

Mario Castillo Freyre



Tratado de la Venta

Vol. XVIII Tomo II Biblioteca PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL



Pontificia Universidad Católica del Perú FONDO EDITORIAL 2000

Mario Castillo Freyre (Lima, 1964) es abogado en ejercicio titulado en la Pontificia Universidad Católica del Perú y socio del Estudio que lleva su nombre. También es Magister y Doctor en Derecho por la misma casa de estudios.

Es autor de numerosas obras y artículos de su especialidad, entre ellos, *Los Contratos sobre Bienes Ajenos* (1990), *El Bien Materia del Contrato de Compraventa* (1992), *El Precio en el Contrato de Compraventa y el Contrato de Permuta* (1993), *Las Obligaciones y sus Modalidades. Visión Histórica* (1996), *Los Contratos Típicos. Visión Histórica* (1996), *Las Doctrinas Tradicionales Frente a la Contratación Computarizada, Tomos I, II, III y IV* (1996), *Todos los Poderes del Presidente. Ética y Derecho en el Ejercicio de la Presidencia* (1997) y *Tentaciones Académicas. La Reforma del Código Civil Peruano de 1984, Tomos I y II* (1998).

Asimismo, Mario Castillo es coautor, con el Doctor Felipe Osterling Parodi, del *Tratado de las Obligaciones*, obra cuyos nueve primeros tomos han sido publicados entre 1994 y 1999, además del libro *Estudios sobre las Obligaciones Dineras en el Perú* (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1995).

Castillo es catedrático de Derecho Civil (Obligaciones y Contratos) en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y la Universidad de Lima.

MARIO CASTILLO FREYRE

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

TRATADO DE LA VENTA

TOMO II

BIBLIOTECA
PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL
VOLUMEN XVIII



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 2000

Tratado de la Venta
Tomo II

Primera edición: noviembre de 2000

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria cuadra 18, San Miguel, Lima-Perú
Telf. 460-0872 - 460-2291 - 460-2870 anexos 220 y 356
E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Diseño de cubierta: Enrique Ottone
Grabado de cubierta: Honoré Daumier

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

Derechos reservados

ISBN: 9972-42-366-2
ISBN: 9972-42-368-9
Depósito Legal: 1501052000-4149

Impreso en el Perú - Printed in Peru

TOMO II

CONTENIDO

— GASTOS DE ENTREGA Y TRANSPORTE	15
— Fuentes nacionales del artículo 1530	15
— Análisis	17
1. Principio general de Derecho de Obligaciones referente a los gastos que ocasiona el pago y principio especial del Contrato de Compraventa	17
2. Entrega. Concepto	17
3. Gastos susceptibles de originarse por la entrega	19
4. Transporte. Concepto	20
5. Gastos susceptibles de derivarse del transporte	20
6. Transporte al lugar del cumplimiento (pago)	21
7. Estudio de la posibilidad de un «transporte a un lugar diferente del de cumplimiento»	22
8. Pertinencia de la posibilidad de pacto distinto	23
9. Los gastos que origine la celebración del contrato de compraventa	23
9.1. Los gastos deben ser pagados por el comprador	25
9.2. Los gastos deben ser pagados por el vendedor	25
9.3. Los gastos deben ser pagados por ambas partes	25
9.4. Los gastos deben ser pagados de acuerdo a la voluntad de las partes	26
— Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1530	46
— Fundamento	47
— PRECIO MIXTO	49
— Fuentes nacionales del artículo 1531	49
— Análisis	51
1. Relación entre el contrato de compraventa y el contrato de permuta	51

2. Características del contrato de permuta en el Derecho Peruano	62
3. Normas del contrato de compraventa que resultan aplicables al contrato de permuta	66
4. El problema del precio mixto	110
4.1. Concepto	110
4.2. Ubicación legislativa del tema	114
4.3. Soluciones legislativas y doctrinarias adoptadas sobre el precio mixto	115
4.3.1. Posiciones de carácter objetivo	115
4.3.2. Posiciones de carácter fundamentalmente subjetivo	116
4.4. Nuestra posición	118
— Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1531	124
— Fundamento	125

CAPÍTULO SEGUNDO

El bien materia de la venta

— REQUISITOS DEL BIEN MATERIA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA	127
— Fuentes nacionales del artículo 1532	127
— Análisis	130
1. El bien como uno de los elementos esenciales-especiales del contrato de compraventa	130
1.1. Concepto y clasificación de los bienes en el Derecho Romano	130
1.2. Los bienes y los contratos en el Derecho Romano	135
1.3. Bienes susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa en el Derecho Romano	136
2. Los bienes materia del contrato de compraventa en el Derecho Español	149
2.1. Los bienes y su clasificación en España	150
2.2. Bienes susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa en el Derecho Español	156
2.2.1. El Fuero Juzgo	156
2.2.2. La Ley de las Siete Partidas	158

