



Mario Castillo Freyre

Lecciones de Contratos

Parte General

Mario Castillo Freyre (1964)

Es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster y Doctor en Derecho por la misma Casa de Estudios. Catedrático Principal de Obligaciones y Contratos en las Facultades de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y Pontificia Universidad Católica del Perú. También es Catedrático de los referidos cursos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

LECCIONES DE CONTRATOS

Mario Castillo Freyre

**Universidad Femenina del Sagrado Corazón
Facultad de Derecho**

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Lima, 2008

© 2008, Lecciones de Contratos
© 2008, Universidad Femenina del Sagrado Corazón
© 2008, Mario Castillo Freyre

DERECHOS RESERVADOS

*Prohibida la reproducción, total o parcial, de este libro
por cualquier medio, sin permiso expreso de los editores.*

Primera edición, 2008

ISBN: 978-9972-9949-5-1

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-06708

Ediciones Libro Amigo

www.edicioneslibroamigo.com

Impreso en el Perú - Printed in Peru

FACULTAD DE DERECHO - UNIFÉ

Av. Los Frutales 954, Urb. Camacho, La Molina
Teléfonos: 436-4641 • 434-1885 • 437-1220 Anexo 253
Fax: 435-0853 E-mail: derecho@unife.edu.pe
www.unife.edu.pe
Lima - Perú

ÍNDICE

Introducción	7
Lecciones de Contratos. Nociones Generales	9
1. El origen histórico de la categoría de Contrato	11
1.1. Derecho primitivo	11
1.2. Derecho Romano	11
1.3. Derecho Medieval	15
1.4. Derecho Canónico	17
1.5. Concepción moderna de contrato	19
2. Formación de la concepción actual del contrato	22
3. Concepto de Contrato	28
3.1. El contrato como acto jurídico	29
3.2. La relación jurídica patrimonial	36
3.3. Carácter obligacional de los contratos	37
3.4. Partes contractuales y sujetos intervinientes	39
3.5. La creación, regulación, modificación y extinción de obligaciones	43
3.6. Contrato y convención	47
3.7. La contratación entre cónyuges	48
3.8. El consentimiento. Consideraciones preliminares	50
3.9. Teorías que intentan resolver el problema de la formación del consentimiento	57
3.9.1. Teoría subjetiva o de la voluntad	58
3.9.2. Teoría objetiva o de la declaración	60
3.9.3. Teoría de la responsabilidad	61
3.9.4. Teoría de la confianza	62
3.10. Disentimiento o disenso	65
4. El consensualismo	68
5. Normatividad aplicable a los contratos	70
6. Criterios de clasificación general de los contratos	77
6.1. Por la presentación	78
6.2. Por la valoración	81

6.3. Por el riesgo	84
6.4. Por la estructura	88
6.5. Por el área	91
6.6. Por la autonomía	93
6.7. Por la formación	97
6.8. Por la regulación	101
6.9. Por la función	101
6.10. Por el tiempo	101
6.11. Por los sujetos a quienes obliga	107
6.12. Por la formación	109
6.13. Por el rol económico	109
7. Autonomía Privada: La libertad de contratar	113
Bibliografía	123

INTRODUCCIÓN

Hace algunos años la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón tuvo a bien encargarme la elaboración de un Manual de Contratos, con el objeto de difundir el conocimiento de esta materia entre las alumnas de nuestra Facultad.

Confieso que siempre tuve mucha reticencia a escribir sobre la Teoría General de los Contratos, en la medida de que me he sentido tradicionalmente influenciado por las enseñanzas de quien siempre fue, en las aulas de la Universidad y fuera de ellas, mi maestro en la materia, el doctor Manuel de la Puente y Lavalle.

En ese sentido, me ha sido muy difícil escribir sobre este tema sin desligarme de las doctrinas y de la memoria del maestro y amigo.

No obstante ello, he escrito estas páginas, en las que si bien no abordo todo lo relativo a la Teoría General de los Contratos, sí trato acerca de algunos temas básicos, en un trabajo que fundamentalmente tiene fines de divulgación y, espero, pueda llegar a constituir material de estudio de mis alumnos y para todos aquellos que quieran iniciarse en esa extraordinaria aventura que es el Derecho de los Contratos.

Antes de concluir estas palabras debo agradecer a la ex decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, la Doctora Gabriela Aranibar Fernández Dávila, por haberme confiado este encargo cuando ejercía el decanato, así como al doctor Luis Felipe Almenara Bryson, ex-decano de la Facultad y al doctor Manuel Rivera Parreño, actual decano, por el apoyo brindado para su culminación.

Lima, mayo del 2008

Mario Castillo Freyre

LECCIONES DE CONTRATOS

NOCIONES GENERALES

Tal y como expresa Francesco Messineo,¹ «la vida jurídica no se fosiliza en formas inmutables, sino que, por el contrario, está en perenne movimiento y en constante evolución». Aquello, en tanto –como afirma Aníbal Torres Vásquez–² «La función principal del ordenamiento jurídico consiste en dar una respuesta o solución a una serie de problemas sociales. Cuando un conjunto de problemas sociales típicos es regulado por el Derecho, la realidad socio-económica se institucionaliza. La institución, en cuanto realidad social regulada por el ordenamiento jurídico, constituye un instrumento de dinamización de la vida jurídica y de apertura de nuevas posibilidades».

El contrato, dentro de esta perspectiva, constituye una de las grandes instituciones jurídicas, graficando al mismo tiempo una importante realidad social regulada por el Derecho, y, además, la regulación de aquella realidad.

Se vive contratando constantemente, no hay individuo que en su quehacer diario no celebre algún contrato con el objetivo de alcanzar las más variadas finalidades de la vida económica.

Cuando se piensa en el contrato, existe la errónea inclinación a evocar un rito solemne, cuando lo cierto es que una operación económica puede verificarse de modo instantáneo: Al subir al autobús, al adquirir un periódico, al realizar un servicio, al retirar golosinas de un distribuidor automático, entre otros muchos casos. Es más, en la mayoría de los supuestos se trata de una

¹ MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1986, tomo I, p. 381.

² TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Lima: San Marcos, 1998, p. 268.

operación simple, ya sea porque se celebra instantáneamente, o bien porque, a pesar de tener un objeto complejo, las modalidades de celebración se han simplificado mediante la práctica de la simple suscripción de un modelo predispuesto por la empresa, o bien porque no ha tenido lugar un proceso de tratativas, estructurado en fases de redacción del texto contractual.³

El contrato –especie principal dentro del género del acto jurídico que constituye, por ende, un instrumento consubstancial de todo individuo– se define como el acuerdo de voluntades entre dos o más partes, destinado a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

De esta forma, el contrato supone la creación de relaciones jurídicas que vinculan privadamente a los sujetos, de modo que puedan satisfacer sus propios intereses.

Este importante instrumento jurídico se fundamenta en la autonomía privada de las partes, la misma que se expresa a través de la libertad de contratar o de conclusión –libertad que tiene cada sujeto de decidir si contrata o no y con quién–; y la libertad contractual, de autorregulación o de configuración interna –posibilidad de determinar las condiciones y términos de un contrato, esto es, su contenido–.

La autonomía privada es, así caracterizada, un poder de autorregulación de intereses y relaciones jurídicas propias desplegado por el mismo titular de ellas. Permite, entonces, constituir relaciones jurídicas y reglamentar el contenido de las mismas. En la autonomía hay un poder de gobierno sobre la esfera jurídica, por lo que su ejercicio exige la función de la voluntad y la función de las demás potencias del individuo.

Dentro de este orden de ideas, uno de los elementos esenciales del contrato es la declaración de voluntad de los sujetos contratantes. La noción jurídica de aquella voluntad se encuentra vinculada de forma inherente al principio de la autonomía privada que acabamos de delinear.

³ ALPA, Guido. «El contrato en el Derecho privado italiano actual». En: *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil Italiano* (1942-2002). Lima: ARA Editores, 2003, p. 133.

1. EL ORIGEN HISTÓRICO DE LA CATEGORÍA DE CONTRATO

El concepto de contrato que acabamos de esbozar y que hoy reconocemos como lógico y natural es el resultado de un largo proceso histórico en el que poco a poco se fue admitiendo la idea de que una promesa puede dar lugar a una obligación en sentido jurídico.

En efecto, llegar a una noción como la esbozada ha sido más complejo de lo que a primera vista pudiera parecer. Ha sido necesario recorrer un largo camino en el que los principios que informan al ordenamiento jurídico han evolucionado, como podrá ser apreciado a continuación.

1.1. Derecho primitivo

Si bien se admite que tener una noción completa del contrato primitivo es sumamente difícil, se admite también que desde que el hombre se relaciona con otros hombres, el fenómeno de la contratación, –al menos en una versión rudimentaria– existe.

Gracias a la posterior aparición de la escritura, se ha encontrado constancia de las primeras relaciones contractuales en las cuales la forma juega un rol fundamental, constituyendo un elemento esencial de esta institución jurídica. En este primer momento, la forma se cumplía a través de ceremonias de variados tipos en las cuales estaban presentes factores mágicos y religiosos.

Debemos resaltar, siguiendo a López Santa María,⁴ que en sus manifestaciones más antiguas, el contrato carecía de la connotación económica que hoy lo distingue, pues, antes de un vínculo de interés, se consideraba como una alianza total y mística de los contratantes, en relación análoga al parentesco, un radical cambio de estado.

1.2. Derecho Romano

En el Derecho Romano clásico la palabra *contractus* no significó el acuerdo de voluntades, que es el sentido moderno que tiene, sino la relación jurídica

⁴ Citado por ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Contratos: Parte General*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1995, p. 14.

o el vínculo obligatorio en sí (la obligación). El acuerdo de voluntades (consentimiento) adquirió significado en el Derecho Justiniano y fue llamado *pactum* o *conventio* y no *contractus*.

En esta línea de pensamiento, manifiesta Díez-Picazo⁵ que originariamente la voz *contractus* no parece haber poseído un preciso significado técnico jurídico. Etimológicamente *contractus* es el participio pasivo del verbo *contrahere*, por lo cual designa genéricamente lo contraído. Lo contraído es un negocio o, más exactamente, una obligación (*negotium contractum*, *obligatio contracta*). *Contractus* es, pues, aquella situación que da origen a ese especial *vinculum iuris* en que la *obligatio* consiste.

Añade el profesor español que para crear una *obligatio*, en el antiguo Derecho Romano, era necesario realizar unos determinados actos solemnes y rituales (*nexum*, *sponsio*, *stipulatio*). De esta suerte, en rigor, sólo a todos aquellos actos solemnes y rituales que generan una *obligatio* se les podía llamar *contractus*.

Más adelante, sin embargo, probablemente por influjo del Derecho de Gentes, se admitió que en determinados casos concretos, el hecho de la entrega de la cosa generaba —para el que la había recibido— la obligación de restituir dicha cosa. Se hablaba entonces de una obligación que *re contrahitur*, es decir, que se contrae por virtud de la entrega de una cosa (res). Esta idea, que más adelante dio origen a la categoría dogmática de los llamados *contratos reales*, se aplicaba sobre todo al mutuo o préstamo, al depósito, al comodato y a la prenda.

Precisa Díez-Picazo que en un momento posterior, cuando el Derecho Pretorio admitió los llamados *judicia bonae fidei*, se consideró que algunas obligaciones podían crearse por el mero consentimiento o por el mero acuerdo de las partes, no obstante aquéllas eran excepcionales y quedaron limitadas a tipos muy concretos de negocios: compraventa, arrendamiento, mandato, sociedad.

⁵ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, LUIS. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1979, tomo I, pp. 93 y ss.

Fuera de los casos anteriores, el Derecho Romano conoció la existencia de convenciones, en las cuales una de las partes daba alguna cosa o hacía algo para recibir luego a cambio algo que la otra parte prometía, a su vez, dar o hacer (*do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*). En el Derecho Antiguo, como quiera que estos acuerdos no se ajustaban a los tipos legales, no producían acción para reclamar el cumplimiento de lo prometido, y, por consiguiente, tampoco generaban una genuina obligación. Únicamente, en virtud de la idea general que veda el enriquecimiento sin causa, el que había dado podía repetir cuando la promesa de su adversario no se había cumplido. La pretensión no se dirigía aquí a obtener el cumplimiento de la promesa, sino únicamente la restitución de la prestación, era el remedio de la *condictio causa data causa non secuta*. En un momento posterior el pretor concedió, en este tipo de acuerdos, una acción dirigida a reclamar el cumplimiento de la promesa (*actio praescriptis verbis*). A partir de ese momento, tales acuerdos fueron considerados ya como contratos y recibieron, por la doctrina posterior, el nombre de *contratos innominados*, no porque carezcan verdaderamente de un nombre, sino más bien por su no pertenencia a ninguno de los tipos legales previamente establecidos.

El Derecho Romano clásico conoció también la institución de los *pactos*.⁶ Los pactos, si bien eran definidos como acuerdos de voluntades, no generaban ningún efecto jurídico inmediato. Así, no producían obligación, ni proporcionaban tampoco una acción para exigir el cumplimiento de lo pactado (*ex nudo pacto actio non nascitur, nuda pactio obligationem non parit*). La defensa inicialmente era sólo una defensa por vía de excepción. El demandado, para paralizar la acción del demandante, podía oponer la existencia del pacto (*exceptio pacti*). Luego, sin embargo, algunos pactos fueron provistos de acción. Esto ocurrió singularmente con los llamados *pacta adiecta* o pactos añadidos a un contrato como cumplimiento del mismo, *pacta pretoria* o pactos tipificados por el pretor (pacto de hipoteca) y *pacta legitima* o pactos a los cuales los emperadores concedieron una acción especial.

Debemos destacar que existen dos concepciones respecto al campo que abarcó el contrato en el Derecho Romano clásico. Por un lado la concepción amplia, para la cual los contratos fueron numerosos, típicos y formales, com-

⁶ Resulta curioso resaltar que es precisamente al pacto, y no al contrato, a lo que Ulpiano define como *duorum in idem placitum vel consensus*.

prendiendo los contratos *verbis*, reales, literales y consensuales. Por el otro, la concepción restringida, para la que sólo son contratos aquéllos en que ambas partes están obligadas, esto es, lo que actualmente se conoce como contratos con prestaciones recíprocas.⁷

Una importante evolución del pensamiento jurídico se produce en la época posclásica o justiniana del Derecho Romano. Así, es probable que en dicha época se haya iniciado la gran corriente del voluntarismo, que lleva a considerar que el origen de las obligaciones se encontraba en la expresión de la voluntad de las partes.

Esto se produjo como consecuencia del ensanchamiento de los tipos contractuales clásicos, que había producido la *actio praescriptis verbis*.

Tal acción sólo se concedía a los llamados contratos innominados, que eran en realidad convenciones con prestaciones recíprocas, siempre y cuando una de las partes hubiera realizado ya su prestación (*causa data*). Esta última era un elemento de formación del contrato, ya que antes de que ella se produjera, ambas promesas eran revocables. Así, se reconocieron los contratos innominados *doy para que me des, doy para que hagas, hago para que des y hago para que hagas*.⁸

Asimismo, otro hecho importante que contribuyó a fortalecer el voluntarismo jurídico en esta etapa fue la aproximación que se produjo entre la idea de pacto y la de contrato, cuando algunos pactos (*pacta praetoria*) fueron dotados de acción.⁹

Por último, debemos destacar que en el Derecho Romano la forma tuvo un sentido distinto al que el Derecho moderno le atribuye. Con el requisito de la forma no se buscaba proteger a las partes intervinientes o tutelar los derechos

⁷ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Contratos: Parte General. Op. cit.*, tomo I, p. 18.

⁸ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Contratos: Parte General. Op. cit.*, tomo I, p. 20.

⁹ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Contratos: Parte General. Op. cit.*, tomo I, p. 20.

de los terceros; la forma tenía su razón de ser en la tradición, en los cultos religiosos.

A ello debemos agregar que la forma era un requisito esencial e imprescindible, al punto de que la voluntad de las partes sólo tenía relevancia si se encontraba acompañada de una forma determinada.

1.3. Derecho Medieval

Siguiendo lo señalado por Díez-Picazo¹⁰ podemos afirmar que el concepto de contrato que hoy poseemos no se formó en el Derecho Romano. Tampoco en el Derecho Intermedio fue lograda dicha concepción. La jurisprudencia medieval, desde los glosadores hasta los intérpretes del siglo XV, continúa moviéndose alrededor de los esquemas del Sistema Romano Posclásico, al que permanece sustancialmente fiel, aunque sin renunciar a algunos desarrollos conceptuales. En este período los autores conservan la antítesis fundamental entre *contractus* y *pacta*, o, usando la fórmula que ellos empleaban, entre *pacta vestita* y *pacta nuda*. El sistema de contratos continúa siendo presentado como un sistema de causas o de figuras típicas reconocidas como fuentes de obligaciones, que se agrupan en las categorías tradicionales de contratos nominados (formales, reales, literales y consensuales) e innominados. Se mantiene además el principio *nudum pactum obligationem non parit*, al cual se le atribuye una importancia fundamental, de suerte que, con arreglo al pensamiento de los intérpretes medievales, el *contractus* es fuente de una *obligatio civilis*, mientras que el *nudum pactum* da vida únicamente a una *obligatio naturalis*.

Tras la caída del Imperio Romano de Occidente se dicta el denominado «Código de Eurico», el cual constituye el primer código para los visigodos, siendo atribuida su redacción a juristas romanos. Por otro lado, Alarico, hijo de Eurico, dicta la «*Lex romana visigothorum*» que era aplicable a los vencidos hispanos y galo-romanos. Es recién a partir del «*Eidctum Theodorici*» que por primera vez conquistadores y conquistados se encuentran sometidos al mismo Derecho. Los reyes Chindasvinto y Rescesvinto inician la fusión de los Dere-

¹⁰ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Op. cit.*, tomo I, p. 87.

chos Romano y Bárbaro, que se plasmaría luego en el Fuero Juzgo, cuya corrección y ordenamiento en títulos y capítulos estuvo a cargo de San Braulio.¹¹

En el siglo XII opera el resurgimiento del Derecho Romano, el cual puede ser atribuido a Imerio como consecuencia del hallazgo de un manuscrito de los Pandectas. El rigor lógico de las soluciones dadas por los jurisconsultos romanos a los casos concretos, permitió la supervivencia del sistema jurídico romano. En lo que se refiere a las obligaciones, las reglas que nacieron en el Derecho Romano adquirieron un carácter universal.¹²

Como bien expresa De la Puente y Lavalle,¹³ poca o ninguna significación, con la honrosa excepción de España, tiene el desarrollo del contrato en la Edad Media.

Manifiesta el citado profesor que se repitió casi, paso a paso, la evolución del concepto en el Derecho Romano, iniciándose con una etapa primitiva, que acoge el sistema verbal y solemne, para pasar a una época en que las necesidades del tráfico requieren del contrato real, y -finalmente- llegar a una etapa en que se trata de alcanzar, sin lograrlo, el pleno dominio del contrato consensual.

Sin perjuicio de lo expuesto, consideramos importante destacar el caso español — como lo hace De la Puente y Lavalle —, el mismo que por primera vez admitiría en el Ordenamiento de Alcalá del año de 1348, el valor de simple acuerdo de voluntades o consentimiento.

En este sentido, Gorla¹⁴ sostiene que «el Ordenamiento de Alcalá (año 1348) por influencia del Derecho Consuetudinario Castellano y del Derecho Canónico, establece de manera radical y terminante la validez del consenti-

¹¹ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Contratos: Parte General. Op. cit.*, tomo I, p. 21.

¹² ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Contratos: Parte General. Op. cit.*, tomo I, p. 21.

¹³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, Primera Parte, vol. XI, tomo I, p. 33.

¹⁴ GORLA, Gino. *El Contrato*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1959, tomo I, pp. 55 y 56.

miento en los contratos, de cualquier modo que se manifieste (Ord. de Alcalá, Ley Única del Título XVI)». El texto dice así: «[...] sea valedera la obligación y el contrato que fueren fechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro, e facer contrato con el [...]».

Añade el citado autor que con esta importantísima ley, como se ha indicado, queda introducido en el Derecho Español el principio consensual, con notable anticipación a la fecha en que dicho principio aparece en otras legislaciones.

A partir de este momento —señala Gorla—, «la forma queda relegada a un segundo plano y el eje de la contratación se desplaza al fondo, es decir a la voluntad de los contratantes. Con tal de que conste la intención de obligarse, vale la obligación, sin que pueda alegarse que no se siguieron las formalidades de la estipulación, que no se otorgó documento público, que se trataba de un contrato entre ausentes, etc. Tal principio espiritualista —así consagrado— lo veremos constantemente reconocido y aplicado por la Jurisprudencia hasta nuestros días».

Asimismo, refiere que los comentaristas del Ordenamiento de Alcalá parecen inclinarse a considerar que dicha ley pone fin a la distinción entre pacto y contrato, y que con ella quedan absorbidos los contratos verbales dentro de los consensuales. Con todo, y aun admitiéndolo así, no cabe llevar más lejos las consecuencias para afirmar, por ejemplo, que en el Ordenamiento de Alcalá se hubiera reconocido la validez y la obligatoriedad de la promesa unilateral no aceptada, cosa que algún autor pretendió, dejándose arrastrar por una interpretación excesivamente literal.

El autor concluye en que tampoco afecta dicha ley a otros requisitos que no sean de forma sino de esencia en determinados contratos, como por ejemplo, la entrega de la cosa en los contratos reales.

Es importante indicar que la presente norma pasó dos siglos más tarde a la Nueva Recopilación de 1567 y de ahí a la Novísima Recopilación de 1805.

1.4. Derecho Canónico

La mayoría de los autores coinciden en reconocer la influencia determinante del Derecho Canónico en la formación del concepto moderno de contrato.

Dentro de tal orden de ideas, los canonistas, menos ligados a la tradición romana justiniana, habían podido elaborar un nuevo concepto de contrato, otorgando un valor fundamental al consenso y estableciendo la idea de que la voluntad es la fuente de la obligación.

La doctrina canónica se encuentra además muy condicionada por una serie de motivaciones de orden ético y religioso, como las que imponen el deber de fidelidad a la palabra dada y el deber de veracidad. Estos deberes imponen la obligación de observar los pactos aunque éstos hayan sido simples *nuda pacta*. En la «Summa» se enuncia el principio *mendacium est si quis non cumpleat quod promisit*. El faltar a una promesa es un engaño, una mentira y, por consiguiente, un pecado.

La doctrina canónica medieval trata, por ello, de encontrar medios idóneos con el fin de reprimir el pecado cometido por aquéllos que no mantienen sus pactos o promesas.

Arias-Schreiber¹⁵ no duda en afirmar que, así como el Derecho Romano se caracterizó por el individualismo, el formalismo y la técnica jurídica en la contratación, el Derecho Canónico presenta como principal atributo la introducción de lo que Georges Ripert llamó la regla moral. De esta manera, los canonistas aprovecharon la técnica jurídica romana como un molde, cuyo contenido estuvo dado por los principios ético-religiosos del Cristianismo.

El destacado jurista nacional señala, asimismo, que este período se caracteriza por lo siguiente:¹⁶

- El Derecho Romano tuvo carácter supletorio para todo aquello que no hubiese sido objeto de normas eclesiásticas.
- Se reconoció la tutela jurídica al *nudo pacto*, lo que no importa, sin embargo, que el Derecho Canónico hubiese consagrado totalmente el principio consensual.

¹⁵ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Contratos: Parte General. Op. cit.*, tomo I, p. 23.

¹⁶ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Contratos: Parte General. Op. cit.*, tomo I, p. 24.

- Se introduce el principio de la *bona fides* en la teoría de las obligaciones.
- Se crea la doctrina canónica del contrato usuario, interpretando que la causa debía ser entendida como equivalencia en las prestaciones.
- Las limitaciones a la autonomía de la voluntad se manifiestan en la prohibición del préstamo con intereses, la teoría del justo precio y la de la lesión. También se desarrollan la teoría del abuso del derecho y la teoría de la imprevisión.

Cabe destacar que Gorla,¹⁷ por su parte, postula una posición distinta a la analizada y sostiene que la influencia del Derecho Canónico, que según algunos autores, habría hecho triunfar en el *Jus Civile* el principio consensual, fue muy limitada y mucho más tardía de lo que algunos autores habrían pretendido. «Probablemente –afirma el citado autor– se acudió al Derecho Canónico en busca de apoyo o como justificación moral, cuando ya en la práctica se había ido imponiendo el principio consensual, al menos en los contratos más usuales. En todo caso, la práctica y la costumbre se resistieron frente a aquella influencia o intromisión, incluso se combatió la forma de la promesa jurada –muy difundida– por el temor de que pudiera dar lugar a la intervención de la jurisdicción eclesiástica [...]».

1.5. Concepción moderna de contrato

Coincidimos con Díez-Picazo¹⁸ cuando expresa que la formación histórica del concepto moderno de contrato se produce sólo con posterioridad a esta época, y por la confluencia de diversas corrientes de pensamiento:

- a) La primera de estas corrientes de pensamiento puede encontrarse –como ha sido señalado con anterioridad– en la doctrina del Derecho Canónico.
- b) La segunda corriente aparece, en parte, en el voluntarismo jurídico de la escolástica tardía y, en parte, también en la necesidad práctica del

¹⁷ GORLA, Gino. *El Contrato*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1959, tomo I, p. 64.

¹⁸ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1979, tomo I, pp. 95 y 96.

tráfico mercantil de liberar de trabas formales a la contratación. Un resultado de esta corriente es el principio consagrado en el Derecho Histórico por la Ley del Ordenamiento de Alcalá, con arreglo a la cual de cualquier manera que un hombre quiera obligarse, queda obligado. El desarrollo de la práctica comercial en la Baja Edad Media y la correspondiente elaboración doctrinal y jurisprudencial de las Instituciones del tráfico mercantil, impusieron una flexibilidad en las viejas formas y en los esquemas civiles. Así como la *aequitas* canónica, fundada sobre la *ratio peccati*, había impuesto la fidelidad a los pactos, la *aequitas mercatoria* y las características de los jueces y de los tribunales mercantiles, en los cuales se decide *ex bono et aequo*, llevan también a una conclusión parecida.

- c) La tercera corriente de pensamiento se produce merced a la Escuela del Derecho Natural Racionalista, nacida en los siglos XVII y XVIII y al pensamiento de la Ilustración. Por una parte, tomando como punto de partida el racionalismo y el individualismo jurídico, esta escuela puso de relieve en primera línea la idea de voluntad individual y de voluntad humana. Por otra parte, buscando a las normas y a las instituciones una justificación exclusivamente fundada en la razón natural, llegó a la conclusión de que el fundamento racional de la creación de las obligaciones se encuentra en la libre voluntad de los contratantes.

Cabe precisar que el racionalismo antihistórico de esta escuela y su total desvinculación con los esquemas tradicionales del Derecho Romano permitirá establecer por primera vez la idea según la cual *solus consensus obligat*, que se consagra como un principio dogmático del Derecho Natural. Al mismo tiempo, se podrá formular un nuevo sistema contractual fundado sobre una concepción unitaria del contrato como acuerdo de voluntades.

En este sentido, no podemos desconocer la influencia que tuvieron Domat y Pothier para la elaboración del Código Napoleón. Como bien manifiesta De la Puente y Lavalley,¹⁹ estos autores recogieron las diversas corrientes de pensamiento antes relacionadas y proclamado en sus obras el principio del nudo consentimiento, el que fuera recogido por dicho Código.

¹⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLEY, Manuel. *El Contrato en general*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, Primera Parte, tomo I, vol. XI, pp. 35 y 36.

El profesor citado precisa que el artículo 1134, según el cual las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre aquéllos que las han hecho, «es quizá la mejor lograda expresión del liberalismo y de la fuerza del principio de la autonomía de la voluntad».

Según este principio –agrega De la Puente–, entendido como la libre facultad de los particulares para celebrar el contrato que les plazca y determinar su contenido, efectos y duración, se manifestó irrestrictamente en sus dos aspectos: la libertad de ponerse de acuerdo (libertad de contratar o de conclusión del contrato) y la libertad para determinar su contenido (libertad contractual o de configuración interna).

