norma alguna acerca del contrato de venta de bien ajeno, al que hemos denominado como "El Sistema Abstencionista". En dichos países, en ciertos casos, ha resucitado la vieja discusión francesa. Nosotros vamos a efectuar un rápido vistazo a dichos cuerpos legislativos en lo que respecta al particular.

El Código Civil Austriaco de 1811 no contiene normas respecto de los contratos sobre bienes ajenos, en cada uno de los contratos nominados a los que otorga tratamiento.

El Código Civil Español regula al contrato de compraventa a partir de su artículo 1445. En lo que a éste concierne, no contiene norma alguna respecto del contrato de venta de bien ajeno. Esta ausencia, sin duda, generó polémica entre los comentaristas de ese cuerpo legislativo. De un lado tenemos a quienes consideraban a esta venta como nula, como es el caso de Modesto Falcón,²²⁴ quien señala lo siguiente:

"La venta de cosas ajenas es nula, porque nadie puede transmitir un dominio que no le pertenece, mas con todo esta venta produce ciertos efectos entre vendedor y comprador, según los casos. Si sabía el comprador que el vendedor no era dueño de lo que vendía, cuando se vea obligado a restituir a su legítimo dueño las cosas que compró, no tendrá derecho a reclamar la restitución del precio más que en el

224. FALCÓN, Modesto. Op. cit., Tomo IV, Página 200.

caso concreto de que el vendedor se hubiera obligado a la evicción. Si ignoraba el comprador que el vendedor no era dueño de lo que le vendía, tendrá en todo caso derecho a que le reintegre el precio y abonen además los daños y perjuicios. La presunción de ignorancia ampara al comprador, porque es regla general de derecho que la buena fe se presume, mientras no conste lo contrario.

Si el primitivo comprador de una cosa careció de buena fe, porque sabía que no era del vendedor, este hecho, como personal, sólo a él le perjudica; los que después adquieran por título legal aquella cosa, pueden prescribirla. Si una cosa ajena se vende y el comprador toma posesión de la misma, habrá de restituirla a su dueño, pero si vuelve a poder del vendedor por cualquier título legal, y éste la vuelve a vender, el primer comprador tiene un derecho preferente sobre el segundo. Lo contrario sucederá, si uno vende a otro cosa ajena y después la vende también su legítimo dueño, el segundo comprador tiene un derecho preferente sobre el primero, porque su título procede del dueño legítimo”.

La opinión contraria es sostenida por Colin y Capitant,²²⁵ quienes señalan que “En el Derecho Español la compraventa (...) no es traslativa de propiedad, sino productora de obligaciones. De ahí que no sea condición esencial, para que la compraventa produzca los efectos que le son propios, que la cosa vendida pertenezca al comprador. Aunque no le pertenezca, nacerá para él la obligación de entregarla y, caso de que no realice la entrega, la obligación de indemnizar daños y perjuicios”.

Pero este es un tema superado en España, tal como manifiesta uno de los más renombrados modernos tratadistas de ese país, Manuel Albaladejo²²⁶, quien se pronuncia, dentro de lo que significa un mayoritario criterio doctrinal, por la validez de la venta de la cosa ajena; pero bien hace en anotar que aquella, “(...) a pesar de las contundentes razones que la abonan, no ha sido, sin embargo, enjuiciada siempre con claridad por la jurisprudencia y la doctrina, que a veces, por confusión de conceptos la han rechazado”.

Tal vez las palabras de Albaladejo sirvan para entender lo que ha pasado en el Perú, la Argentina y otros países.

Otro Código Civil, en este caso, de los extremadamente importantes que no incluye norma alguna respecto a los bienes ajenos, es el Alemán (B.G.B.).

225. COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Op. cit., Tomo IV, Páginas 104 y 105.

226. ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Tomo II, Volumen II, Página 17.

Sin embargo, los más renombrados comentaristas del Derecho Civil de ese país, Ennecerus, Kipp y Wolff, señalan que se pueden vender no sólo las cosas y derechos propios, sino también, los ajenos; y que en tal caso, si el vendedor no puede procurar las cosas viene obligado a indemnización.²²⁷

Otros Códigos Civiles que no se ocupan del contrato de venta de bien ajeno, son: el Código Civil Venezolano de 1880; el Código Civil Hondureño de 1906; el Código de las Obligaciones de Suiza de 1912; el Código Civil Chino de 1930; el Código Civil Brasileño y el Proyecto de ese mismo país aprobado por la Cámara de Diputados en el año de 1984. Sin embargo, esto ya fue precisado en páginas anteriores de este trabajo, motivo por el cual no haremos mayores alusiones sobre el particular.

Para terminar con nuestros comentarios respecto del tratamiento que recibe el contrato de venta de bien ajeno en diversos Códigos Civiles extranjeros, no podemos omitir hacer referencia a una norma bastante interesante, comprendida en el Código Civil Cubano de 1988. Concretamente se trata del artículo 340, literal A. Si bien es cierto que esta norma no regula de manera expresa el contrato bajo comentario, señala, dentro de las obligaciones del vendedor, la de advertir al comprador de los derechos de terceras personas sobre el bien vendido, obligación que, entendemos, comprende el poner en su conocimiento el carácter total o parcialmente ajeno del bien. Esta norma establece además que, si se incumple aquella obligación, el vendedor deberá responder por los daños y perjuicios que ocasione dicho incumplimiento.

De acuerdo al artículo 1371 del Código Civil Peruano, la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración. Será factible –por lo tanto– que si en un contrato de venta de bien ajeno, el vendedor no se ha hecho propietario del bien hasta el momento fijado para su entrega, deba al comprador los daños y perjuicios correspondientes, que deberá abonarle si es que se le demanda para tal efecto.

Sin embargo, cabe hacer algunos comentarios acerca de la resolución en materia de la venta de bien ajeno.

En el caso de la compraventa de bienes futuros, regulada en los artículos 1534, 1535 y 1536 del Código Civil Peruano, es posible pactar este contrato en cualquiera de los modos establecidos por las normas citadas.

227. ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op. cit., Tomo II, Volumen II, Página 16.

El artículo 1534 establece que en el caso de la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia. Consideramos que sería plenamente factible, en el caso del contrato de venta de bien ajeno que las partes estableciesen un pacto de tal naturaleza, condicionado, no a la existencia del bien, como es obvio, sino al hecho de que el verdadero propietario del bien transfiera su propiedad al vendedor del mismo.

De acuerdo al artículo 1535, cabe la posibilidad, en lo que respecta a la compraventa de bien futuro, que el comprador asuma el riesgo de la cuantía y calidad del bien. Consideramos que esta norma es privativa de la compraventa de bienes futuros, ya que al desconocerse cuáles serán las características numéricas o cuantitativas y cualitativas de un bien que todavía no tiene las características referidas en relación al contrato, será perfectamente factible –y hasta lógico– poder establecer un pacto de tal naturaleza.

Sin embargo, nos parece interesante detenernos en el caso previsto por el artículo 1536, ya que en este supuesto el comprador no asume, en la compraventa de esperanza incierta, sólo el riesgo de la cuantía y calidad del bien sino también el de su propia existencia, razón por la cual aun si el bien no llegase a “existir” (dentro de lo que el artículo 1536 entiende por existencia), deberá pagar al vendedor el íntegro del precio pactado por el bien, tal como si éste hubiese llegado a “existir”.

¿Acaso cabe un pacto de similares características respecto a la venta sobre bienes ajenos?

Naturalmente que en los mismos términos no; pero sin embargo cabría introducir teóricamente, para el caso de la venta de bien ajeno, el elemento de la “posibilidad legal de transferir la propiedad”.

Tal como en el supuesto del artículo 1536 el comprador puede asumir respecto del bien futuro el riesgo de su existencia, cabría la posibilidad, dentro de lo que significa un contrato de venta de bien ajeno, que el comprador asuma el riesgo de que el vendedor tenga o no, al momento previsto para que opere la transferencia de propiedad del bien la “posibilidad legal de transferir la propiedad” del mismo.

En caso que en una venta de bien ajeno el comprador haya asumido el riesgo citado en el párrafo anterior, de producirse en el momento previsto para que opere la transferencia de propiedad del bien, la imposibilidad legal de transferir dicha propiedad, el comprador se vería en la obligación de cancelar el íntegro del precio del bien, a pesar de recibir nada a cambio.

Sin embargo, no obstante esta posibilidad es admisible teóricamente, es difícil se dé en la práctica, ya que si bien sería un contrato aleatorio, se estaría dejando su ejecución, en la inmensa mayoría de casos, subordinada a la exclusiva voluntad de una de las partes, puesto que de ser el contrato uno en el cual el comprador no hubiese asumido el riesgo de la posibilidad legal de transferir la propiedad, el vendedor tendría necesidad de hacer todas las gestiones requeridas para hacerse dueño del mismo; de lo contrario, estaría obligado a resarcir al comprador los daños y perjuicios sufridos por tal incumplimiento, además de verse privado de cualquier contraprestación. En cambio, de haber asumido el comprador el riesgo de la posibilidad de la transferencia de propiedad del bien, un vendedor de mala fe, estaría amparado legalmente para abusar de su posición contractual, ya que se vería beneficiado, pues el no cumplimiento de su obligación, igualmente estaría recompensado por parte del comprador, con la ejecución de una obligación que no tendría correspondencia. Además, en un supuesto de tal naturaleza, el contrato no sería resoluble.