3. El concepto de bienes en la legislación civil peruana	179
4. Tratamiento de los bienes en la codificación civil contemporánea	190
4.1. Concepto o definición de bienes	190
4.2. Distinción de los bienes según su corporeidad	195
4.2.1. Bienes corporales	195
4.2.2. Bienes incorporeales	197
4.3. Distinción de los bienes según su movilidad	199
4.3.1. Bienes inmuebles	199
4.3.2. Bienes muebles	204
4.4. Distinción de los bienes según su fungibilidad. Los bienes fungibles y los bienes no fungibles	211
4.5. Distinción de los bienes según su consumo. Los bienes consumibles y los bienes no consumibles	214
4.6. Distinción recíproca de los bienes. Los bienes principales y los bienes accesorios	216
4.7. Distinción de los bienes según su divisibilidad. Los bienes divisibles y los bienes indivisibles	218
4.8. Distinción de los bienes según su singularidad. Los bienes singulares y los bienes colectivos	219
4.9. Distinción de los bienes de acuerdo a su comerciabilidad. Los bienes que están dentro y los bienes que están fuera del comercio de los hombres	220
4.10. Distinción de los bienes de acuerdo a su pertenencia	222
4.10.1. Bienes de propiedad de los particulares	224
4.10.2. Bienes estatales	226
4.10.3. Bienes mostrencos y vacantes	232
4.10.4. Bienes destinados al culto	233
4.10.5. Bienes de los institutos civiles	234
4.10.6. Bienes de la Monarquía o Reino	235
4.10.7. Bienes comunales	235
5. Nuestro concepto de bienes	237
6. Bienes materia de los contratos en general en el Código Civil Peruano	247

7. Características que debe reunir el bien materia de los contratos en general y del contrato de compraventa, en particular	251
7.1. Que el bien exista o sea susceptible de existir	254
7.2. Que el bien sea determinado o determinable	260
7.3. Que su enajenación no esté prohibida por ley	266
8. Jurisprudencia peruana del artículo 1532	280
— Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1532	281
— Fundamento	281
— COMPRAVENTA DE BIEN PASADO	283
— Fuentes nacionales del artículo 1533	283
— Análisis	285
1. Los bienes pasados, presentes y futuros. Precisiones necesarias	285
2. Compraventa de un bien que ha perecido totalmente al momento de la celebración del contrato	291
3. Compraventa de un bien que ha perecido solo parcialmente al momento de la celebración del contrato	294
4. Magnitud de la pérdida	298
5. Posiciones de la doctrina	298
5.1. La pérdida debe ser de la mayor parte del bien o de una parte considerable del mismo	299
5.2. Basta que la pérdida recaiga sobre una parte del bien	299
5.3. Debe apreciarse la intención de las partes contratantes	299
5.4. Debe verse cada caso concreto	299
6. Criterios de valoración de la parte subsistente del bien	300
7. Posiciones de la doctrina	300
7.1. El precio se reduce en relación a la parte del bien que se perdió	301
7.2. Debe efectuarse una justa tasación del bien	301
7.3. La reducción del precio debe tener estricta relación con la integridad del bien, sin considerar el valor de la parte subsistente	301
8. Naturaleza jurídica	302

9. Venta de un conjunto de bienes, alguno(s) de los cuales ha(n) perecido	304
10. Posiciones de la doctrina y la legislación	305
10.1. El contrato es rescindible porque el precio global confiere una unidad al objeto del acto	305
10.2. Debe apreciarse la intención de los contratantes, lo que equivale a decir que se estará a un adecuado arbitrio judicial	305
— Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1533	307
— Fundamento	307
— COMPRAVENTA CONMUTATIVA DE BIEN FUTURO O <i>EMPTIO REI SPERATAE</i>	309
— Fuentes nacionales del artículo 1534	309
— Análisis	310
1. Generalidades y precisiones necesarias	310
2. Deslinde doctrinal entre la denominada «Compraventa de bien futuro» y la llamada «Compraventa de esperanza incierta»	326
3. Naturaleza jurídica	329
3.1. Se trata de una compraventa condicional	330
3.2. Se trata de una compraventa sometida a una <i>conditio iuris</i>	335
3.3. Se trata de una promesa de venta	336
3.4. Se trata de una compraventa imperfecta	336
3.5. Se trata de una compraventa en periodo de constitución	337
3.6. Se trata de un futuro contrato de compraventa	338
3.7. Se trata de una compraventa meramente obligatoria	338
4. Grado de intervención de las partes para que el bien llegue a tener existencia	341
— Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1534	344
— Fundamento	344
— COMPRAVENTA CONDICIONAL DE BIEN FUTURO CON LA ASUNCIÓN DE ALGUNOS RIESGOS	345

— Fuentes nacionales del artículo 1535	345
— Análisis	347
1. Semejanzas y diferencias con la compraventa de bien futuro meramente conmutativa (artículo 1534) y la compraventa de bien futuro meramente aleatoria (artículo 1536)	350
2. Alcances de la asunción del riesgo de cuantía, pero no de la calidad ni de la existencia del bien	351
3. Alcances de la asunción del riesgo de calidad, pero no de cuantía ni existencia del bien	352
4. Alcances de la asunción de los riesgos relativos a cuantía y calidad, pero no de la existencia del bien	352
5. Posibilidad de combinar la asunción del riesgo	353
6. Importancia de una razonable presunción de que el bien llegará a existir	353
— Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1535	354
— Fundamento	354
 — COMPRAVENTA ALEATORIA DE BIEN FUTURO O <i>EMPTIO SPEI</i>	355
— Fuentes nacionales del artículo 1536	355
— Análisis	356
1. Estudio de los elementos constitutivos de este contrato	356
2. Concepto de álea <i>chance</i> , suerte, azar, esperanza y riesgo	357
3. Naturaleza jurídica del objeto de este contrato	360
4. Naturaleza jurídica de este contrato	361
4.1. Se trata de una compraventa condicional	361
4.2. Se trata de una compraventa perfecta	362
4.3. Se trata de una compraventa de un derecho eventual de crédito	362
4.4. Se trata de una compraventa de una determinada actividad	363
4.5. Se trata de un arrendamiento de servicios	363
4.6. Se trata de una compraventa aleatoria	364
4.7. Se trata de un contrato aleatorio	367
4.7.1. Contrato aleatorio atípico o innominado	368