Asimismo, agrega el citado autor que el fuerte ascendiente que tuvo el Código Francés en las codificaciones del siglo XIX es por todos conocido. Para el caso peruano tiene especial importancia (sin desconocer la de los Códigos Nacionales de 1852 y 1936) la adopción por los Códigos Italiano (1865) y Español (1889) del valor del consentimiento como creador de vínculos obligatorios. El primero de ellos, por ser fuente directa del Código Civil Italiano de 1942, cuya huella en nuestro Código Civil, especialmente en el tema contractual, es evidente; y el segundo, por influencia de la doctrina española en el pensamiento de los codificadores de 1984.

A modo de conclusión, el maestro peruano destaca –citando las palabras de Messineo– que además del consensualismo, los derechos civiles modernos ofrecen un segundo e igualmente conspicuo resultado. Se trata de que mientras el Derecho Romano conocía figuras singulares de contratos, en un régimen que él llama atomístico, los Derechos modernos otorgan al contrato la calidad de categoría general y abstracta. Se le «presenta como un molde uniforme que encierra la constante del contrato mismo y en el cual es posible vaciar cualquier contenido».

En virtud de todo lo expuesto, se llega a la concepción moderna de contrato, la misma que lo concibe como todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan. El contrato así concebido se convertirá en la institución central, en la piedra angular, no sólo del Derecho Civil, sino de todo el ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico es contemplado desde esta perspectiva, como una trama de contratos que los particulares celebran. El Derecho es el reino del contrato, de manera que donde acaba el contrato acaba

también el Derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y de la fuerza. Finalmente, las limitaciones a la libertad de contratar serán consideradas como «atentados a la libertad de la persona».

2. FORMACIÓN DE LA CONCEPCIÓN ACTUAL DEL CONTRATO

El contrato sirve a los contratantes para la obtención de las más variadas finalidades prácticas, toda vez que actualmente se suele decir que también sirve al interés general. Hoy, por lo tanto, se considera la posibilidad de una doble función de este importante instrumento jurídico: la individual y la social.

En nuestro sistema de vida todos contratamos a diario. Aun aquél que se dedica a limpiar autos en los estacionamientos entra ya en el Derecho de las Obligaciones y, más exactamente, en el de los Contratos, bajo la figura contractual de la locación de servicios.

Es que no cabe duda de que el contrato se presenta como el gran instrumento para la circulación de los bienes y de los servicios, en tanto permite que sean los particulares quienes regulen sus relaciones de modo que sus intereses puedan verse satisfechos.

No obstante, como veremos a continuación, el concepto que actualmente tenemos de contrato no descansa únicamente sobre esta visión individualista.

En tal sentido, Díez-Picazo,²⁰ en opinión que compartimos, asevera que la concepción que hoy se maneja de contrato responde, en su más profundo fundamento, a una serie de presupuestos ideológicos y sociológicos.

En primer lugar, responde a un presupuesto económico propio de una economía liberal fundada en el lema del *laissez faire* y en la idea de que las leyes del mercado y el egoísmo individual actuando en el propio interés son, como dice Adam Smith, los mejores motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones.

²⁰ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Op. cit., tomo I, p. 89.

En segundo lugar, el contrato se basa en la idea de la igualdad sustancial de las partes contratantes. Dentro de esta perspectiva se afirma que el contrato es el mejor medio de arreglo de los intereses privados porque es una obra común de dos contratantes, que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico.

Por último, el tercero de los presupuestos ideológicos y socioeconómicos, según Díez-Picazo, se encuentra en una época que rinde culto a la idea de la preponderancia de la libertad individual, lo que, en definitiva, constituye una época de predominio burgués sobre la economía. Puede decirse que esta concepción del contrato es un instrumento idóneo para un señorío de la burguesía sobre el mercado de capitales y de trabajo y, en definitiva, para un señorío sobre la economía considerada en su conjunto.

El reconocimiento de este último presupuesto nos lleva a admitir también, la posibilidad de que el contrato pueda llegar a convertirse en un instrumento de opresión económica en aquellos supuestos en los que uno de los contratantes es frente al otro lo suficientemente fuerte, como para convertirse, de hecho, en legislador único de la situación emergente.

Se justifica, de esta manera, la intervención del Estado a través de una legislación limitativa, mas no restrictiva de la autonomía privada de los individuos.

Lo expuesto, en palabras de Carlos Fernández Sessarego,²¹ permite comprender cómo el Derecho cumple una doble función, la misma que es conforme con la estructura bidimensional de la naturaleza humana. Por un lado se protege al ser humano en cuanto tal, con la finalidad de que, en tanto ser libre, pueda realizar su proyecto de vida; y, de otro lado, salvaguarda el bien común, el interés social, el derecho de los demás. El bien común, por la calidad social que ostenta el hombre, es el bien de todos y el de cada uno. Todo lo que acontece en la sociedad compromete, por consiguiente, al ser humano en tanto individuo y todo lo que le sucede al individuo repercute, en alguna medida, en la comunidad.

Lo cierto es que el contrato no sólo tiene incidencia en la esfera particular de los sujetos a quienes relaciona, sino también en la vida social.

²¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «Prólogo». En: *Contrato y mercado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 9.

«El liberalismo económico sublimó el papel del contrato. Entendió, por un lado, que a través del contrato encuentran su satisfacción los intereses de las partes, pero agregó algo más; que por el juego de la entera libertad en el contrato, encontraba su mejor satisfacción también el interés general. El individuo, al actuar como si estuviera guiado por una mano invisible, persiguiendo su propio interés, promueve «frecuentemente el de la sociedad más eficientemente que cuando intenta promoverlo».²²

Esa función social —que convive con la función individual también propia de esta institución— hace necesaria la intervención del Estado de modo que se proteja el Bien Común.

Este fenómeno, propio del razonamiento de nuestro tiempo, ha llevado a un sector de la doctrina a hablar, incluso, de una suerte de «humanización del contrato», que implica caer en la cuenta de que el ordenamiento jurídico tiene sentido solamente como cauce a través del cual la persona puede realizar sus ideales, intereses, fines y aspiraciones; comprendiendo, a su vez, que el contrato debe ser un medio de cooperación social, un instrumento al servicio de la armonización de los intereses sociales.

Así, el escenario actual, en el que el principio irrestricto de autonomía privada contractual, al verse enfrentada en el plano de los hechos con una marcada desigualdad económica que trae aparejado el abuso en la contratación, ha supuesto que el Estado deba erigirse como regulador de las relaciones contractuales entre los particulares, buscando equilibrar las posiciones, limitando el campo de la autonomía privada. Ello, frente a la aparición y el fortalecimiento del fenómeno de la masificación de las relaciones comerciales, el mismo que ha producido la imperiosa necesidad de celebrar simultáneamente una gran cantidad de contratos, cuyos términos no son discutidos para el caso de cada vínculo contractual que se origina.²³

²² LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los contratos. Parte General*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavallía-Editor, 1984, p. 30.

²³ El Código Civil Peruano de 1984, recoge este enfoque del contrato en sus artículos 1355 y 1392. La primera norma —hoy derogada— prescribía que la ley por consideraciones de interés social, público o ético puede establecer limitaciones al contenido de los contratos. La segunda aborda el tema de las cláusulas generales de contratación.

Según Max Arias-Schreiber,²⁴ el contrato en la concepción recogida por el Código Civil de 1984, se caracteriza, por consiguiente, por los rasgos que a continuación detallamos:

- La defensa del contratante débil frente al fuerte, especialmente en los contratos celebrados por adhesión y de contratos tipo.
- El respeto de la buena fe del otro contratante y la tutela de la confianza.
- La exclusión de los intereses no merecedores de tutela.
- La inserción automática de ciertas cláusulas.
- La integración del contrato mediante la voluntad de la ley.
- El respeto al derecho de los terceros en la simulación.
- La necesidad de que el error pueda ser conocido por la contraparte para que tenga relevancia.
- La rescindibilidad del contrato concluido en estado de peligro o por efecto de lesión.
- La exigencia de que el incumplimiento tenga considerable importancia para que se admita la resolución del contrato; etc.

Éstas, como subraya Messineo,²⁵ son otras tantas manifestaciones de un nuevo espíritu contractual, que no se puede vacilar en reducir al principio de sociabilidad. Dicho principio constituye el correctivo a una concepción excesivamente individualista y a una disciplina en ella inspirada, teniendo como principal aspecto la preeminencia de los intereses generales sobre los intereses particulares.

Debemos hacer notar que este cambio esencial con el cual se acepta que el contrato no sólo tiene una función individual, sino además una social, también se ha dado en nuestro medio.

Felipe Osterling Parodi —en el discurso que pronunció con motivo de la presentación de los primeros tres tomos del Tratado de los Contratos Típicos, cuya autoría corresponde al suscrito— ha expresado, en ese sentido, que un claro reflejo de ese cambio y esa nueva perspectiva del Derecho Contractual se encuentra dado por el contraste entre el Código Civil de 1984 y su predecesor de 1936:

²⁴ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Contratos: Parte General*. Op. cit., tomo I, pp. 32 y 33.

²⁵ MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Op. cit., tomo I, pp. 20 y 21.

«Entre ambos cuerpos normativos existen diferencias que se derivan de los distintos contextos y períodos históricos en los que cada uno se inserta.

El Código Civil de 1936 respondía a una realidad particular cuyos fundamentos ideológicos guiaron sus preceptos normativos. Aquel Código fue concebido en una época en la que el Estado asumió un rol pasivo en relación con la protección y tutela de las libertades del individuo.

En este marco, el presupuesto indispensable del Derecho era la protección de la libertad del individuo. Este último era conceptualizado prácticamente como un soberano o legislador privado capaz de crear leyes de uso personal por intermedio del contrato.

En esta época el hombre se había convertido en la razón de ser y en la finalidad de todas las leyes. El interés se centró en el desarrollo pleno de su libertad; en el ejercicio de su libre albedrío; en la construcción de las relaciones jurídicas en las que estaba inmerso sobre la base de su querer individual; y en el respeto total a dichas relaciones en los términos en que fueron concebidas, de tal manera que sólo podían ser modificadas por él mismo. Frente a esa búsqueda de libertad, la justicia pasó a ocupar un segundo plano.

El individualismo, base del sistema liberal, privilegió, de esta manera, la libertad individual con la que la construcción del dogma de la autonomía de la voluntad se elevó por encima de cualquier valor colectivo.

Esta visión del mundo fue plasmada legislativamente en el Código Civil de 1936, cuyas normas y preceptos exaltaban, a través de la regulación de ciertas instituciones, la libertad del hombre. Las relaciones jurídicas patrimoniales fueron agrupadas en torno de los conceptos de propiedad y de contrato, olvidando, sin embargo, que sin igualdad económica, la libertad jurídica se convierte en un anhelo utópico.

Cuando los hechos prescinden del Derecho, la juridicidad es puesta en crisis y la sociedad también deja de lado a los operadores jurídicos. De aquí que la constatación del divorcio existente entre las normas, sus presupuestos y objetivos, y los hechos concretos que debían regular, incidieron en la modificación de los postulados clásicos del liberalismo, que fue debilitándose gradualmente.

Todo derecho empieza a concebirse con una *función social*. El hombre puede ejercitar su libertad en armonía con el derecho de los otros. Bajo esta nueva perspectiva se desarrolla el concepto de la *función social de la propiedad*, que despoja al derecho de propiedad su carácter absoluto. En el mismo sentido, la libertad contractual se orienta hacia una búsqueda de armonía entre su ejercicio y el interés social.

Los cambios sociales, los avances científicos y tecnológicos y el desarrollo creciente de la industria, entre otras razones, han sido las causas de las grandes transformaciones producidas en el Derecho privado, al que la vida y sus exigencias presionan cada vez con mayor fuerza para adecuarlo a ella.

Así se llegó a aceptar la necesidad de renovar el Código de 1936. Se aceptó –tal y como se hizo notar en la introducción del Proyecto de Reforma en el que tuve el honor de participar presidiendo la Comisión encargada de su elaboración– que somos actores de una época en la que el totalitarismo, el estatismo absorbente y el colectivismo exacerbado, son repudiados en todas sus formas, reconociéndose en su lugar como fundamentos esenciales la democracia social, la libertad y la vigencia plena del Estado de Derecho.

Igualmente, el cambio ideológico producido en aquellos años trajo consigo el reconocimiento de que el Derecho es social tanto en su origen como en su fin, imponiéndose una interrelación concreta y dinámica entre los valores colectivos y los individuales, con el firme propósito de que la persona sea preservada sin privilegios y exclusivismo, superándose con ello el individualismo absoluto».

Hasta aquí las expresiones del profesor Osterling.

La regulación establecida en nuestro Código Civil en materia contractual contempla así, en sus diferentes normas, la ideología que orienta a la época en general: La comprensión de que el Derecho debe equilibrar los intereses colectivos e individuales. Como advierte Mosset Iturraspe, «el contrato no puede ser el reino del egoísmo, del puro interés individual, sin poner en grave riesgo el bien común y la paz social».

Sin perjuicio de lo antes expuesto y tal como será desarrollado más adelante, la autonomía privada sigue siendo el fundamento del contrato. No obstante, dicha autonomía no se concibe como total y absoluta sino que su propio

concepto invoca también el concepto de límites, de modo que el orden individual y el social no colisionen.

3. CONCEPTO DE CONTRATO

De conformidad a lo establecido por el artículo 1351 del Código Civil Peruano de 1984, «El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial».

De la definición contenida en el referido cuerpo sustantivo, debemos extraer diversas consideraciones que resulta indispensable abordar.

Sin duda, la ley peruana ha partido de establecer un concepto para el contrato.

Más allá de si se trata de la definición más acertada o no, y dentro de la línea de pensamiento que pasa por considerar que los Códigos Civiles, así como ninguna otra ley pueden aspirar a la perfección, estimamos que el citado concepto es válido en cuanto a que resulta siendo cierto, fuera del hecho de que todo resulta discutible en el ámbito de las ciencias jurídicas.

Antes de iniciar en estricto nuestro análisis, debemos subrayar la enorme y determinante influencia que ha tenido el Código Civil Italiano de 1942 respecto del Libro VII del Código Civil Peruano de 1984, referente a Fuentes de las Obligaciones, y en forma especial, respecto de la Sección Primera que versa sobre los contratos en general.

Tal influencia ha sido incluso reconocida en la Exposición de Motivos y Comentarios de la Comisión Reformadora a la Introducción del citado Libro, en la que su ponente, Max Arias-Schreiber afirma lo siguiente:

«En el curso de este trabajo veremos cuáles han sido las fuentes del Código en materia contractual. Adelantándome, señalo que si bien permanecemos fieles a nuestra tradición jurídica en todo lo que tenía de rescatable, y por lo que muchas de las disposiciones del nuevo Código repiten en el fondo y, a veces, también en la forma, las normas del Código Civil de 1936, no puedo desconocer la enorme influencia que ha tenido el Código Civil Italiano de 1942,

lo que no es de extrañar si se tiene en cuenta que es el producto de una avanzada cultura y que, en su conjunto, presenta depurada técnica jurídica».

En ese sentido debemos también destacar que la definición contenida en el artículo 1351 está tomada de un modo bastante fidedigno de la definición contenida en el artículo 1321 del Código Civil Italiano, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 1321. - «Noción.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial».

Existe, no obstante, una diferencia que Manuel de la Puente²⁶ califica como mínima, pues mientras nuestro Código distingue entre la regulación y la modificación de la relación jurídica patrimonial, su par italiano no lo hace. Esta diferencia se explica porque algunos autores italianos, entre los que se encuentra Messineo, piensan que la expresión *regular* es el equivalente de la expresión *modificar*, mientras que otros, como Sacco, consideran que *regular* es un término más amplio que *modificar*, puesto que se regula una relación no sólo cuando se la modifica, sino también cuando se la asegura, cuando se pacta el traslado de la carga de la prueba, cuando se elimina la reciprocidad de la relación, etc.

3.1. El contrato como acto jurídico²⁷

Según lo dispuesto por el artículo 140 de Código Nacional, el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

En tal sentido, es sabido que los actos jurídicos pueden revestir carácter unilateral o plurilateral.

²⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «Influencia del Código Civil Italiano en los libros de obligaciones y contratos en la codificación peruana». En: *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002)*. Op. cit., p. 60.

²⁷ En este punto consideramos conveniente dejar en claro nuestra posición respecto a la problemática que ha surgido en el Derecho, con la introducción del concepto de negocio jurídico. En este sentido, cabe precisar —coincidiendo con De la Puente y Lavalle— «que realmente no se percibe una diferencia fundamental alguna entre la noción del acto jurídico según la teoría del acto jurídico y la del negocio jurídico según la teoría del negocio jurídico».

Son actos jurídicos unilaterales aquéllos para cuya celebración solamente se requiere de la manifestación de voluntad de un agente, vale decir de una parte.

Ejemplos de actos jurídicos unilaterales tenemos varios. Es el caso del testamento, el mismo que en el Perú sólo puede celebrarse unilateralmente, en la medida de que se encuentran prohibidos los testamentos conjuntos.

Otro caso de acto jurídico unilateral sería la promesa unilateral de recompensa, en donde para el nacimiento de la referida promesa solamente es necesaria la concurrencia de la voluntad de aquél que la formula.

En otras palabras, podemos sostener que en ambas concepciones, los elementos importantes son la existencia de una manifestación o declaración (exteriorización) de una o varias voluntades y el propósito de producir mediante ella efectos jurídicos queridos por el ordenamiento jurídico, que pueden consistir en la creación, modificación o extinción de un derecho. La diferencia parecería radicar, más que en los propios conceptos de acto y negocio jurídicos, en la elaboración de las construcciones intelectuales hechas para llegar a ellos.

El distinto rol que algunos hacen jugar a la declaración con relación a la voluntad en ambas teorías, haciendo primar a aquélla sobre ésta, no es propio, por lo demás, de la teoría del negocio jurídico, ya que existen en el campo de ella destacados defensores de la teoría de la voluntad (Savigny, Ihering, Windscheid, Messineo). Por otro lado, la disparidad entre las expresiones manifestación, a la que se concede un sentido amplio de exteriorización, y declaración, cuyo alcance se pretende limitar por razones formales, constituye, simplemente un matiz que no altera la coincidencia fundamental entre las nociones de acto y negocio jurídicos.

Como bien indica De la Puente, el factor que podría crear un elemento de confusión es que en la teoría del negocio jurídico se contempla la existencia del acto jurídico (en sentido restringido), entendiéndolo como aquél que produce efectos jurídicos por la actividad del hombre, pero independientemente de su voluntad. Por ello, se dice, con razón, que en la teoría del negocio jurídico el acto jurídico es distinto del negocio jurídico.

Empero, tales actos involuntarios no son los actos jurídicos definidos de acuerdo a la teoría del acto jurídico, la cual considera que la voluntariedad (manifestación de voluntad) es un elemento esencial para la configuración del acto jurídico.

Lo que la teoría del negocio jurídico define como acto jurídico, viene, en realidad, a representar lo que la teoría del acto jurídico denomina como hecho jurídico.

Luego de lo expuesto, podemos concluir en que la noción de acto jurídico tiene, en esencia y dentro de su propia teoría, el mismo contenido que la de negocio jurídico en la teoría de éste. Ahora bien, cabe señalar que nuestro Código Civil de 1984 conserva la tradición de aplicar la teoría del acto jurídico con resultados satisfactorios. Dentro de tal orden de ideas, la noción de acto jurídico estaría contenida en la definición que brinda el artículo 140 del citado cuerpo legal, según el cual el acto jurídico sería la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

En virtud de lo expresado, debe tenerse presente que el contrato se enmarcaría dentro de la definición de acto jurídico.

Los actos jurídicos plurilaterales, sin embargo, son –en la práctica– mucho más numerosos que los unilaterales. Son aquéllos que para su celebración requieren la concurrencia del acuerdo de dos o más voluntades, declaradas por las respectivas partes que les dan nacimiento.

Los actos jurídicos plurilaterales, como su nombre lo indica, son aquéllos en cuya celebración intervienen dos o más partes, no obstante lo cual en la práctica suelen denominarse con frecuencia *actos jurídicos bilaterales*, nombre que indica –de por sí– la presencia celebratoria de sólo dos partes.

Lo que ocurre es que, sin lugar a dudas, en su mayoría los actos jurídicos plurilaterales son celebrados únicamente por dos partes, pero ello no significa que deba generalizarse la denominación de *bilaterales* a todos aquellos actos en los cuales intervengan más de dos agentes.

No obstante ello, se acepta en los hechos la división clasificatoria de unilaterales y bilaterales, siendo conscientes de que los bilaterales en el lenguaje común, comprenden a los plurilaterales, a pesar de que, en estricto sentido jurídico, los actos plurilaterales son el género y los bilaterales la especie.

Actos bilaterales muy comunes y conocidos por todos son, por ejemplo, el matrimonio, que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 234 del Código Civil, es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de dicho Código, a fin de hacer vida común.

Es evidente que el matrimonio, más allá de ser considerado como una institución, es un acto jurídico bilateral.

Otro caso es el de los contratos, materia de este estudio, los mismos que pueden ser considerados como los actos jurídicos bilaterales o plurilaterales por excelencia.

Ahora bien, luego de expresar las consideraciones anteriores acerca de los actos jurídicos y los contratos, resulta necesario precisar que los contratos constituyen una especie de los actos jurídicos, en la medida de que, por un lado, si el universo de dichos actos incluye tanto a aquéllos de carácter unilateral como a aquellos otros de carácter plural, los contratos se ubican única y exclusivamente dentro de los actos jurídicos plurilaterales.

Y, por otra parte, si tenemos en consideración que algunos actos jurídicos pueden revestir fundamentalmente contenido patrimonial y otros carecer de dicho contenido, los contratos forman parte de ese grupo de actos jurídicos que tienen contenido de orden patrimonial.

En tal sentido, los contratos son, doblemente, especies de actos jurídicos.

En esta línea de pensamiento, De la Puente²⁸ manifiesta que el contrato es «un acto jurídico plurilateral y patrimonial». Es plurilateral, ya que a diferencia de los actos unilaterales, necesita el concurso de las manifestaciones de voluntad de varias partes para generar la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas.

Asimismo, el contrato es un acto jurídico patrimonial ya que la relación jurídica creada (regulada, modificada o extinguida por el acto) versa sobre bienes o intereses que posean una naturaleza económica, o sea puedan ser objeto de valoración. Esta valoración —como bien lo expresa el profesor citado— no tiene carácter subjetivo, o sea no interesa si determinado bien tiene valor económico para determinada persona, lo cual puede estar influenciado por factores sentimentales, de oportunidad o de necesidad, sino carácter objetivo, esto es considerando si el bien tiene un real valor económico por sus propias características, prescindiéndose de connotaciones personales.

Resulta interesante, en este parte, preguntarnos por qué si los contratos son actos jurídicos poseen una teoría general propia.

Romero Zavala²⁹ ha contestado esta interrogante señalando que si se considera a los contratos en realidad como actos jurídicos, se llegará por elemental lógica a sostener que la teoría de los actos jurídicos es indiscutiblemente aplicable a los contratos, lo que llevaría a afirmar la inconveniencia de pretender la existencia de una teoría general de los contratos. Por consiguiente, las reglas

²⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de La Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, Primera Parte, vol. XI, tomo I, p. 48.

²⁹ ROMERO ZAVALA, Luis. *Derecho de los Contratos en el Código Civil Peruano. Teoría General de los Contratos. Libro VII del Código Civil*. Sección Primera (artículos 1351 al 1425). Lima: Editora FECAT, 1999, tomo I, p. 19.

normativas del acto jurídico resultarían así suficientes para resolver la problemática de los contratos. Entonces —concluye el autor— «hablar de una teoría general de los contratos resultaría una lamentable duplicidad conceptual».

Mosset Iturraspe,³⁰ por su parte, afirma que sobre el particular existen tres posturas: dos extremas y una intermedia:

- (a) La primera de estas posiciones otorga jerarquía prioritaria a los contratos en general, de manera que todas las apreciaciones sobre ellos y las normas legislativas comprenden también a los actos jurídicos genéricamente considerados, esto es, abarca disposiciones comunes, pero legislando de modo exclusivo sobre los contratos. Ésta es la concepción tradicional consagrada en el Código Civil Francés, seguido por el Suizo y el Italiano, pese a los cambios operados en este último.
- (b) La segunda, opuesta radicalmente a la primera, refuerza la jerarquía del acto jurídico, ubicando a los contratos bajo su campo de aplicación para evitar el riesgo de estampar fórmulas vacías de sentido y sustancia, dada la importancia que tiene hoy en día el acto jurídico, debe invertirse la fórmula precedentemente expuesta. La doctrina viene adoptando cada vez con mayor fuerza dicha orientación.
- (c) La tercera teoría es la intermedia, y reconoce por igual la importancia y jerarquía de ambas teorías; por lo tanto, conviene legislar por separado normando las instituciones propias que las distinguen. Nadie duda —expresa el autor citado— ya en el Derecho Moderno que existen instituciones en los contratos que no pueden ser normadas por las reglas del acto jurídico, así como considerar al campo del acto jurídico mucho más amplio que el de los contratos. Dicho de otra manera —concluye Mosset Iturraspe— las normas del acto jurídico se aplican también a otras ramas del Derecho distintas de la contractual.

Tras esta breve revisión de las principales tesis elaboradas sobre la materia, podemos concluir en que existe una teoría general de los contratos que está

³⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*. Buenos Aires: EDIAR Sociedad Anónima Editora, 1988, p. 36.

independizada de la teoría del acto jurídico, a pesar de que no se niega que los contratos son una especie del acto jurídico que, como tal, constituye el género.

Asimismo, compartiendo el pensamiento De la Puente y Lavallo,³¹ consideramos que el Código Civil Peruano ha adoptado la tercera posición esgrimida sobre el particular por Mosset Iturraspe, pues en su Libro II trata del acto jurídico, regulando las disposiciones generales sobre el mismo, su forma, la representación, la interpretación del acto jurídico, sus modalidades, la simulación, el fraude del acto jurídico, los vicios de la voluntad, la nulidad del acto jurídico y su confirmación, o sea los principios aplicables a todos los actos jurídicos, inclusive a los contratos.

La Sección Primera del Libro VII, por otro lado, desarrolla la teoría general del contrato, que comprende las disposiciones generales de los contratos, el consentimiento, el objeto del contrato, su forma, los contratos preparatorios, el contrato con prestaciones recíprocas, la cesión de posición contractual, la excesiva onerosidad de la prestación, la lesión, el contrato a favor de tercero, la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el contrato por persona a nombrar, las arras confirmatorias, las arras de retractación y las obligaciones de saneamiento.

En buena cuenta, podemos sostener que un contrato particular –por ejemplo, la compraventa– está sujeto tanto a las reglas aplicables a los actos jurídicos como a las aplicables a los contratos en general.

Ahora bien, cuando hemos hecho referencia a la patrimonialidad del contrato, no se piense que debe identificarse dicha patrimonialidad con el eventual carácter oneroso del contrato.

La patrimonialidad de los contratos tiene directa relación con la patrimonialidad de las obligaciones objeto de los contratos.

De acuerdo al concepto de contrato adoptado por el artículo 1351 del Código Civil Peruano, resulta evidente que el objeto de todo contrato será, necesariamente, la creación, modificación, regulación o extinción de obligaciones.

³¹ DE LA PUENTE Y LAVALLO, Manuel. *El Contrato en general*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Op. cit., Primera Parte, vol. XI, tomo I, pp. 46 y 47.

En tal sentido, las obligaciones, para ser tales, deben tener por objeto una o más prestaciones de contenido netamente patrimonial.

La patrimonialidad de la obligación se refiere específicamente al hecho de que la misma sea susceptible de valorizarse económicamente; es decir, que las leyes o el ordenamiento jurídico de un país, permitan –aunque ello sólo se haga como un ejercicio mental– asignar un valor a las prestaciones.

El que una prestación sea susceptible de valorizarse no significa que las partes la hayan valorizado, así como tampoco que hayan pactado la existencia o pago de una contraprestación a cambio de la referida prestación.

La patrimonialidad de la obligación se refiere única y exclusivamente al hecho de poder valorizarla, sin contravenir disposición legal alguna, así como tampoco transgredir los valores morales, cívicos, patrióticos, o de otra índole, que imperen en un determinado momento.