3.6. Códigos Civiles que consideran a la venta de bien ajeno como contrato rescindible. La singular posición del Código Civil Peruano de 1984.

Únicamente el Código Civil Peruano de 1984 considera que la venta de bien ajeno es rescindible; ello, a través de lo establecido por los artículos 1539 y 1540 de dicho cuerpo legal. El resto de Códigos Civiles, como ha sido visto, se inclinan por establecer las acciones de nulidad, anulabilidad, resolución o, por último, guardan silencio al respecto, con lo que se tendrían que aplicar –en esos casos– los respectivos principios generales.²²⁸

228. En este sentido podríamos establecer la siguiente relación:

- (a) Códigos Civiles que sancionan al contrato de venta de bien ajeno con nulidad absoluta:
Código Civil Francés (artículo 1599), Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1327), Código Civil de Costarricense de 1888 (artículo 1061: sólo aplicable a bienes inmuebles), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 679), Anteproyecto Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1046), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2124), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1794), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1018), Código Civil Belga (artículo 1599), Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1459).
- (b) Códigos Civiles que sancionan con nulidad relativa o anulabilidad al contrato de venta de bien ajeno:
Código Civil Argentino (artículos 1329 y 1330), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2568), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1383), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1394), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1483), Código Civil Portugués de 1967; Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 911).
- (c) Códigos Civiles que sancionan con resolución al contrato de venta de bien ajeno:
Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1479), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 596, inciso I), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 744).
- (d) Códigos Civiles que sancionan con rescisión al contrato de venta de bien ajeno:
Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1539).V

Ahora nos corresponde el análisis de la singular posición adoptada por el Código Civil Peruano de 1984.

Los elementos planteados por el artículo 1539 son los siguientes:

- (a) Que se haya celebrado un contrato de compraventa de bien ajeno;
- (b) Este contrato es rescindible a solicitud del comprador, reuniendo dos supuestos:
 - (b.1) Si el comprador desconocía que el bien no pertenecía al vendedor;
 - (b.2) Si el vendedor no ha adquirido el bien antes de la citación con la demanda.

El artículo 1539, dada su redacción y el contenido de las dos normas que lo preceden, plantea una serie de interrogantes que a nuestro entender pueden tolerar más de una respuesta coherente.

Como hemos señalado en su momento, el artículo 1537, que debería ser la norma que contuviese el principio general de la venta de bienes ajenos, no lo contiene, al remitir la regulación de este problema a los artículos 1470, 1471 y 1472, relativos a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, y estaría, aparentemente, negando la posibilidad de que el contrato de venta de bien ajeno en estricto, exista dentro de nuestro Código Civil y que siempre debería estar sometido a la regulación de la figura antes mencionada de cuya naturaleza difiere absolutamente.

Sin embargo, encontramos que en el artículo 1539 el Código Civil Peruano trata expresamente de la venta de bien ajeno. Esto nos lleva a plantear dos situaciones:

- (a) A pesar de ser cierto que en el artículo 1539 se trata de la venta de bien ajeno, ésta estaría regulada por las normas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, en virtud de ser un pacto por el cual una parte (en este caso el vendedor), se compromete a obtener que otra (el comprador) adquiera la propiedad de un bien, y estar comprendido, por tanto, dentro del supuesto general del artículo 1537.
- (b) Podría plantearse el caso, dada la redacción del artículo 1539, que éste establezca un supuesto absolutamente distinto del comprendido en los artículos 1537 y 1538, permitiendo el Código Civil que se contrate expresamente una venta de bien ajeno en estricto, y que establezca, para el caso en el cual el comprador desconocía el carácter ajeno del bien, la posibilidad de que éste pueda demandar judicialmente la rescisión del contrato celebrado.

En adelante el desarrollo de estos criterios:

- (a) De sostener la primera de las interpretaciones señaladas, llegaríamos a la conclusión de que el Código Civil Peruano impide que se contrate expresamente una venta de bien ajeno en estricto, sin que este contrato se rija por las reglas propias del contrato de compraventa y no siempre por las de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Podríamos llegar, en tal línea de pensamiento, a elaborar razonamientos nada claros respecto de esta figura, si señaláramos que la norma del artículo 1537 impide que se pacte un contrato de venta de bien ajeno, en estricto.

Llegaríamos a concluir en situaciones tales que el conocimiento o desconocimiento del carácter ajeno del bien sería determinante, según la regulación de nuestro Código Civil, para saber si lo que los contratantes han celebrado es una venta de bien ajeno o una promesa de la obligación o del hecho de un tercero, figura esta última que (por la innecesaria redacción del artículo 1537) habría que aplicar también al caso mencionado en el artículo 1539, en el que comprador y vendedor conocen que el bien es ajeno (ver última parte del artículo 1537).

Entonces, nos encontraríamos ante la curiosa situación de que:

- (a.1) Si ambas partes saben que el bien es ajeno, el comprador no podría solicitar la rescisión del contrato, pero este contrato del cual no podría pedir su rescisión no sería uno de compraventa, sino uno de promesa de la obligación o del hecho de un tercero.
- (a.2) Si el comprador (por lo menos) desconoce que el bien era ajeno al momento de contratar, sí podría solicitar la rescisión del contrato celebrado, el que sería una venta de bien ajeno.

Estamos constatando cuán perjudicial resulta el haber incluido en el artículo 1537 la norma de remisión a la figura contenida en los artículos 1470 y siguientes.

Llegaríamos al absurdo de que no estaría expresamente legislada la venta de bien ajeno en estricto, es decir, cuando vendedor y comprador saben que el bien es ajeno y desean celebrar un contrato de compraventa y no uno de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, pero sí se contempla el caso en el cual el comprador cree que el bien es propio del vendedor y lo compra. Se considera este caso como compraventa y se otorga al comprador la facultad de solicitar su rescisión.

¿Es que acaso el legislador habría preferido legislar como compraventa un supuesto en el cual el comprador no ha expresado, necesariamente, su voluntad verdadera sobre otro en el que ambas partes saben perfectamente que quieren comprar y vender un bien ajeno?

¿Podría acaso entenderse que el artículo 1539 también se está refiriendo a un caso de promesa de la obligación o del hecho de un tercero y no a un contrato de compraventa? (Al fin y al cabo esto sería congruente con los artículos 1537 y 1538, precedentes).

- (b) Consideramos que el segundo de los supuestos que hemos anotado es el correcto.

Después de estudiar el Código Civil Peruano, hemos llegado a la firme convicción de que los artículos 1537 y 1538 regulan la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, y que los artículos 1539, 1540, 1541 y 1542, regulan el contrato de venta de bien ajeno.

Lo que ocurre, es que todo el problema y confusión respecto del contrato de venta de bien ajeno en el Código Civil ha sido generado por la indebida, y ya criticada, redacción del artículo 1537 y por el hecho de que el artículo 1538 sea consecuente con éste.

En síntesis, el Código Civil Peruano contiene una doble e innecesaria regulación del problema. Hubiera bastado con los artículos 1539 y siguientes. Así todo sería más preciso.

La disposición contenida en el artículo 1409, inciso 2, que prescribe que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes ajenos, nos parece determinante para considerar que el resto del Código Civil y más aún, cuando regula lo relativo a los contratos que incluyen prestaciones de dar, debe seguir la misma línea. Sobre todo en el contrato más frecuente que incluye una obligación de dar por excelencia: la compraventa.

Por ello creemos que el artículo 1539, bajo comentario, no está referido, contrariamente a los dos artículos que le preceden, a un caso de promesa de la obligación o del hecho de un tercero; pensamos esto puesto que se señala que el comprador que desconocía el carácter ajeno del bien, ya no podría plantear la acción de rescisión en caso el vendedor adquiera el bien antes de la citación con la demanda; y es lógico que sea así, pues el vendedor ya estará en aptitud de transferir al comprador la propiedad del bien, pues es a esto a lo que se comprometió en el contrato: a transferirle propiedad él mismo, y no a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Con esto vemos que el Código Civil, dentro de su confusión, llega a contemplar y distinguir ambos modos de adquisición de la propiedad del bien para el comprador.

Otro elemento determinante que veremos más adelante, por el cual se ratifica la tesis de que el artículo 1539 contempla una compraventa y no una promesa de la obligación o del hecho de un tercero, es la prevista reducción de precio del bien, regulada en el artículo 1540.

Entonces llegaríamos a la conclusión que de acuerdo al artículo 1539, la venta de bien ajeno en estricto, sería válida y que sólo podría ser declarada (a través de una acción de rescisión) si el comprador hubiese creído que el bien vendido era propio del vendedor.

En tal sentido, la mayoría de Códigos Civiles consultados que regulan la venta de bien ajeno en estricto, otorgan al comprador que desconocía el carácter ajeno del bien una acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato, ya sea ésta, de acuerdo a la regulación general que se da sobre el particular, una de nulidad, de anulabilidad, de resolución o rescisión. En cambio, respecto del comprador que conocía el carácter ajeno del bien, a pesar de que la mayoría de Códigos nada señala, los que sí lo hacen le prohíben interponer cualquier acción destinada a hacer perder eficacia al contrato.