4.7.2. Contrato aleatorio típico	369
5. Formas de resolver el problema en caso existieran dudas acerca de si el contrato de compraventa celebrado es uno conmutativo, aleatorio o un acto que comparte rasgos de conmutatividad y aleatoriedad	370
5.1. De acuerdo a las circunstancias que rodean a la celebración del contrato	370
5.2. De acuerdo al empleo de expresiones en sentido condicional	371
5.3. De acuerdo al monto del precio	371
5.4. De acuerdo a si se trata de una compraventa <i>ad mensuram</i> o <i>ad corpus</i>	371
5.5. De acuerdo a si se estipuló comisión para un intermediario	372
5.6. De acuerdo al grado de conocimiento que se tenga de la probable futura existencia del bien	372
5.7. De acuerdo a si se ha convenido el pago íntegro del precio ante cualquier eventualidad	373
5.8. Supuesto de duda insoluble	373
5.9. Nuestra posición	374
6. La venta de bien futuro, el caso fortuito, la fuerza mayor y la diligencia ordinaria requerida	375
7. Compraventa de bienes existentes, pero en peligro de dejar de existir	376
8. Compraventa de bienes afectados en garantía, embargados o sujetos a litigio por cualquier causa	383
— Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1536	393
— Fundamento	393
 — PROMESA DE LA OBLIGACIÓN O DEL HECHO DE UN TERCERO RELATIVA A LA EVENTUAL CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA	395
— Fuentes nacionales del artículo 1537	395
— Análisis	396
1. Consideraciones preliminares acerca de la pertenencia de los bienes y el contrato de compraventa	396
1.1. Criterio legal	396

1.2. Criterio contractual	397
2. Existencia de los bienes corporales ajenos	398
3. Existencia de los bienes incorporeales ajenos	402
4. Naturaleza jurídica del artículo 1537	403
4.1. Contrato atípico	403
4.2. Promesa de la obligación o del hecho de un tercero	408
— Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1537	423
— Fundamento	423
— NOVACIÓN LEGAL DE LA PROMESA DE LA OBLIGACIÓN O DEL HECHO DE UN TERCERO POR LAS OBLIGACIONES PROPIAS DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA	425
— Fuentes nacionales del artículo 1538	425
— Análisis	426
1. Naturaleza jurídica	426
1.1. Se trata de una obligación legal de transferir la propiedad del bien adquirido	426
1.2. Se trata de un caso de conversión del acto jurídico	428
1.3. Novación legal	434
— Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1538	445
— Fundamento	446

GASTOS DE ENTREGA Y TRANSPORTE

Artículo 1530.- «Los gastos de entrega son de cargo del vendedor y los gastos de transporte a un lugar diferente del de cumplimiento son de cargo del comprador, salvo pacto distinto».

Fuentes nacionales del artículo 1530.

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836.

En cambio, el tema sí es tratado por el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, artículo 1026: «Los gastos de la entrega son de cuenta del vendedor, y los de la ocupación de cargo del comprador, si no hai estipulación contraria»; así como por el Código Civil de 1852, artículo 1363: «Los gastos de entrega son de cargo del vendedor, los de transporte á la casa del comprador, son de cargo de éste, si no se hubiese pactado ó costumbre en contrario».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890, legislaba al respecto en su artículo 1719: «Si no hay pacto ó costumbre en contrario, los gastos de entrega corresponden al vendedor, y los del transporte de la cosa á la casa del comprador, son de cargo de éste».

De otro lado, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trató sobre el particular en su artículo 1363: «Los gastos de entrega son de cargo del vendedor; los de transporte á la casa del comprador, son de cargo de éste, si no se hubiese pactado ó costumbre en contrario».; en tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, de la Comisión Reformadora de 1926, lo hizo en el numeral 402: «Los gastos de entrega son de cargo del vendedor, los de transporte á la casa del comprador, son de cargo de éste, si no se hubiese pactado ó costumbre en contrario».; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el artículo 1388: «Los gastos de entrega son de cargo del vendedor, los de transporte son de cargo del comprador, si no hubiese pacto en contrario».; y el Código Civil de 1936, en su artículo 1399: «Los gastos de entrega son de cargo del vendedor; los de transporte son de cargo del comprador, si no hubiese pacto en contrario».

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, trató sobre el particular en el artículo 4: «Salvo pacto en contrario, los gastos usuales de entrega son de cargo del vendedor y los gastos usuales de transporte a un lugar distinto del de cumplimiento son de cargo del comprador».; mientras el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, lo hacía en el artículo 1560: «Salvo pacto en contrario, los gastos usuales de entrega son de cargo del vendedor y los gastos usuales de transporte a un lugar distinto del de cumplimiento son de cargo del comprador».; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, trataba el tema en el numeral 1493: «Los gastos de entrega son de cargo del vendedor y los gastos de transporte a un lugar distinto del de cumplimiento son de cargo del comprador, salvo pacto distinto».

Análisis

1. Principio general de Derecho de Obligaciones referente a los gastos que ocasiona el pago y principio especial del Contrato de Compraventa

Como recordamos, en virtud a lo establecido por el artículo 1241 del Código Civil, norma propia de las Disposiciones generales de pago de Derecho de Obligaciones, los gastos que ocasione el pago son de cuenta del deudor.¹

Por su parte, el artículo 1530 del Código Civil, norma correspondiente al contrato de compraventa, establece que los gastos de entrega son de cargo del vendedor y los gastos de transporte a un lugar diferente del de cumplimiento son de cargo del comprador, salvo pacto distinto.

En este sentido, el artículo antes mencionado pareciera tomar como sinónimos a los gastos de entrega propiamente dichos y a los gastos de transporte, expresiones que emplea para dos situaciones distintas, asignándoles consecuencias disímiles.