En tal sentido, existirán determinados deberes jurídicos cuyo cumplimiento está prescrito por la ley, pero que no resulta posible valorizar. Un ejemplo representativo está constituido por los deberes jurídicos de fidelidad y de cohabitación nacidos del matrimonio.

Es evidente que, por establecerlo así la ley, los cónyuges tienen el deber de ser fieles recíprocamente, al igual que el de vivir juntos. Sin embargo, no creemos que a la mayoría de personas en el Perú de hoy se le ocurra la posibilidad de valorizar el deber de fidelidad, vale decir, de asignar un valor económico o patrimonial a dicho deber, aunque sea en el plano intelectual o teórico.

Tampoco creemos que se pueda hacer lo mismo con el deber de cohabitación.

Pero no existe norma legal alguna que impida valorizar dichos deberes; lo que ocurre es que la sociedad en su conjunto, dados los valores imperantes en nuestro tiempo, no podría aceptar la valorización de un deber jurídico de esta naturaleza; ello, simplemente, se consideraría inmoral.

Con esto no estamos diciendo que la respuesta a este problema siempre será la misma, pues, sin lugar a dudas, siempre estará latente la posibilidad de

que en el futuro cambien los valores éticos y morales de la propia sociedad, la misma que podría llegar a considerar susceptibles de apreciación patrimonial los deberes jurídicos a que hemos hecho referencia.

Otro ejemplo terminaría de ilustrar la patrimonialidad sobre la que venimos expresándonos. Se trata del caso de los deberes jurídicos de orden cívico, como es el caso de guardar el debido respeto por los símbolos de la Patria. Es evidente que más allá de tener que cumplir con dicho deber, impuesto por mandato legal, el mismo nunca sería susceptible de valorización, porque a la sociedad en su conjunto le repugnaría valorizar un deber de tal naturaleza.

3.2. La relación jurídica patrimonial

Cuando se celebra un contrato se genera entre las partes la denominada *relación jurídica patrimonial*.

Sin embargo, esta expresión puede ser entendida en un sentido doble.

En primer termino, debe recordarse que en sede de Derecho de Obligaciones, la *relación jurídica patrimonial* es sinónimo de obligación propiamente dicha, empleándose en la referida área del Derecho Civil, con frecuencia, en ese sentido.

Dentro de tal orden de ideas, y siendo conscientes de que los contratos son fuente generadora por excelencia de obligaciones, podría decirse que los contratos generalmente crean más de una obligación y, por tanto, generan más de una relación jurídica patrimonial entre las partes.

Dentro de la segunda acepción de la expresión relación jurídica, se entiende por ella al conjunto de obligaciones que las partes han contraído entre sí. De esta forma, sería susceptible de identificación la expresión *relación jurídica* con *relación contractual*, vale decir, con el conjunto de obligaciones nacidas de un contrato.

Dentro de las concepciones modernas de la doctrina civilista, cuando se celebra un contrato, éste deja automáticamente de existir, y lo que queda subsistente es la relación jurídica o la relación contractual creada por dicho contrato.

3.3. Carácter obligacional de los contratos

En el Perú, los contratos tienen efectos meramente obligacionales. Esto significa que los contratos no transfieren, por sí mismos, ningún derecho real.

Si a través de un contrato se generara la obligación de transmitir un derecho real, la transferencia de dicho derecho sería consecuencia directa de la ejecución de las prestaciones nacidas de ese contrato, pero de ninguna manera se tratará de que la propia obligación transfiera –ella misma– derecho real alguno.

Tal vez el ejemplo más representativo a este respecto lo encontremos en la obligación de transferir propiedad, sea ésta mueble o inmueble.

En el caso de la transferencia de la propiedad mueble, cuando un deudor asume dicha obligación frente a su acreedor, para ejecutarla deberá proceder a entregar dicho bien al propio acreedor. Así, de conformidad a lo establecido por el artículo 947 del Código Civil, con la entrega se producirá la transferencia de la propiedad de dicho bien.

Es claro que en el caso de las obligaciones nacidas de contratos que implican el deber de enajenar bienes muebles, el deudor deberá realizar una actividad con el propósito de que se produzca la mencionada transferencia de propiedad del bien.

Es así que, salvo disposición distinta de las partes, no será posible identificar la obligación de transferir propiedad mueble con la transferencia en sí misma.

Caso contrario es el de la obligación de transferir la propiedad de bienes inmuebles, supuesto en el cual, de acuerdo a lo establecido por el artículo 949 del Código Civil Peruano, la sola obligación de enajenar un bien inmueble determinado hace al acreedor propietario de dicho bien, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

En estos casos, teóricamente podría confundirse a la obligación de transferir la propiedad en sí misma con la ejecución de dicha obligación, por cuanto sería susceptible de sostenerse que la obligación transfiere –ella misma– la propiedad del bien.

Sin embargo, estimamos que esta interpretación, asumida por un sector de la doctrina, especialmente la italiana, no resulta acertada, en la medida de que se otorga eficacia real al contrato de compraventa, efectuando una interpretación asistemática y carente de rigor histórico, de las fuentes originarias de la norma, las mismas que no se encuentran en el Derecho Italiano, sino en el propio Derecho Francés, precisamente con la elaboración del Código Napoléon, con sus artículos 1182, 1582 y 1583.

La explicación de la norma peruana (el artículo 949 del Código Civil) la encontramos en el hecho de que la propiedad inmueble no se transfiere por el contrato mismo, sino por el hecho de que el propio Código establece en el artículo 949 cómo opera dicha transferencia de propiedad, sin que resulte necesaria la participación de ninguno de los contratantes.

En buena cuenta, la propiedad inmueble se transfiere de esta forma, porque así lo dispone la ley, constituyendo, junto a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, las únicas obligaciones que el Derecho Nacional da por cumplidas sin necesidad de la intervención del deudor. Con ello se ratifica el carácter meramente obligatorio de los contratos.

En el Perú todos los contratos generan, modifican, regulan o extinguen obligaciones, pero por sí mismos no transfieren derechos.

Por otra parte, resulta necesario referirnos a lo que ocurre en materia de aquellos contratos en virtud de los cuales una parte se obliga a constituir a favor de otra un derecho real de prenda, hipoteca o anticresis.

En estos casos debe tenerse en claro la diferencia existente entre el contrato por el cual alguien se obliga a constituir cualquiera de los mencionados derechos reales de garantía, de lo que significa la constitución en sí misma de los referidos derechos reales.

Así, resulta evidente que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1092 del Código Civil, el contrato de anticresis se otorgará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacte.

Sin duda, el artículo mencionado se refiere específicamente al contrato de anticresis, pero no a la constitución del derecho real de anticresis, el mismo

que no se constituye de la manera establecida por el artículo 1092, norma que dispone que el contrato se otorgará por escritura pública bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacte.

El derecho real de anticresis se constituye por la entrega del inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos.

Entonces, queda clara la distinción entre el contrato por el cual dos partes se obligan a la constitución de un derecho real de garantía y la propia constitución de ese derecho real de garantía.

Similar situación ocurre con la hipoteca, ya que el contrato en virtud del cual una parte se obliga frente a otra a constituir una hipoteca, en estricto no tendría por qué celebrarse por escritura pública, pues de lo que estamos hablando es del contrato para celebrar una hipoteca (obligarse a constituir la) y no del derecho real de hipoteca, que debe constituirse por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley, tal como lo establece el artículo 1098 del propio Código Civil.

Finalmente, es claro que en virtud del contrato de prenda una parte se obligará a entregar un bien mueble, ya sea a través de una entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de una obligación.

Pero lo antes mencionado tiene que ver con el contrato de prenda, y no con la constitución del derecho real de prenda propiamente dicho, el mismo que sólo se constituirá mediante la entrega física o jurídica del bien, o de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1055 del Código Civil.

3.4. Partes contractuales y sujetos intervinientes

En acápite anterior nos hemos referido al hecho de que los contratos pueden ser bilaterales o plurilaterales, entendiendo por bilaterales a aquéllos que son celebrados por dos partes, y por plurilaterales a aquéllos que son celebrados por un número mayor de partes contratantes.

Dentro de tal orden de ideas, resulta necesario precisar que la parte debe ser entendida como el centro de interés, vale decir, como aquella persona o

grupo de personas que interactúan en un contrato buscando exactamente los mismos intereses y objetivos.

Messineo,³² sostiene al respecto que técnicamente se considera parte contractual un centro de intereses que, por regla general resulta integrado por una sola persona que persigue el interés determinado y frente a la que existe otra con respecto a la cual haya una relación y a la que se le denomina comúnmente contraparte.

Empero, como indica Arias-Schreiber,³³ es necesario aclarar que alrededor del centro de interés pueden reunirse varios sujetos y que en este caso la parte será siempre una, pero con carácter complejo y no simple.

Podemos afirmar entonces que la idea de *parte* no coincide necesariamente con la idea de *persona*, en tanto una parte puede estar constituida por una persona o más.

Si hay varios copropietarios, todos ellos son titulares del derecho de propiedad, por lo que si quieren transmitir ese derecho, todos ellos constituirán una parte, pues comparten el interés de enajenar dicho derecho real.

La parte es un centro de imputación de intereses; en ese sentido constituye una unidad, aun cuando se encuentre conformada por varios sujetos.

En esta línea de pensamiento, De la Puente³⁴ afirma que el artículo 1351 del Código Civil Peruano, cuando se refiere a que el contrato resulta del acuerdo de dos o más partes, debe entenderse que cada una de estas partes está constituida por una o más personas (unidas por un interés común).

En virtud de lo expuesto, el citado profesor precisa que para que varias personas puedan formar una sola parte se requiere que todas ellas tengan el

³² MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Op. cit., tomo I, p. 74.

³³ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Contratos: Parte General*. Op. cit., tomo I, p. 39.

³⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Op. cit., Primera Parte, tomo I, pp. 77 y ss.

mismo interés. «No es suficiente —dice el autor— que el interés sea igual, es indispensable que sea el mismo, para que la parte pueda ser un centro de interés».

Añade De la Puente que para que exista contrato, el centro de interés que da sentido a la concepción de *parte* puede ser opuesto al centro de interés que ha dado lugar a la constitución de la otra parte, y generalmente lo es, pero no tiene necesariamente que serlo, pues lo único que se requiere es que sea otro (distinto) interés, aunque sea igual. Lo único que no puede ser es el mismo interés, pues entonces no habría dos centros de intereses y, por lo tanto, no habría dos partes.

Es posible, por tanto, que los intereses de la parte y la contraparte que se concilian sean opuestos; sin embargo, esta situación no es —en modo alguno— obligatoria y por ello se ha sostenido con acierto que tales intereses en todo caso son distintos, lo que no es lo mismo.³⁵

Teniendo en cuenta lo expuesto, concluye De la Puente en que «existirá contrato cuando los intereses que forman cada centro son simplemente distintos (pudiendo aun ser iguales), siempre que las partes se pongan de acuerdo para crear entre sí la relación jurídica».

Es claro que en los contratos con prestaciones recíprocas, las partes tendrán intereses opuestos, vale decir que cada centro de interés buscará obtener determinados resultados que se contraponen a aquéllos buscados por la parte contraria.

Para describir lo dicho, bastaría con referirnos al contrato de compraventa, que es aquél por el cual una parte o centro de interés, denominada vendedor, busca obtener una cantidad de dinero, llamada precio, de la otra parte, denominada comprador.

Es obvio que la parte compradora no tiene el mismo interés que la parte vendedora, pues no pretende la obtención del precio, sino la propiedad del bien.

³⁵ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Contratos: Parte General*. Op. cit., tomo I, p. 39.

De lo expuesto, queda en claro que los intereses de las partes que celebran un contrato de compraventa son distintos y, en muchos casos, opuestos.

Sin embargo, debe quedar en claro también que incluso cuando estemos frente a intereses opuestos, ello no significa que se trate de intereses en conflicto, pues debemos partir del hecho de que al haberse celebrado un contrato, las partes no tienen conflicto alguno entre sí, sino que buscan solucionar a través de dicho acto, sus intereses y necesidades, siendo el contrato el medio idóneo para lograr la consecución de tales intereses. El contrato es, así, un medio de cooperación para que cada una de las partes intervinientes logre la satisfacción de esos intereses.

En donde no se aprecia la presencia de intereses opuestos es en el caso de los contratos con prestaciones plurilaterales autónomas, los mismos que hallan sus ejemplos más representativos en los contratos societarios.

En un contrato societario, como podría ser el caso de la constitución de una sociedad anónima, las partes celebrantes no tienen intereses opuestos; por el contrario, sus intereses son coincidentes, en la medida de que todas ellas apuntan al objetivo de la consecución del objeto social de la empresa. Se puede decir que todas las partes contratantes van a contribuir para lograr el fin común.

Lo propio ocurre en el caso de un contrato de constitución de una asociación civil sin fines de lucro, supuesto en el cual los asociados, que son las partes que celebran el contrato, persiguen la obtención de los fines de la propia asociación que han formado, no existiendo, tampoco, intereses opuestos.

Sin embargo, tanto en los casos de la sociedad, de la asociación, así como de cualquier otro contrato con prestaciones plurilaterales autónomas (cuyo marco general se encuentra esbozado por el artículo 1434 del Código Civil), existen diversas partes, entendidas ya no como centro de intereses contrapuestos, sino como centro de intereses individuales y confluyentes.

Es evidente que una parte puede estar compuesta o integrada por varias personas, así como en Derecho de Obligaciones la calidad de parte de la relación obligatoria (acreedor o deudor), puede estar integrada por más de una persona (supuesto en el cual nos hallaremos ante las obligaciones de sujeto plural, es decir las divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias).

Es claro, sin embargo, que el tema de la pluralidad de sujetos en las obligaciones también podría encontrarse presente en sede contractual, en la medida de que los contratos generen o den nacimiento a obligaciones de estas características.

Para que se configure la idea de parte en ocasiones es necesario un acuerdo entre las personas que –precisamente– van a conformar una parte.

A dicho acuerdo –que es celebrado por todas las personas que tienen interés en convertirse en parte contratante– se le conoce como acto colectivo.

Puede ocurrir que el acuerdo se haga a través de la figura de la representación, supuesto en el cual habría, por consiguiente, una parte sustancial y una parte material. En este caso puede suceder también que se requiera de un acuerdo previo entre los representantes nombrados por la parte para celebrar el acto que por sus características tiene el nombre de *acto complejo*.

Por último, resulta conveniente acotar que, muchas veces, la persona que va a conformar la parte contractual es una persona jurídica y, por ende, requiere de procedimientos especiales para formar su voluntad. Deberán reunirse y actuar sus órganos para tomar decisiones, siendo denominados los actos que lleven a cabo como *actos colegiales* o *colegiados*.

Hasta aquí queda claro que en todo contrato existen partes contratantes. Éstas generalmente son dos, pero nada impide que hayan tres, cuatro o más partes, en la medida de que cada una tenga un centro de intereses relacionado con las otras. Cada parte, a su vez, puede constar de uno o varios sujetos, proyectados sobre el mismo interés.

3.5. La creación, regulación, modificación y extinción de obligaciones

De conformidad a lo establecido por el artículo 1351 del Código Civil Peruano de 1984, a través del contrato se crean, regulan, modifican o extinguen obligaciones.

Ahora nos corresponde analizar cuáles son los alcances de estas cuatro funciones que cumplen los contratos.

En primer término, cuando se habla de la creación de obligaciones, la ley se está refiriendo al nacimiento de las mismas. Se sabe que los contratos son fuentes generadoras por excelencia de obligaciones, constituyendo –junto con la ley– la fuente más numerosa de las mismas.

Cuando hablamos de un contrato creador de obligaciones, estamos haciendo alusión a aquellos actos que generan obligaciones que antes no existían; vale decir, que no versan sobre relaciones jurídicas que preexistan a la celebración de dicho acto.

Es evidente que la inmensa mayoría de los contratos típicos son creadores de obligaciones, como es el caso de la compraventa, la permuta, el suministro, la donación, el mutuo, el arrendamiento, el hospedaje, el comodato, la locación de servicios, el contrato de obra, el mandato, el depósito, el secuestro, la fianza, la renta vitalicia, el juego y la apuesta, sólo por citar los contratos típicos más representativos que se encuentran regulados en el Código Civil de nuestro país.

Por otra parte, cuando hablamos de contratos regulatorios, lo estamos haciendo respecto de aquéllos cuyas disposiciones tiendan a llenar un vacío respecto de algún contrato preexistente, vale decir de contratos en los que se especifique o detalle algunos aspectos no contemplados en contratos anteriores.

Sin embargo, cabría formularse la interrogante en el sentido de si un contrato regulatorio también es aquél que especifica aquello que previamente no fue regulado por las partes, pero que sí fue materia de aplicación supletoria de normas de carácter dispositivo, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1356 del Código Civil, precepto que establece que «Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas».

Con respecto a esta interrogante, caben dos interpretaciones.

Una primera, en el sentido de que mientras las partes no se hayan pronunciado sobre un punto, y este punto luego sea materia de tratamiento específico en un contrato posterior que ellas mismas celebren, de todas maneras estarán regulando un contrato, en la medida en que no alteran nada sobre lo que hayan manifestado su voluntad, a pesar de que esa materia hubiese sido cubierta en el primer contrato por una norma de carácter dispositivo.

Un segundo criterio interpretativo del problema, sería aquél por el cual se considerara que si una norma dispositiva suplió la voluntad de las partes contratantes en un aspecto determinado, y las partes contratantes, a través de un nuevo contrato, se pronuncian de una manera distinta al precepto de carácter dispositivo, definitivamente no estarían regulando la materia, sino que la estarían modificando, pues dentro de este orden de ideas, sólo cabría regulación ahí donde no existe disposición contractual alguna, ya sea que ésta haya emanado de la voluntad de las partes o de la aplicación de una norma de carácter dispositivo.

En lo personal, nos inclinamos por este segundo criterio interpretativo.

Para ilustrar lo antes mencionado vamos a mencionar un ejemplo.

Dos partes celebran un contrato de compraventa sobre un automóvil, estableciendo todos los elementos esenciales-especiales, para la celebración y validez de dicho acto.

Sin embargo, las partes no señalan cuál será el lugar donde deberá ser entregado el bien. En tal caso, en ausencia de estipulación específica de las partes, sería de aplicación lo dispuesto por el artículo 1553 del Código Civil, en el sentido de que «a falta de estipulación, el bien debe ser entregado en el lugar en que se encuentre en el momento de celebrarse el contrato».

Así, se entendería que si al momento de la celebración del contrato el automóvil se encontraba ubicado en la ciudad de Lima, el bien debería ser entregado en dicha ciudad. Ello significa que a pesar de que las partes no hubieran manifestado nada con respecto al lugar de la entrega del bien, la norma aplicable sería aquélla que establece su entrega en la capital de la República.

Si al día siguiente de la celebración del contrato, las partes se percatan de su omisión y acuerdan expresamente que el automóvil deberá ser entregado en la ciudad de Piura, no podría entenderse que están regulando el contrato anterior, sino que lo están modificando, pues ya no hay lugar a precisar algo nuevo ahí donde la ley dispuso la aplicación supletoria de una norma.

En conclusión, pensamos que sólo se podría considerar a un contrato como regulatorio en la medida de que la omisión en que incurrieron las partes no

hubiera sido suplida por norma legal de carácter dispositivo. De haber sido así, el contrato sería modificatorio y no regulatorio.

Al respecto cabe recordar las palabras de De la Puente, cuando afirma que «los contratos pueden precisar los alcances de la relación jurídica creada por una fuente de las obligaciones, especialmente por un contrato previo, bien sea interpretando la fuente de la relación jurídica (pienso que se interpretan los actos generadores y no sus consecuencias) o bien estableciendo reglas de detalle (procedimientos de ejecución, modalidades del ejercicio de los derechos, plazos para el cumplimiento, etc.), que sin constituir una modificación no estaban precisados en la relación jurídica original».

En tercer lugar, tenemos a los contratos modificatorios.

Éstos son aquéllos cuya función es la de modificar obligaciones convenidas por las propias partes con anterioridad, comprendiéndose, tanto aquellos casos en los cuales las partes convinieron expresamente algo y aquellos otros casos en los cuales la ausencia de pacto expreso fue cubierto por la aplicación supletoria de una norma de carácter dispositivo.

Larenz,³⁶ al estudiar este tema, precisa que «significaría trocar dicha relación parcialmente, esto es, dejando subsistentes determinadas disposiciones contractuales. En otras palabras, la relación obligatoria, a pesar de las modificaciones de su contenido, permanece la misma».

Finalmente, tenemos a los contratos de carácter extintivo, cuya finalidad es poner término a obligaciones preexistentes y cuyo cumplimiento se encontraba pendiente.

De esta forma, con relación a los contratos extintivos se debe anotar que se produce la extinción de la relación jurídica –como indica De la Puente–³⁷ «cuando las partes deciden ponerle fin, bien sea para desvincularse totalmente o para vincularse nuevamente de manera distinta».

³⁶ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1958, tomo I, p. 131.

³⁷ DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Primera Parte, vol. XI, tomo I, pp. 89 y 90.

Agrega el jurista peruano, que la extinción es conocida técnicamente con el nombre de *distracto*, que es el contrato cuyo objeto es resolver una relación jurídica patrimonial existente entre las partes, cualquiera que sea la fuente de ella.

Señala el profesor citado que, emplea la expresión resolver, ya que considera que el *distracto* tiene por finalidad dejar sin efecto la relación jurídica por una causal sobreviniente al nacimiento de dicha relación. «Esta causal –dice– es la voluntad de las partes de extinguir la relación. Si bien tal relación puede no tener origen contractual, pienso que es aplicable al *distracto*, por analogía, la regla sobre la resolución de las obligaciones contractuales contenida en el artículo 1371 del Código Civil».

Pensamos que el caso más representativo de estos contratos sería el mutuo disenso o resolución convencional, por el cual las partes que han celebrado un acto jurídico, acuerdan dejarlo sin efecto (argumento del artículo 1313 del Código Civil Peruano).

Es evidente que la transacción también podría constituir un contrato extintivo, si a través de ella las partes se limitaran a dar por extinguidas las obligaciones contraídas y que constituyan materia dudosa o litigiosa (argumento del primer párrafo del artículo 1302 del Código Civil).

Sin embargo, la transacción también podría ser un contrato creador, regulador o extintivo de obligaciones, en la medida de que a través de estas vías se busque la finalización del asunto dudoso o litigioso (argumento del segundo párrafo del artículo 1302 del Código Civil Peruano).

3.6. Contrato y convención

Como ha sido expresado oportunamente, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1351 del Código Civil Peruano, el contrato es el acuerdo de voluntades destinado a crear, regular, modificar o extinguir obligaciones. Hoy en día es claro que el contrato tiene esa función de carácter múltiple; pero no siempre fue así, ya que en el antiguo Derecho Francés se consideraba al contrato única y exclusivamente como un acto creador de obligaciones, de manera tal que la regulación, modificación o extinción de las mismas no podría producirse a través del contrato, sino a través de una figura distinta denominada *convención*.

Cabe señalar además que la convención también podía ser creadora de obligaciones.

De lo que acabamos de mencionar se deduce claramente que el contrato era en el Derecho Francés una especie del género llamado convención.

Esta distinción, válida durante muchísimo tiempo, ha perdido toda vigencia, en la medida de que en la actualidad prima la aplicación teórica y práctica del concepto de contrato.

Sin embargo, existe otro enfoque de la distinción entre convención y contrato. Se trata de aquél por el cual se considera convención a todo acto jurídico bilateral o plurilateral, tenga o no contenido patrimonial.

Dentro de ese orden de ideas, el contrato es también un acto jurídico bilateral o plurilateral, pero de contenido netamente patrimonial.

Así, la convención sería el género y el contrato la especie.

Un típico ejemplo de convención sería el matrimonio, en tanto que un típico ejemplo de contrato sería la compraventa.

3.7. La contratación entre cónyuges

El Código Civil Peruano establece en su artículo 312 que los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad.

La prohibición establecida por la citada norma, se circunscribe a la contratación entre cónyuges sobre los bienes de la sociedad, lo que pareciera dejar abierta una serie de aristas que permitirían la contratación en otros supuestos.

Nos corresponde analizar en qué supuestos sería factible la contratación entre cónyuges sobre sus bienes.

Para tal efecto, resultará indispensable establecer la distinción en el sentido de si ellos han contraído matrimonio recurriendo al régimen general de sociedad de gananciales o si lo han hecho pactando con antelación al acto matrimonial, el régimen de separación de patrimonios.

Si la pareja se hubiera casado bajo el régimen general de sociedad de gananciales, ello significaría que con prescindencia de los bienes propios que tuviera cada cónyuge (enumerados en el artículo 302 del Código Civil), el resto de bienes de propiedad de la pareja pertenecería a la ficción jurídica denominada *sociedad de gananciales* o *sociedad conyugal*.

La sociedad conyugal, jurídicamente hablando, tiene personalidad jurídica distinta de aquélla de los propios cónyuges; y los representantes de dicha sociedad son ambos cónyuges.

Incluso, no puede decirse que ambos sean copropietarios de los bienes que pertenezcan a la sociedad conyugal, sino que ésta tiene la propiedad exclusiva de los mismos.

Dentro de tal orden de ideas, no sería factible pensar en la posibilidad de que los cónyuges contraten entre sí sobre bienes de propiedad de la sociedad conyugal, pues en el plano jurídico ello equivaldría a decir que la sociedad estaría contratando consigo misma respecto de bienes que le pertenecen.

Lo que sí sería factible pensar es en la posibilidad de que los cónyuges celebren determinados contratos entre sí, con respecto a bienes que sean de propiedad exclusiva de cada uno, vale decir con respecto a bienes propios.

Concretamente podríamos pensar en que un cónyuge celebre con el otro un contrato de donación, regalándole un bien de su propiedad. En este caso nos encontraríamos dentro de un supuesto previsto por el artículo 302 inciso 3 del Código Civil Peruano, precepto que considera como propios los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera a título de liberalidad.

En tal sentido, sería perfectamente posible que un cónyuge celebre un contrato de donación con el otro con respecto a un bien propio del primero, el mismo que, luego de transferida la propiedad, pasará a ser un bien de propiedad exclusiva del cónyuge donatario.

Por otra parte, es claro que no se podría presentar dentro del régimen de sociedad de gananciales, el supuesto en el cual uno de los cónyuges pueda contratar, a título personal, sobre un bien de propiedad de la sociedad conyugal, a menos que la sociedad se lo donara, es decir se lo transfiriera a título

gratuito; o si se tratase de un bien de propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, que la sociedad lo adquiriera por contrato celebrado con ese cónyuge.

Por otra parte, si el régimen patrimonial fuera el de separación de patrimonios, entendemos que no habría ningún problema para que los cónyuges celebraran contratos entre sí con respecto a sus bienes, ya que dentro de este régimen cada uno de ellos tiene la libre disposición de sus bienes y no se presenta el problema teórico y práctico de los bienes comunes.

3.8. El consentimiento. Consideraciones preliminares

El consentimiento es, junto con el objeto y la causa, un elemento esencial del supuesto de hecho contractual, constituyendo, por tanto, un elemento indispensable para la validez y la existencia del contrato.³⁸

Con relación a este elemento, cabe destacar el pensamiento de Gete-Alonso y Calera,³⁹ profesora española que manifiesta que «el contrato es técnicamente, una estructura consensual: la concordancia de las declaraciones de voluntad de las partes contratantes (acuerdo consensual)».

En este sentido, sostiene que el consentimiento es el más importante de los elementos porque define por sí al contrato y lo conceptualiza como «el acuerdo de dos o más declaraciones de voluntad sobre algo común que van a formar parte del contrato». Estas declaraciones de voluntad -precisa- que forman dicho consentimiento son la oferta y la aceptación.

³⁸ También consideramos importante destacar las palabras de Castañeda, quien respecto a este tema precisa: «El fundamento esencial en que reposa el contrato es el consentimiento de las partes, es el acuerdo de voluntades sobre su objeto. En la infraestructura del contrato se encuentra el consentimiento. Sin consentimiento no hay contrato. Aquél que no ha concurrido manifestando su voluntad en el contrato resulta un tercero ajeno al mismo». (CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. «Teoría General de los Contratos. Sección Primera. Disposiciones Generales». En: *Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la U.N.M. de San Marcos*, año XXVIII, Segundo y Tercer Cuatrimestre de 1964, p. 255. Citado por ROMERO ZAVALA, Luis. *Derecho de los Contratos en el Código Civil Peruano. Teoría General de los Contratos. Libro VII del Código Civil. Sección Primera (artículos 1351 al 1425)*. Lima: Editora FECAT, 1999, tomo I, p. 26).