Otro aspecto que muchas veces no se contempla en el tratamiento de este tema, es el caso del vendedor de buena fe, para el cual la mayoría de Códigos no otorgan expresamente acción alguna. Es el caso del Código Civil Peruano.²²⁹

229. Para poder observar mejor cuál es el tratamiento legislativo que a nivel de los Códigos consultados y de las variantes planteadas se da sobre el particular, hemos elaborado la relación que seguidamente transcribimos:

- (a) Códigos Civiles que permiten expresamente al comprador que desconocía el carácter ajeno del bien interponer alguna acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato:

Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 679: nulidad); Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1383: anulabilidad); Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1394: anulabilidad); Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1479, si entre tanto el vendedor no le ha hecho adquirir la propiedad del bien al comprador: resolución); Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 596, inciso I, a menos que el vendedor antes de la demanda hubiese hecho adquirir la propiedad del bien al comprador: resolución); Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1483: anulabilidad); Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1539, a menos que el vendedor adquiriera el bien antes de la citación con la demanda: rescisión); Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 744, si el vendedor no ha hecho adquirir la propiedad del bien al comprador: resolución); Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1459: nulidad); Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 911: anulabilidad).

- (b) Códigos Civiles que permiten expresamente al comprador que conocía el carácter ajeno del bien interponer alguna acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato:
Ninguno.

- (c) Códigos Civiles que prohíben expresamente -o por argumento a contrario- al comprador que conocía el carácter ajeno del bien interponer alguna acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato:

Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1383: anulabilidad); Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1394: anulabilidad); Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1479: resolución); Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 596, inciso I: resolución); Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1483: anulabilidad); Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1539: rescisión); Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 744: resolución); Código Civil Italiano de 1865 (artículo

3.6.1. El problema de la rescisión del contrato.

Sobre el tema de la rescisión de la venta de bien ajeno, la doctrina peruana ha asumido dos posiciones distintas: una favorable y una adversa. En adelante, nos referiremos a ambas:

3.6.1.1. Posición favorable a la rescisión del contrato.

De acuerdo a lo expresado por la Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984²³⁰, la iniciativa de establecer la rescisión de este contrato partió del Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, quien fuera Ponente del Título referido al contrato de compraventa en el seno de la Comisión Reformadora.

En adelante las expresiones de la Comisión Revisora sobre el particular:

“Durante los debates para la aprobación de este precepto, el Doctor Jack Bigio Chrem expresó que con motivo de la elaboración del Proyecto de Código Civil de 1981 había intercambiado correspondencia con el doctor Manuel de la Puente y Lavalle sosteniendo la conveniencia de que este contrato fuera considerado anulable y no rescindible, tesis que no fue compartida

1459: nulidad); Proyecto de Reforma de Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 911: anulabilidad).

- (d) Códigos Civiles que permiten al comprador de un bien ajeno interponer alguna acción para lograr la pérdida de eficacia, pero que no distinguen si para interponer tal acción debió desconocer o no el carácter ajeno del bien:
Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 679: nulidad); Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1018: nulidad).
- (e) Códigos Civiles que permiten expresamente al vendedor que desconocía el carácter ajeno del bien interponer alguna acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato:
Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 679: nulidad); Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 911: anulabilidad).
- (f) Códigos Civiles que permiten expresamente al vendedor que conocía el carácter ajeno del bien interponer alguna acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato:
Ninguno.
- (g) Códigos Civiles que prohíben expresamente al vendedor que conocía el carácter ajeno del bien interponer alguna acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato:
Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 679: nulidad); Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1483: anulabilidad).
- (h) Códigos Civiles que contemplan alguna acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato, pero que no mencionan expresamente quién puede ejercer esa acción:
Código Civil Francés; Código Civil Peruano de 1852; Código Civil Argentino; Código Civil Nicaragüense de 1903; Anteproyecto de Código Civil Boliviano elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo de 1943; Código Civil Portugués de 1967; Código Civil Mexicano de 1927; Código Civil Guatemalteco de 1973; Código Civil Panameño de 1917; Código Civil Belga.

230. COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. BIGIO CHREM, Jack. El Bien Materia de la Venta. En: Diario Oficial “El Peruano”. Separata Especial, Lima, lunes 11 de febrero de 1991, Páginas 12 y 13.

por el Doctor De la Puente quien presentó su anteproyecto, estimando el contrato como rescindible. Igual temperamento siguió el Proyecto de Código Civil de 1981 que incluyó esta figura en el artículo 1569.

Que, con el transcurso de los años y habiendo meditado con detenimiento sobre la materia, consideraba que la solución más aconsejable era la de aceptar la solución del Proyecto de Código Civil de 1981, esto es, la de facultar al comprador a optar por la rescisión del contrato.

Agregó que mantener la solución del artículo 1394 del Código Civil de 1936 de admitir el contrato como anulable, implica necesariamente imponer al comprador la difícil prueba del error o del dolo. Sugirió que el legislador, en aras de proteger el derecho del comprador deberla optar por el remedio de la rescisión por cuanto mediante esta acción la probanza del actor es mucho más simple. Ello se explica en tanto que la anulabilidad exige prueba en relación al dolo o al error y la acción rescisoria la exige sólo en lo relativo al hecho preciso de que el comprador ignoraba que el bien no era de propiedad del vendedor en el momento de la celebración del contrato.

De otro lado, expresó, que la acción rescisoria, por tratarse de una acción personal prescribe en el plazo de 10 años, tal como establece el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil. En cambio, si se establece la acción de anulabilidad ésta se encuentra expedita sólo dentro de los 2 años de la celebración del contrato, de acuerdo al inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil.

Indicó, asimismo, que en días recientes le había encargado a la alumna de la Pontificia Universidad Católica del Perú doña Ana Lucía Camaiora Iturriaga, un estudio comparativo sobre los diferentes plazos de prescripción y caducidad que contenía el quinto Proyecto de Código Civil de febrero de 1984 aprobado por la Comisión Revisora, a fin de evitar las contradicciones que se habían advertido en el Código Civil de 1936, entre el plazo de prescripción de la acción real (20 años) y los de prescripción adquisitiva de dominio con y sin buena fe (10 y 30 años, respectivamente).

Que al recibir dicho trabajo había reparado, que si la Comisión Revisora proyectaba establecer un plazo de prescripción de 2 años para la acción de anulabilidad del acto jurídico, en la hipótesis de que se trata, de mantenerse la doctrina del artículo 1394 del Código Civil de 1936 de considerar la venta de bien ajeno como anulable, se podría dar el caso que a los 2 años y un día de celebrado el contrato, en la práctica, el comprador no podría solicitar la anulación del contrato por razón de error o dolo, ya que el vendedor estaría en condiciones de deducir exitosamente la excepción de prescripción extintiva.

Que, en tal situación el comprador se encontraría al descubierto, ya que en el caso de los inmuebles, no podría invocar la prescripción adquisitiva, según la cual se requiere una posesión de 5 ó 10 años, según que el comprador tenga buena o mala fe. Que por todo ello, proponía que se le permita plantear la acción de rescisión, que es una acción personal, y siendo la intención de la Comisión Revisora establecer el plazo de ésta en 10 años, dicho plazo concuerda con el plazo máximo de la prescripción adquisitiva de dominio, con lo cual la situación del comprador se encontraría debidamente protegida.

La Comisión Revisora, por las razones expuestas aprobó la propuesta del Doctor Bigio con el voto unánime de los Doctores Fernández Arce, Haya de la Torre, Castro Becerra y Velaochaga Miranda. (En la misma sesión, la Comisión Revisora acordó por unanimidad expresar su agradecimiento y felicitación a doña Ana Lucía Camaiora Iturriaga por la valiosa contribución que había efectuado al país”).

Por su parte, el propio De la Puente²³¹ señalaba, a título de exposición de motivos, lo siguiente:

“Se ha visto que es requisito indispensable para que sea válida la llamada venta de la cosa ajena que el comprador conozca esta situación al momento de celebrarse el contrato. Si el comprador ignora que el

231. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. En: REVOREDO MARSANO, Delia. Op. cit., Tomo VI, Página 210.

bien no pertenece al vendedor en dicho momento, no puede conocer que el vendedor no se está obligando a transferirle la propiedad del bien, que es la finalidad del contrato de compraventa, sino únicamente se está obligando a obtener el asentimiento del verdadero dueño, o sea algo que no depende de su voluntad, por lo cual la posibilidad del comprador de obtener la propiedad del bien es bastante más remota.

Esto justifica que, en este caso, se conceda al comprador el derecho de pedir, cuando conozca que el bien es ajeno, la rescisión del contrato, para evitar que tenga que quedar a la espera de que el vendedor le procure la propiedad del bien a través del verdadero dueño. El comprador, en virtud de este derecho de rescisión, puede, en cuanto se entere que el bien no pertenece al vendedor, obtener de inmediato la devolución del precio, si es que lo ha pagado, o liberarse de la obligación de pagarlo, si aún no lo hubiera hecho. El vendedor, por su parte, quedará liberado de su obligación de transferir al comprador la propiedad del bien”.