Sin embargo, más allá de la evidente intención del legislador —y como veremos oportunamente—, ello no es así, ya que la entrega es un concepto diverso del transporte, a la par que la distinción en lo que respecta a las consecuencias que establece el numeral bajo análisis, carece de sentido.

2. Entrega. Concepto

Entendemos por entrega al acto o sucesión de actos que se obliga a ejecutar el deudor para poder cumplir con la obligación de dar que ha asumido.

¹ Sobre el particular y para mayor abundamiento, remitimos al lector a nuestro análisis que sobre el tema efectuamos en una investigación anterior (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, segunda parte, tomo V, páginas 249 a 256).

Como recordamos, en materia de obligaciones de dar la entrega resulta indispensable para el cumplimiento de la obligación, en la medida que en esta clase de obligaciones, el acto fundamental de cumplimiento consiste —precisamente— en dicha entrega, ya que cualquier prestación adicional de otra naturaleza que hubiese resultado necesaria para elaborar u obtener el bien, tendrá una relevancia de carácter secundario frente a la entrega propiamente dicha.

Sin embargo, debemos recordar que el propio Código Civil, en el Libro de Derechos Reales, regula dentro del Capítulo Segundo, relativo a la adquisición y conservación de la posesión, diversos supuestos al respecto.

Así, será regla general la establecida por el artículo 900 del Código Civil en el sentido que la posesión se adquiere por la tradición, salvo los casos de adquisición originaria que establece la ley.

Por otra parte, en el artículo 901 se señala que la tradición se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que esta establece; constituyéndose, pues, en la regla general al respecto.

Las excepciones están contempladas en los numerales 902 y 903 del propio Código, que abordan el tema de la tradición ficta.

En la primera de las normas mencionadas, vale decir el artículo 902, se trata acerca de dos temas de antigua data: la *traditio brevi manu* y el *constituto posesorio*.

Este artículo señala que la tradición también se considera realizada cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo; o cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero. En este caso, la tradición produce efecto en cuanto al tercero solo desde que es comunicada por escrito.

Por otra parte, en el artículo 903 del Código Civil se establece que tratándose de artículos en viaje o sujetos al régimen de almacenes generales, la tradición se realiza por la entrega de los documentos destinados a recogerlos. Esta

norma agrega que, sin embargo, el adquirente de buena fe de objetos no identificables, a quien se hubiere hecho entrega de los mismos, tiene preferencia sobre el tenedor de los documentos, salvo prueba en contrario.

3. Gastos susceptibles de originarse por la entrega

Resulta evidente que la entrega podría generar gastos.

Hemos utilizado una expresión condicional, por cuanto existen determinados casos en los cuales la entrega en la compraventa no generará gasto alguno. Para ilustrar lo señalado, vamos a mencionar un ejemplo.

Supongamos que dos personas se encuentran en un mismo lugar y una de ellas ofrece a la otra en venta un libro (que tiene en su poder en ese instante). El destinatario de la oferta acepta y el vendedor ejecuta su obligación de manera inmediata. Está claro que en este caso la entrega no habrá implicado gasto alguno, razón por la cual dicho vendedor no se perjudicará en la menor medida.

Ahora bien, la entrega podría considerarse como generadora de gastos en la medida que dicha actividad implique, al menos, un desembolso patrimonial para el vendedor, por más mínimo que sea, como podría ser el caso —siguiendo con nuestro ejemplo anterior— en que dicho vendedor no tuviera consigo el libro y se viera en la necesidad de recogerlo de algún lugar para entregarlo a manos de la parte compradora.

Sin embargo, el ejemplo anotado sería uno en el cual los gastos que ocasionase el pago tendrían importancia patrimonial absolutamente insignificante, pero podríamos imaginar otros supuestos en que tal situación sea sustancialmente distinta, lo que se presentaría cuando, por ejemplo, el vendedor tenga que trasladar el bien a un lugar muy lejano, para entregarlo allí al comprador, o cuando tenga que sufragar determinados gastos o costos adicionales relativos

a dicha entrega, como sería el caso de contratar seguros, fletes, etc.

En relación a este tema debe mencionarse que el mismo adquiere relevancia mayúscula en lo que respecta a la compraventa internacional de mercaderías, punto que abordamos al analizar la denominada «Compraventa sobre documentos», legislada en los artículos 1580 y 1581 del Código Civil Peruano de 1984.

4. Transporte. Concepto

El tema del transporte se encuentra íntimamente relacionado con el de la entrega, ya que, salvo en los casos de tradición ficta, o en el de inmuebles por naturaleza, resultará imposible efectuar una entrega sin el transporte de los bienes al lugar en que debe realizarse el pago.

Dentro de tal orden de ideas, en la mayoría de casos, la entrega será el efecto del transporte; y el transporte será la causa de la entrega. Se puede decir, de esta forma, que entre ambos conceptos existe una íntima relación de causa y efecto.

5. Gastos susceptibles de derivarse del transporte

En realidad resulta difícil pronunciarnos en términos unívocos y concluyentes en torno a los gastos susceptibles de derivarse del transporte, ya que —independientemente de la parte que los asuma— el monto de los mismos dependerá del medio que se emplee para efectuar dicho transporte, como podría ser la vía terrestre, aérea o marítima, supuestos en los cuales, como resulta evidente, los costos de dicho transporte variarán de manera notable.

Además debe tenerse en consideración que dentro de cada uno de los medios de transporte mencionados, los costos no serán los mismos, pues variarán de acuerdo al prestigio y calidad de la firma que se escoja para ejecutar dicho

transporte, a la par que de la naturaleza del objeto u objetos que se vayan a transportar.