³⁹ GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen. «El Contrato». En: LLUÍS PUIG, I. Ferriol. *Manual de Derecho Civil*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998, Segunda Edición, vol. II, pp. 537 y 538.

Siguiendo ese mismo criterio argumentativo, Díez-Picazo⁴⁰ explica que en el contrato hay siempre un consentimiento común de dos o más personas. «El contrato existe –afirma– desde que varias personas consienten».

El consentimiento puede ser definido de muchas formas.

Una de ellas podría consistir en señalar que se trata de la declaración conjunta de voluntad común, que engloba a la oferta y a la aceptación, dando lugar a la celebración del contrato.

Otra manera de describir al consentimiento sería señalando que se trata, en derivación etimológica de las voces griegas *cum sentire*, del momento en cual las dos partes contratantes, sienten juntas o sienten lo mismo, vale decir que llegan a un acuerdo en el cual sus voluntades coinciden.

Es evidente que no nos estamos refiriendo a que dichas partes tengan los mismos objetivos al momento de la celebración del contrato, sino al hecho de la conciliación o conjunción de intereses opuestos.

Lo cierto es que, como hace notar De la Puente,⁴¹ tanto el artículo 1351 de nuestro actual Código Civil, como el artículo 1321 del Código Italiano, definen el contrato como un acuerdo de dos o más partes, sin precisar en qué consiste ese acuerdo.⁴²

⁴⁰ Díez PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1979, tomo I, p. 93.

⁴¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «Influencia del Código Civil Italiano en los libros de obligaciones y contratos en la codificación peruana». En: *Estudios sobre el contrato en general*. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002). *Op. cit.*, p. 61.

⁴² Cabe mencionar que Gete-Alonso distingue entre acuerdo contractual y acuerdo causal. Respecto al primero manifiesta que «es la común voluntad (acuerdo consensual) sobre el objeto» e indica que el medio técnico de manifestación del objeto es el consentimiento, el mismo que no puede recaer sobre una «materia»; en definitiva sobre un objeto. De ahí –puntualiza la profesora– que «el desacuerdo sobre él provoca el disenso y la falta absoluta de consentimiento».

Con relación al acuerdo causal, señala que es la común voluntad (concurrencia de declaraciones) sobre la causa. A diferencia de la anterior, afirma Gete-Alonso que puede o no coincidir, temporalmente con el acuerdo consensual y puede incluso, no expresarse. «Es decir –señala–, puede estar separado de aquél y no manifestarse claramente».

Dicha imprecisión da lugar a la duda respecto de si se trata de un *acuerdo de voluntades* o de un *acuerdo de declaraciones*, pues la doctrina se encuentra dividida, como desarrollaremos más adelante, entre la teoría francesa de la voluntad y la teoría alemana de la declaración, matizadas por las teorías de la responsabilidad y la de la confianza.

Romero Zavala,⁴³ al analizar este tema, asevera que «el contrato es el resultado de un acuerdo de voluntades. Las partes intervinientes en la relación contractual deben manifestar su voluntad, o para decirlo en términos más precisos, deben prestar su consentimiento». Este consentimiento –indica– requiere ser concordante o coincidente; por eso, tratándose de la relación contractual se dice que el consentimiento debe ser recíproco. El consentimiento, así, es principio fundamental de toda relación contractual.

El citado profesor manifiesta que el acuerdo contractual no puede ser otro que el de las voluntades de los contratantes, pese a que suele decirse que puede también entenderse como acuerdo de expresiones o declaraciones, formulándose así distingo entre *voluntades* y *declaraciones*, aludiendo –sin duda– a la vieja pugna entre la voluntad real y la declaración empleada, empero olvidando que los contratos quedarán celebrados cuando se produce la plena coincidencia entre las voluntades de los contratantes, vale decir, oferentes y aceptantes. En todo caso, debe admitirse la identificación entre voluntades y declaraciones, genéricamente, y sólo por excepción su ausencia.

Spota⁴⁴ por su parte, expresa que el consentimiento contractual lo debemos aprehender como «la declaración o exteriorización de voluntad unilateral que formula cada uno de los contratantes, y es la conjunción de esas declaraciones de voluntad unilaterales lo que da origen a la llamada declaración de voluntad común».

Agrega el mencionado autor, conforme a lo expuesto, que si el contrato es de dos partes, entonces existirán dos declaraciones distintas, si es trilateral habrá

⁴³ ROMERO ZAVALA, Luis. *Derecho de los Contratos en el Código Civil Peruano. Teoría General de los Contratos. Libro VII del Código Civil. Sección Primera (artículos 1351 al 1425)*. Lima: Editora FECAT, 1999, tomo I, pp. 25 y 26.

⁴⁴ SPOTA, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires: Depalma, 1975, vol. I, pp. 235 y 236.

tres, etc.; pero será la concurrencia de esas declaraciones lo que dará origen a un acuerdo, a una conjunción de voluntades, en una palabra, a una voluntad común que constituye el meollo de la definición de contrato. En otros términos –precisa– «ese elemento esencial de los contratos (sin perjuicio del supuesto del contrato forzoso, necesario o impuesto, así como del contrato en el cual una de las partes concurre a formar la convención sobre la base del principio de mayoría) exige el concurso de dos o más partes que expresan su voluntad jurídica».

Enfatiza Spota que esa voluntad jurídica es el consentimiento. «Cuando resulta común –dice–, implica una declaración de voluntad común de las partes contratantes. Esto aún se observa en el contrato de adhesión, no obstante el papel minimizado de la voluntad, ya que media opción entre adherirse o no al esquema contractual preformado por una de las partes [...] También hallamos esa declaración de voluntad común en el autocontrato o contrato consigo mismo, no obstante que sólo se esté ante una persona [...]».

Teniendo en cuenta lo manifestado, destaca Spota que el ordenamiento jurídico valora el contrato como un precepto de autonomía privada porque es una obra voluntaria y libre de las personas. «Esto no significa decir –indica Díez-Picazo– que el contrato sea una pura expresión del querer humano. Los contratantes no se limitan a querer algo, sino que implantan entre ellos una reglamentación de intereses».

Respecto a esta reglamentación de intereses, sostiene el profesor español que ella es admitida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto que ha sido libremente querida. Añade que el ordenamiento jurídico protege la libertad de contratar declarando por lo general ilícitos todos aquellos supuestos en los cuales la voluntad de una de las partes o la de ambas haya sido desconocida o violada.

Según las enseñanzas de Manuel de la Puente, el consentimiento está integrado necesariamente por diversos elementos.

Uno de ellos es el de la voluntad interna de cada uno de los contratantes, encontrándose constituida dicha voluntad interna por tres elementos. El primero de ellos es el discernimiento o actitud de apreciar; el segundo es la intención o querer lo que se sabe; y el tercero es la libertad, que implica la ausencia de presión externa.

Pero la voluntad interna no interesa al Derecho sin su exteriorización; debiendo el medio empleado ser idóneo para expresar dicha voluntad.

En tal sentido, la suma de la voluntad interna y la exteriorización de la misma nos da como resultado un hecho voluntario.⁴⁵

Pero será necesario analizar si el hecho voluntario está constituido por una voluntad apta para producir efectos jurídicos.

⁴⁵ Ahora bien, luego de lo expuesto, creemos conveniente recoger el pensamiento que plasma De la Puente y Lavalle en el tomo I de su obra *Estudios sobre el contrato privado*. Allí, el maestro peruano identifica y analiza los dos lados del consentimiento: el lado interno y el lado externo. Sobre el lado interno, sostiene que al momento de celebrar el contrato existen dos o más voluntades internas, o sea la voluntad interna de cada parte contratante. Estas dos voluntades internas –afirma– pueden haber sido originalmente distintas entre sí, aunque no han tenido necesariamente que serlo. En realidad se confunde muchas veces respecto al contenido de estas dos voluntades internas de los contratantes. No interesa saber –expresa De la Puente–, para los efectos del consentimiento, qué es lo que las partes desearon individualmente obtener del contrato y qué las ha llevado a iniciar las negociaciones, si es que éstas hubieran existido, pues durante esa etapa no estaban consintiendo sino únicamente queriendo. Sólo cuando llega el momento de celebrarse el contrato, cuando surge en la vida del Derecho ese acto jurídico plurilateral –enfatisa el mencionado autor– es que las partes dejan de querer individualmente para ponerse de acuerdo, para unir sus voluntades.

Agrega De la Puente que en estas condiciones, cuando se habla de los dos lados del consentimiento, o sea de la voluntad interna y de la declaración, se está hablando de las dos caras de una misma moneda. La voluntad interna de los contratantes, llegado el momento del contrato, es la misma voluntad que va a ser expresada; precisamente, el contrato va a estar constituido –afirma– por la declaración de esas dos voluntades internas que ya se han unido, mediante la aceptación de la oferta, para constituir una voluntad común.

En lo que respecta al lado externo, De la Puente manifiesta que cuando las voluntades internas de las partes se encuentran y coinciden por razón de la aceptación de la oferta, dan lugar a una nueva voluntad, que no es distinta en su esencia, o mejor dicho en su contenido, de las voluntades internas coincidentes, pero que tiene una característica nueva que recién aparece y es la de ser una nueva voluntad común, por ser dos voluntades iguales.

Para ejemplificar lo señalado, afirma que en el campo del Derecho ocurre algo similar a lo que ocurre en el campo de la Química, en que la unión de dos elementos, doble proporción de hidrógeno con un oxígeno, no da lugar a que haya una suma de hidrógeno y oxígeno, sino que resulta un producto nuevo que no es hidrógeno ni es oxígeno, sino que es agua. Asimismo –refiere De la Puente– «la unión y manifestación de las voluntades internas da lugar al consentimiento, con la diferencia, sin embargo, que los dos elementos que se unen para formar el consentimiento, si bien son distintos por constituir voluntades internas de dos personas diferentes, tienen idéntico contenido, porque cada parte quiere lo mismo, al menos inmediatamente, que es celebrar el contrato, o sea que nazcan las obligaciones que constituyen su objeto aunque mediatamente quieran cosas distintas, como son los efectos que tendrá el contrato para cada una de ellas, esto es la ejecución de las prestaciones respectivas».

Dentro de tal orden de ideas, la declaración de voluntad debe entenderse en dos sentidos:

- a) Como acto que requiere de la voluntad.
- b) Como declaración que necesita, además de la voluntad, tener conciencia de que el acto tiene valor declaratorio.

La voluntad es, en principio, un fenómeno interno y, por ende, un fenómeno que la ciencia jurídica no puede conocer; toda vez que es, además, el fundamento de los actos de Derecho. En términos generales, puede conceptualizarse con relación a la facultad de querer. No obstante, es preferible tomar como concepto a la voluntad jurídica, esto es, la voluntad sana y manifestada que genera, modifica, transforma o extingue derechos.⁴⁶

Ahora bien, para que exista consentimiento es necesario, pues, que las voluntades internas, que ya son coincidentes entre sí, se manifiesten externamente como definitivamente unidas.

En virtud de lo expuesto, como enfatiza De la Puente, «las declaraciones de voluntad constituidas por la oferta y la aceptación tienen como única consecuencia contractual la de poner de manifiesto el acuerdo de voluntades, pero no van más allá, esto es no se logra aún el segundo paso que es necesario para la existencia del contrato, o sea el poner de manifiesto que mediante ese acuerdo se pretende una finalidad jurídica querida por ambas partes y amparada por el Derecho».

Dentro de tal orden de ideas, el citado profesor expresa que este segundo paso está constituido por asignar a esa fusión de dos declaraciones de voluntad unilaterales, el carácter de una declaración de voluntad común expresada por las dos partes conjuntamente, esto es la conjunción de dos voluntades individuales en forma tal que quieren lo mismo, cuya expresión como declaración conjunta surge con el hecho de la aceptación, o sea cuando el aceptante, hace suya, como si fuera propia, la voluntad del oferente y lo declara así, con lo cual las dos declaraciones así unidas tienen el carácter de una declaración conjunta de voluntad común.

Cabe pues decir –como lo hace De la Puente–, «que en la acción de contratar existen dos consentimientos, o mejor dicho, el consentimiento entendido en dos sentidos: a) el consentimiento constituido por la coincidencia de las voluntades internas, que es lo que determina que se acepte la oferta; y b) el consentimiento concebido como la exteriorización de esas dos voluntades coincidentes que cobra el carácter de una manifestación conjunta de voluntad común, ya que no debe olvidarse que para que exista el contrato no es suficiente que la aceptación coincida con la oferta, sino que es necesario, además, que ambas partes quieran que mediante la aceptación se forme el contrato, esto es que surja ese ente al cual la ley le otorga el poder de producir efectos jurídicos obligatorios».

⁴⁶ AMADO V., José Daniel. «Las declaraciones de voluntad impropias en la teoría del acto jurídico». En *Thémis*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 10, 1988, p. 76.

Como anota José Amado,⁴⁷ «Puede advertirse que la voluntad del ser humano es para el derecho un supuesto de hecho, consecuencia natural de su libertad. La ciencia jurídica se limita a estudiar sus efectos y es a partir de éstos que puede identificar la existencia de una voluntad jurídicamente relevante».

Siguiendo a Aníbal Torres, podemos afirmar que existe voluntad jurídica cuando concurren los requisitos internos: discernimiento, intención y libertad, y el requisito externo de la declaración. Puesto que el contrato es el resultado de un acuerdo de voluntades declaradas, éstas deben estar sanamente formadas, libres de error o dolo que afecte la intención, o de violencia o intimidación que afecte la libertad.⁴⁸

El error, el dolo, la violencia y la intimidación, denominados tradicionalmente como vicios de la voluntad, determinan la invalidez del contrato, caracterizándose, de esta manera como causales de anulabilidad,⁴⁹ por cuanto afectan la estructura del contrato.

Como bien sabemos, el contrato que adolece de alguno de estos vicios es provisionalmente eficaz mientras no se declare judicialmente su nulidad. De igual manera, puede conllevar una serie de daños y perjuicios que, dependiendo del caso, supondrán el consecuente nacimiento de una obligación de indemnizar.

De esta forma, la voluntad común no solamente es la suma de voluntades coincidentes, sino también de declaraciones coincidentes, ya que tienen que estar encaminadas hacia la celebración del contrato.

⁴⁷ AMADO V., José Daniel. «Las declaraciones de voluntad impropias en la teoría del acto jurídico». *Op. cit.*, p. 76.

⁴⁸ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Lima: San Marcos, 1998, p. 519.

⁴⁹ La ausencia de la declaración de voluntad de alguno de los sujetos contratantes determina la nulidad del contrato; mientras que la declaración de una voluntad viciada determina su anulabilidad.

Conforme expresa Fernando Vidal, un acto anulable es aquél que padece de nulidad relativa, es decir, que reúne los elementos esenciales o requisitos de validez y, en consecuencia, es inicialmente eficaz, pero por adolecer de un vicio, a pedido de una de las partes, puede devenir en nulo.

Dentro de este orden de ideas, podemos definir al consentimiento como la voluntad común o la intención común, es decir, aquella zona donde las dos voluntades, manifestadas a través de las dos declaraciones, coinciden. Es evidente que el contrato supone esa zona de coincidencia, que es precisamente donde tiene su más profunda base, pues si tanto las voluntades como las declaraciones no coincidiesen en un punto o zona, habría disensión o desacuerdo, pero no contrato.

Consideramos necesario distinguir en el plano teórico lo que significa esta formación del consentimiento, en donde debe haber coincidencia entre la voluntad interna y su exteriorización, de lo que significa la simulación de los actos jurídicos.

La simulación relativa es la situación por la cual las partes que celebran un negocio jurídico ocultan la celebración de un acto real con un acto aparente, dando lugar a la eventual anulación del acto aparente, pudiendo tener validez o no el acto real, si cumple con los requisitos de forma.

Y, de otro lado, tenemos a la simulación absoluta, que es aquella situación por la cual las partes celebran un acto jurídico, que de tal sólo tiene la apariencia, pues en realidad no han celebrado nada.

La simulación absoluta acarrea la nulidad de los actos jurídicos.

En la eventualidad de que los actos jurídicos a los que estamos haciendo referencia fuesen contratos, podríamos decir que sólo habría contrato en el caso del acto viciado por simulación relativa. En este supuesto, estimamos que el consentimiento se habría formado con respecto al acto oculto, no existiendo tal consentimiento en relación al acto aparente.

3.9. Teorías que intentan resolver el problema de la formación del consentimiento

Según explica Manuel de la Puente, existen cuatro teorías que intentan resolver el problema de la formación del consentimiento. Ellas son: La teoría de la voluntad, la teoría de la declaración, la teoría de la responsabilidad y la teoría de la confianza.

3.9.1. Teoría subjetiva o de la voluntad

Esta tesis parte de la premisa de que la voluntad humana es fuente primaria de todo efecto jurídico y, por consiguiente, el contrato supone un encuentro de voluntades.

Massimo Bianca⁵⁰ describe el marco histórico en el que se desarrolló esta teoría, señalando que la idea del contrato como libre manifestación de voluntad fue consecuente con la profunda transformación cultural y económica activada por el evento de la industria y del capitalismo modernos, entre fines de 1700 y 1800, que debía conducir a la afirmación de la nueva sociedad liberal y burguesa. Dentro de este contexto, la libertad de contratar significaba esencialmente libertad de mercado de trabajo y libertad de los cambios, y estas libertades constituían el presupuesto necesario de la revolución industrial.

El mismo autor afirma, al describir el rol estatal en esta materia, que «El ordenamiento jurídico debía limitarse a garantizar al individuo las condiciones necesarias para el ejercicio de su libertad y, entre éstas, de su libertad de iniciativa económica. El negocio era reconocido como afirmación de la libre voluntad del individuo y como tal era el medio jurídico a través del cual se realizaba una economía liberal confiada exclusivamente a la iniciativa del particular».

La teoría subjetiva le da preeminencia a la voluntad sobre lo declarado. Esta corriente de origen francés y que encuentra sus fundamentos en los presupuestos del Derecho Natural, postula que la voluntad individual es el centro de reconocimiento y de valoración del ordenamiento jurídico, y que de hecho se encuentra antes que éste que sólo se limita a reconocer su existencia y su poder.

Bajo esta perspectiva, por lo tanto, el eje sobre el cual gira todo el Derecho Privado es la voluntad individual. La causa por la que se le atribuye relevancia jurídica al acto jurídico en general, y al contrato en particular, es la voluntad individual.

⁵⁰ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Il Contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984, tomo III, p. 25.

En esa línea de pensamiento, que encontró expreso reconocimiento en el Código Napoléon y en otras codificaciones europeas, el contrato se presenta como el instrumento para que los sujetos expresen las reglas que creen son las apropiadas según su voluntad individual. La validez del contrato, al ser un instrumento, depende de la voluntad del individuo.

Todo depende del sujeto y de lo que realmente quiso. Si se prueba que una regla no se encuentra respaldada por la voluntad individual del sujeto, esa regla es nula o, al menos, anulable.

Como el contrato es bilateral, o mejor dicho, plurilateral, interesa el acuerdo de voluntades de las partes contratantes, importando el querer y no el decir.

No obstante, esta teoría, si bien otorga mayor consideración a la voluntad, no prescinde de la declaración.

Sería absurdo pensar que los contratos se basen sólo en una voluntad interna. Sí importa la revelación. El problema se presenta cuando esa revelación no expresa fielmente la voluntad interna.

Así, si no coincide la voluntad con la declaración, entonces no valdrá la declaración, y por lo tanto no habrá contrato.

Esta teoría incurre, por consiguiente, en el error de considerar que el contrato es sólo un acuerdo de voluntades y no un acuerdo de declaraciones de voluntad, supuesto correcto.

Para la teoría de la voluntad, también conocida como teoría subjetiva, las consecuencias del contrato deben ser perfectamente concordantes con las representaciones mentales de las partes. El Derecho, dentro de tal orden de ideas, debe reaccionar ante toda imperfección o perturbación del proceso de formación de la voluntad de los contratantes, cancelando una operación al tener ausente o defectuoso su presupuesto psicológico, tendría una falla en su propio fundamento.⁵¹

⁵¹ ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1977, p. 267.

3.9.2. Teoría objetiva o de la declaración

El profesor italiano Vincenzo Roppo⁵² acota que si bien la teoría subjetiva, tal cual la hemos definido, resultaba adecuada para un sistema económico individualista y escasamente dinámico, no puede satisfacer las exigencias de la moderna economía de masa, caracterizada por el extraordinario incremento del volumen de los cambios y por su creciente estandarización e *impersonalidad*.

El citado autor señala, asimismo, que en un sistema como el descrito, marcado por producción, distribución y consumo en masa, el primer imperativo es el de garantizar la celeridad de las contrataciones, la seguridad y la estabilidad de las relaciones. Dichos objetivos exigen que las transacciones sean asumidas y disciplinadas en su objetividad, en su desarrollo típico; ellos son, por tanto incompatibles con el atribuir relevancia decisiva a la voluntad individual, a las particulares y concretas actitudes psíquicas de los sujetos interesados en el cambio, en definitiva, con la teoría de la voluntad.

De aquí que, como segunda postura, encontremos a la teoría de la declaración o teoría objetiva, que representa una reacción contra la teoría de la voluntad y se basa en la dificultad de conocer la voluntad interna de los contratantes.

Para quienes propugnan esta tesis de origen alemán, nada de esto existe antes que el ordenamiento jurídico; la raíz de todo es el ordenamiento jurídico, que reconoce la voluntad, no porque sea atributo del sujeto, sino porque es necesario que las partes puedan establecer reglas entre sí para que formen parte de la vida en sociedad.

Se sostiene, entonces, que el ordenamiento es el fundamento, toda vez que, en la medida de que el sujeto forma parte de una comunidad, es necesario que se le reconozca la facultad de crear reglas.

A partir de esta visión empieza a prevalecer lo que es socialmente reconocible y perceptible, es decir, aquello que el resto puede percibir, más que aquello que el sujeto quiso, porque esto mismo no se podría conocer. Adquieren relevancia jurídica las expresiones.

⁵² ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Op. cit., 1977, p. 267.

La validez de las reglas reposa en la constatación de lo expresado por el sujeto. Se le imputa al sujeto lo declarado sin importar si ello corresponde o no a su voluntad interna. Se privilegia el *decir* sobre el *querer*.

De esta forma, el alma del contrato no es la voluntad sino la declaración. Lo relevante para el Derecho es la declaración, tal como ésta puede entenderse de acuerdo a las circunstancias, no es relevante la voluntad psíquica del declarante, pues como hecho psicológico meramente interno es algo de por sí intangible e incontrolable.

Sin embargo, no podría decirse que la teoría de la declaración prescinde de la voluntad. Si un acto jurídico no tiene objetivamente el significado de una exteriorización de la voluntad del sujeto, en orden a su esfera jurídica, no vale como declaración.

Esta teoría sacrifica la voluntad real y la sustituye por la voluntad que aparece de la declaración.

Su fundamento es evitar la incertidumbre. Sin embargo, Von Tuhr y Enneccerus opinan que los contratos pueden ser impugnables por error.

Tanto la teoría subjetiva como la objetiva tienen por finalidad resolver un conflicto de intereses. Cada una favorece que uno prevalezca sobre otro resolviendo de manera distinta. En la primera prevalece quien se equivocó aun cuando el error haya sido por torpeza propia; en la segunda se considera como relevante el interés de quien no se equivocó.

La radicalidad de ambas teorías, que desencadenan situaciones y consecuencias opuestas, llevó a postular nuevas tesis que flexibilizan ambas posturas.

3.9.3. Teoría de la responsabilidad

En tercer lugar, tenemos a la teoría de la responsabilidad, la misma que suaviza la teoría de la voluntad. A través de ella se considera al declarante como auto responsable de su declaración.

El principio de auto responsabilidad atribuye al declarante el riesgo de una declaración no conforme con la voluntad real y, además, de una declara-

ción no querida. El sujeto puede quedar así comprometido por un acto que él realmente no ha querido.

La teoría de la responsabilidad presenta dos requisitos fundamentales.

El primero de ellos consiste en que la declaración tenga visos de exteriorizar una voluntad; y el segundo, que sea imputable al declarante la divergencia entre la voluntad real y la declaración (aunque el declarante no la haya querido). Así, el declarante sólo será responsable si actúa con dolo o culpa; no siéndolo si lo hace por error.

En definitiva, tiene valor el acto imputable al sujeto y objetivamente valorable como acto de autonomía privada, es decir, como acto que implica una decisión del sujeto en orden a su esfera jurídica.

En la teoría subjetiva prevalece la posición de quien se equivocó, perjudicando a su contraparte. Con el fin de no proteger al torpe, la teoría de la responsabilidad establece que en dichos casos se mantendría el contrato.

La teoría de la responsabilidad, por ende, pretende aplacar la teoría subjetiva. Si se fue torpe o irresponsable o simplemente no se fue diligente y por ello su voluntad y su declaración no coinciden, no se merece protección por parte del ordenamiento jurídico.

3.9.4. Teoría de la confianza

Finalmente, en cuarto lugar tenemos a la teoría de la confianza, la misma que suaviza la teoría de la declaración.

Con la teoría objetiva se protege a la contraparte de quien cometió el error, aun cuando éste supiera del mismo o fuera fácil percibirlo. Para matizar estas situaciones surge la teoría de la confianza, que protege la declaración sólo cuando ésta ha generado una razonable confianza.

Quien emite una declaración o tiene un comportamiento que tenga significado negocial o se vale de otro para comunicar su declaración, suscita en el destinatario la confianza de que el acto sea serio y conforme a su significado objetivo, según la normal explicación de la actividad negocial. La exigencia de tutela de esta confianza supera la exigencia de tutela del declarante, porque la

relevancia, respecto a los terceros, de las diferencias ocultas por las declaraciones negociales perjudicarían la certeza del comercio.⁵³

Por medio de la teoría de la confianza, sólo se protege la declaración cuando su destinatario ha confiado en aquélla; no se protege al destinatario si éste tuvo razones para darse cuenta de que hubo un error en la declaración.

Esta teoría sostiene que la declaración discrepante de la voluntad tiene valor cuando el destinatario ha confiado razonablemente en la seriedad y en el significado objetivo de ella.

Ella privilegia la confianza y la buena fe. Si la declaración no es confiable, el acto será ineficaz.

Es conveniente recordar que De la Puente en un inicio pensaba que la teoría de la voluntad era la mejor de las cuatro, lo que queda en evidencia en su obra *Estudios sobre el Contrato Privado*, publicada en 1983, pero posteriormente cambió de opinión en su obra *El Contrato en general*, cuya primera parte —como ya ha sido expresado— fue publicada en 1991.

De la Puente considera ahora que la teoría de la voluntad presenta el serio problema de demostrar cuál es el sentido de la voluntad común, dado su carácter interno.

Ahora se inclina por la teoría de la confianza, basándose en diversos argumentos, los mismos que resulta conveniente recordar.

El primero de ellos consiste en que voluntad y declaración tienen igual valor, razón por la cual ninguna de ellas debe primar sobre la otra.

El segundo argumento estriba en que por no ser fácil inferir la voluntad común, es necesario recurrir a un medio que razonablemente permita inferir la realidad de una voluntad común.

En tercer lugar, sostiene que por el principio de la negociación de buena fe, ésta avala una declaración y le da valor vinculatorio.

⁵³ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Il Contratto. Op. cit.*, tomo III. p. 22.

En cuarto lugar, De la Puente sostiene que la teoría de la confianza sustituye la certeza de voluntad común por una creencia de buena fe en dicha existencia.

Y, finalmente, señala que el sacrificio de la voluntad se hace en pro de la firmeza en las transacciones de una sociedad.

En lo que respecta al Código Peruano de 1984, De la Puente recuerda que el artículo 168 impone una interpretación de buena fe.

Recuerda que Fernando Vidal Ramírez dice que las relaciones entre voluntad y declaración se rigen por lo declarado, sin que la referencia a la buena fe atenúe el criterio objetivista.