Sobre el particular, el Doctor Max Arias-Schreiber²³² sostiene lo siguiente:

“Al examinar el artículo 1537 señalamos que tenía un elemento condicionante, cual era que ambas partes supiesen que estaban celebrando un contrato de compraventa de bien ajeno. Pero si el comprador lo ignorase y no supiese, en consecuencia, que su derecho quedaba sujeto en definitiva al asentimiento del verdadero dueño o tercero, la situación se presenta distinta, y distinta es también la solución. Este comprador, en efecto, no tendrá por qué aceptar que su derecho al dominio está mediatizado y por lo tanto le asiste la facultad de plantear la rescisión de la compraventa, con todos sus consecuentes efectos”.

En 1991, cuando aparece la Primera Parte de la excelente obra del Doctor Manuel de la Puente, titulada “El Contrato en General”, el notable maestro vuelve a referirse al tema de la rescisión.

232. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis. Tomo II, Página 50.

En tal sentido, y haciendo alusión a los comentarios que efectuáramos sobre el tema de la rescisión en la venta de bien ajeno en nuestro primer trabajo²³³, expresa²³⁴ lo siguiente:

“Se ha sostenido que la acción que debe concederse al comprador es la de anulación por error, debido a que dicho comprador ignoraba, al momento de celebrarse el contrato, que el bien era ajeno. Pienso que esto no es así, ya que el comprador sabía desde ese momento que existía la posibilidad de que el bien fuera ajeno, de tal manera que el hecho de que así sea no ha determinado que el comprador incurra en error”.

Sobre la rescisión a que faculta el artículo 1539 en favor del comprador que desconocía el carácter ajeno del bien al momento de la celebración del contrato, Manuel de la Puente se ha vuelto a pronunciar en un reciente trabajo,²³⁵ con las siguientes consideraciones:

“Puede darse que en el curso del plazo suspensivo inicial a que debe estar sujeto todo contrato de compraventa de bien ajeno, el comprador conozca que el bien es ajeno y que, consecuentemente, el vendedor tendrá que adquirir la propiedad del bien de su verdadero dueño para luego transferirla oportunamente al comprador.

Se ha visto que en la compraventa de bien ajeno el comprador se encuentra en la incertidumbre respecto a si el bien pertenece o no al vendedor.

El conocimiento de la ajenidad del bien hace cesar esa incertidumbre, pero en un sentido desfavorable para el comprador desde que sabrá que el vendedor no está actualmente en aptitud de transferirle directamente la propiedad del bien, sino que dicho vendedor tendrá que seguir el azaroso camino de obtener que el verdadero dueño le adjudique la propiedad del bien, para él, a su vez, transferirla al comprador. Este camino es

233. CASTILLO FREYRE, Mario. Los Contratos Sobre Bienes Ajenos, Página 178.

234. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo III, Páginas 444 y 445.

235. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios Sobre el Contrato de Compraventa, Páginas 83 y 84.

azaroso por cuanto existe el álea o riesgo de que el verdadero dueño no adjudique la propiedad del bien al vendedor.

Tomando esto en consideración y con la finalidad de paliar el impacto del riesgo que corre el comprador, el artículo 1539 le concede la opción entre mantener la vigencia del contrato de compraventa o solicitar su rescisión, con lo cual el comprador quedará liberado de su obligación de pagar el precio.

La razón por la cual la acción concedida al comprador sea la de rescisión radica en que la incertidumbre sobre el riesgo existía desde el momento de la celebración del contrato y la certeza de que el bien es ajeno no hace sino materializar un riesgo que se encontraba en potencia desde dicho momento. El bien ya era propio o ajeno del vendedor cuando se celebró el contrato.

Debe tenerse presente que el conocimiento por el comprador durante el plazo suspensivo inicial de la ajenedad del bien no significa que el vendedor haya incumplido su obligación de transferirle la propiedad del bien, desde que esa obligación sólo va a ser exigible al vencimiento de dicho plazo. No cabe, pues, entablar dentro de tal lapso una acción de resolución judicial por incumplimiento del vendedor.

Se ha sostenido que la acción que debe concederse al comprador es la de anulación por error, debido a que dicho comprador ignoraba, al momento de celebrarse el contrato, que el bien era ajeno. Pienso que esto no es así, ya que el comprador sabía al momento de celebrar el contrato que, por razón del principio contenido en el artículo 1409 del Código Civil, en todo contrato de compraventa en que no se indica quién es el dueño del bien existe la posibilidad de que el bien sea ajeno, desde que ello está permitido. Cuando después de celebrado el contrato de compraventa el comprador conoce que el bien es ajeno del vendedor, lo único que ocurre es que se convierte en certeza algo que antes era sólo una posibilidad, pero no que el comprador haya comprado creyendo razonablemente que el bien era propio del vendedor”.

3.6.1.2. Posición contraria a la rescisión del contrato.

Esta posición nos corresponde, y seguimos creyendo en ella, por los fundamentos que sobre el particular hemos expresado en anteriores investigaciones²³⁶ y en el presente trabajo, por lo que no vamos a incidir sobre el particular.

3.6.2. Posibilidad de ratificación o consolidación de la venta por parte del propietario del bien.

Como hemos visto, a pesar de no contener el artículo 1599 del Código Civil Francés ninguna disposición en tal sentido, diversos comentaristas de este Código y la inmensa mayoría de la jurisprudencia francesa del siglo XIX avalaban la posibilidad de que la nulidad establecida por el artículo 1599 para la venta de bien ajeno, fuese subsanada en virtud de la ratificación posterior que hiciese el propietario del bien respecto de dicha venta. Sobre este punto ya señalamos las opiniones de Foignet, los Mazeaud, Planiol y Baudry-Lacantinerie.

Nosotros compartimos la opinión de Foignet en el sentido de que esta solución, si bien tiene bondades en el ámbito práctico, es contraria al Derecho, ya que la confirmación de un acto anulable sólo puede ser efectuada por una de las partes y nunca por un tercero.

En adición a estos comentarios, podríamos sostener que en el caso de producirse la venta de un bien ajeno y que en esa legislación esta figura estuviese atacada de algún vicio que pueda acarrear la invalidez del contrato, la ratificación del propietario, sólo podría revestir, en la mayoría de casos, la forma de un nuevo contrato entre el verdadero propietario y el comprador del contrato original, lo que no impediría que el contrato original haya sido incumplido por parte del vendedor, ya que la propiedad le será transferida al comprador o adquirente en virtud de un segundo contrato. ¿Qué otra forma podría revestir la ratificación del propietario, distinta a la señalada? Creemos que ninguna otra. Por tal razón, ya estaríamos hablando de un segundo contrato y no del original, el mismo que habría sido incumplido.

Hemos podido encontrar algunos Códigos Civiles que sostienen el principio de la ratificación por el propietario, señalando que aquélla salva al contrato del vicio del cual estaba atacado.

236. CASTILLO FREYRE, Mario. Los Contratos Sobre Bienes Ajenos, Páginas 172 a 181; y CASTILLO FREYRE, Mario. El Bien Materia del Contrato de Compraventa, Página 304.

3.6.3. Posibilidad de convalidación del vicio que hace rescindible a la venta de bien ajeno.

Como es sabido, el acto anulable es susceptible de confirmación, tema que se encuentra regulado en los artículos 230, 231 y 232 del Código Civil Peruano.

Sin embargo, no existen normas relativas a la posibilidad de confirmar un contrato rescindible, por parte del contratante que se haya perjudicado en dicho contrato con la existencia del vicio. No obstante ello, pensamos que resultarían aplicables, por analogía, las normas relativas a la confirmación del acto jurídico.

Por lo demás, si la parte perjudicada dejase transcurrir el plazo de prescripción de diez años que el Código Civil establece para dicha acción (artículo 2001, inciso 1), se estaría produciendo, tácitamente, una confirmación del acto que era rescindible.

CAPÍTULO III

EL ARRENDAMIENTO-VENTA

1. EL ARRENDAMIENTO-VENTA.

El arrendamiento-venta o alquiler-venta, es un contrato usual en nuestros días.

Se trata de un acto que comparte rasgos característicos tanto de la compraventa como del arrendamiento.

Podríamos definirlo como el contrato a través del cual una parte, denominada arrendador-vendedor se obliga a entregar un bien a otra, denominada arrendatario-comprador. Este último contratante podrá usar y disfrutar del mismo y deberá pagar mensualmente (o en periodos distintos, si ello se conviniera así) a su contraparte una determinada cantidad de dinero, la misma que constituirá, a la vez, renta y pago parcial del precio de una compraventa. La transferencia de propiedad del bien se producirá en el momento que el arrendatario-comprador pague la última cuota convenida (que comparte, al mismo tiempo la naturaleza jurídica de renta y de precio).

En buena cuenta, el arrendamiento-venta comparte en su naturaleza elementos propios tanto del contrato de arrendamiento, como del contrato de compraventa.

2. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO-VENTA.

No pretendemos efectuar un estudio minucioso del arrendamiento-venta. Sin embargo, sería conveniente establecer de manera ordenada las características de este contrato, las mismas que pasamos a describir a continuación:

2.1. Por su nombre.

Por su nombre, es un contrato nominado. En nuestro medio sigue siendo conocido con la nomenclatura de alquiler-venta, como rezago de la terminología empleada en el medio forense antes de la entrada en vigencia del Código Civil de 1984.

Con la terminología del Código Civil vigente, sería más apropiado denominarlo arrendamiento-venta.