6. Transporte al lugar del cumplimiento (pago)

Como se recuerda, la regla general de Derecho de Obligaciones en lo referente al lugar de pago, está constituida por el artículo 1238, norma que establece que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Debe concordarse esta norma con lo dispuesto específicamente para el contrato de compraventa (artículo 1553), cuando se señala que el bien debe ser entregado, a falta de estipulación, en el lugar en que se encuentre en el momento de celebrarse el contrato; en tanto que si el bien fuera incierto, la entrega se hará en el domicilio del vendedor, una vez que se realice su determinación.

Independientemente de los comentarios que efectuamos más adelante con ocasión del análisis del artículo 1553 del Código Civil, es evidente que si el bien debe ser entregado en el lugar donde se encuentra o en el domicilio del deudor (vendedor), no habrá que efectuar transporte alguno al lugar del cumplimiento, pues al momento de celebrarse el contrato el bien ya se encontraba en esa ubicación. En estos casos, solo habrá que efectuar un transporte del bien, cuando a pesar de las circunstancias antes mencionadas, el mismo no se encontrara en ese lugar al momento de la celebración del contrato.

Ahora bien, si se tratase de una entrega que debe realizarse en un lugar distinto a los antes mencionados, evidentemente habrá que transportar el bien a dicha ubicación.

7. Estudio de la posibilidad de un «transporte a un lugar diferente del de cumplimiento»

Debemos confesar que siempre nos ha llamado la atención el extremo del artículo 1530 del Código Civil Peruano de 1984 cuando se refiere «a un lugar diferente del de cumplimiento». Decimos esto, porque dentro del Derecho de Obligaciones y Contratos resultaría imposible que se efectúe un pago en un lugar distinto o diferente del de cumplimiento.

Nos explicamos.

Si ello fuera así, esto equivaldría a decir que se puede cumplir con ejecutar una obligación en lugar distinto al convenido o al establecido por la ley.²

Entendemos que la frase que estamos criticando constituye un error, ya que lo propio no era referirse «a un lugar diferente del de cumplimiento», sino a un nuevo lugar que las partes hayan convenido para el cumplimiento de la obligación de entrega, diferente del originalmente pactado; vale decir, entendemos que se alude al supuesto en el cual se ha variado —evidentemente por mutuo acuerdo— el lugar en que debía efectuarse la entrega.

En tal entendido, serían aplicables a este extremo del artículo 1530 del Código Civil Peruano, similares críticas que las esgrimidas contra el texto del artículo 1570 (norma referente a la teoría del riesgo en el contrato de compraventa), ya que si las partes han acordado el cambio del lugar de pago, todo lo relativo a los gastos de entrega y a los gastos de transporte se regirá en torno al nuevo lugar que contemple el contrato modificatorio. Una interpretación diferente en lo que respecta a este punto carecería de sentido.

² Para mayor información remitimos al lector a una investigación anterior, en la que abordamos a profundidad el estudio del artículo 1238 del Código Civil (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, segunda parte, tomo V, páginas 197 a 216).

8. Pertinencia de la posibilidad de pacto distinto

Una vez anotadas nuestras observaciones sobre el artículo 1530 del Código Civil, a la vez que en relación a las múltiples deficiencias que el mismo presenta, debemos pronunciarnos acerca de la salvedad hecha en el propio numeral, relativa al pacto distinto.

Estimamos que dicha salvedad resulta pertinente, dadas las múltiples variantes existentes en relación al tema, con lo que se subraya el carácter de norma meramente dispositiva que tiene el artículo 1530, bajo comentario. Esto equivale a decir que los principios en él contenidos regirán única y exclusivamente a falta de pacto de las partes en sentido diverso, vale decir, de modo supletorio.

9. Los gastos que origine la celebración del contrato de compraventa

Finalmente, debemos aclarar que el supuesto del artículo 1530, difiere del regulado por el Código Civil Peruano en el numeral 1364.

El principio general con respecto a los gastos que origine la celebración de un contrato cualquiera, está establecido por el artículo 1364, norma que prescribe lo siguiente:

Artículo 1364.— «Los gastos y tributos que origine la celebración de un contrato se dividen por igual entre las partes, salvo disposición legal o pacto distinto».

En realidad el artículo 1364 mantiene plena vigencia en lo que respecta al contrato de compraventa, ya que en el Título referido a este contrato, no se contempla ningún artículo que prescriba en contrario. Debemos subrayar que el numeral 1364 alude concretamente a los gastos que origine la celebración del contrato en sí, vale decir, que se está refiriendo a los gastos que origine, por ejemplo, la suscripción del documento que lo contenga, los gastos notariales, etc., además de los gastos tributarios que implique dicha cele-

bración, mas no se está refiriendo a los gastos que origine su ejecución, como vendrían a ser los de entrega o transporte del bien. En este sentido, el artículo 1530, cuando prescribe que: «Los gastos de entrega son de cargo del vendedor y los gastos de transporte a un lugar diferente al del cumplimiento son de cargo del comprador, salvo pacto distinto», se está refiriendo a supuestos diferentes de aquellos contemplados por el numeral 1364.

Además, debemos establecer claramente que no consideramos que alguno de los gastos a que hemos hecho referencia, vale decir, aquellos relativos a la formalización del contrato, ni los tributarios, ni mucho menos los de entrega y transporte, sean supuestos que puedan considerarse como constitutivos del precio del contrato de compraventa, sino, en todo caso, podrían considerarse como prestaciones secundarias a las que estarán obligados los contratantes, o uno u otro de ellos.

Debemos señalar que a pesar de encontrarse el artículo 1530 del Código Civil Peruano ubicado dentro de las normas de las Disposiciones Generales del Contrato de Compraventa, tradicionalmente este tema se encuentra desarrollado en los diversos Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica dentro de las normas referentes a las obligaciones del comprador y del vendedor.