De otro lado, el artículo 1361 del Código Civil Peruano señala que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, estableciendo una presunción.

Por su parte, De la Puente piensa –junto con Arias-Schreiber– que el artículo 1361, por su segundo párrafo, permite pensar que si se prueba la existencia de discordancia, primará la voluntad, no valiendo la declaración.

Queda claro hasta aquí que mientras la declaración de voluntad es el elemento esencial del acto jurídico, el consentimiento es el elemento fundamental del contrato.

Nuestro Código Civil, siendo el consentimiento uno solo, lo entiende de dos maneras distintas que, en realidad, son el fondo y la forma de un mismo fenómeno.

La primera manera de entender el consentimiento es dándole el carácter de coincidencia de dos o más declaraciones de voluntad o como la declaración conjunta de una voluntad común, lo que responde a su origen etimológico (*sentire-cum* o *cum-sentire*).

La otra manera es considerándolo como la conformidad de la oferta con la aceptación (de acuerdo con el artículo 1373 del Código Civil Peruano de 1984, precepto que dispone que el contrato queda perfeccionado –entiéndase, celebrado– en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente).

Nuestro Código Civil, además, dentro de la tendencia de la objetivación del contrato, no ha acogido la teoría subjetiva; sin embargo, tampoco ha acogido la teoría objetiva en su sentido puro. Ha optado, más bien –como se puede apreciar tras una lectura sistemática de las normas que conforman la teoría general del contrato–, por la teoría de la confianza.

Por último –tal como lo hace Castán Tobeñas⁵⁴ debemos indicar que el consentimiento supone los siguientes elementos:

- a) Pluralidad de sujetos, desde que el contrato es un acto jurídico plurilateral, esto es que el consentimiento, que como se ha visto es la característica del contrato, debe ser el resultado del acuerdo de las voluntades de dos o más partes.
- b) Capacidad, puesto que el contrato, como acto jurídico requiere para su validez la existencia de agentes capaces (artículo 140 del Código Civil Peruano de 1984).
- c) Voluntad, ya que el consentimiento es, en esencia, un acuerdo de voluntades.
- d) Declaración, por cuanto el lado externo del consentimiento está constituido por la declaración conjunta de voluntad común de las partes contratantes.

3.10. Disentimiento o disenso

Manuel de la Puente desarrolla de manera muy prolija el tema del disentimiento o disenso contractual.

Para tal efecto, parte de distinguir el disentimiento del error.

Recuerda que el acto jurídico es anulable cuando falta la manifestación de voluntad del agente, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 219, inciso 1, y 140, inciso 1, del Código Civil.

En tal sentido, el error vicio es el error en el motivo, aquél que recae en la formación de la voluntad; en tanto el error obstativo es el que recae en la decla-

⁵⁴ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. *Derecho Civil Español, Común y Floral*. Madrid: Reus, 1945, tomo III, p. 353. Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el contrato privado*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1983, tomo I, pp. 162 y 163.

ración, teniendo ambos, regímenes jurídicos distintos, como queda establecido en los artículos 201 y 208 del Código Civil.

Por otra parte, recuerda De la Puente que el error en el acto jurídico, tiene efectos distintos que en el campo contractual.

Así, puede presentarse un primer supuesto en el cual coincidan las declaraciones pero no las voluntades, ya sea que medie error, caso en el cual habrá consentimiento efectivo (contrato), pero el acto podrá ser anulado por error de ambas partes.

Un segundo supuesto será aquél en el cual ambas declaraciones de voluntad no coincidan. En este caso, como no ha habido declaración conjunta de voluntad común, no se ha formado el contrato, razón por la cual el acto jurídico no será anulable, sino nulo, por carecer de manifestación de voluntad (argumento del artículo 219, inciso 1 del Código Civil Peruano).

Según expresa De la Puente, el disentimiento es la falta de coincidencia de las declaraciones de voluntad, lo que generalmente se produce por error.

Si la falta de coincidencia hubiese sido voluntaria, no habría disentimiento, sino declaraciones de voluntad no encaminadas a la celebración de un contrato.

Expresa el citado profesor que el disentimiento se puede producir ya sea por haber interpretado mal la primera declaración, o por haberla interpretado bien, pero haber incurrido en error obstativo.

La diferencia entre error y disentimiento estriba en que hay error cuando recae en la oferta; y habrá disentimiento cuando el error recaiga en la aceptación, que es una declaración conjunta de voluntad común.

El primero de dichos errores dará lugar a la anulación del acto; en tanto que el segundo dará lugar a su nulidad.

Finalmente, existen dos clases de disentimiento.

El primero es el disentimiento manifiesto, en donde las declaraciones son realmente disconformes.

Habrá disenso manifiesto cuando las partes contratantes sean conscientes de que sus declaraciones de voluntad no son coincidentes entre sí.

El segundo es el disentimiento oculto, existiendo declaraciones aparentemente conformes, pero que en realidad son disconformes.⁵⁵

⁵⁵ El propio De la Puente en las páginas 159 y siguientes del tomo I de su obra *El Contrato en general*, cita seis casos que ilustran el tema del disentimiento, los mismos que, dada su pertinencia, vamos a proceder a citar de manera resumida.

En el primero de ellos se plantea que si la oferta del contratante A adolece de error vicio u obstativo, ella sería anulable antes de ser aceptada por la parte B.

En el segundo supuesto, la parte A se dirige a la parte B diciéndole «vendo J», en tanto la parte B se dirige a la parte A diciéndole «acepto, compro N».

Dado que esta última declaración constituiría un supuesto de error obstativo, no habría declaración conjunta de voluntad común; lo que habría es un disentimiento manifiesto, razón por la cual el contrato sería nulo (inexistente, en puridad de términos). El contrato no sería anulable, pues para que un acto sea anulable es preciso que se haya celebrado.

El tercer ejemplo citado por De la Puente nos plantea a una parte A dirigiéndose a otra parte B, diciéndole «vendo J»; y luego la parte B se dirige a la parte A diciéndole «acepto» o «acepto N» (error vicio). En este caso De la Puente analiza ambos supuestos.

Si la parte B declaró «acepto», habrá disentimiento oculto. La declaración conjunta habrá sido sólo aparente, pues en realidad se refería a N. En este caso, el acto sería nulo, no anulable.

En segundo lugar, si la parte B declaró «acepto N», habrá disentimiento manifiesto, caso en el cual el acto será nulo, no anulable.

Como cuarto ejemplo, De la Puente plantea que la parte A diga a la parte B «vendo J», en tanto la parte B exprese a la parte A «compro J», pero habiendo incurrido en error vicio.

Así, B cree que se le ofrece N (dado su error vicio). De este modo, B, creyendo que se le ofrece N, se vuelve a equivocar y manifiesta aceptar comprar J; por lo que en este caso habrá declaración conjunta pero no de voluntad común.

Según De la Puente existen dos maneras de solucionar este ejemplo.

La primera sería a través de la teoría de la declaración, por la cual el contrato se habría celebrado, pero sería anulable por error.

La segunda forma de solucionar el problema sería a través de la teoría de la voluntad, según la cual habría disentimiento oculto y, como no hay voluntad común, entonces no habría consentimiento y por lo tanto el contrato sería nulo.

En quinto lugar De la Puente cita el caso en el cual la parte A dice a la parte B «vendo N» (cuando en realidad quiere vender J), en tanto, posteriormente, la parte B dice a la parte A «compro N». Dentro de tal orden de ideas, B cree que se le ofrece J. Así, B, creyendo que se le ofrece J, se vuelve a equivocar y manifiesta aceptar comprar N.

En este caso habría declaración conjunta, pero no de voluntad común.

De la Puente otorga solución a este caso a través de la teoría de la declaración, para la cual habrá contrato, pero el mismo será anulable; y por la teoría de la voluntad, para la cual el contrato será nulo, pues esta teoría quita valor a la declaración cuando ésta no coincida con la voluntad.

Finalmente, De la Puente, cita el caso en el cual la coincidencia o discrepancia entre la declaración y la voluntad sea sólo aparente.

Para este caso, el citado profesor estima que se podrían presentar dos supuestos.

El primero de ellos es cuando se expresa la misma cantidad pero en signos distintos, como podría ser el caso de 100 céntimos de sol y un nuevo sol.

Habría disenso oculto, por consiguiente, cuando las partes han creído que sus declaraciones de voluntad coincidían, cuando realmente no eran coincidentes entre sí.

4. EL CONSENSUALISMO

Los contratos se celebran por el consentimiento de las partes. Se trata del principio del consensualismo contractual, recogido en el artículo 1352 del Código Civil Peruano, norma de texto siguiente:

Artículo 1352.- «Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad».

No vamos a incidir sobre los contratos consensuales, formales y reales, pues nos ocuparemos de ellos en momento oportuno.

Simplemente diremos que la redacción del artículo 1352 no ha sido la más feliz. Una redacción idónea de la norma hubiera sido la siguiente:

Artículo 1352.- «Los contratos se celebran por el consentimiento de las partes, *debiendo expresarse dicho consentimiento en la formalidad señalada por la ley. Se perfeccionan a partir del momento en que son aptos para surtir efectos*».

Consideramos que la redacción actual del artículo 1352 es un tanto impropia al referirse al *perfeccionamiento* de los contratos, cuando en realidad lo está haciendo respecto a su *celebración*.

Como señala De la Puente, en puridad de doctrina, en el proceso de formación de los contratos deben distinguirse dos hechos distintos que, aunque generalmente coincidentes, tienen peculiaridad propia. Tales hechos son la concertación y el perfeccionamiento del contrato.

El segundo es aquél cuando se utiliza jerga. Sería el caso en el cual la parte A le dijese a la parte B «te vendo mi roca», en tanto la parte B le conteste «te compro tu carro». También sería el caso en el cual la parte A le diga a la parte B «te vendo mis tabas» y la parte B le conteste «te compro tus zapatos».

«Concertación del contrato es, pues, la concurrencia de las declaraciones de voluntad para firmar una declaración conjunta de una voluntad común, o sea, el consentimiento. Desde el momento en que la aceptación recoge la declaración contenida en la oferta, haciéndola suya, y es conocida por el oferente, el contrato queda concertado.

Perfeccionamiento del contrato es la oportunidad en que el contrato, ya concertado, produce sus efectos (es eficaz), o sea (regula, modifica o extingue) una relación jurídica obligacional».⁵⁶

A través del consentimiento se celebran los contratos; el perfeccionamiento de los mismos puede ocurrir en ese instante o no coincidir en el tiempo, estando diferido para un momento posterior, como es el caso de los contratos cuyos efectos están sujetos a condición suspensiva, o de aquellos otros en los que la determinación de uno de sus elementos haya sido –por ejemplo– deferida a un tercero.

Así, puede ocurrir que el contrato ya esté concertado y, por ende, se haya celebrado en tanto las partes han llegado a un acuerdo de voluntades, pero, sin embargo, el contrato aún no es perfecto, pues no ha dado lugar a lo que constituye su objeto, esto es, a constituir, modificar, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Asimismo, resulta claro que el término *forma* no es el más apropiado; tal vez lo sea la palabra *formalidad*, ya que resulta la expresión idónea. Sin embargo, todos sabemos el sentido de la palabra utilizada por el Código Civil, razón por la cual no sería necesario realizar ninguna modificación legislativa al respecto.

Adicionalmente, nos inclinamos a pensar, de acuerdo a aquella corriente doctrinaria que sostiene que en los contratos formales no es que éstos se celebren con el consentimiento y una formalidad adicional, sino que en aquéllos el consentimiento debe expresarse a través de la formalidad impuesta por la ley o por los propios contratantes, que todo contrato –incluso los formales– se celebra con el consentimiento de las partes.⁵⁷

⁵⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Contratos en general*. Motivación de Propuestas. Reforma del Código Civil Peruano.

⁵⁷ No obstante, anotamos que se podría señalar que debido a la existencia del artículo 1404 del Código Civil Peruano, en el sentido de que si la licitud de la obligación o la posibilidad de la

5. NORMATIVIDAD APLICADA A LOS CONTRATOS

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1353 del Código Civil Peruano, «Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato».

De la lectura de este artículo se infiere como primera observación que el Código Civil de 1984 comete, a nuestro entender, el error de referirse a los *contratos innominados*, siguiendo con ello a la tradición que toma como criterio clasificatorio de los contratos la nominatividad de los mismos. De acuerdo a dicho criterio los contratos son nominados, o innominados, según si la ley los designa o no, bajo una denominación especial.

Esta clasificación ha sido cuestionada fuertemente por la doctrina nacional y extranjera.

Si bien inicialmente se relacionaba la nominatividad con la denominación, la causa y la acción que le correspondía, con posterioridad se la vinculó con el hecho de estar disciplinados normativamente.

La clasificación preponderante hoy en día es la que fuera introducida por la tradición jurídica italiana y distingue a los contratos en *típicos* y *atípicos*, distinguiendo ambas nociones de las categorías de *nominados* e *innominados*, con las que se les solía confundir.

Hoy se sostiene, por consiguiente, la premisa de que es contrato atípico el que carece de regulación legal específica. Admitiéndose, a su vez, que el contrato no deja de ser atípico por tener una denominación legal.

prestación o del bien, en un contrato bajo condición suspensiva, son apreciados en el momento en que se cumple la condición o se vence el plazo, entonces, si se celebra un contrato que contiene una obligación ilícita o una prestación imposible, el mismo no puede tener validez, la obligación no se habría generado, ya que no es conforme a Derecho, y, en consecuencia, no se ha creado vínculo jurídico alguno. Este argumento es plenamente cierto, pues, en efecto, la obligación será válida cuando sea lícita y la prestación o el bien posibles, no existiendo antes de ello. Pero esto no ocurre en la totalidad de los casos.

La obligación puede tener validez desde que se produce el consentimiento, si en este momento es lícita, siendo la verificación de la condición suspensiva, el momento que determinará sus efectos obligatorios. En vista de que la obligación ya tiene existencia, por haber concurrido sus elementos, ya hay contrato celebrado, pero no perfeccionado.

Mosset Iturraspe, coincidentemente, enseña que «La designación o no por la ley es en sí intrascendente; ella no agrega ni quita nada. Tanto da que un contrato atípico esté designado por la ley que no lo esté. Mantiene su categoría de atípico».

La lectura, interpretación y aplicación del artículo 1353 debe realizarse, por ende, entendiendo que el término *innominado* ha sido empleado por el legislador como sinónimo de *atípico*, si bien en estricto ambos términos poseen un significado distinto.

En esta parte resulta importante abordar con mayor precisión el tema de la tipicidad y atipicidad.

En primer lugar debemos decir que la materia contractual es, innegablemente, de vital relevancia para el orden social y económico. Está compuesta por un conjunto de instituciones que el Derecho no ha inventado, sino que ha recogido de la realidad y que han surgido como respuesta a las distintas necesidades que tienen los hombres de regular sus intereses. El eje que sostiene esta compleja temática es la autonomía privada que se manifiesta en la libertad de contratar que tienen los sujetos, así como en la libertad contractual o de configuración interna.

La libertad contractual tiene su máxima expresión en los contratos no regulados por el Derecho, en aquellos contratos que son producto de la creación de sus autores a fin de realizar operaciones jurídico-económicas que no están previstas dentro de los tradicionales tipos contractuales, que –en su mayor parte– hemos heredado del Derecho Romano.

Gete-Alonso, dentro de esta línea de pensamiento, ha definido a la tipicidad como la manera de ser del contrato, en el sentido de que la ley individualiza a un determinado fenómeno de acuerdo a una serie de elementos y datos particulares, valorando al conjunto descrito y atribuyéndole una concreta regulación jurídica unitaria.

El contrato típico puede definirse, a grandes rasgos, como aquél que posee una regulación legal propia que lo identifica y distingue del resto.

El contrato atípico se define, en contraste, como aquel contrato que reuniendo los requisitos de validez del mismo, no ha sido consagrado a nivel

legislativo y, por ende, carece de una disciplina jurídica particular. De esta manera, un contrato atípico, desde la perspectiva legislativa, no es una forma jurídica modelada por la ley, sino una combinación de ellas o una estructura convencional totalmente novedosa.

Carlos Parellada, al examinar este tema, anota que los contratos atípicos se diferencian de los contratos típicos, previstos y regulados por las normas del ordenamiento jurídico, sea en el Código Civil o en diversas leyes, precisamente pues no son formas jurídicas modeladas por la ley, sino combinaciones de ellas o estructuras convencionales totalmente novedosas.

Agrega que la contratación atípica –en la medida de que los particulares y empresarios no reducen su libertad contractual y la celebración de los negocios que satisfacen sus intereses a los moldes jurídicos dados por el ordenamiento– es bastante frecuente. En efecto, los particulares, en su interacción e interrelación, generan nuevas operaciones y modos de contratación que no encuadran en los que el legislador ha previsto. Los contratos típicos, en este orden de ideas, aparecen cumpliendo una función residual.⁵⁸

El contrato atípico no tiene, entonces, ningún requisito específico de validez, sino los generales de todo contrato, y debe tener una finalidad lícita, que se presume, en virtud de los principios generales, que se regulan en el Libro VII de las Fuentes de Obligaciones, que es objeto de nuestro estudio.

El contrato, después de todo, no es otra cosa que un instrumento técnico-jurídico, valioso o disvalioso, dependiendo de la utilización que se le dé en un contexto socio-político-económico determinado. El contrato, como expresión de las relaciones económicas entre los hombres, no podrá nunca trastocar a las leyes de la sociedad, pues se encuentra inserto en ella.

Ya en lo que concierne a la tipicidad legal, siguiendo lo expuesto Manuel de la Puente en su obra *Contrato en general*, diremos que ella no puede generarse espontáneamente. Es inadmisibles que el legislador considere de pronto la necesidad de crear un contrato y lo regule en el ordenamiento jurídico, sin otro

⁵⁸ PARELLADA, Carlos A. *Contratos atípicos*. Publicado en PICASSO, Sebastián - WAINTRAUB, Javier - ALTERINI, Juan Martín (Coordinadores), *Instituciones de Derecho Privado Moderno*. El Proyecto de Código Civil de 1998. Buenos Aires, 2001.

sustento que el de su propia convicción. Lo cierto es que la tipicidad legal se nutre de contratos que, creados por los particulares al margen de los modelos establecidos en la ley, poseen cierta reiteración, frecuencia y uniformidad que determinan que la doctrina o la jurisprudencia los reconozcan como correspondientes a una realidad socio-económica.

La tipicidad legal se nutre, desde esta perspectiva, de contratos legislativamente atípicos pero que son típicos desde el punto de vista social, por la habitualidad con que se celebran. La tipicidad social constituye, entonces, la antesala indispensable de la tipicidad legal. Sólo una vez que el contrato ha alcanzado madurez y ha logrado sedimentarse dentro de la conciencia de los particulares, de modo que su empleo se torne en frecuente y difundido, dicho contrato ameritará ser incorporado en la contratación típica legal.

Ahora bien, lo expuesto nos permite aseverar que la Sección Primera del Libro de Fuentes de las Obligaciones, que nos encontramos comentando, vale decir, los preceptos de las disposiciones generales de Derecho de Contratos, no solamente van a ser de aplicación a los contratos atípicos y a los contratos típicos regulados en el propio Código Civil, sino de manera supletoria a todos aquellos otros contratos típicos regulados en otras normas de carácter especial y cuya naturaleza no haga incompatible la aplicación práctica de los preceptos contenidos en los artículos 1351 a 1528 del Código Civil.

Lo que busca la norma bajo comentario es que los preceptos de la parte general de Contratos sean aplicables a la mayor cantidad posible de relaciones contractuales, con el propósito de que dichos preceptos puedan normar ya sea con carácter imperativo o dispositivo, de la mejor manera posible, dichas relaciones jurídicas.

Dentro de esta perspectiva, la lectura del artículo 1353 nos permite aseverar que el mismo constituye una disposición aplicable al contrato como categoría general y abstracta.

Dentro de tal orden de ideas, enseña Messineo⁵⁹ que «existen principios comunes a todos los contratos, en cuanto cada figura particular de contrato

⁵⁹ MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, tomo I, pp. 1 y ss.

participa, no obstante, de una común naturaleza y estructura con todas las demás figuras particulares del contrato». Es lo que el profesor italiano llama «paradigma abstracto y general», o sea la existencia de elementos formales constantes en todos los contratos.

Además, agrega el mencionado profesor que hay reglas aplicables sólo a un grupo determinado de contratos, por ejemplo a los contratos con obligaciones correlativas (la excepción de incumplimiento y la mal llamada condición resolutoria implícita), a los contratos onerosos (la evicción y la redhibición), a los contratos preliminares, etc.

Asimismo, sostiene que existen normas particulares de cada contrato particular, que rigen para éste y no para los demás.

Teniendo en cuenta aquello, Messineo concluye su razonamiento argumentando que las reglas comunes y las aplicables a un grupo determinado de contratos son sobre todo de carácter formal, atinentes a la estructura del contrato, y tienden a la uniformidad. Las primeras, establecen las afinidades en virtud de las cuales cada contrato singular puede reducirse al esquema del contrato en general o al grupo del que forma parte; las segundas, establecen los rasgos característicos por los cuales el contenido de cada contrato viene a ser confundible con otro cualquiera.

Por ello —manifiesta De la Puente y Lavalle—,⁶⁰ «cuando se trata de cada contrato en particular habrá que tomar en consideración, en primer lugar, los principios comunes, como son su obligatoriedad y su efecto entre las partes que lo celebran. Después habrá que considerar las reglas aplicables al grupo determinado al que el referido contrato pertenece; por ejemplo, si se trata de un contrato de compraventa, será necesario tener en cuenta que está regido por las reglas aplicables a los contratos con obligaciones correlativas, a los contratos onerosos, a los contratos de cambio, etc. Finalmente, se deberán aplicar las normas particulares del contrato de compraventa, tales como los impedimentos para comprar, el derecho de demorar la entrega de un inmueble hasta que el comprador no otorgue la escritura pública respectiva, el derecho de retracto, etc.».

⁶⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el Contrato Privado*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1983, tomo I, pp. 42 y 43.

Lo expresado explica la necesidad de que al tratar sobre los contratos en general se establezca, a manera de teoría, cuáles son los principios comunes a todos los contratos y también cuáles son las reglas aplicables a un grupo determinado de contratos, reservando las reglas aplicables a un grupo determinado, a un contrato en particular cuando se legisle especialmente tal contrato.

Por último, debemos indicar que si bien queda claro que las normas de la parte general de Contratos se aplicarán a los contratos típicos y atípicos, debe asimismo subrayarse el hecho de que también resultarán aplicables las disposiciones generales de Acto Jurídico, Derechos Reales y Derecho de Obligaciones, constituyendo —todas ellas— un necesario e indispensable conjunto normativo que hará que, en teoría, estas normas soporten, con la mayor fluidez, la regulación de cualquier contrato.

Dentro de tal orden de ideas, siempre hemos sostenido la conveniencia de que los contratos típicos regulados por el Código Civil contengan la menor cantidad posible de preceptos, porque en muchas ocasiones se aprecia que los mismos resultan reiterativos, redundantes y, lo que es peor, hasta contradictorios con los preceptos generales a que acabamos de hacer referencia.

Creemos, por tanto, que el Código Civil debe ser un conjunto armónico de normas en donde los preceptos generales sean lo suficientemente claros y amplios como para que se apliquen a todas las relaciones jurídicas reguladas por el propio Código.

Sin embargo, es necesario recordar que el criterio que sostenemos no es unánime, en la medida de que algunos profesores sostienen el principio opuesto, en el sentido de que los contratos típicos deben tener un número razonable de preceptos que los hagan suficientemente comprensibles y didácticos para la mayoría de operadores de Derecho, es decir para la mayor parte de personas que empleen el Código Civil.

Discrepamos de tan ilustrado parecer, por cuanto consideramos que el Código Civil no debe estar destinado a precisar e ilustrar de manera minuciosa al lector sobre el contenido de cada contrato típico. Creemos que para eso están las aulas de Derecho; pensamos que para eso se estudia Derecho y que los principios generales del propio Código no deben ser vistos como compartimentos estanco por el interprete de ese cuerpo legal, quien deberá proceder a efectuar una interpretación sistemática del Código.

De lo contrario, nos expondríamos a que suceda lo que pasa en múltiples ocasiones, ya sea por reiteración o contradicción de los referidos principios generales.

Por otra parte, cabe recordar que los preceptos generales contienen normas de orden dispositivo e imperativo. Las normas de carácter imperativo son aquellas cuya trasgresión se encuentra prohibida; vale decir, se trata de aquellos preceptos que necesariamente deberán ser aplicados al contrato de que estemos hablando.

En cambio, las normas dispositivas son aquellas que el Código Civil establece para que su aplicación sea supletoria, en ausencia de pacto expreso de las partes.

Tanto unas como otras, tendrán utilidad para los contratos atípicos, pero más allá del hecho de que las normas imperativas establecen el marco general en torno a la contratación, las dispositivas cumplen una función integradora primordial, dándole contenido y firmeza a aquellos contratos atípicos en donde las partes hayan acordado términos muy escuetos, los mismos que se verán enriquecidos con la aplicación supletoria de las normas de carácter dispositivo.

De otro lado y volviendo al texto del artículo 1353 del Código Civil Peruano, diremos que los contratos atípicos, en estricto, e incluso supletoriamente, se regirán por las normas de la parte general de Contratos.

Pero, como dice De la Puente, las partes a menudo aplican reglas de otros contratos preexistentes (ya regulados). Se trata de los contratos atípicos híbridos, los mismos que no son del todo típicos ni tampoco atípicos. Así, un contrato llegará a ser atípico híbrido solamente cuando contenga reglas que lleguen a desnaturalizar un contrato típico.⁶¹

⁶¹ Según Manuel de la Puente, los contratos atípicos híbridos se clasifican en mixtos, coligados y complejos o de doble tipo.

Son mixtos cuando dentro de un único contrato existen elementos propios de otros tipos de contratos. El ejemplo más característico de este tipo de contratos es el contrato combinado, en el cual una parte realiza prestaciones propias de varios contratos, en tanto la otra parte realiza una prestación unitaria.

Los contratos coligados son aquellos en donde se produce la yuxtaposición de varios contratos para alcanzar un fin, como sería el caso de un mutuo con hipoteca o de una compraventa a plazos con garantía prendaria, etc.

Y los contratos complejos o de doble tipo son aquellos en los cuales el contenido del contrato encaja en dos o más contratos típicos, sin haber yuxtaposición, sino fusión, como sería el caso —citado por De la Puente— de una sección de un departamento habitacional, a cambio de servicios de portería.

6. CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN GENERAL DE LOS CONTRATOS

Sin lugar a dudas la clasificación general de los contratos elaborada por 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 y contenida en su obra *El Contrato en general*, Primera Parte, tomo I, páginas 209 a 248, es la clasificación más completa de que tengamos conocimiento.⁶²

De la Puente estima que se trata de varios contratos distintos, aunque busquen un propósito común e inseparable, mientras recuerda que Díez-Picazo opina que se trata de un solo contrato. Según establece De la Puente, existen diversas teorías con respecto a cuál es la regulación aplicable para este tipo de contratos.

De acuerdo a la teoría de la absorción, se busca el elemento preponderante que absorbe a los secundarios y se le aplican sus reglas propias.

Pero, por alguna razón no se celebró un contrato típico, de modo tal que existen elementos propios cuya regulación quedaría de lado.

La segunda teoría es la de la combinación, que sostiene se aplica a cada rasgo distintivo la regulación del contrato típico que más se le parece.

También existe un criterio análogo, que sostiene que, según convenga, se aplicarán por analogía los criterios de absorción y combinación.

De la Puente opina, recogiendo el parecer del insigne Ángel Ossorio y Gallardo que, aun sin dejar de tener presentes las tres teorías, deben considerarse los principios generales del Derecho, las normas generales de contratación y la voluntad de los contratantes, de conformidad con el contenido del artículo 1531 del Código Civil Peruano.

⁶² Si bien la clasificación de De la Puente constituye, a nuestro modo de ver, la clasificación técnica jurídica más completa y didáctica, creemos conveniente mostrar también otros ángulos o criterios a partir de los cuales la doctrina y la legislación comparada tienden a clasificar los contratos.