2.2. Por su regulación.

Por su regulación, es un contrato típico, en la medida que si bien no tiene una normatividad abundante –como podría ser un Título o Capítulo completo del Código Civil o de alguna otra ley– el artículo 1585 del referido cuerpo normativo le da una regulación legal, al señalar que las disposiciones de los artículos 1583 y 1584, relativos a la compraventa con reserva de propiedad, resultan aplicables a los contratos de arrendamiento en los que se convenga que, al final de los mismos, la propiedad del bien sea adquirida por el arrendatario por efecto del pago de la merced conductiva (renta) pactada.

Sin embargo, resulta necesario precisar que el contrato de arrendamiento-venta se registrará, tanto por normas de arrendamiento, como por normas de compraventa.

2.2.1. Normas del contrato de arrendamiento que le son aplicables.

Entendemos que todas las normas de las disposiciones generales de arrendamiento (artículos 1666 a 1676) resultan aplicables al contrato de arrendamiento-venta, evidentemente con la salvedad del artículo 1677, referido al contrato de arrendamiento financiero, el mismo que se rige por su legislación especial y, supletoriamente, por las normas del contrato de arrendamiento y los artículos 1419 a 1425 del Código Civil, en cuanto sean aplicables.

Creemos que también son de aplicación al contrato de arrendamiento-venta los artículos del Capítulo de las obligaciones del arrendador (artículos 1678 a 1680); al igual que las normas de obligaciones del arrendatario (artículos 1681 a 1686).

Dudamos, en cambio, que resulten de plena aplicación los artículos referidos a la duración del arrendamiento, sobre todo porque el arrendamiento-venta es un contrato que se celebra -fundamentalmente- a plazo determinado, vale decir teniendo claro un término inicial y un término final. Decimos esto, porque en el arrendamiento-venta, al pactarse un precio precisamente para dicha compraventa, el mismo será simplemente la suma de todas

las mensualidades (rentas) que pague el arrendatario-comprador. En tal sentido, no se concibe un arrendamiento-venta a plazo indeterminado, supuesto previsto por el artículo 1687 del Código Civil.

Por la naturaleza del arrendamiento-venta, no creemos que sea de aplicación –al carecer de sentido– lo prescrito por el artículo 1688 del Código Civil, norma que establece que el plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años; en tanto que cuando el bien arrendado pertenezca a entidades públicas o a incapaces, el plazo no puede ser mayor de seis años; entendiéndose reducido a dichos plazos todo plazo o prórroga que exceda los términos señalados.

Pensamos que el referido artículo 1688, no debería aplicarse al arrendamiento-venta, en la medida que aquella norma tiene por finalidad evitar arrendamientos a plazo fijo cuyos términos finales sean excesivamente grandes o extensos, lo que podría llevar a desnaturalizar el derecho de propiedad del arrendador. En cambio, en el arrendamiento-venta no se presentaría el supuesto base o **ratio legis** del numeral 1688, en la medida que dicho contrato tiene por finalidad lograr que al culminar el pago de las prestaciones convenidas como renta, el arrendatario-comprador se convierta en propietario del bien.

Por otra parte, en relación al artículo 1689, norma que establece que a falta de acuerdo expreso, se presume que el arrendamiento es de duración determinada cuando el arrendamiento tenga una finalidad específica, entendiéndose pactado por el tiempo necesario para llevarla a cabo; agregando que si se trató de predios ubicados en lugares de temporada, el plazo de arrendamiento será el de una temporada, estimamos que esta norma no es aplicable al contrato de arrendamiento-venta, ya que su naturaleza no se condice con los supuestos previstos en ella.

Tampoco resultarían de aplicación al arrendamiento-venta los artículos 1690 (“El arrendamiento de duración indeterminada se reputa por meses u otro período, según se pague la renta.”) y 1691 (“El arrendamiento puede ser celebrado por períodos forzosos y períodos voluntarios, pudiendo ser éstos en favor de una o ambas partes”).

En lo referente al subarrendamiento (artículos 1692 a 1695), este sub-contrato sí podría resultar de aplicación al arrendamiento-venta, en la medida que el sub-arrendamiento no implica cambio

alguno en la posición contractual del arrendatario (quien en nuestro caso seguiría siendo arrendatario-comprador).

En lo que respecta a la cesión del arrendamiento (que nuestro Código regula en el artículo 1696, en la modalidad de cesión de posición contractual de arrendatario -a pesar de que podríamos estar también frente a una cesión de la posición contractual del arrendador-), la misma podría aplicarse al contrato de arrendamiento-venta, y si aquí se produce una cesión de posición contractual, ella estaría referida o a la parte denominada arrendador-vendedor o a la parte denominada arrendatario-comprador, rigiéndose ambos supuestos por las normas generales de los artículos 1435 a 1439 del Código Civil Peruano.

De otro lado, en lo que respecta a la resolución del contrato de arrendamiento-venta, en principio resultarían aplicables los artículos 1697 y 1698 (norma, ésta última, con un ámbito de aplicación cada vez más restringido, al desaparecer las normas especiales de regímenes de inquilinato), pero debemos tener mucho cuidado al respecto, en la medida que al tratarse el arrendamiento-venta de un contrato que comparte rasgos de la compraventa a plazos, de encontrarnos en el supuesto del artículo 1562 del Código Civil, resultaría discutible si podríamos aplicar lo dispuesto en los incisos 1 y 2 del numeral 1697, o si ya no podríamos hablar de la resolución del contrato por la prohibición impuesta en el artículo 1562 (lo que daría al arrendador-vendedor la única posibilidad de accionar frente a su contraparte por el pago del saldo del precio, que en el arrendamiento-venta consistiría en el pago de las mensualidades vencidas y aquellas que todavía no se han devengado).

Sin embargo, somos de la opinión contraria, en la medida que resultaría de aplicación lo dispuesto por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil Peruano, norma que prescribe que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía. Y resulta obvio que el artículo 1562 es una norma prohibitiva y de excepción, referida al contrato de compraventa. Por esta razón se podría argumentar que no sería susceptible de extender su ámbito de aplicación al contrato de arrendamiento-venta.

Finalmente, debemos referirnos a las normas del Capítulo relativo a la conclusión del arrendamiento.

A este respecto, el artículo 1699 del Código Civil establece que el arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento

del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas. En el arrendamiento-venta también ocurrirá una situación similar, con la salvedad de que al concluir el plazo pactado y haberse pagado la última cuota (o si se quiere, la última renta), el arrendatario-comprador se habría convertido en nuevo propietario del bien.

En tal sentido, no es aplicable lo dispuesto por el artículo 1700 del Código Civil, precepto que establece que vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento.

Decimos esto, por cuanto en el arrendamiento-venta, después de concluido el plazo, el arrendatario-comprador será propietario del bien, en la medida que haya pagado la última cuota, teniendo derecho a poseer el bien (ahora a título de propietario y no de arrendatario).

En tanto no hubiese cumplido con el pago de la última cuota, sería discutible si el arrendador-vendedor podría demandar el desalojo del bien, la resolución del contrato o, solamente, la ejecución de las cuotas impagas.

No resulta aplicable al arrendamiento-venta lo dispuesto en el artículo 1701, referido a arrendamientos que comprendan períodos forzosos y voluntarios; así como tampoco el artículo 1702, por idénticas consideraciones.

Igualmente, no es aplicable al arrendamiento-venta lo dispuesto en el artículo 1703, por referirse a un arrendamiento de duración indeterminada.

La aplicación del artículo 1704 del Código Civil al arrendamiento-venta, resulta un tanto confusa, ya que los supuestos planteados por dicha norma podrían resultar aplicable, en todo caso, si el arrendatario-comprador no hubiese cumplido oportunamente con el pago de la totalidad de sus cuotas.

Por otra parte, estimamos que sí es de aplicación al arrendamiento-venta lo señalado por el inciso 1 del artículo 1705 del Código Civil, precepto que establece que el arrendamiento concluye, sin necesidad de declaración judicial, cuando el arrendador sea vencido en juicio sobre el derecho que tenía.

Igualmente, pensamos que resulta aplicable la conclusión del arrendamiento sin necesidad de declaración judicial en caso de expropiación (inciso 4 del artículo 1705); tanto como en caso que el bien arrendado se destruya o pierda totalmente (inciso 3 del mismo artículo).

Por el contrario, estimamos que el arrendamiento-venta no concluirá en los supuestos de los incisos 2 (si es preciso para la conservación del bien que el arrendatario lo devuelva con el fin de repararlo) y 5 (si dentro de los noventa días de la muerte del arrendatario, sus herederos que usan el bien, comunican al arrendador que no continuarán la relación contractual).

Sí resultan de aplicación el artículo 1706, al igual que el artículo 1707, preceptos relativos a la consignación.

Igualmente, resultará aplicable al arrendamiento-venta lo establecido por el artículo 1708 del Código Civil, norma que regula tres supuestos distintos de enajenación del bien arrendado y la forma cómo deberá procederse en cada uno de esos casos, al igual que el artículo 1709, por la misma razón.

Dudamos sea aplicable al arrendamiento-venta lo dispuesto por el artículo 1710 del Código, en la medida que podría entenderse plenamente transmisible a la totalidad de herederos del comprador-arrendatario, la obligación de adquirir la propiedad del bien, pagando la integridad del precio convenido.