En la legislación consultada para la realización de este trabajo hemos podido advertir que existen cuatro corrientes bastante definidas en lo que se refiere al tema de los gastos de formalización del contrato de compraventa: una primera, establece que aquellos serán sufragados por el comprador; una segunda, que los sufragará el vendedor; una tercera, que lo harán ambas partes; y, por último, una cuarta, que lo harán según convengan los contratantes.

Veámos dichas corrientes de opinión:

9.1. Los gastos deben ser pagados por el comprador

Un numeroso grupo de Códigos Civiles establecen expresamente que los gastos de formalización del contrato de compraventa deberán ser sufragados por el comprador.³

En doctrina, quienes adoptan esta posición, son básicamente los autores franceses y aquellos que los siguieron.⁴

9.2. Los gastos deben ser pagados por el vendedor

En esta línea de pensamiento solo encontramos al Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1610).

³ Los siguientes Códigos Civiles establecen expresamente que los gastos de formalización del contrato de compraventa deberán ser sufragados por el comprador:

Código Civil Francés (artículo 1593), Código Civil Belga (artículo 1593), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1013), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1600), Código Civil Uruguayo (artículo 1673), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1390), Código Civil Brasileño (artículo 1129, los gastos de registro a cargo del comprador, salvo pacto en contrario), Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 330), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1475), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 589), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 490, los gastos de escritura y registro estarán a cargo del comprador, salvo pacto en contrario), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987 (artículo 1538).

⁴ DURANTON. *Op. cit.*, tomo VII, páginas 55 y 56; MARCADÉ, V. *Op. cit.*, tomo VI, página 185; TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, página 213; DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. *Cours Analytique de Code Civil*, tomo VII, página 34. París, 1887; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Précis de Droit Civil*, tomo II, página 343. Librairie de la Société du Recueil Gal - Des Lois et des arrêts, París, 1896; FOIGNET, René. *Op. cit.*, tomo II, página 515; MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo V, página 67. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; DURANTON. *Op. cit.*, tomo VII, página 56; y DEMANTE A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. *Op. cit.*, tomo VII, página 34.

9.3. Los gastos deben ser pagados por ambas partes

Dentro de esta tendencia hallamos a un numeroso grupo de Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica.⁵

En doctrina, respalda esta posición, entre otros autores, G. Boissonade.⁶

9.4. Los gastos deben ser pagados de acuerdo a la voluntad de las partes

En esta tendencia solo encontramos al Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1058, primer párrafo).

Dicho autor sustenta su particular posición en los siguientes términos:⁷

El Código español dice que si hay escritura, el otorgamiento de ésta será de cuenta del vendedor y la primera copia y los demás gastos posteriores, de la del comprador, salvo pacto en contrario. Para llegar, como es justo, a esta salvedad, vale más no establecer nada y dejar que las partes regulen en cada caso lo que quieran.

No sigo tampoco el criterio del Código boliviano, cuyo artículo 1013 dispone que 'los gastos de las escrituras y otros accesorios de la venta' son de cargo del comprador. Como se ve, el criterio es arbitrario en los diferentes Códigos y vale más dejarlo al gusto de las partes en cada caso.

Nosotros, en principio, pensamos que el contrato de compraventa no requiere en el Perú de ningún gasto para su perfeccionamiento, ya que se trata de un contrato consensual y no formal, a diferencia de otros países. Sin embargo, las partes, por seguridad jurídica, pueden establecer (y de hecho lo hacen), de mutuo acuerdo, el cumplimiento de ciertas formalidades, como podrían ser: celebrar el contrato por escrito, redactar una minuta con el asesoramiento de un letrado, elevarla a Escritura Pública, y, lo que resultaría sumamente previsor, inscribir dicho acto en los Registros Públicos. En estos casos, consideramos que los gastos de perfeccionamiento del contrato deberían ser sufragados de acuerdo a la voluntad de las partes; y, a falta de estipulación al respecto, regirá —en el Derecho Peruano— el principio establecido por el artículo 1364 del Código Civil, en el sentido que serán de cargo proporcional de ambas partes, pero esto solo respecto a aquellas formalidades previstas en el contrato. Todo lo no previsto correrá por cuenta del contratante que los desee efectuar, ya que no serán, propiamente, gastos de la celebración del contrato.

No compartimos el criterio de que los gastos del contrato deban ser sufragados por el comprador, pues no creemos que dicho acto se esté realizando exclusivamente en su interés. Cuando se celebra una compraventa, se hace en interés de ambos contratantes, ya que cada uno buscará la obtención de la prestación a ejecutar por la otra parte. De lo contrario, si ambos no tuvieran interés en ello, simplemente no contratarían.

⁵ Código Civil Colombiano (artículo 1862), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1067), Código Civil Español (este Código tiene un artículo bastante especial, ya que señala que los gastos de otorgamiento de escritura serán de cuenta del vendedor, y los de primera copia y los demás posteriores a la venta, serán de cuenta del comprador, salvo pacto en contrario), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 671), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2558, similar al Código Español), Código Civil Hondureño de 1906 (1615, similar al Código Español), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2117), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1344, similar al Código Español), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1380), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1391), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1364), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 624).

⁶ BOISSONADE, G. *Op. cit.*, tomo III, páginas 213 y 214.

⁷ OSSORIO Y GALLARDO, Ángel. *Op. cit.*, página 458.