Algunos autores clasifican a los contratos en cuatro grandes grupos atendiendo a su fin, por lo tanto, distinguiéndolos así en:

- Traslativos de dominio (compraventa).
- De uso (arrendamiento).
- De prestación de servicios (sociedad).
- De garantía (prenda, fianza e hipoteca).

Borda, por otro lado, basa su clasificación en las siguientes categorías:

- Contratos unilaterales y bilaterales.
- Contratos onerosos y gratuitos.
- Contratos conmutativos y aleatorios.
- Contratos consensuales y reales.
- Contratos formales y no formales.
- Contratos nominados e innominados.
- Contratos de cumplimiento instantáneo, diferido, sucesivo o periódico.
- Otras clasificaciones: contratos causados y abstractos; principales y accesorios.
- Relaciones contractuales de hecho.

Por su parte, Mosset Iturraspe clasifica los contratos en:

- Contratos unilaterales y bilaterales.

Por tal razón, en todas nuestras obras anteriores, cuando estudiamos diversos contratos típicos, la hemos empleado para efectuar los estudios correspondientes.

Así también, la emplearemos en estas páginas para clasificar a los contratos.

6.1. Por la prestación

De acuerdo a este criterio, los contratos pueden ser unilaterales, bilaterales o plurilaterales.

Cuando hacemos alusión a los contratos unilaterales, es evidente que ello nada tiene que ver con los actos jurídicos unilaterales, los mismos que son celebrados por una sola parte. Esto resulta obvio, en la medida de que los contratos deben ser celebrados necesariamente por dos o más partes. Ni siquiera el llamado *contrato consigno mismo* es un acto unilateral, pues por más de que se trate de la misma persona que manifiesta su voluntad a nombre propio y en representación de otro, resultará claro que el contrato será celebrado por dos partes, en sentido técnico jurídico.

Luis Díez-Picazo⁶³ señala, al respecto, que el contrato es siempre un acto jurídico bilateral o plurilateral atendiendo al número de partes que en él intervienen. De allí que cuando se hable de unilateralidad o de bilateralidad con

-
- Contratos plurilaterales.
 - Contratos onerosos o gratuitos.
 - Contratos consensuales y reales.
 - Contratos típicos y atípicos (contrato de hospedaje, garaje, publicidad, de agencia, de exposición, de espectáculo, estimatorio).
 - Contratos conmutativos y aleatorios.
 - Contratos formales y no formales.
 - Contratos principales y accesorios.
 - Contratos de disposición y de administración.
 - Contratos constitutivos y declarativos.
 - Contratos directos, indirectos y fiduciarios.
 - Contratos regulares e irregulares.
 - Contratos de ejecución inmediata y de ejecución diferida.
 - Contratos de ejecución instantánea y de tracto sucesivo.

⁶³ DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Op. cit., tomo I, p. 98.

referencia a los contratos, no se alude al número de partes, sino al número de obligaciones que el contrato crea y a la estructura de estas obligaciones.

Dentro de tal orden de ideas, cuando hacemos referencia a los contratos unilaterales estamos aludiendo a aquellos contratos en los cuales solamente una de las partes asume obligaciones frente a la otra, vale decir, que esta última no contrae obligación alguna con respecto a la primera.

El ejemplo más notorio de un contrato de prestación unilateral es la donación, contrato por el cual una parte, denominada donante, se obliga frente a otra, denominada donatario, a transferirle gratuitamente la propiedad de un bien.

Un contrato será bilateral cuando las dos partes que lo celebran asuman recíprocamente obligaciones. Aquí estaremos en presencia del sinalagma contractual o, como es denominado por el Código Civil Peruano de 1984, del contrato con prestaciones recíprocas.

Los contratos, entonces, se denominan bilaterales o sinalagmáticos cuando crean obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes.

Ejemplos de estos contratos abundan, en la medida de que la mayoría de veces las partes contratan no con el ánimo de efectuar liberalidades, es decir con la intención de que solamente una de ellas se beneficie con la ejecución de la prestación de la otra. Así, tenemos a la compraventa, a la permuta, al suministro y a muchos otros contratos de esta naturaleza.

El ilustre José León Barandiarán⁶⁴ distingue el contrato sinalagmático del unilateral, por cuanto en el primero hay reciprocidad de créditos y prestaciones entre las partes, mientras que en el último sólo una parte es la obligada y la otra es únicamente acreedora.

Cabe mencionar que como género intermedio algún sector de la doctrina ha situado a los llamados contratos bilaterales *ex post facto*. Éstos, según ex-

⁶⁴ LEÓN BARANDIARÁN, JOSÉ. *Tratado de Derecho Civil*. Lima: Walter Gutiérrez Editor, 1992, Primera Edición, tomo IV, pp. 25 y 26.

plica Díez-Picazo,⁶⁵ son aquéllos en que las obligaciones derivadas del contrato recaen sobre una de las partes, pero que en el momento de su liquidación pueden imponer obligaciones a cargo de la otra.

El citado jurista español⁶⁶ grafica este tipo de contratos poniendo como ejemplo a los contratos de depósito y de comodato, en los que no hay más obligación que la de restituir por parte del depositario o comodatario. Empero, en el momento de la terminación del contrato pueden surgir obligaciones a cargo del depositante y del comodante, como son las de resarcir los gastos sufridos para la conservación de la cosa.

Sobre el particular, resultan interesantes las palabras de León Barandiarán quien sostiene que «los contratos llamados unilaterales pueden subsidiariamente acarrear ciertas obligaciones para el acreedor, en cuyo caso tratase de contratos, como se les denomina, sinalagmáticos imperfectos, los cuales dan origen al lado de la acción esencial al contrato, la *actio contraria*, que como anota Savigny depende de circunstancias accidentales; pues se logra a menudo la misma finalidad sin acción, por una simple contradicción, es decir por una excepción».

En verdad, León Barandiarán precisa que tales contratos deben ser estimados como unilaterales y regidos por los principios que son propios de éstos, debido a que es de su naturaleza dicho carácter; y el efecto que pueden acarrear de generar cierta responsabilidad en el acreedor es meramente accidental o sobreviniente por circunstancias posteriores a la formación del contrato.

Adicionalmente, el citado autor señala que un contrato por naturaleza unilateral, puede devenir en sinalagmático por razón de cláusulas convenidas, que le impriman este último carácter. Así, en el caso de donación *sub modo*, de depósito o de mandato asalariado.

En estos supuestos —precisa León Barandiarán—, la segunda obligación no debe ser simplemente eventual, a diferencia de lo que ocurre con los contratos sinalagmáticos imperfectos. Así, pues, que la característica del contrato sinalagmático reside en la relación de mutua dependencia de las respectivas prestaciones.

⁶⁵ Díez PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Op. cit., tomo I, p. 98.

⁶⁶ Díez PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Op. cit., tomo I, p. 98.

Esta dependencia —manifiesta el profesor peruano, citando las palabras de Engelmann—, «es genética, pues el deber de uno de los contratantes no se mantiene cuando el deber del otro contratante resulta inválido, y ella es funcional en cuanto la eficacia de la obligatoriedad de uno depende de la ejecución de la prestación por el otro contratante».

Concluye León Barandiarán expresando que lo expuesto, hace comprender que la distinción entre contratos unilaterales y bilaterales es de interés práctico, debido a que los últimos están sometidos a los siguientes principios propios: Resolución en caso de incumplimiento; *exceptio non adimpleti contractus*; no constitución en mora de una parte si la otra parte no ha cumplido con su obligación; régimen específico acerca de la prestación del riesgo y el peligro, tratándose de cuerpo cierto (pues en los unilaterales ella incumbe siempre al acreedor).

Finalmente, debemos mencionar a los contratos plurilaterales, que son aquellos en cuya celebración intervienen más de dos partes y variadas obligaciones.

Por lo general, y como fue dicho oportunamente, los contratos plurilaterales son aquellos de carácter asociativo, comprendiendo a los actos con fin de lucro (como es el caso de los contratos de sociedad), como aquéllos en donde está ausente cualquier finalidad lucrativa (como en los contratos donde se constituyen asociaciones civiles).

6.2. Por la valoración

De acuerdo a este criterio los contratos se clasifican en onerosos y gratuitos.

Cabe precisar que esta clasificación tiene su fundamento en la ventaja o utilidad que el contrato pueda originar, ya sea para una de las partes o para ambas. Dicha precisión es importante, ya que muchos autores suelen confundir los contratos gratuitos con los contratos unilaterales y los onerosos con los bilaterales. En virtud de lo expuesto, el contrato será gratuito si deriva ventaja o utilidad solamente para una de las partes y será oneroso si la utilidad es obtenida por ambas partes.

Serán onerosos aquellos contratos que impliquen la existencia de un sacrificio patrimonial en ambas partes, lo que por lo general se traducirá en la existen-

cia de un sacrificio patrimonial en perjuicio propio, el mismo que se verá compensado con un beneficio —también de orden patrimonial— ejecutado por la contraparte a favor de la primera.

En los contratos onerosos los efectos que produce el contrato suponen sacrificios de magnitudes equivalentes para ambas partes. De esta forma, el sacrificio patrimonial para obtener una ventaja es equivalente en ambas partes, lo cual se determina por los puntos de vista subjetivos de las partes.

En esta línea de pensamiento, De Pina⁶⁷ expresa que «son contratos onerosos aquellos donde se estipulan provechos y gravámenes recíprocos y; contratos gratuitos aquéllos en que el provecho es solamente de una de las partes».

Por su parte, Larroumet⁶⁸ manifiesta que «los contratos a título oneroso son contratos en virtud de los cuales una parte se compromete con la otra, con un fin interesado, porque espera obtener con el contrato una ventaja pecuniaria».

Teniendo en cuenta lo expuesto, el mencionado profesor enfatiza que «la existencia de una retribución o contraprestación es lo que caracterizaría al contrato a título oneroso».⁶⁹

⁶⁷ DE PINA, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. México: Editorial Porrúa S.A., 1966, p. 304.

⁶⁸ LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1993, vol. I, pp. 142 y ss.

⁶⁹ Agrega Larroumet, respecto a esta clase de contratos, que en ciertos sistemas jurídicos, como en los sistemas del *Common Law*, por lo general no hay contrato a título gratuito, a causa de que una promesa contractual no se puede ejecutar sino cuando hay una consideration. Sin embargo, precisa que el Derecho Norteamericano admite, mediante la utilización de procedimientos particulares, que una promesa hecha a título gratuito pueda obligar al que la hizo en caso de que el beneficiario de la promesa se perjudique, por ejemplo, por haber hecho ciertos gastos confiando en el promitente (*detrimental reliance*), lo cual obliga a éste a cumplir con su promesa a pesar de la falta de *consideration*. «Pero —concluye el profesor francés—, no se trata en este caso de reconocer la validez de los contratos a título gratuito, sino simplemente de evitar el perjuicio que sufriría el beneficiario al no cumplirse la promesa, lo cual por una parte, permite limitar la ejecución a lo que sea necesario para que no haya injusticia, pero además autoriza a pensar que el fundamento de la acción ejecutiva del beneficiario no es contractual, sino que se asimila más a una acción de responsabilidad civil extracontractual (*tort action*)».

Cabría indicar que siguiendo la línea argumentativa del citado autor, se puede llegar a la confusión de los contratos onerosos y gratuitos con los contratos bilaterales y unilaterales —como lo indicáramos con anterioridad—, ya que la diferencia tradicional radica en que los contratos gratuitos y onerosos se distinguen por crear ventajas a favor de una o de ambas partes y los contratos unilaterales y bilaterales por asumir prestaciones a cargo de una o de ambas partes.

Como ejemplo clásico de un contrato oneroso tenemos al contrato de compraventa, el cual tiene como un elemento típico al precio, en tanto éste constituye la obligación principal del comprador.

De otro lado, los contratos a título gratuito son aquéllos en los cuales ese sacrificio de orden patrimonial sólo es sufrido por una de las partes, en exclusivo beneficio de la otra.

A diferencia del contrato oneroso, en el celebrado a título gratuito no hay sacrificios y ventajas equivalentes. Existe sacrificio, de un lado, y ventaja, del otro.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, es evidente que sin llegar a identificarse, los criterios clasificatorios de onerosidad y gratuidad guardan estrecha relación con aquéllos referidos a los contratos unilaterales y bilaterales.

De la Puente y Lavallo⁷⁰ expresa que «el criterio válido para establecer la disparidad entre los dos grupos es la reciprocidad, que juega un rol determinante en los contratos unilaterales y bilaterales y no así en los contratos gratuitos y onerosos. El uso de la prestación en vez de la ventaja para determinar la naturaleza de los contratos gratuitos y onerosos no atenta contra la esencia de estos contratos».⁷¹

⁷⁰ DE LA PUENTE Y LALLAVE, Manuel. *El Contrato en general*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Op. cit., Primera Parte, tomo I, pp. 213 y 214.

⁷¹ Asimismo, añade el profesor peruano que como toda prestación tiene un valor patrimonial (recuérdese que el contrato crea una relación jurídica patrimonial), surge el problema de determinar si en el contrato oneroso debe existir una equivalencia de las prestaciones (si deben ser de igual valor) o es permitida cierta desigualdad querida por las partes, sin que se pierda el carácter oneroso del contrato.

«Este problema —afirma— no ha pasado desapercibido, por cierto, a la doctrina. Para resolverlo se ha hecho necesario adoptar una previa toma de posición, en el sentido de establecer si el carácter del contrato es único o no».

De la Puente señala que algunos autores sostienen que un mismo contrato puede ser oneroso hasta cierta medida y gratuito por el resto, como ocurriría en el caso de la donación con cargo, que sería un contrato oneroso hasta la concurrencia del cargo y en lo demás se transforma en gratuito (tal era el criterio del artículo 1352 del Código Civil Peruano de 1936). Consideran otros —comenta—, que si bien la donación modal es un contrato fundamentalmente gratuito por cuanto el elemento oneroso no tiene función de correlativo, existen otros casos, como el del contrato oneroso, en el que una de las prestaciones sea reducida —con fines de liberalidad— a proporciones exiguas, eventualidad en la cual se constituye un contrato intermedio entre lo oneroso y lo gratuito.

6.3. Por el riesgo

De conformidad con este criterio los contratos se clasifican en conmutativos y aleatorios.

Son contratos conmutativos aquéllos en los cuales al momento de su celebración, ambas partes conocen el contenido de las prestaciones que van a ejecutar.

Es conmutativo aquel contrato en que las partes pueden prever cuál será para ellas el resultado económico de ese contrato. Las partes conocen cuáles son las prestaciones, sus valores y sus consecuencias –más o menos previsibles– de concluir el contrato.

En los contratos conmutativos, al existir dicho conocimiento, no se presenta la posibilidad de que una parte cumpla con una prestación de mayor o menor volumen o importancia que aquélla convenida, en tanto la existencia, cuantía y calidad de las prestaciones se encuentra absolutamente determinada, sin posibilidad de que varíe por una situación correspondiente al riesgo propio del contrato.

En esta línea de pensamiento, Romero Zavala⁷² describe a los contratos conmutativos como aquellos «donde las obligaciones o prestaciones que de él se derivan pueden ser apreciadas inmediatamente, de suerte que las partes pueden establecer, desde el momento de la concertación, si para ellos significa

Finalmente expresa el citado autor que hay quienes estiman que el carácter del contrato es único: O es un contrato oneroso o es uno gratuito, rechazándose la posibilidad de que existan, en este aspecto, contratos mixtos, o sea contratos que sean onerosos hasta cierta medida y gratuitos por el resto.

Coincidimos con De la Puente cuando sostiene que esta tercera posición goza de mayor rigurosidad académica, ya que la clasificación de los contratos en onerosos y gratuitos es tajante, o se tiene un carácter o se tiene el otro, no cabiendo situaciones intermedias ni mixtas. Lo que sí puede ocurrir –destaca– es que en un contrato, teniendo determinado carácter –gratuito u oneroso– exista un cierto grado de onerosidad o gratuidad, sin que pierda por ello su carácter. Por ejemplo, en la donación modal hay un grado de onerosidad, constituido por el valor del cargo, que no da lugar a que el contrato deje de ser a título gratuito.

⁷² ROMERO ZAVALA, Luis. *Derecho de los Contratos en el Código Civil Peruano. Teoría General de los Contratos. Libro VII del Código Civil. Sección Primera (artículos 1351 al 1425)*. Lima: Editora FECAT, 1999, tomo I, p. 60.

ventaja o pérdida». Las prestaciones al ser ciertas –precisa– deben ser equivalentes.

Por su parte, De la Puente⁷³ define al 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 otra parte, si la hubiere».

En general, se suele decir que el contrato de compraventa es el típico ejemplo de contrato conmutativo, porque el valor de la cosa se estima y es equivalente al precio estipulado. Asimismo, la locación-conducción y la permuta, por naturaleza, mas no por esencia, también serían contratos conmutativos.

A decir verdad, ejemplos de contratos conmutativos, abundan en la práctica. Es más, podríamos decir –sin temor a equivocarnos– que la inmensa mayoría de contratos que celebran las partes en la vida diaria tienen carácter conmutativo, en tanto y en cuanto por lo general las partes contratantes no buscan asumir riesgos, sino tener la certeza de lo que cada una de ellas va a ejecutar con respecto a la otra.

Por su parte, los contratos aleatorios son aquéllos en los cuales una o las dos partes corren un riesgo, llamado también por la doctrina azar, chance o suerte.

En los contratos aleatorios el resultado económico no será cierto, pues depende de un factor que ocurrirá de todos modos, pero no se sabe cuándo. Ante el elemento aleatorio o álea, una parte pierde o deja de ganar lo que la otra gana. El álea es, por tanto, un riesgo que las partes tratarán de calcular para determinar las prestaciones de acuerdo a ese riesgo, previéndolo, o al menos intentándolo prever.

De la Puente⁷⁴ entiende que los contratos aleatorios son aquéllos en los cuales la existencia o la determinación del valor concreto de la prestación o

⁷³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». *Op. cit.*, Primera Parte, vol. XI, tomo I, pp. 220 y 221.

⁷⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. *Op. cit.*, Primera Parte, vol. XI, tomo I, pp. 220 y 221.

contraprestación depende de un factor incierto al momento de celebrarse el contrato, que puede alterar su contenido patrimonial.

Agrega el citado autor que este factor incierto es el riesgo o álea, que equivale a buena o mala suerte, que equivale a azar, el mismo que se traduciría 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. Ahora bien, precisa De la Puente, que si las partes no han percibido la existencia del azar, el contrato no es aleatorio aun cuando conlleve un azar.

Según las enseñanzas de los Mazeaud y Carlos Rogel Vide, el riesgo, en principio, lo corren las dos partes contratantes; sin embargo, nada obstaría para que las partes pacten que el riesgo será asumido por una sola de ellas, naturalmente si así lo conviniesen en los términos del contrato.

Cuando en Derecho contractual se hace referencia a la aleatoriedad, ella tiene directa relación con el riesgo propio de los contratos, referido a la existencia del objeto de las prestaciones y/o a la cuantía y calidad de las mismas, y no tiene relación con el denominado riesgo o álea normal de los contratos, tema sobre el cual haremos referencia posteriormente.

Romero Zavala,⁷⁵ siguiendo esta línea de pensamiento, señala que los contratos serán aleatorios «donde las ganancias o pérdidas se encuentran sujetas a un acontecimiento incierto».

Añade el autor que son las obligaciones que emergen del contrato las que dependen del hecho futuro e incierto. En este sentido, afirma que «el contrato en sí ha sido concertado, por lo tanto, el hecho futuro no influye en él, sino en los beneficios y pérdidas; por esa misma razón no puede establecerse de antemano si han de surgir pérdida o utilidad para alguna de las partes». El juego y la apuesta, la renta vitalicia, el seguro, son –para el citado profesor– ejemplos de contratos aleatorios.

⁷⁵ ROMERO ZAVALA, LUIS. *Derecho de los Contratos en el Código Civil Peruano. Teoría General de los Contratos. Libro VII del Código Civil. Sección Primera (artículos 1351 al 1425)*. Lima: Editora FECAT, 1999, tomo I, p. 60.

El ejemplo más notorio dentro del Derecho Civil Peruano de un contrato aleatorio está constituido por la denominada venta de bien futuro, contrato permitido en virtud de lo dispuesto por el artículo 1409, inciso 1 del Código Civil; y regulado expresamente por los artículos 1410, 1534, 1535 y 1536 del mismo cuerpo legal.

El artículo 1410 establece que «Cuando la obligación creada por el contrato recae sobre un bien futuro, el compromiso de entrega queda subordinado a su existencia posterior, salvo que la obligación verse sobre una esperanza incierta, caso en el cual el contrato es aleatorio.– Si la falta de entrega obedece a causas imputables al obligado, el acreedor puede recurrir a los derechos que le confiere la ley».

Por otra parte, el artículo 1534 del Código Civil establece que «En 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».

De otro lado, el artículo 1535 del propio Código señala que «Si el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien futuro, el contrato queda igualmente sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia.– Empero, si el bien llega a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos, cualquiera sea su cuantía y calidad, y el comprador debe pagar íntegramente el precio».

Debemos mencionar también lo preceptuado por el artículo 1536, en un supuesto enteramente aleatorio: «En los casos de los artículos 1534 y 1535, si el comprador asume el riesgo de la existencia del bien, el vendedor tiene derecho a la totalidad del precio aunque no llegue a existir».

En el contrato aleatorio puede suceder que el deudor ignore el valor de la contraprestación que se le dará, porque la propia existencia o simplemente el monto de esta contraprestación está sujeto a una incertidumbre, independiente de las voluntades de las partes.

Como dijimos anteriormente, la aleatoriedad cobra relevancia para la calificación de los contratos cuando se refiere al riesgo propio de los otros. Por el contrario, carece de dicha relevancia, cuando se relaciona con el denominado riesgo normal de todo contrato, que tiene que ver directamente con los avata-

res que puede sufrir el alza o disminución del valor de una prestación que todavía no se ha ejecutado.

Un riesgo normal sería aquél que recaería sobre un contrato de compraventa a plazos, de un bien cuyo valor comercial corresponda al precio pactado. Si al cabo de dos meses de celebrado el contrato y faltando aún producirse el pago de numerosas cuotas, el bien sufriera una notable desvalorización por efecto de problemas de violencia urbana en el distrito donde se ubica, sin duda dicha situación nos estaría presentando un contrato en el cual el valor de la prestación a ejecutar por una de las partes (el inmueble) habría variado notablemente frente al valor de la contraprestación pactada (el precio).

Sin embargo, una situación como la descrita correspondería al riesgo que existe en toda operación contractual. Si se quiere, podría denominarse un riesgo comercial, lo que no haría que el contrato deje de tener la condición de conmutativo, ya que al momento de su celebración las partes conocían perfectamente en qué iba a consistir la prestación que debía ejecutar la contraparte y viceversa.⁷⁶

6.4. Por la estructura

Según De la Puente, de acuerdo a la estructura los contratos se clasifican en simples y complejos.

Son contratos simples aquéllos que dan lugar a una sola relación jurídica patrimonial, entendida como conjunto fácilmente distinguible de obligaciones que conforman un único tipo contractual.

Ejemplos representativos de contratos simples serían los de cualquier contrato típico regulado por el Código Civil, como sería el caso de la compraventa, la permuta, el suministro, entre otros. Ello, porque una compraventa sólo tiene de compraventa; porque una permuta solamente reviste características de

⁷⁶ En virtud de lo expuesto, cabe recoger las palabras de los Mazeaud (MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, Parte Segunda, vol. I, p. 118), quienes expresan que «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».

permuta y porque un contrato de suministro únicamente tiene elementos constitutivos de dicho contrato y no de otro.

Por otra parte, tenemos a los contratos complejos, que se presentan cuando un mismo contrato agrupa a varios contratos distintos, es decir que el acto jurídico contractual comprende a diversos tipos contractuales, ya sea de manera contextual o vinculada.

Los contratos complejos contextuales son aquéllos que teniendo autonomía aparecen contenidos en un mismo documento; pero no por ello cada uno deja de seguir su camino de manera autónoma.

De la Puente sostiene que los contratos contextuales son los de forma escrita que, teniendo absoluta autonomía entre sí, figuran en un mismo documento. El profesor señala como ejemplo el siguiente: «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».

Sería el caso en el cual dos partes celebraran un contrato en el que establezcan un acuerdo sobre la compraventa de un bien y el arrendamiento de otro.

En tal sentido, si no se hubiera pactado una situación de interrelación entre la venta y el arrendamiento (es decir que en la práctica más allá de la intención de las partes de celebrar un solo acto, los dos contratos versasen sobre situaciones jurídicas independientes y generasen obligaciones que no se entremezclan), será evidente que en el fondo estaríamos hablando de dos contratos distintos, agrupados en un mismo acto jurídico y en un único documento que los contenga.

Por ello, en el caso de los contratos complejos contextuales podría perfectamente discutirse si nos encontramos ante un contrato complejo o frente a dos contratos distintos, por más que ambos se encuentren contenidos en un mismo documento. Pensamos que ambas formas de ver el problema revisten plena validez, y sólo constituyen dos maneras distintas de apreciar un mismo asunto.

En segundo lugar, tenemos a los contratos complejos vinculados, que son aquéllos que, conservando también su identidad propia, se encuentran unidos por algún vínculo de cualquier naturaleza, la misma que puede haber sido impuesta por la ley, es decir tratarse de una vinculación necesaria, como podría ser el caso de un contrato societario y de aquél que se celebre en relación al representante o gerente de la sociedad.

Luis Muñoz,⁷⁷ respecto a los contratos vinculados, manifiesta que son aquéllos que, «conservando su identidad propia, están unidos por algún vínculo de cualquier naturaleza (jurídico, económico y funcional, etc.), bien sea impuesto por el ordenamiento legal (vinculación necesaria) o bien por voluntad de las partes (vinculación voluntaria)».

Los contratos complejos vinculados, también podrían tener una vinculación voluntaria, es decir aquélla que nace de la propia voluntad de las partes contratantes, como sería el caso de un contrato de mutuo o préstamo dinerario en el cual las partes hubieran decidido garantizar el cumplimiento de las obligaciones del mutuuario a través de la constitución de una garantía hipotecaria, nacida de un contrato de hipoteca.

En esta línea de pensamiento, De la Puente⁷⁸ recoge como ejemplo el siguiente: «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».

Concluye el mencionado autor que, en ambos casos cada contrato materia de vinculación queda regido por su propia disciplina jurídica, pero las vicisitudes de uno pueden afectar al otro. Así –refiere– «la nulidad del comodato dará

⁷⁷ MUÑOZ, Luis. *Contratos*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1960, tomo I, p. 274.

⁷⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Op. cit., Primera Parte, vol. XI, tomo I, p. 224.

lugar a la invalidez de la fianza y la liquidación de la sociedad anónima dará lugar a la terminación del contrato de gerencia».

6.5. Por el área

De acuerdo a este criterio clasificatorio, los contratos se dividen, usualmente, en civiles, comerciales y especiales.

Al respecto, De la Puente⁷⁹ expresa que 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 ello –indica–, los contratos se clasifican en contratos civiles, comerciales y especiales.

Son contratos civiles aquellos que tradicionalmente han correspondido al Derecho Civil, y cuya concepción no se suele encontrar vinculada con otras áreas de la actividad contractual.

En tal sentido, existen contratos que son típicamente civiles, y que difícilmente podríamos encontrarlos revistiendo otra naturaleza. Es el caso de los contratos de donación y renta vitalicia.

No debemos olvidar, asimismo, que también son contratos civiles aquellas figuras contractuales atípicas construidas en virtud de la autonomía privada de las partes, siempre que ellas no revistan naturaleza distinta.

En esta línea de pensamiento, manifiesta De la Puente que serán contratos civiles aquéllos 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).

Sin embargo, existen diversos contratos que si bien se hallan regulados en el Código Civil, podrían revestir naturaleza, ya sea civil o comercial.

⁷⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Op. cit., Primera Parte, vol. XI, tomo I, pp. 224 y 225.

No debe olvidarse que en virtud de lo dispuesto por el artículo 2112 del Código Civil, el Código dio un paso muy importante en pro de la unificación de las normas de los contratos civiles y mercantiles, al establecer que la compraventa, la permuta, el mutuo, el depósito y la fianza mercantiles se rigen por el Código Civil y no por el Código de Comercio (como venía ocurriendo hasta antes de la entrada en vigencia del actual Código Civil).