En cambio, el artículo 1711 del Código Civil sí resultaría de aplicación; mas no así el numeral 1712, ya que el arrendamiento-venta no es un contrato de arrendamiento regulado por ninguna ley especial, que no sea el Código Civil.

2.2.2. Normas del contrato de compraventa que le son aplicables.

Respecto de las normas de compraventa aplicables al arrendamiento-venta, consideramos pertinentes a los numerales 1529 a 1531 (disposiciones generales del contrato de compraventa), así como lo dispuesto por los artículo 1532 a 1536 (normas relativas al bien materia de la venta).

Sin embargo, nos encontraríamos ante un serio problema si el bien materia del arrendamiento-venta fuese ajeno, ya que –de un lado– tendríamos la normatividad propia de la venta de bien ajeno (artículos 1537 a 1542) y de otro, al artículo 1671, precepto que intenta regular el arrendamiento de bien ajeno, pero que como hemos visto en una investigación anterior, no sólo desnaturaliza al arrendamiento de bien ajeno, en estricto, sino que

difiere radicalmente del tratamiento recibido por la venta de bien ajeno.²³⁷

Estimamos que las normas referidas al precio en la compraventa (artículos 1543 a 1548) podrían ser de aplicación, **mutatis mutandis**, al arrendamiento-venta.

En cuanto al tema de las obligaciones del vendedor, creemos que el artículo 1549 sí devendría aplicable al contrato que nos ocupa, al igual que el artículo 1550.

Estimamos que el momento en que el arrendador-vendedor debe entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad o al uso del bien vendido (artículo 1551), no será el de la entrega del bien, sino aquel en el cual se haya producido la transferencia de propiedad del mismo.

Por su parte, el artículo 1552 sí resultaría plenamente aplicable al arrendamiento-venta, ya que el bien debe entregarse inmediatamente después de celebrado el contrato, salvo la demora resultante de su naturaleza o de pacto distinto; al igual que el artículo 1553, relativo al lugar de entrega, y el numeral 1554 que establece la responsabilidad del vendedor ante el comprador por los frutos del bien, en caso de ser culpable de la demora de su entrega.

Igualmente es de aplicación el artículo 1555, norma que prescribe que si al tiempo de celebrarse el contrato el comprador conocía el obstáculo que demora la entrega, no se aplica el artículo 1554 ni es responsable el vendedor de la indemnización por los daños y perjuicios.

En relación a lo establecido por el artículo 1556, podríamos hacer de aplicación esta norma, señalando que cuando se resuelve el arrendamiento-venta por falta de entrega, el arrendador-vendedor debe rembolsar al arrendatario-comprador los tributos y gastos del contrato que hubiera pagado, e indemnizarle los daños y perjuicios sufridos.

Similares expresiones podríamos anotar en relación al artículo 1557, pues si en un arrendamiento-venta el vendedor-arrendador demorara la entrega del bien, resulta evidente que los plazos se prorrogan por el tiempo de la demora, vale decir que la renta (que a la vez constituye parte del precio) deberá empezar a pagarse recién a partir del momento en que el arrendatario-comprador reciba el bien.

237. CASTILLO FREYRE, Mario. Los Contratos Sobre Bienes Ajenos. Páginas 289 a 301.

En lo que respecta a las normas relativas a las obligaciones del comprador, la aplicación de las mismas al arrendamiento-venta resulta un tanto confusa.

Así, el artículo 1558 resultaría mediatizado, pues el precio no debe pagarse, en principio, al contado en el momento de la entrega del bien, sino que deberá pagarse en las mensualidades o plazos convenidos; aplicando el principio de que el pago se hará en el domicilio del comprador (precepto que concuerda con lo establecido por el artículo 1238 del propio Código, en el sentido que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso).

Pensamos que dada la naturaleza del contrato de arrendamiento-venta, no le resultaría aplicable el numeral 1559; así como tampoco lo prescrito por el artículo 1560.

En cambio, sí resultarían pertinentes las disposiciones del artículo 1561, precepto que establece que cuando el precio debe pagarse por armadas en diversos plazos, si el comprador deja de pagar tres de ellas, sucesivas o no, el vendedor puede pedir la resolución del contrato o exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuvieren pendientes.

Sin embargo, tal como lo expresamos anteriormente, creemos que la restricción impuesta por el artículo 1562 no sería aplicable al contrato de arrendamiento-venta, por las razones expuestas.

El artículo 1563 del Código Civil sí tiene plena aplicación al contrato arrendamiento-venta.

No creemos, por el ámbito de aplicación de la norma, que resulte pertinente a ese contrato el artículo 1564 del Código Civil, salvo que estemos en el supuesto excepcional del arrendamiento-venta de un bien mueble en el que antes de su entrega el arrendatario-comprador tuviese que pagar la primera cuota, mensualidad o renta.

Por otra parte, estimamos que el artículo 1565 sí sería de aplicación, ya que el arrendatario-comprador estaría obligado a recibir el bien en el plazo fijado en el contrato, o en el que señale los usos; al igual que lo dispuesto en el segundo párrafo de esta norma, el mismo que establece que a falta de plazo convenido o de usos diversos, el comprador (en nuestro caso, arrendatario-comprador) debe recibir el bien en el momento de la celebración del contrato.

Pasando a otro tema, estimamos que un arrendamiento-venta, puede ser inscrito en el Registro Fiscal de Ventas a Plazos, a que alude el numeral 1566 del Código Civil.

En materia de transferencia del riesgo, preferimos no referirnos a cada uno de los artículos del Capítulo Sexto del Título del contrato de compraventa, por las serias objeciones que formulamos en relación a estas normas. Sin embargo, debemos señalar que el tema de la transferencia del riesgo revestirá caracteres especiales en el arrendamiento-venta.

Nos explicamos.

Antes de que el arrendador-vendedor entregue el bien al arrendatario-comprador, obviamente se aplicarán al caso las reglas contenidas en el Código Civil respecto de la teoría del riesgo, y el principio **periculum est debitoris**, lo que equivale decir que el arrendador-vendedor será quien corra con el riesgo de pérdida de la contraprestación, si la hubiere.

Luego de efectuada la entrega, no podríamos aplicar respecto de su contraparte el principio **res perit domino**, pues el arrendatario-comprador todavía no se ha convertido en propietario del bien. Sólo lo será una vez que termine de pagar las cuotas convenidas.

Pero estaremos ante una curiosa situación, toda vez que el arrendatario-comprador no deja de ser arrendatario, y, como tal, en la eventualidad de que no culmine con el pago de todas las cuotas o mensualidades, estaría obligado a devolver el bien al arrendador-vendedor. En tal sentido, podría pensarse que mientras dure la relación contractual de arrendamiento-venta, el riesgo de pérdida de la contraprestación lo correrá el arrendatario-comprador, aplicándose respecto de este contratante el principio **periculum est debitoris**.

Y una vez que el arrendatario-comprador haya terminado de pagar la última cuota o mensualidad o renta debida, se hará automáticamente propietario del bien, y desde ese momento, al no existir relación obligacional alguna (pues todas ellas ya se habrían extinguido), resultará de aplicación el principio **res perit domino** (la cosa se pierde para su dueño), evidentemente respecto del nuevo propietario.

Creemos que los anotados constituyen los principios básicos que deben regir el tema de la transferencia del riesgo en el arrendamiento-venta.

De otro lado, estimamos que tanto la compraventa a satisfacción del comprador (artículo 1571), como la compraventa a prueba (artículo 1572) y la compraventa sobre muestra (artículo 1573) son aplicables al contrato de arrendamiento-venta, evidentemente **mutatis mutandis**, según lo permita la naturaleza de este contrato, a la vez que los usos y costumbres.

Por otra parte, consideramos que las normas relativas a la compraventa sobre medida y a la compraventa en bloque (artículos 1574 a 1579 del Código Civil) son aplicables al arrendamiento-venta. Sin embargo, debemos anotar que en la eventualidad que se tenga derecho a una reducción del precio, ella se vería expresada en una disminución proporcional en las cuotas, mensualidades o rentas que el arrendatario-comprador debe pagar al arrendador-vendedor.

En relación al tema de la “compraventa sobre documentos”, podrían ser de aplicación sus normas (los artículos 1580 y 1581) al contrato de arrendamiento-venta, pues en el plano teórico no existe impedimento alguno.

Sin embargo, en una perspectiva más amplia de esta compraventa, referida ya a la generalidad de mercancías que se comercializan en el mundo mercantil, sí resultaría raro ver un arrendamiento-venta.

Creemos que los pactos prohibidos para la compraventa, específicamente el pacto de mejor comprador y el pacto de preferencia, no se extienden al contrato de arrendamiento-venta, en la medida que se trata de normas prohibitivas, las que —de acuerdo a lo prescrito por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil— no pueden aplicarse por analogía, puesto que, se quiera o no, el arrendamiento-venta es un contrato distinto de la compraventa propiamente dicha.

Las normas de compraventa con reserva de propiedad son —por excelencia— aplicables al arrendamiento-venta, ya que precisamente el artículo 1585, bajo análisis, es el numeral que de modo expreso las hace aplicables.