Todo lo expresado, naturalmente, con prescindencia de las obligaciones tributarias que genera este contrato y cuya regulación consignamos como nota al pie de página.⁸

8

**DECRETO LEGISLATIVO No. 303 - LEY DEL
IMPUESTO A LA ALCABALA**

**CAPÍTULO II
DEL IMPUESTO DE ALCABALA**

Artículo 21°.- El Impuesto de Alcabala grava las transferencias de inmuebles urbanos y rústicos a título oneroso o gratuito, cualquiera sea su forma o modalidad, inclusive las ventas con reserva de dominio.

Artículo 22°.- La primera venta de inmuebles que realizan las empresas constructoras no se encuentra afecta al impuesto, salvo en la parte correspondiente al valor del terreno.

Artículo 23°.- Es sujeto pasivo en calidad de contribuyente, el comprador o adquirente del inmueble.

Artículo 24°.- La base imponible del impuesto es el valor de autovalúo del predio correspondiente al ejercicio en que se produce la transferencia, ajustado por el Índice de Precios al Por Mayor (IPM) para Lima Metropolitana que determina el Instituto Nacional de Estadística e Informática.

El ajuste es aplicable a las transferencias que se realicen a partir del 1 de febrero de cada año y para su determinación, se tomará en cuenta el índice acumulado del ejercicio, hasta el mes precedente a la fecha que se produzca la transferencia.

Artículo 25°.- La tasa del impuesto es de 3%, siendo de cargo exclusivo del comprador, sin admitir pacto en contrario.

No está afecto al Impuesto de Alcabala, el tramo comprendido por las primeras 25 UIT del valor del inmueble, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo precedente.

Artículo 26°.- El pago del impuesto debe realizarse dentro del mes calendario siguiente a la fecha de efectuada la transferencia.

El pago se efectuará al contado, sin que para ello sea relevante la forma de pago del precio de venta del bien materia del impuesto, acordada por las partes.

Artículo 27°.- Están inafectas del impuesto las siguientes transferencias:

- a) Los anticipos de legítima.
- b) Las que se produzcan por causa de muerte.
- c) La resolución del contrato de transferencia que se produzca antes de la cancelación del precio.
- d) Las transferencias de aeronaves y naves.
- e) Las de derechos sobre inmuebles que no conlleven la transmisión de propiedad.

f) Las producidas por la división y partición de la masa hereditaria, de gananciales o de condóminos originarios.

g) Las de alicuotas entre herederos o de condóminos originarios.

Artículo 28°.- Se encuentran inafectos al pago del impuesto, la adquisición de propiedad inmobiliaria que efectúen las siguientes entidades:

- a) El Gobierno Central, las Regiones y las Municipalidades.
- b) Los Gobiernos extranjeros y organismos internacionales.
- c) Entidades religiosas.
- d) Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú.
- e) Universidades y centros educativos, conforme a la Constitución.

Artículo 29°.- El rendimiento del impuesto constituye renta de las Municipalidades Distritales en cuya jurisdicción se encuentre ubicado el inmueble materia de transferencia.

En caso de Municipalidades Provinciales que tengan constituidos Fondos de Inversión Municipal, las Municipalidades Distritales deberán transferir, bajo responsabilidad, el 50% del rendimiento del Impuesto de Alcabala a la cuenta de dicho fondo.

**NORMAS REGLAMENTARIAS DEL IMPUESTO DE ALCABALA
DECRETO SUPREMO N° 041-89-EF
(01/03/89)**

CONSIDERANDO:

Que es necesario dictar las normas reglamentarias del impuesto de Alcabala regulado por el Decreto Legislativo N° 303, modificado en parte por el Decreto Legislativo N° 499.

En uso de la facultad conferida por el numeral 11 del artículo 211° de la Constitución Política del Perú;

DECRETA:

ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1°.- El Impuesto de Alcabala grava la transferencia de inmuebles rústicos o urbanos: a título oneroso o gratuito, cualquiera que sea la forma o modalidad del acto jurídico mediante el cual se realice e independientemente de la denominación que le den las partes.

En tal sentido se encuentra gravada la venta propiamente dicha, la venta con reserva de propiedad, el contrato de venta garantizada, la donación, la permuta, la dación en pago, la adjudicación por disolución de sociedad, el aporte social, la adjudicación por remate y cualquier acto que conlleve la transmisión de propiedad del inmueble.

Artículo 2°.- Se entiende no producida la transferencia en los casos en que la misma sea declarada nula judicialmente, salvo que la sentencia se base en el allanamiento de la demanda.

NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

Artículo 3°.- Tratándose de actos jurídicos en los cuales medie una condición suspensiva para que se realice la transferencia, la obligación tributaria nace en la oportunidad en que ésta se cumple.

En los casos en que las partes deseen elevar dicho contrato a escritura pública, será necesario el pago previo del impuesto.

SUJETOS DEL IMPUESTO

Artículo 4°.- Es sujeto activo del impuesto la Municipalidad Distrital en cuya jurisdicción se encuentre ubicado el inmueble objeto de la transferencia.

La Municipalidad Provincial es sujeto activo del impuesto respecto de inmuebles ubicados en la jurisdicción del distrito del cercado.

Tratándose de inmuebles que se encuentren en la jurisdicción de más de una Municipalidad, se considera sujeto activo la Municipalidad en cuya jurisdicción está la mayor extensión del mismo.

Artículo 5°.- Es sujeto pasivo del impuesto, en calidad de contribuyente, el comprador o adquirente, no surtiendo efecto frente al acreedor tributario ningún pacto en contrario.