Dentro de tal orden de ideas, resulta claro que los contratos de naturaleza mercantil constituyen los denominados contratos comerciales, los mismos que van más allá de los mencionados, pues también tenemos al suministro, que casi nunca reviste naturaleza civil sino mercantil o administrativa, así como diversos contratos de data más reciente, tales como la franquicia, el mismo que es de naturaleza fundamentalmente mercantil, al igual que la asociación en participación (regulado por la Ley General de Sociedades).

En tercer término, tenemos a los denominados contratos especiales, que son aquéllos que no obstante poder revestir ciertas características de orden civil o mercantil, tienen fundamentalmente correspondencia en otras áreas de las actividades humanas.

Así, todos los contratos relacionados con el Derecho del Trabajo se denominan contratos laborales; aquellos contratos relacionados con el suministro de servicios públicos, son denominados contratos administrativos, los mismos que se hallan regulados por una serie de disposiciones de ese orden, que los ubican necesariamente dentro de esta área del Derecho.

Los denominados contratos-ley, a través de los cuales el Estado, al amparo de lo dispuesto por el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, otorga determinadas seguridades y garantías a inversionistas extranjeros, revestirán el carácter de contratos constitucionales, además del área a la que corresponda la garantía otorgada. Así, por ejemplo, si se tratara de contratos de estabilidad tributaria, serían contratos constitucionales-tributarios.

Por otra parte, también tenemos a los contratos de Derecho Bancario, que son aquéllos propios de esta actividad y que no pueden ser celebrados por entidades ajenas al sistema financiero, como sería el caso del contrato de fideicomiso (regulado en la Ley de Bancos) o el contrato de *leasing*, el mismo que cuenta con regulación especial en el Perú desde 1979.

Finalmente, a título de ejemplo, citaremos el contrato de seguro, el mismo que también tiene naturaleza especial, al corresponder a esta área específica del Derecho, pero que –sin duda– se inscribe también dentro del Derecho Mercantil.

La enumeración de las áreas contractuales a que hemos hecho referencia, es meramente ilustrativa, habida cuenta de que ella resulta infinita de conformidad con los diversos aspectos de las actividades sociales, a los que se agrega la situación contemporánea de que el Derecho cada vez tiene más subespecialidades, las mismas que, en diversas ocasiones, imprimen el área contractual de diversos actos.

Así, De la Puente acota que son contratos especiales aquéllos que encuentran su disciplina en normas que regulan actividades especiales, como la minería, la pesquería, la agricultura, la comunicación, las finanzas, etc. Estos contratos –indica– pueden ser típicos (cuando están regulados legal o socialmente) o atípicos (cuando no lo están).

Finalmente, manifiesta el maestro peruano, respecto de estos contratos especiales, que como usualmente las normas que los legislan no contienen disposiciones generales aplicables a todos ellos o a grupos de ellos, surge el problema de determinar si están comprendidos en las disposiciones generales de los contratos civiles o en las de los contratos de comercio. En virtud de lo expuesto, concluye De la Puente afirmando que «no es posible dar una regla precisa para esta determinación, por lo cual lo más prudente es recurrir a los principios de la analogía que, al fin y al cabo, es la regla de oro de la interpretación».

6.6. Por la autonomía

De conformidad con este criterio clasificatorio, los contratos se clasifican en principales, accesorios y derivados.

Son contratos principales aquéllos que no dependen jurídicamente de otro contrato, vale decir que por sí mismos cumplen a plenitud una finalidad concreta.

El contrato principal es aquél que existe por sí y ante sí, vale decir que las partes lo celebran sin necesidad de la preexistencia de otro contrato.

Como indica De la Puente,⁸⁰ se entiende por contratos principales «aquéllos 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».

Por su parte, Romero Zavala⁸¹ refiere que los contratos principales, son aquéllos de existencia propia o, como suele decirse, que existen por sí solos, como la compraventa, la locación-conducción, etc.

En igual sentido, se pronuncia De Pina,⁸² quien expresa que los contratos principales son los que cumplen por sí mismos un fin contractual propio y subsistente, sin relación con ningún otro (la compraventa, por ejemplo).

Se puede decir que con el contrato principal, las partes buscan satisfacer sus necesidades en el plano contractual, no debiendo pensar, para tal efecto, en la existencia de otro acto.

Son contratos principales casi todos los contratos nominados regulados por el Código Civil, excepción hecha del contrato de fianza, el mismo que —claro está— es accesorio.

En segundo lugar tenemos a los contratos accesorios, también llamados contratos auxiliares, que son aquéllos que no pueden celebrarse sin la existencia de un contrato principal.

De la Puente, define a los contratos accesorios en contraposición a los contratos principales, como aquéllos llamados por la doctrina alemana *contratos auxiliares*, que son los que no pueden celebrarse de modo independiente, pues su objeto es, precisamente, complementar otro contrato. Se dice por eso

⁸⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Op. cit., Primera Parte, vol. XI, tomo I, p. 230.

⁸¹ ROMERO ZAVALA, Luis. *Derecho de los Contratos en el Código Civil Peruano. Teoría General de los Contratos. Libro VII del Código Civil. Sección Primera (artículos 1351 al 1425)*. Op. cit., tomo I, p. 64.

⁸² DE PINA, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. México: Editorial Porrúa S.A., 1966, p. 306.

—sostiene De la Puente— que «entre el contrato principal y el accesorio existe una relación de causa a efecto, que es lo que explica el nexo de accesoriedad». Los ejemplos más comunes de contratos accesorios son los contratos de garantía (fianza, prenda, etc).

Así, son accesorios los que tienen por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, es decir carecen de existencia propia, desde que están sujetos a una obligación preestablecida.

Los ejemplos más representativos de contratos accesorios están constituidos por aquellos actos en virtud de los cuales las partes se comprometen a constituir garantías reales a favor de la parte contraria, como es el caso de la prenda, la hipoteca y la anticresis, o aquellos contratos en virtud de los cuales se constituyen directamente garantías personales, como es el —ya mencionado— caso del contrato de fianza.

El rasgo común característico de los contratos de garantía es el de su accesoriedad, en la medida de que no se concibe la existencia de un contrato de garantía sin que exista un contrato principal cuyas obligaciones esté destinado a garantizar.

En tercer lugar y culminando con este criterio clasificatorio, tenemos a los contratos derivados, que son aquéllos que provienen de un contrato principal que les imprime la mayoría de sus características.

Decimos que le imprime la mayoría de sus características, pero es evidente que el contrato principal podría llegar a imprimir, incluso, todas las características del contrato derivado.

Por otro lado, Arias-Schreiber,⁸³ al ubicar en esta clasificación a los contratos derivados, indica que son los que se desprenden de otro contrato, poniendo como ejemplos el subarrendamiento y la subcontratación 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.

⁸³ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Contratos: Parte General*. Op. cit., tomo I, p. 52.

De esta forma se considera que el ejemplo más representativo de este tipo de contratos está constituido por el subarrendamiento, que es el contrato en virtud del cual, mediando autorización escrita del arrendador, el arrendatario celebra un contrato sobre el bien objeto del arrendamiento original con un subarrendatario.⁸⁴

En virtud de lo expuesto, De la Puente⁸⁵ manifiesta que a semejanza del contrato accesorio, el subcontrato requiere de la existencia de un contrato principal, con la particularidad de 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 –precisa el citado autor–, «un contrato derivado del arrendamiento será siempre un subarrendamiento, un contrato derivado del mandato será siempre un submandato».

La subcontratación se presenta cuando el titular de una posición contractual en un contrato, prefiere contratar con un tercero para que éste ocupe efectivamente, de manera total o parcial una posición contractual semejante en otro contrato, que es derivada de la posición contractual original, de tal manera que el subcontrato es parte del primer contrato y del segundo. El maestro peruano destaca como ejemplo el caso del subarrendatario que subarrienda y que atribuye los poderes de arrendatario al subarrendatario, y pierde otro tanto de ellos, manteniendo frente al arrendador, su posición contractual formalmente intacta.

⁸⁴ El contrato de subarrendamiento se encuentra regulado entre los artículos 1692 y 1695 del Código Civil Peruano, normas de texto siguiente:

Artículo 1692.- «El subarrendamiento 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».

Artículo 1693.- «Tanto el subarrendatario como el arrendatario están obligados solidariamente ante el arrendador por las obligaciones asumidas por el arrendatario».

Artículo 1694.- «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».

Artículo 1695.- «El subarrendamiento no termina si el arrendamiento cesa por consolidación en la persona del arrendatario y del arrendador».

⁸⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Primera Parte, vol. XI, tomo I, *Op. cit.*, pp. 231 y 232.

En esta línea de pensamiento, De la Puente y Lavalle añade que «la igualdad de naturaleza jurídica da lugar a que el subcontratante ocupe en el subcontrato igual posición contractual a la ocupada por su contraparte en el contrato principal. Así, en el ejemplo citado en el párrafo anterior, el subcontratante es simultáneamente el arrendatario del arrendamiento y el arrendador del subarrendamiento».

Concluye el citado profesor expresando que, para la existencia de un subcontrato se requiere la preexistencia del contrato principal y la coexistencia de este contrato y del subcontrato, de tal manera que, a semejanza del contrato accesorio, la terminación del contrato principal da lugar a que termine también el subcontrato.

Es necesario subrayar, además, que los contratos derivados requieren siempre para su celebración, vale decir, para su validez, del asentimiento expreso –y en algunos casos hasta escrito–, por parte del contratante del contrato principal.

Otros ejemplos representativos de contratos derivados los tenemos en el caso del subcomodato y del subdepósito, contratos para los cuales definitivamente se requiere del asentimiento del comodante y del depositante que han celebrado los contratos principales.

Si no mediara dicho consentimiento, los subcontratos o contratos derivados, carecerían de validez. Sin embargo, ello no excluye la posibilidad de que una persona, sin contar con dicha autorización previa, celebre un contrato obligándose a entregar un bien cuya propiedad no le pertenece. Si ello ocurriera, nos encontraríamos en el ámbito de los denominados contratos sobre bienes ajenos.⁸⁶

6.7. Por la formación

De acuerdo con este criterio clasificatorio, los contratos se dividen en consensuales, formales y reales.

⁸⁶ CASTILLO FREYRE, Mario. *Los Contratos sobre bienes ajenos*. Obra editada con el auspicio del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONCYTEC). Lima, 1990.

Recordando las expresiones que vertimos con ocasión del análisis preliminar del consentimiento contractual, diremos que los contratos consensuales son aquellos en donde el consentimiento se puede expresar a través de cualquier formalidad. Ello equivale a decir que la ley no establece formalidad alguna para su celebración.

En este sentido, León Barandiarán⁸⁷ expresa que en los contratos consensuales basta el acuerdo de voluntades para que el contrato se forme.

La inmensa mayoría de contratos que se celebran todos los días son de carácter consensual.

En segundo término, tenemos a los contratos formales, que son aquellos en los cuales el consentimiento debe expresarse siguiendo una formalidad determinada, bajo sanción de nulidad; o, dicho en los términos tradicionales, son aquellos contratos en los cuales el consentimiento debe estar acompañado de una determinada formalidad adicional, bajo sanción de nulidad.

Rafael de Pina,⁸⁸ en esta línea de pensamiento, expresa que los contratos formales son aquéllos para los cuales se requiere una forma especial determinada, considerándose como tales, en primer término, los que requieren la intervención notarial.

En igual sentido, Díez Picazo y Gullón⁸⁹ sostienen que «los contratos formales se caracterizan porque para su plena constitución y eficacia se precisa de una forma especial (escritura pública, documento privado)».

La forma es el medio o mecanismo como se expresa la voluntad. Todos los actos jurídicos tienen que tener una forma. La regla es que los contratos pueden tener la forma que las partes quieran, y a estos se les denomina *contratos no formales*.

Los contratos formales son aquéllos en los cuales la ley impone una forma, y puede hacerlo con dos alcances: Puede exigir y ordenar una forma con tal intensidad que si no se cumple, el contrato es nulo, caso en el cual nos encontraremos ante contratos solemnes. O puede sólo recomendar una forma, caso en el cual esa forma únicamente servirá para efectos probatorios, supuesto en el cual estaremos frente a un contrato *ad probationem*.

Uno de los ejemplos más representativos de contratos formales está constituido por la cesión de derechos, la misma que debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad, en virtud de lo establecido por el primer párrafo del artículo 1207 del Código Civil.

También tenemos a la transacción, la misma que debe celebrarse por escrito, bajo sanción de nulidad, tal como lo establece el artículo 1304 del propio Código.

Otro ejemplo está constituido por el suministro de bienes a título de liberalidad, acto que debe celebrarse por escrito, bajo sanción de nulidad, tal como lo establece el artículo 1605 del Código Civil Peruano.

Por otra parte, tenemos a la donación de bienes muebles cuyo valor supere el 25% de la Unidad Impositiva Tributaria, caso en el cual el contrato deberá celebrarse por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad; debiendo especificarse y valorizarse los bienes que se donan, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1624 del propio Código.

Finalmente, para concluir con estos ejemplos, mencionaremos al artículo 1625 del Código Civil, precepto que dispone que la donación de bienes inmuebles debe hacerse 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.

En tercer lugar, tenemos a los denominados contratos reales, que son aquellos actos que se celebran expresando el consentimiento con la entrega del bien; o, dicho del modo tradicional, aquellos contratos para cuya celebración se requiere, además del consentimiento, de la entrega del bien.

⁸⁷ LEÓN BARANDIARÁN, JOSÉ. *Tratado de Derecho Civil*. Lima: Walter Gutiérrez Editor, 1992, Primera Edición, tomo IV, pp. 27 y 28.

⁸⁸ DE PINA, RAFAEL. *Derecho Civil Mexicano*. Op. cit., p. 306.

⁸⁹ DÍEZ-PICAZO, LUIS y ANTONIO GUILLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1999, vol. II, p. 34.

Así, los contratos reales requieren la tradición de la cosa. La *res praestita* será condición necesaria para la formación de estos últimos.⁹⁰

Como hemos expresado en otro momento, el Código Civil Peruano de 1984 ha suprimido la categoría de los contratos reales,⁹¹ los mismos que estuvieron instalados hasta la vigencia del Código de 1936, cuerpo normativo que tenía como los más representativos contratos de esta naturaleza al mutuo y al depósito.

⁹⁰ Compartiendo esta línea argumentativa, Larroumet afirma que los contratos reales son contratos que no se pueden formar válidamente sino por la entrega de una cosa a quien, en virtud del acuerdo de voluntades, está obligado a restituirla. Ése sería el caso —indica el citado autor—, del préstamo, del depósito o de la prenda. En un contrato de esta naturaleza, el prestatario está obligado a restituir la cosa prestada, lo mismo que el depositario y el acreedor pignoraticio o prendario están obligados a restituir la cosa que les haya sido entregada. Ahora bien, el contrato no existirá simplemente por el intercambio de los consentimientos del prestamista y del prestatario, del depositante y del depositario, del que constituye la prenda y del acreedor prendario, aun cuando este acuerdo se haya ratificado por escrito. Además es necesario que la cosa, que es objeto de la obligación de restitución, haya sido entregada por aquél a quien se debe restituir (el prestamista, el que constituye la prenda o el depositante). Si no se hace esta entrega, no se formará el contrato. La consecuencia de ello es que los contratos reales serán contratos unilaterales, por falta de obligación de quien debe entregar la cosa. En efecto, como esta entrega es necesaria para la validez del contrato, ya no hay más obligación a su cargo, una vez formado el contrato, y sólo queda la obligación de restitución, salvo la transformación, durante la ejecución, del contrato unilateral en un contrato sinalagmático, cuando los gastos han sido sufragados por el deudor para la conservación de la cosa, gastos que debe reembolsar el acreedor de la restitución, lo cual corresponde a la noción de contrato sinalagmático imperfecto.

⁹¹ Resulta conveniente mencionar que la concepción de los contratos reales, ya imperante en el Derecho Romano, fue también acogida por el Código Napoléon e igualmente por la mayoría de los Códigos que le sucedieron. Sin embargo, cabría resaltar que la concepción francesa acerca del contrato real difiere del Derecho Romano, pues si bien dentro del primero el contrato sólo se forma con la entrega de la cosa, empero el mero consentimiento de las partes, previo a la entrega, es por sí eficaz para generar efectos jurídicos. «Se produce entonces —señala León Barandiarán— una promesa, un ante-contrato que compromete a quien es deudor de la cosa, a entregarla a la otra parte. El contrato definitivo *re*, que es su consecuencia, hace destacar la única obligación procedente de aquél, cual es la entrega de la cosa o una equivalente». Dentro de tal orden de ideas, el citado profesor peruano destaca la artificiosidad de la distinción y manifiesta que Planiol y Ripert, resumiendo la crítica contra el concepto que explica los contratos reales, dicen: «Autores cada vez más numerosos sostienen que la noción de contrato real, devenida inútil, ha desaparecido del Derecho Moderno. Evidentemente, es imposible forzar a un contratante, prestatario, depositario, deudor prendario, a restituir una cosa cuando ella aún no le ha sido entregada. Pero esta constatación de buen sentido, no podría hacer olvidar que la obligación de restituir no es la primera contemplada en el préstamo, la prenda, el depósito. Es el derecho de gozar de la cosa prestada, de retener en garantía la cosa dada en prenda, la obligación de guardar la cosa depositada, lo que constituye el fin esencial de la operación jurídica. El locatario de un cuerpo cierto, mueble o inmueble, no está obligado también a restituir la cosa locada sino a partir de que ella le ha sido entregada, pero esto no impide que el arrendamiento sea un contrato consensual sinalagmático y siga conservando este carácter aún después de que el arrendador ha hecho

6.8. Por la regulación

De acuerdo a este criterio, los contratos se clasifican en típicos y atípicos.

No vamos a profundizar sobre este particular, pues ya abordamos el tema en extenso, cuando tratamos acerca de los contratos típicos, atípicos, nominados e innominados, razón por la cual remitimos al lector a lo ahí expresado.

6.9. Por la función

De acuerdo a este criterio clasificatorio, los contratos son creadores, reguladores, modificatorios o extintivos.

Como recordará el lector, abordamos el particular cuando analizamos los alcances del artículo 1351 del Código Civil Peruano. Nuevamente, remitimos al lector a lo ahí expresado.

6.10. Por el tiempo

Cuando Manuel de la Puente aborda el criterio clasificatorio de los contratos de acuerdo al tiempo, lo hace basándose en el análisis del notable profesor argentino Fernando J. López de Zavalía.

López de Zavalía se formula dos preguntas que otorgan el marco general de dicha clasificación.

La primera pregunta es ¿cuándo debe comenzar la ejecución del contrato?; en tanto la segunda pregunta es ¿cuánto debe durar la ejecución del contrato?

En relación a la primera interrogante, es decir, en torno al momento en el cual debe comenzar la ejecución del contrato, tenemos a los contratos de ejecución inmediata y a los contratos de ejecución diferida.

entrega de la cosa arrendada al locatario. Así, en vez de que se descomponga la operación en dos contratos sucesivos, uno que es la promesa de préstamo, de depósito, de prenda, el otro real, que estará constituido por la entrega de la cosa, mejor valdría reconocer francamente en esta entrega el primer acto de ejecución del contrato consensual, sinalagmático o unilateral, vigente sobre el conjunto de las relaciones del prestamista y del prestatario, del depositante y del depositario, del deudor y del acreedor prendario».

Son contratos de ejecución inmediata aquéllos cuyo cumplimiento debe comenzarse a efectuar inmediatamente después de celebrado el contrato, en concordancia con la aplicación del principio general de pago, establecido en el artículo 1240 del Código Civil Peruano.

Son contratos de ejecución diferida aquéllos cuyo momento de inicio de ejecución no se producirá inmediatamente después de celebrado el acto, sino que las partes han pactado un plazo suspensivo para que, luego de vencido el mismo, pueda comenzar la ejecución del contrato. También podrían considerarse contratos de ejecución diferida aquéllos cuyo inicio de ejecución resulte incierto, en la medida de que se encuentren sujetos a condición suspensiva.

En lo que respecta a la segunda interrogante planteada por López de Zavalía, en el sentido de cuánto debe durar la ejecución de un contrato, ella nos conduce a clasificar estos actos en aquéllos contratos de ejecución instantánea y los contratos de duración.

Los contratos de ejecución instantánea son aquéllos cuyo cumplimiento se agota en un solo momento o instante, independientemente de la oportunidad en que comienza a realizarse dicha ejecución.

Esto significa que al ser este criterio clasificatorio independiente del anterior, podríamos tener, perfectamente, un contrato de ejecución inmediata que a la vez sea instantánea; o un contrato de ejecución diferida que sea instantánea.

La ejecución instantánea implica que las obligaciones materia del contrato se cumplirán en un solo instante, de manera tal que dicha ejecución no se prolongue en el tiempo.

El ejemplo más representativo de un contrato de ejecución instantánea sería el de una compraventa pactada al contado, caso en el cual el contrato implicará la ejecución de las obligaciones del comprador y del vendedor de modo simultáneo, de manera tal que la entrega del bien y el pago del precio se realizarán en un solo instante o momento, no quedando para un tiempo posterior la ejecución de alguna otra obligación.

El contrato de ejecución diferida –refiere De la Puente– es aquél cuyo momento inicial de ejecución ha sido aplazado por un lapso determinado o indeterminado.

Por otra parte, con respecto al contrato de ejecución instantánea, el mencionado autor manifiesta que hay dos versiones sobre el mismo.

Según una primera versión, el contrato de ejecución instantánea es aquél en el cual la prestación de cada parte es indivisible, se ejecuta de una sola vez. De acuerdo con la segunda versión, en el contrato de ejecución instantánea las prestaciones de ambas partes se ejecutan conjuntamente, con lo cual quedan cumplidas las obligaciones que forman la relación jurídica nacida del contrato (salvo las eventuales de saneamiento y similares, que pueden ser exigibles, aun ejecutadas las prestaciones principales).

Coincidiendo con De la Puente, consideramos que la segunda versión es la que mejor responde al rol del contrato de ejecución inmediata, que es dejar totalmente agotado el contrato, como ocurre en la compraventa simple, la permuta y la donación.

En igual sentido, Larroumet⁹² respecto de este tipo de actos expresa que son aquellos contratos cuya ejecución se realiza en un solo período de tiempo y señala como ejemplo el caso de la compraventa al contado, donde el vendedor entrega la cosa vendida una vez perfeccionada la venta, es decir, una vez cerrada, y el comprador paga todo el precio en el mismo momento.

En esta línea de pensamiento, cabe destacar el pensamiento de Romero Zavala,⁹³ quien indica que «a los contratos de ejecución instantánea suele llamárseles también de una sola ejecución, porque las obligaciones contractuales se cumplen en un solo momento por ambos contratantes».

Por otra parte, y también respondiendo a la pregunta de cuánto debe durar la ejecución del contrato, tenemos a aquellos contratos de duración, los mismos que constituyen todo lo contrario de los contratos de ejecución instantánea, en la medida de que el cumplimiento de las prestaciones objeto de los mismos se prolongará durante lapsos apreciables, por cortos, medianos o largos que éstos sean.

⁹² LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato*. Op. cit., vol. I, p. 146.

⁹³ ROMERO ZAVALA, Luis. *Derecho de los Contratos en el Código Civil Peruano. Teoría General de los Contratos. Libro VII del Código Civil. Sección Primera (artículos 1351 al 1425)*. Op. cit., tomo I, pp. 83 y 84.

Lo importante es que no se cumpla en un solo momento la ejecución de tales contratos.

Los contratos de duración, al responder a un criterio diferente que aquél que contesta la pregunta de cuándo debe comenzar la ejecución del contrato, resultan ser un criterio complementario del anterior, lo que equivale a decir que podemos tener contratos de ejecución inmediata que sean de duración (es decir aquéllos que comenzarán a ejecutarse inmediatamente después de su celebración, pero que prolongarán dicha ejecución durante un lapso apreciable); o también podrán ser de ejecución diferida y de duración, vale decir aquellos contratos que empezarán a ejecutarse en un momento algo posterior a la celebración del contrato y que además prolongarán su ejecución durante un lapso apreciable.

Por otra parte, debemos señalar que los contratos de duración también se subclasifican en aquéllos de duración continuada y aquellos otros de ejecución periódica o de tracto sucesivo.

Los contratos de ejecución continuada son aquéllos cuyas prestaciones se ejecutan de manera continua y sin solución de continuidad en el tiempo.

Así, el contrato de ejecución continuada es aquél en el cual la obligación contractual da lugar a una prestación (que generalmente es de hacer, aunque puede también ser de no hacer) que, siendo una sola, se ejecuta ininterrumpidamente durante todo el plazo del contrato, por estar destinada a satisfacer una necesidad duradera y continuada. Dicho en otras palabras –afirma De la Puente–, si se trata de una prestación de hacer, el deudor debe hacer constantemente, sin solución de continuidad, mientras esté vigente la respectiva obligación. El jurista peruano recoge como ejemplo el caso de la prestación de ceder el uso del bien que debe ejecutar el arrendatario en el contrato de arrendamiento, o en la prestación de custodiar el bien que debe ejecutar el depositario en el contrato de depósito.

Un ejemplo notorio sería el suministro de agua potable o el suministro de energía eléctrica, en donde las empresas suministrantes de dichos bienes los ponen a disposición de los suministrados de manera permanente y continua, no debiendo presentarse –salvo que se trate de situaciones excepcionales, de escasez, derivadas de la naturaleza o de mantenimiento de los equipos– momen-

tos en los cuales las empresas suministrantes no pongan a disposición de los consumidores los bienes materia de dichos suministros.

Los contratos de duración periódica o tracto sucesivo son aquéllos cuyo cumplimiento se efectuará con solución de continuidad, lo que equivale a decir que existirán intervalos entre la ejecución de cada una de las prestaciones.

Ello significa que durante esos intervalos no se ejecutará prestación alguna.

Para citar un ejemplo similar al anterior, podríamos referirnos a un suministro de mercaderías que haga una empresa a otra de manera semanal. Ello significará que durante los días en que no se suministre dicha mercadería, no se estarán ejecutando las respectivas prestaciones; es decir, entre la ejecución de una prestación y la siguiente existirán intervalos lo suficientemente apreciables en el tiempo, como para considerar que estamos en presencia de un contrato de duración periódica.

De la Puente, al respecto afirma que este tipo de contratos se configuran cuando la obligación contractual dé lugar a varias prestaciones instantáneas del mismo carácter (generalmente de hacer, pero que pueden ser también de dar), que deben ejecutarse periódicamente, de un modo fraccionado con una cierta *distantia temporaris* una de la otra, durante la vigencia del contrato, por tener las partes interés de satisfacer una necesidad que presenta el carácter de periódica. Esto quiere decir –señala De la Puente– que en el caso de las prestaciones de hacer, el deudor debe hacer lo mismo repetidamente, mientras esté vigente la obligación. El jurista peruano destaca como ejemplo de contrato de ejecución escalonada, una de las modalidades del suministro, en virtud del cual el suministrador se obliga a ejecutar prestaciones escalonadas de bienes.

Finalmente, refiere que parte de la doctrina considera que el contrato es también de ejecución periódica cuando las prestaciones son intermitentes, en vez de periódicas.

Antes de terminar con nuestros comentarios sobre este punto, debemos señalar que en muchas ocasiones se entremezclan en un mismo contrato de duración, los criterios de duración continuada y de duración periódica, los mismos que estarán referidos a las características que tengan las prestaciones que

deberán ejecutar una parte y la otra. De esta forma, la prestación que deberá ejecutar una parte, tendrá la característica de continuada, en tanto que aquella que deberá ejecutar la otra, tendrá como característica el ser periódica.

En la práctica, en estos casos ocurre una situación bastante especial, en la medida de que se suele calificar al contrato como de prestaciones periódicas o como de prestaciones continuadas, apreciando única y exclusivamente la naturaleza de las prestaciones que deberá ejecutar una sola de las partes. Por lo general, se asigna tal calificación con respecto a las prestaciones más representativas, vale decir a aquéllas que impriman el sello característico al contrato materia de examen.