En relación a las disposiciones referidas al pacto de retroventa (artículos 1586 a 1591), ellas serían de aplicación al arrendamiento-venta, con la salvedad de que si se llegase a resolver unilateralmente el contrato, el arrendatario-comprador debería devolver el bien recibido, en tanto el arrendador-vendedor estaría en la obligación de rembolsar a su contraparte

todas las cuotas, mensualidades o rentas que le hubiesen sido entregadas.

Finalmente, debemos anotar que las normas referidas al derecho de retracto (artículos 1592 a 1601) no serían aplicables al arrendamiento-venta, en la medida que al ser preceptos restrictivos de derechos no podrían aplicarse por analogía a un contrato distinto de la compraventa en estricto.

2.3. Por su estructura.

El alquiler-venta sería un contrato complejo, pues comparte rasgos, tanto de la compraventa como del arrendamiento, con lo que podría sostenerse que, independientemente de que le resulten aplicables los artículos 1583 y 1584 (propios de la compraventa), también será un acto que se enmarque dentro de las disposiciones y principios propios del contrato de arrendamiento, en cuanto a muchos otros aspectos distintos a los referidos en los aludidos numerales.

2.4. Por su contenido.

Por su contenido, puede ser tanto un contrato civil como uno mercantil.

2.5. Por su autonomía.

Por su autonomía, es un contrato principal, pues no depende jurídicamente de otro contrato.

2.6. Por su función.

Por su función, es, fundamentalmente, un contrato constitutivo, aunque puede formar parte —por excepción—, de uno modificadorio, pero nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará obligaciones entre las partes.

2.7. Por los sujetos a quienes obliga.

Por los sujetos a quienes obliga, se trata de un contrato individual, ya que las obligaciones creadas por él afectan únicamente a las partes que celebran el contrato.

2.8. Por la prestación.

Por la prestación es un contrato bilateral o sinalagmático, hoy en día bajo nuestro Código Civil, hablaríamos de un contrato con prestaciones recíprocas (artículos 1426 a 1434 del Código), pues una parte —el arrendador-vendedor— se obliga a entregar el bien a la otra parte —el arrendatario-comprador—, el mismo que se obliga, a su vez, a pagar el

precio en cuotas mensuales o de periodicidad distinta, precio que a la vez constituye renta; y al pagarse la última de dichas cuotas, se transferirá automáticamente la propiedad del bien al arrendatario-comprador.

2.9. Por la valoración.

Por la valoración, de acuerdo a lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, será un contrato a título oneroso, pues ambas partes se obligan a ejecutar una prestación.

2.10. Por el riesgo.

Por el riesgo, debemos precisar que es, fundamentalmente, un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano al momento de la celebración del contrato.

Si bien es verdad que no se ha planteado, ni legislativa ni doctrinariamente, el tema de la aleatoriedad en el contrato de arrendamiento-venta, podríamos imaginar algunos supuestos en los que ello resultaría factible, sobre todo si recordamos que no habría inconveniente teórico alguno para aplicar los principios que al respecto hemos tratado al estudiar el bien materia del contrato de compraventa.

2.11. Por su formación.

Por su formación, el arrendamiento-venta es un contrato consensual, es decir que se celebra con el solo consentimiento de las partes, ya que la ley no establece ningún requisito de forma para este acto.

2.12. Por el tiempo.

Por el tiempo, se trata, esencialmente, de un contrato de duración, ya que no obstante por lo general el bien objeto del mismo se entregará poco después de la celebración del contrato (en un acto instantáneo), el pago de las cuotas, mensualidades, o rentas por parte del arrendatario-comprador, se prolongará en el tiempo, tanto como en un contrato de arrendamiento común y corriente. En tal sentido, será un contrato de duración continuada, en la medida que el arrendador-vendedor se obliga a permitir el uso y disfrute del bien por parte del arrendatario-comprador, en tanto dure la relación contractual y mientras no se produzca la transferencia de propiedad.

Pero, por otra parte, también será un contrato de duración periódica; si nos atenemos a la obligación del arrendatario-comprador, la misma que consistirá en el pago periódico (por lo general mensual) de las cuotas o rentas convenidas.

2.13. Por la negociación.

Por la negociación, puede ser tanto un contrato de negociación previa, es decir aquel en el cual las partes tienen la libertad de modelar su contenido (esta será la regla), como un contrato por adhesión o que contenga cláusulas generales de contratación (supuestos excepcionales, por cierto).

2.14. Por el rol económico.

Por el rol económico, es un contrato de cambio, ya que está destinado a la circulación de la riqueza; y de disposición, pues implica una disminución en el patrimonio del arrendador-vendedor, que se verá –a su vez– compensada con la contraprestación que debe recibir por parte del arrendatario-comprador (renta-precio).

2.15. Por sus efectos.

Por sus efectos, se trata de un contrato meramente obligatorio u obligacional.

DE LA OBRA DEL AUTOR

TRATADOS Y LIBROS

1. Libro: «Los Contratos Sobre Bienes Ajenos». Auspiciado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONCYTEC). Lima, mayo de 1990 (415 pp.).
2. Libro: «Acción Estudiantil y el Movimiento Democrático Universitario en la Universidad Católica (1985 - 1991)». Lima, noviembre de 1990 (427 pp.).
3. Libro «El Perú de César Awapara» (en co-autoría). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, enero de 1991 (420 pp.).
4. Libro: «El Bien Materia del Contrato de Compraventa». Volumen XIII de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre de 1992 (489 pp.).
5. Libro: «El Precio en el Contrato de Compraventa y el Contrato de Permuta». Volumen XIV de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, junio de 1993 (648 pp.).
6. «Tratado de las Obligaciones» (Primera Parte - Tomo I; en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre de 1994 (504 pp.).
7. «Tratado de las Obligaciones» (Primera Parte - Tomo II; en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre de 1994 (523 pp.).
8. «Tratado de las Obligaciones» (Primera Parte - Tomo III; en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre de 1994 (563 pp.).
9. «Tratado de las Obligaciones» (Primera Parte - Tomo IV; en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre de 1994 (542 pp.).

10. Libro: «Estudio sobre las Obligaciones Dinerarias en el Perú» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México, octubre de 1995 (152 pp.).
11. «Tratado de las Obligaciones» (Segunda Parte - Tomo V; en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, febrero de 1996 (515 pp.).
12. «Tratado de las Obligaciones» (Segunda Parte - Tomo VI; en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, febrero de 1996 (616 pp.).
13. «Tratado de las Obligaciones» (Segunda Parte - Tomo VII; en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, febrero de 1996 (521 pp.).
14. Libro: «Las Doctrinas Tradicionales frente a la Contratación Computarizada» (Análisis del funcionamiento de las doctrinas tradicionales sobre consentimiento, nulidad, anulabilidad y disenso en los contratos celebrados a través de medios informáticos) (Tomo I). Volumen III de la «Biblioteca de Derecho Contemporáneo». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, diciembre de 1996 (128 pp.).
15. Libro: «Las Doctrinas Tradicionales frente a la Contratación Computarizada» (Análisis del funcionamiento de las doctrinas tradicionales sobre consentimiento, nulidad, anulabilidad y disenso en los contratos celebrados a través de medios informáticos) (Tomo II). Volumen III de la «Biblioteca de Derecho Contemporáneo». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, diciembre de 1996 (135 pp.).
16. Libro: «Las Doctrinas Tradicionales frente a la Contratación Computarizada» (Análisis del funcionamiento de las doctrinas tradicionales sobre consentimiento, nulidad, anulabilidad y disenso en los contratos celebrados a través de medios informáticos) (Tomo III). Volumen III de la «Biblioteca de Derecho Contemporáneo». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, diciembre de 1996 (129 pp.).
17. Libro: «Las Doctrinas Tradicionales frente a la Contratación Computarizada» (Análisis del funcionamiento de las doctrinas

- tradicionales sobre consentimiento, nulidad, anulabilidad y disenso en los contratos celebrados a través de medios informáticos) (Tomo IV). Volumen III de la «Biblioteca de Derecho Contemporáneo». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, diciembre de 1996 (141 pp.).
18. «Tratado de las Obligaciones» (Tercera Parte - Tomo VIII; en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para Leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, agosto de 1997 (541 pp.).
 19. Libro: «Todos los Poderes del Presidente (Ética y Derecho en el ejercicio de la Presidencia)». Volumen IV de la «Biblioteca de Derecho Político». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, agosto de 1997 (607 pp.).
 20. Libro: «Tentaciones Académicas (La Reforma del Código Civil Peruano de 1984)». Tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, junio de 1998 (580 pp.).
 21. Libro: «Tentaciones Académicas (La Reforma del Código Civil Peruano de 1984)». Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, junio de 1998 (599 pp.).
 22. «Tentaciones Académicas. La Reforma del Código Civil Peruano de 1984. Código Civil de 1984. Texto Original. Normas Modificatorias y Complementarias (Del 24 de julio de 1984 al 30 de abril de 1998)». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, junio de 1998 (500 pp.).
 23. «Tratado de las Obligaciones» (Tercera Parte – Tomo IX; en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). Volumen XVI de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre de 1999 (667 pp.).
 24. «Tratado de la Venta». Tomo I, Volumen XVIII de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre del 2000 (566 pp.).
 25. «Tratado de la Venta». Tomo II, Volumen XVIII de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre del 2000 (446 pp.).
 26. «Tratado de la Venta». Tomo III, Volumen XVIII de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre del 2000 (517 pp.).
 27. «Tratado de la Venta». Tomo IV, Volumen XVIII de la Biblioteca «Para leer el Código Civil». Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica

- del Perú. Lima, noviembre del 2000 (494 pp.).
28. "Tratado de la Venta". Tomo V, Volumen XVIII de la Biblioteca "Para leer el Código Civil". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre del 2000 (509 pp.).
 29. "Tratado de la Venta". Tomo VI, Volumen XVIII de la Biblioteca "Para leer el Código Civil". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, noviembre del 2000 (577 pp.).
 30. Libro: "Comentarios al Contrato de Compraventa". Gaceta Jurídica, Lima, enero del 2002 (406 pp.).
 31. "Tratado de los Contratos Típicos". Tomo I, El Contrato de Suministro. El Contrato de Donación, Volumen XIX de la Biblioteca "Para leer el Código Civil". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, febrero del 2002 (264 pp.).