Por otra parte, los contratos de duración presentan una segunda subclasificación.

Por un lado, tenemos a los contratos de duración determinada (a plazo fijo), que son aquéllos en los cuales se ha pactado la existencia de un término inicial y de un término final, y cuando venza este último cesarán los efectos del contrato.

En segundo lugar, tenemos a los contratos de duración determinable, que son aquéllos en los cuales se ha fijado el término inicial, pero el término final está referido a un evento cierto, mas no conocido en su fecha, como sería el caso de un contrato de renta vitalicia que tome como término final la muerte de uno de los contratantes. De este modo, la muerte se constituye en un evento que (por lo menos hasta ahora) es de ocurrencia inevitable, pero la fecha de dicho evento no puede ser conocida a priori.

Finalmente, tenemos a los contratos de duración indeterminada, que son aquéllos en los que se ha fijado el término inicial, mas no el final. Un ejemplo notorio de este tipo de contratos estaría constituido por el contrato de arrendamiento a plazo indeterminado, el mismo que se habría celebrado contemplando una fecha de inicio, pero no estableciendo fecha alguna para su terminación, lo cual no significa que dicho contrato sea eterno, ya que a los contratos de esta naturaleza les puede poner término cualquiera de las partes, mediante resolución unilateral comunicada a la parte contraria.

6.11. Por los sujetos a quienes obliga

De acuerdo a este criterio, los contratos se clasifican en individuales y colectivos.

Los contratos individuales son absolutamente mayoritarios, y responden a la regla establecida por el artículo 1363 del Código Civil, en el sentido de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los celebran y sus herederos, salvo cuando fueren *intuitu personae* o se hubiese pactado lo contrario.

La regla del artículo 1363 constituye un principio de carácter universal en materia de contratos, denominado *res inter alios acta*, lo que significa que los contratos surten efectos únicamente entre las partes que los celebran y sus herederos.

Sin embargo, podemos decir que esta norma tiene como excepción a los contratos colectivos, que son aquéllos en los cuales quedan obligados algunos sujetos que no han intervenido en su celebración.

Sin duda, se trata de una situación contraria al referido principio, pero que es amparada por el Derecho, dada la naturaleza de los actos en donde se aplica.

En relación a lo expresado, podemos citar dos antiguas excepciones a la regla *res inter alios acta*. Se trata de los contratos colectivos de trabajo, los mismos que surten efectos favorables no sólo con respecto a los trabajadores o sindicatos que los celebren, sino también con relación a los demás trabajadores, aunque no hayan celebrado dichos contratos.

Igualmente, en materia de reestructuración patrimonial, los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores de una empresa insolvente obligan no sólo a los acreedores que hayan participado en dicha junta, sino a todos los demás.

El contrato individual —como expresa Romero Zavala—⁹⁴ se da cuando para su concertación se requiere del consentimiento unánime de las partes que

⁹⁴ ROMERO ZAVALA, Luis. *Derecho de los Contratos en el Código Civil Peruano. Teoría General de los Contratos. Libro VII del Código Civil. Sección Primera (artículos 1351 al 1425)*. Op. cit., tomo I, p. 81.

intervienen, ya sea en forma personal y directa o por intermedio de representantes.

En tal sentido, el autor citado agrega que este contrato no siempre ha de formalizarse sólo entre dos personas, ya que puede haber una pluralidad en cualquiera de los lados de la relación contractual.

Por el contrario, en el contrato colectivo –manifiesta Romero Zavala– no se requiere el consentimiento unánime. «Afecta –indica– a los miembros de una colectividad o agrupación, a pesar de que algunos de sus integrantes no hayan manifestado su aceptación o la hayan rechazado expresamente; obliga a un grupo de personas haciendo abstracción de su consentimiento. Se impone por voluntad de la mayoría».

En igual opinión, se pronuncia López de Zavalía,⁹⁵ quien señala que el contrato colectivo se diferencia netamente del contrato individual. «La nota característica del contrato colectivo –expresa el citado profesor– es que obliga a una generalidad de personas con prescindencia de que ellas hayan manifestado su voluntad directamente o por medio de apoderado».

Por su parte, Ospina Fernández y Ospina Acosta⁹⁶ expresan que para que un contrato sea considerado como individual o como colectivo, poco importa el número de personas que concurren en su formación. «Así –manifiestan estos autores–, una sociedad puede constituirse entre muchos y no por eso entra en la categoría de los contratos colectivos. Tampoco se debe atender para el efecto a si el contrato desarrolla intereses de pocas o muchas personas, porque por ejemplo, los contratos celebrados por una persona jurídica colegiada son relativos, a pesar de que miran el interés de dicha persona y de los individuos que la integran».

Precisan Ospina y Ospina que el contrato colectivo constituye una excepción al principio tradicional latino de la relatividad de los actos jurídicos, que

⁹⁵ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los Contratos. Parte General. Op. cit.*, Tercera Edición, p. 81.

⁹⁶ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y EDUARDO OSPINA ACOSTA. *Teoría General del Contrato y de los Actos o Negocios jurídicos*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1988, Tercera Edición, pp. 70 y 71.

se suele enunciar diciendo que un acto jurídico no aprovecha ni perjudica a los terceros ajenos al mismo (*res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*), ya que de él resultan derechos y obligaciones para personas que, ni directamente ni representadas por otras, han intervenido en su celebración.

En relación a la fuerza vinculante de estos contratos con relación a terceros, De la Puente recuerda que existen dos posiciones que intentan explicar el problema. Una de ellas sostiene que se trata de una obligación legal, en tanto la otra sostiene se trata de una obligación contractual.

A estas dos posiciones hay que agregar la tesis ecléctica o intermedia, que considera que los contratos colectivos tienen una esencia jurídica mixta, apareciendo como un ser híbrido con cuerpo de contrato y alma de ley. Quienes propugnan esta última tesis sostienen que el contrato colectivo es un instituto jurídico propio del Derecho social.

6.12. Por la formación

Conforme a este criterio, los contratos se clasifican en aquellos de negociación previa (también llamados paritarios), los contratos por adhesión y los contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación.

No vamos a desarrollar este criterio clasificatorio, pues ya nos referimos sobre el particular al comentar los alcances generales de los contratos, con ocasión de nuestros comentarios al artículo 1351 del Código Civil.

6.13. Por el rol económico

Para desarrollar este tema, consideramos necesario destacar los trabajos realizados por De la Puente⁹⁷ y Mosset Iturraspe,⁹⁸ quienes han analizado el presente criterio de clasificación de forma exhaustiva.

La clasificación de los contratos conforme al rol económico es múltiple. Así, de acuerdo a Manuel de la Puente, en criterio que compartimos, los con-

⁹⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». *Op. cit.*, Primera Parte, vol. XI, tomo I, pp. 246-248.

⁹⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*. Buenos Aires: EDIAR Sociedad Anónima Editora, 1988, pp. 79-81.

tratos pueden ser de cambio, de colaboración o cooperación, asociativos, de prevención o previsión, de custodia o conservación, de crédito, de garantía, de goce, de liquidación, de disposición o administración y de restitución.

Los contratos de cambio son aquéllos que están destinados a la circulación de la riqueza y que tienen en la compraventa su ejemplo más característico.

En igual sentido, Mosset Iturraspe señala que son aquéllos que permiten «la circulación de los bienes a través de su enajenación o disposición» y destaca como ejemplos el contrato de compraventa, el contrato de permuta, la cesión onerosa de derechos, etc. Asimismo, precisa que también son contratos de cambio aquéllos que «en virtud de la circulación recurren a la concesión del uso temporario de esos bienes (locación urbana, arrendamiento rural, etc.)».

Los contratos de colaboración o cooperación son aquéllos destinados a facilitar la obtención de un fin determinado, como sería el caso del mandato, contrato por el cual el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante (argumento del artículo 1790 del Código Civil).

Los contratos asociativos son aquéllos en virtud de los cuales las partes contratantes no tienen intereses opuestos, sino más bien persiguen un fin común. En ese orden de ideas se diferencian de los contratos de colaboración, ya que en estos últimos uno de los contratantes es el que persigue el fin querido por el primero, mientras que en los contratos asociativos el interés de los contratantes de alcanzar la finalidad común es principal para todos ellos.

Típicos ejemplos de contratos asociativos son los contratos de asociación y de sociedad, en cualquiera de sus formas.

Los contratos de prevención o previsión, son aquéllos que previenen la existencia de un riesgo, como es el caso del contrato de seguro.

Estos contratos, según indica De la Puente, «son aquéllos, que como su nombre lo indica, están orientados a prevenir un riesgo, a tomar las precauciones para que este riesgo tenga las consecuencias menos adversas posibles». En esta situación —precisa De la Puente— se encuentra el contrato de seguro, el de renta vitalicia, el de capitalización, todos los cuales tienen carácter aleatorio.

Los contratos de custodia o conservación son aquéllos que buscan, precisamente, custodiar o conservar uno o más bienes.

Así, tenemos al depósito voluntario, en cualquiera de sus formas, que es el contrato por el cual el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante (argumento del artículo 1814 del Código Civil); del depósito necesario, que es aquél que se hace en cumplimiento de una obligación legal o bajo el apremio de un hecho o situación imprevistos (argumento del artículo 1854 del Código Civil Peruano); y el secuestro, contrato por el cual dos o más depositantes confían al depositario la custodia y conservación de un bien respecto del cual ha surgido controversia (argumento del artículo 1857 del Código Civil).

Por su parte, los contratos de crédito son aquellos que están basados en la confianza.

Ejemplos representativos de contratos de crédito son el mutuo, que es el contrato a través del cual el mutuante se obliga a entregar al mutuuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad (artículo 1648 del Código Civil); y el comodato, que es aquel contrato por el cual el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva (artículo 1728 del Código Civil).

Los dos contratos mencionados están basados en la confianza de que el mutuuario y el comodatario, respectivamente, devolverán el bien o los bienes prestados.

Sólo cabe acotar que el contrato de comodato podría ser considerado como uno de crédito, en la medida de que se estime que dicho crédito recae sobre el uso del bien materia del contrato.

Por otra parte, los contratos son de garantía —como apunta De la Puente— «cuando están destinados a asegurar el cumplimiento de una obligación, por lo cual son siempre accesorios, ya que requieren la existencia previa de una obligación que sea susceptible de garantía». Juegan este rol —señala el autor— los contratos de fianza, con carácter de garantía personal, la prenda y la anticresis, con carácter de garantías reales.

En esta línea de pensamiento, Mosset Iturraspe expresa que los contratos de garantía son aquéllos que brindan una seguridad respecto del cumplimiento de otro contrato, un contrato principal. El profesor argentino destaca como modalidades de este contrato al «contrato de fianza, simple o solidaria; la promesa del hecho ajeno, contrato por el cual se garantiza, sea como obligación de medio o de resultado, el hecho de otro».

Encuentran sus ejemplos más representativos en la fianza, la prenda y la hipoteca.

De otro lado, tenemos a los contratos de goce, que son aquéllos que están destinados al disfrute del bien, sin tener su disposición.

Son ejemplos representativos de este tipo de contratos el arrendamiento y el comodato.

Luego tenemos a los contratos de liquidación, que son los que buscan eliminar una situación dada.

Ejemplos notorios de estos contratos son la partición, ya sea que ésta esté referida a suprimir una situación de copropiedad en un bien o a poner fin a una sucesión indivisa.

Otro caso sería el de la transacción, acto por el cual dos o más partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado (artículo 1302 del Código Civil); y el mutuo disenso, por el cual las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto (argumento del artículo 1313 del Código Civil).

Por otra parte, existe un subcriterio clasificatorio de los contratos, que los divide en aquéllos que son de disposición y los que son de administración.

Son de disposición los contratos que implican una disminución en el patrimonio de una de las partes, o de ambas, como sería el caso de los contratos de compraventa, permuta, renta vitalicia y otros.

Por su parte, son de administración aquellos contratos en los cuales la ejecución de las obligaciones no implica alterar la naturaleza ni el destino de

un bien, sino sólo sus rentas o frutos, como sería el caso del contrato de arrendamiento o el de comodato.

Finalmente, tenemos a los contratos de restitución, que son aquéllos que obligan, a quien recibe un bien, a devolverlo. Sería el caso de los contratos de arrendamiento, mutuo y comodato.

7. AUTONOMÍA PRIVADA: LA LIBERTAD DE CONTRATAR

Sin perjuicio de aquello que hemos mencionado en páginas anteriores, debemos expresar que el artículo 1354 del Código Civil Peruano, regula el tema de la libertad de contratar.

El texto del referido artículo es el siguiente:

Artículo 1354.- «Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo».

En este punto, debemos recordar las expresiones de Manuel de la Puente, quien sostiene que la autonomía equivale a soberanía, es decir, a poder darse normas entre sí.

De igual modo, debemos recordar que la idea de contrato y la obligatoriedad del mismo encuentran su fundamento en la idea de persona y en el respeto de la dignidad que a toda persona se le debe. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina suele denominar como autonomía privada. De esta manera, el contrato tiene su fundamento más hondo en el principio de autonomía privada.⁹⁹

Algunos juristas llegan incluso a propugnar que más que como poder de decidir de la propia esfera jurídica personal y patrimonial, la autonomía privada puede ser vista como derecho de libertad y, por ende, como un derecho fundamental de la persona.

⁹⁹ DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Op. cit., tomo I, p. 96.

Tal postura no es descabellada si tomamos en cuenta, además, que la autonomía privada se encuentra contemplada por la propia Constitución Política del Perú, la misma que establece que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe; a lo que se suma el derecho constitucional a contratar con fines lícitos.

Autonomía privada es aquella que tienen los particulares y equivale a los términos *autonomía de la voluntad*. Sin embargo, recuerda De la Puente, que dada la existencia de las Teorías de la Declaración, Confianza y Responsabilidad, se dejó de hacer referencia en doctrina a la autonomía de la voluntad, para pasar a hacerlo respecto de la autonomía privada.

De manera genérica, la autonomía es un poder del individuo. El sujeto del poder de autonomía es la persona como realidad eminente. El ejercicio de la autonomía, que implica establecer una reglamentación para los propios intereses, exige la función de la voluntad del querer y la función de las demás potencias del individuo.¹⁰⁰

Sin perjuicio de lo expuesto, no debemos olvidar que si bien la autonomía constituye un poder de ordenación de la esfera privada del individuo, entendiendo aquella como el conjunto de derechos, facultades, situaciones y relaciones que el individuo ostente o se le haya atribuido; dicho poder no es absoluto y total. Existen posiciones de dicha esfera para las cuales el derecho excluye la autonomía como poder ordenador. Se habla, en ese sentido, de derechos, situaciones y relaciones indisponibles.

Díez-Picazo y Gullón¹⁰¹ advierten –con acierto– que la autonomía puede ser reconocida por el orden jurídico estatal como fuente de normas jurídicas

¹⁰⁰ Según De la Puente, existen varias teorías que tienden a explicar la autonomía privada, siendo las principales la individualista y la normativista.

La teoría individualista sostiene que los derechos subjetivos derivan de la esencia misma del hombre, razón por la cual éste es totalmente autónomo para regular sus intereses. La teoría individualista se basa en las enseñanzas de Kant y Miccio.

Por su parte, la teoría normativista, teoría por la que se inclina De la Puente, sostiene que la autonomía privada es concedida a la persona por expresa delegación del ordenamiento jurídico. El individualismo sostiene que el hombre fuera de la sociedad no tiene significación alguna. El normativismo sostiene que los particulares, al contratar, encuentran su fuente de validez en la ley.

¹⁰¹ DÍEZ-PICAZO, LUIS y ANTONIO GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil. Op. cit.*, vol. I, pp. 387 y ss.

destinadas a formar parte del mismo orden jurídico que las reconoce y como presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas ya disciplinadas, en abstracto y en general, por las normas del orden jurídico. Así, hay una autonomía creadora de normas jurídicas y una autonomía creadora de relaciones jurídicas.

Como señalan también los citados autores, de esas dos funciones que pueden reconocerse a la autonomía, parece que la autonomía privada únicamente puede realizarse en la segunda función, esto es, como creadora de relaciones jurídicas. No cabe reconocer a la autonomía privada como fuente de normas jurídicas, entendidas éstas como mandatos de eficacia social organizadora o con significado social primario.

El poder individual carece de aptitud para crear normas de Derecho. No obstante, sí puede manifestarse como poder de creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas y como poder de reglamentación de las situaciones creadas, modificadas o extinguidas.

La autonomía privada se presenta, entonces, como una forma de poder jurídico, y como tal entraña la existencia de un reconocimiento de un ámbito de actuación. Reconocer la autonomía de un individuo es reconocer que aquél tiene soberanía para gobernar su esfera jurídica, por lo que se suele afirmar que existe autonomía cuando el individuo no sólo es libre, sino, además, soberano para dictar su ley en su esfera jurídica.

De acuerdo a las enseñanzas de De la Puente, la autonomía privada tiene un doble contenido.

Por un lado, tenemos a la libertad de contratar o de conclusión, que es aquella que nos permite decidir contratar o no; y, si optamos por hacerlo, decidir con quien contratar.

Y de otro lado tenemos a la libertad contractual o de configuración interna, la misma que nos permite decidir con respecto al contenido de nuestros contratos.

Podemos afirmar, por lo tanto, que el gobierno individual de las relaciones jurídicas en que el individuo toma parte, se desarrolla en un doble sentido:

En primer lugar, como poder de constitución de relaciones jurídicas;

Y, en segundo lugar, como poder de reglamentación del contenido de las relaciones jurídicas.

Como expresan Díez-Picazo y Gullón:¹⁰²

«Autonomía significa tanto como autorregulación o autorreglamentación, el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno a sí mismo. Este concepto genérico adquiere una significación específica cuando se refiere a la persona y se llama autonomía privada. La autonomía privada es una consecuencia del concepto de persona y consiste en un poder que el orden jurídico confiere al individuo para que gobierne sus propios intereses. Es un poder de autorregulación de intereses y relaciones jurídicas propias desplegado por el mismo titular de ellas. Podría definirse como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha sido parte».

En palabras de De la Puente, la libertad de contratar es la esencia de la contratación.

De la Puente estima, asimismo, que la autonomía privada tiene seis efectos.

El primero de ellos consiste en que se puede contratar o no; el segundo efecto es que se puede definir la forma del contrato (salvo en los contratos solemnes); el tercer efecto, que se puede elegir la ley aplicable (de conformidad a lo dispuesto por el artículo 2095 del propio Código); el cuarto efecto es el de poder determinar el contenido de los contratos, salvo lo dispuesto por normas imperativas; el quinto efecto de la autonomía privada es el de que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los celebran; y, finalmente, que los contratos obligan solamente a quienes los han celebrado.

De otro lado, según el citado profesor, la libertad contractual o de configuración interna está referida al contenido del contrato, pudiendo ser fruto de negociaciones o de adhesión.

¹⁰² Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil. Op. cit.*, vol. I, p. 387.

La eficacia preceptiva que posee la autonomía privada ha llevado a algunos autores a considerarla como fuente de derecho objetivo, o —lo que es lo mismo—, como poder con eficacia de creación de normas jurídicas.

Así, algunos juristas, entre los que se encuentra Luigi Ferri,¹⁰³ propugnan la inserción del acto en el ordenamiento, definiendo al contrato como un instrumento concedido a los particulares para regular sus intereses con un orden vinculante, gracias a una potestad de autodeterminación, esto es, poder para crear reglas para sí para la satisfacción de los intereses recíprocos.

El citado profesor italiano¹⁰⁴ señala, asimismo, que el tejido social, la urdimbre de la sociedad, está formada por normas, y entre éstas se encuentran también aquellas creadas a través de los contratos. Si éstas deben considerarse expresión de autonomía privada, es necesario reconocer que la autonomía privada es potestad normativa atribuida a los particulares. Los particulares cuando ejercen tal potestad deben considerarse órganos del ordenamiento jurídico, y no creadores de un ordenamiento separado y distinto del estatal. Los particulares, a través de la autonomía privada, integran el ordenamiento estatal, en el cual, por consiguiente, las normas de formación privada se encontrarán al lado de normas de formación pública.

Según Ferri, entonces, la autonomía privada es el poder atribuido a los particulares, para crear Derecho.

Esa tendencia, como hacen notar Díez-Picazo y Gullón,¹⁰⁵ tiene hondas raíces en la historia del Derecho. Ya en Roma se colocan los *pacta* a la misma altura y en el mismo plano que las leyes o las costumbres, y se da al acto de autonomía privada el gráfico calificativo de *lex privata*. Esta dirección tiene modernamente fuerte aceptación, afirmándose que entre la norma creada por el legislador, por la autoridad administrativa o por las partes de un acto o jurídico hay simple diferencia de grado.

¹⁰³ FERRI, Luigi. *Lezioni sul contratto*. Bologna: Zanichelli, 1987, pp. 20 y ss.

¹⁰⁴ FERRI, Luigi. *Lezioni sul contratto. Op. cit.*, pp. 20 y ss.

¹⁰⁵ Díez-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil. Op. cit.*, vol. I, p. 389.

Dichos límites pueden ser de variado orden. Pueden referirse a la capacidad del sujeto, al modo de formación interior del acto o al contenido del mismo.

Algunos autores sostienen que la autonomía privada tiene límites generales y particulares que responden a diferentes factores y, además, se manifiestan de distinta manera.

Entre los límites generales se encuentran el no contrariar normas imperativas que existan al momento de celebrar el contrato; el que las reglas que en el contrato se establezcan por medio de la autonomía privada no sean imposibles de cumplir; y el que dichas reglas sean determinadas o determinables.

Entre los límites particulares tenemos, por ejemplo, que el ordenamiento jurídico establezca restricciones para permitir la contratación.

Por otro lado, la doctrina mayoritaria, la jurisprudencia y la legislación coinciden al aseverar que los contratantes tienen poder para establecer pactos, cláusulas y condiciones, siempre que ellos no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

Así, la libertad de configuración interna sólo se puede ejercer dentro de los límites que le impone el propio ordenamiento jurídico. De esta forma, el artículo 1354 del Código Civil Peruano la limita a las normas legales de carácter imperativo y el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, también pone como límites al orden público y a las buenas costumbres.¹¹⁰

¹¹⁰ Debemos recordar que dentro del juego de las Tentaciones Académicas que practicamos en 1998, ensayábamos algunas modificaciones al texto del artículo 1354 del Código Civil, para que el mismo tuviera la siguiente redacción:

Artículo 1354.- «Los particulares pueden contratar libremente entre sí. Tienen además la más amplia libertad de determinar el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo».

El fundamento de la modificación anotada se basaba en que el texto original del Código sólo recoge un aspecto de la libertad de los particulares en la contratación privada: el de la libertad contractual o de configuración interna. Hacíamos referencia a la libertad de contratar propiamente dicha.

Pero era sólo un juego, pues el tema no necesita reforma alguna.

A decir de De la Puente, las normas legales imperativas deben ser necesariamente acatadas por las partes, pudiendo tratarse de normas preceptivas o prohibitivas.

Por su parte, las normas legales dispositivas son aquéllas que tienen carácter supletorio de la voluntad de las partes.

En este punto juzgamos apropiado destacar que el tratamiento jurídico que el Código brinda a cada tipo contractual está compuesto, en su mayoría, por normas de carácter supletorio, es decir, por normas que rigen en defecto de la voluntad de las partes. Las normas de carácter imperativo han sido establecidas con sumo cuidado. La Comisión que elaboró dicho Código valoró la naturaleza de cada contrato y, de igual manera, ponderó –según las circunstancias que suelen acompañar la celebración y ejecución de los mismos– en qué ocasiones era necesario restringir la libertad contractual de las partes, imponiendo normas que éstas no puedan eludir, para salvaguardar valores superiores.

De la Puente destaca que las normas que interesan al orden público son siempre imperativas; pero si bien todas las normas de orden público son imperativas, no todas las normas imperativas son de orden público, pues hay normas imperativas que protegen intereses privados.

Agrega que el orden público en el Perú, si bien es un criterio rector de la validez de los actos jurídicos, requiere objetivarse en leyes, para cobrar, a través de ellas, efecto obligatorio.

El límite del orden público constituye, igualmente, un concepto relativo y difícil de definir, en tanto también depende del tiempo y el lugar del que se trate. A grandes rasgos puede definirse como la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores.

En lo que respecta a las buenas costumbres, De la Puente recuerda que se dice que la noción de buenas costumbres se identifica como moral. Unos entienden esto en sentido absoluto, mientras que otros lo entienden en relación a las circunstancias de tiempo y lugar. Pero, afirma que el juez no debe respaldar las temporales desviaciones morales, sino preservar una sana tradición.

Recuerda las palabras de Ripert, quien afirmaba que simplemente debería decirse que son nulos los actos reñidos a la moral.

Los contratos contrarios al orden público y/o a las buenas costumbres son ilícitos (los primeros por ilegales, y los segundos por inmorales).

BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, Guido. «El contrato en el Derecho privado italiano actual». En: *Estudios sobre el Contrato en general*. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002). Lima: ARA Editores, 2003.
- AMADO V., José Daniel. «Las declaraciones de voluntad impropias en la teoría del acto jurídico». En: *Thémis*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 10, 1988.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Contratos: Parte General*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1995.
- BIANCA, Massimo. *Diritto Civile, Il Contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, tomo III, 1984.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Floral*. Madrid: Reus, 1945, tomo III.
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. «Teoría General de los Contratos. Sección Primera. Disposiciones Generales». En: *Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, año XXVIII, Segundo y Tercer Cuatrimestre de 1964.
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Los Contratos sobre bienes ajenos*. Obra editada con el auspicio del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONCYTEC). Lima, 1990.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el Contrato Privado*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1983, tomo I.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, Primera Parte, vol. XI, tomo I.
- DE PINA, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. México: Editorial Porrúa S.A., 1966.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1979.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1999, vol. II.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «Prólogo». En: *Contrato y mercado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000.

FERRI, Luigi. *Lezioni sul contratto*. Bologna: Zanichelli, 1987.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen. «El Contrato». En: Lluís PUIG, I. Ferriol. *Manual de Derecho Civil*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998, Segunda Edición, vol. II.

GORLA, Gino. *El Contrato*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1959, tomo I.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, tomo I.

LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato*. Bogotá: Editorial Temis S.A, 1993, vol. I.

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Lima: Walter Gutiérrez Editor, 1992, Primera Edición, tomo IV.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los contratos. Parte General*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavallía-Editor, 1984.

MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, Parte Segunda, vol. I.

MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1986.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*. Buenos Aires: EDIAR Sociedad Anónima Editora, 1988.

MUÑOZ, Luis. *Contratos*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1960, tomo I.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y de los actos o negocios jurídicos*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1988, Tercera Edición.

PARELLADA, Carlos A. *Contratos atípicos*. Buenos Aires: Ed. Picasso, 2001.

ROMERO ZAVALA, Luis. *Derecho de los Contratos en el Código Civil Peruano. Teoría general de los contratos. Libro VII del Código Civil. Sección Primera (artículos 1351 al 1425)*. Lima: Editora FECAT, 1999, tomo I.

ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1977.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *Comentario del Codice Civile: Aura de Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Del Contratti in generale*. Bologna: Incola Zanichelli Editore, 1970.

SPOTA, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires: Depalma, 1975, vol. I.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Lima: San Marcos, 1998.

- Hace algunos años la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón tuvo a bien encargarme la elaboración de un Manual de Contratos, con el objeto de difundir el conocimiento de esta materia entre las alumnas de nuestra Facultad.

Confieso que siempre tuve mucha reticencia a escribir sobre la Teoría General de los Contratos, en la medida de que me he sentido tradicionalmente influenciado por las enseñanzas de quien siempre fue, en las aulas de la Universidad y fuera de ellas, mi maestro en la materia, el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle.

En ese sentido, me ha sido muy difícil escribir sobre este tema sin desligarme de las doctrinas y de la Memoria del Maestro y amigo.

No obstante ello, he escrito estas páginas, en las que si bien no abordo todo lo relativo a la Teoría General de los Contratos, sí trato acerca de algunos temas básicos, en un trabajo que fundamentalmente tiene fines de divulgación y, espero pueda llegar a constituir material de estudio de mis alumnos y para todos aquellos que quieran iniciarse en esa extraordinaria aventura que es el Derecho de los Contratos.