INVESTIGACIONES

1. Investigación: «El Contrato de Suministro. Una Perspectiva Crítica». Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Facultad de Derecho. Lima, abril de 1992 (29 pp.).
2. Investigación: «Las Obligaciones y sus modalidades; efectos de las obligaciones». En: «Instituciones del Derecho Civil Peruano (Visión histórica)». Publicación colectiva de la Fundación M.J. Bustamante de la Fuente y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Lima, septiembre de 1996. Tomo III, Páginas 1681 a 1800.
3. Investigación: «Los Contratos Típicos.- Compraventa; Permuta; Suministro; Donación; Mutuo; Arrendamiento; Hospedaje; Comodato; Locación de Servicios; Obra; Mandato; Depósito; Secuestro; Fianza; Renta Vitalicia; Juego y Apuesta». En: «Instituciones del Derecho Civil Peruano (Visión histórica)». Publicación colectiva de la Fundación M.J. Bustamante de la Fuente y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Lima, septiembre de 1996. Tomo III, Páginas 1984 a 2291.
4. Investigación: "Algunos Conceptos sobre la Teoría General de las Obligaciones" (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: Obra de Homenaje por el Centenario del Nacimiento del Doctor José León Barandiarán. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima, 2000. Tomo II, Páginas 635 a 757.

5. Investigación: "Las Obligaciones de Hacer y de no Hacer" (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: Academia Peruana de Derecho, Libro Homenaje al Doctor Javier Vargas y Vargas. Lima, 2000, Páginas 67 a 122.

ARTÍCULOS

1. Artículo: «La Venta de Bien Ajeno en el Derecho Argentino» En: Iuris Dictio, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Año I - Número 2. Lima, noviembre de 1996, Páginas 23 a 29.
2. Artículo: «Tentaciones Académicas (La Reforma del Código Civil Peruano)». En: Revista Jurídica del Perú, Año XLVIII - Número 14, enero - marzo de 1998, Trujillo, Páginas 29 a 34.
3. Artículo: «La Relación existente entre la Venta de Bien Ajeno y el Saneamiento por Evicción». En: Revista del Magíster en Derecho Civil. Escuela de Graduados. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Volumen 1, Lima, 1997 (publicado en 1998), Páginas 111 a 122.
4. Artículo: «La Compensación» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: Revista Scribas. Año II, Número 4, Arequipa, 1998, Páginas 101 a 128.
5. Artículo: «La Condonación» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: Ius et Veritas, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año IX, Número 18, Lima, 1999, Páginas 124 a 135.
6. Artículo: «El Mutuo Disenso» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: Cathedra, Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Año III, Número 4, Lima, mayo de 1999, Páginas 57 a 76.
7. Artículo: «La Transacción» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 57, correspondiente a diciembre de 1997, publicado en octubre de 1999, Páginas 387 a 461.
8. Artículo: «Algunas Consideraciones sobre la Responsabilidad Contractual y Extracontractual en el Contexto del Código Civil de 1984» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: Cathedra, Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Año III - Número 5. Lima, diciembre de 1999, Página 52 a 70.

9. Artículo: «La Isla de la Fantasía». En: Notarius, Revista del Colegio de Notarios de Lima. Año VIII - Número 8, correspondiente al año 1998, publicado en marzo del 2000.
10. Artículo: «La Pérdida en las Obligaciones de Dar Bienes Ciertos y la Teoría del Riesgo» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: Normas Legales, Revista de Legislación, Jurisprudencia y Doctrina. Tomo 286. Trujillo, Perú, marzo del 2000, Páginas 79 a 95.
11. Artículo: «El Incumplimiento en las Obligaciones Indivisibles y Solidarias» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: Revista Abogados, Año III - Número 4. Lima, mayo del 2000, Páginas 11 a 15.
12. Artículo: «La Transferencia de Propiedad en el Perú» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: Revista Ius et Praxis. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Número 30, correspondiente a enero-diciembre de 1999. Publicado en noviembre del 2000, Páginas 149 a 168.
13. Artículo: «El Derecho Sucesorio y las Obligaciones de Sujeto Plural» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: Revista De Iure, Año II - Número 2, editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, noviembre del 2000, Páginas 163 a 186.
14. Artículo: «Los Intereses Compensatorios y Moratorios» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: Notarius, Revista del Colegio de Notarios de Lima. Año X - N° 10. Lima, 2000, Páginas 157 a 187.
15. Artículo: «Las Obligaciones de dar Bienes Inciertos» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: Notarius, Revista del Colegio de Notarios de Lima. Año IX - N° 9. Lima, 1999, publicado en el año 2000, Páginas 89 a 122.
16. Artículo: «Las Relaciones Internas entre los Deudores y entre los Acreedores de Obligaciones Indivisibles y Solidarias» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: Revista Bibliotecal, del Colegio de Abogados de Lima. Año 1 - Número 2, Lima, diciembre del 2000. Páginas 45 a 56.
17. Artículo: «El Tema Fundamental de las Obligaciones de Medios y de Resultados frente a la Responsabilidad Civil» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 53. Lima, diciembre del 2000, Páginas 475 a 512.
18. Artículo: «Reflexiones en torno al Cumplimiento en las Obligaciones Indivisibles y Solidarias» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling

- Parodi). En: *Cathedra*, Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Año IV, N° 7, Lima, diciembre del 2000, Páginas 125 a 133.
19. Artículo: «Los Medios Extintivos Distintos al Pago y las Obligaciones Indivisibles y Solidarias» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LI, N° 18, Trujillo, enero del 2001, Páginas 79 a 96.
 20. Artículo: «Las Obligaciones Conjuntivas» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: *Revista Abogados*, Año III, N° 5, Lima, enero del 2001, Páginas 39 a 41.
 21. Artículo: «Consideraciones Generales Acerca del Pago de Intereses» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: *Advocatus*, Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. N° 4. Lima, marzo del 2001, Páginas 171 a 199.
 22. Artículo: «El Nominalismo y el Valorismo en el Perú (Primera Parte)» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LI, N° 20. Trujillo, marzo del 2001, Páginas 41 a 60.
 23. Artículo «El Nominalismo y el Valorismo en el Perú (Segunda Parte)» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LI, N° 21. Trujillo, abril del 2001, Páginas 27 a 63.
 24. Artículo: «El Nominalismo y el Valorismo en el Perú (Tercera Parte)» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LI, N° 22. Trujillo, mayo del 2001, Páginas 55 a 71.
 25. Artículo: «Algunas Consideraciones Relativas a las Obligaciones Indivisibles y Solidarias». En: *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año XI, N° 22. Lima, junio del 2001, Páginas 118 a 126.
 26. Artículo: «Algunos Conceptos Generales sobre el Pago por Consignación» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: *Folio Real*, Revista Peruana en Derecho Registral y Notarial. Año II, N° 5. Lima, junio del 2001, Páginas 131 a 173.
 27. Artículo: «La Dación en Pago» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: *Ipsa Iure*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Tecnológica del Perú. N° 1, Lima, junio del 2001, Páginas 69 a 90.
 28. Artículo: «La Transmisión de las Obligaciones a los Herederos» (en co-autoaría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: *Revista Abogados*, Año III, N° 6. Lima, julio del 2001, Páginas 36 y 37.

29. Artículo: «Quién puede efectuar el Pago y quién está en aptitud de hacerlo» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: Derecho y Sociedad, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año XII, N° 16. Lima, agosto del 2001, Páginas 251 a 263.
30. Artículo: «La Imputación del Pago» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: Bibliotecal; Revista del Colegio de Abogados de Lima. Año 2, N° 3, Lima, noviembre del 2001, Páginas 27 a 49.
31. Artículo: «Algunas Consideraciones acerca del Pago» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: Cathedra, Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Año V, N° 8. Lima, noviembre del 2001; Páginas 35 a 50.
32. Artículo: «El Contrato de Arrendamiento-venta». En: Revista Actualidad Jurídica, Tomo 96, Gaceta Jurídica. Lima, noviembre del 2001, Páginas 9 a 16.
33. Artículo: «La Subrogación Legal o de Pleno Derecho» (en co-autoría con el Doctor Felipe Osterling Parodi). En: Revista Abogados. Año IV, N° 7. Lima, enero del 2002, Páginas 25 a 30.