Artículo 6°.- No son sujetos pasivos del impuesto:

- a) El Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y las Municipalidades;
- b) Las Instituciones Públicas, entendiéndose por tales las especificadas en el volumen 2 de la Ley Anual del Presupuesto General de la República;
- c) Los Gobiernos Extranjeros o los Jefes de Misión Diplomática a condición de reciprocidad, siempre que las adquisiciones de inmuebles se realicen a nombre del Estado y se destinen a residencias de sus representantes diplomáticos o al funcionamiento de oficinas dependientes de sus embajadas, legaciones y consulados;
- d) Los organismos internacionales, entendiéndose por tales los debidamente acreditados ante el Ministerio de Relaciones Exteriores;
- e) Las universidades y los centros educativos y culturales.
Se entiende por centros educativos, los comprendidos en el artículo 104° de la Ley N° 23384 -Ley General de Educación- y, por centros culturales los que obtengan conocimiento del sector Educación; y,
- f) El Banco de la Vivienda, la Empresa Nacional de Edificaciones (ENACE) y sus adjudicatarios de viviendas y lotes de interés social.

BASE IMPONIBLE

Artículo 7°.- Se entiende por autoavalúo del ejercicio, el valor del inmueble que resulte de aplicar los aranceles de terrenos y los precios unitarios oficiales de construcción vigentes al 31 de diciembre del año anterior.

Artículo 8°.- Para determinar el valor de transferencia sobre el que se liquidará el impuesto, se aplicarán las reglas siguientes:

- a) Inmuebles transferidos a título gratuito: el valor asignado en el respectivo contrato;
- b) Inmuebles adjudicados en pago: el monto de la obligación que se cancela;
- c) Inmuebles adjudicados en rifas y sorteos: el valor fijado al inmueble para la realización de los mismos;
- d) Inmuebles hipotecados: el valor pactado más el monto de la deuda hipotecaria que asuma el comprador;
- e) Inmuebles que se transfieran por remate: el valor del remate;
- f) Inmuebles cuyo precio no ha sido totalmente cancelado por el vendedor el valor pactado más el saldo del precio que asuma el comprador;
- g) Inmuebles que se transfieran mediante (sic) para ejercer la respectiva opción de compra.

En ningún caso los valores referidos podrán ser inferiores al de autoavalúo del ejercicio determinado para la aplicación del Impuesto al valor del Patrimonio Predial, ajustado conforme a lo dispuesto por el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 303, según el texto modificado por el Decreto Legislativo N° 499.

Artículo 9°.- Tratándose de transferencias de inmuebles en las que el precio se pague en moneda extranjera, el impuesto se liquidará sobre el monto que resulte de convertir dicha moneda a moneda nacional, utilizándose para tal efecto el tipo de cambio-venta vigente a la fecha de la firma de la minuta o contrato.

El tipo de cambio aplicable será el del mercado de la oferta y demanda de billetes o el del mercado libre que lo sustituya. De no existir éste, se utilizará el tipo de cambio venta de manera extranjera más alto, regulado por el Banco Central de Reserva.

Si el día de celebración de contrato o minuta no se publicare, el tipo de cambio referido se aplicará el de la publicación inmediata anterior.

ADMINISTRACIÓN Y RECAUDACIÓN

Artículo 10°.- Es órgano administrador del Impuesto la Municipalidad Distrital del lugar donde se encuentre ubicado el inmueble materia de la transferencia, salvo se trate de inmuebles ubicados en la jurisdicción del distrito del cercado, en cuyo caso el órgano administrador será la Municipalidad Provincial respectiva.

Cuando el inmueble materia de la transferencia se encuentre ubicado en la jurisdicción de dos o más municipalidades, será órgano administrador la Municipalidad dentro de la cual se encuentre la mayor extensión del inmueble.

Artículo 11°.- El pago del impuesto deberá realizarse dentro de los treinta días calendario siguientes a la fecha de efectuada la transferencia, en la respectiva Municipalidad o en las entidades recaudadoras que dichos órganos autoricen.

Tratándose de donaciones y aportes a sociedades, el pago del impuesto deberá efectuarse en forma previa a la elevación a escritura pública de dicho acto.

El pago deberá efectuarse al contado, sin que para ello sea relevante la forma de pago acordada entre las partes.

CONTROL

Artículo 12°.- Los notarios están obligados a verificar el pago del impuesto, no pudiendo elevar a escritura pública aquellos contratos gravados por los que no se ha pagado el respectivo impuesto.

Los notarios deberán, además, insertar en las escrituras públicas el comprobante de pago del impuesto, no surtiendo efecto legal las que carezcan de dicho requisito en tanto no sea subsanada la omisión.

Artículo 13°.- En todo acto o contrato en el que consta la transferencia de inmuebles, los notarios, bajo responsabilidad, no podrán dar fe de entrega de sumas de dinero, ni legalizar las firmas o las copias de los documentos privados o minutas, sin mencionar el monto del impuesto pagado y la fecha del comprobante de pago correspondiente que hayan tenido a la vista.

Los actos notariales que se efectúen contraviniendo lo dispuesto en el presente artículo no tendrán efecto jurídico alguno.

La responsabilidad de los Notarios y de quienes hagan sus veces, se sancionará conforme a lo dispuesto por el artículo 161° del Código Tributario.

Artículo 14°.- Los Notarios deberán enviar mensualmente a las Municipalidades administradoras del impuesto una relación de los contratos de transferencia elevados a escritura pública en el mes precedente, así como de los actos o contratos a que se refiere el artículo anterior.

La relación deberá contener la identificación de los contratantes, la ubicación del inmueble y el precio de transferencia, debiendo adjuntarse a la misma una copia del comprobante de pago del impuesto.

Artículo 15°.- Los Registradores Públicos, bajo responsabilidad, no podrán inscribir los actos o contratos de transferencia de inmuebles gravados en los que no se haya acreditado el pago del impuesto.

RECLAMACIONES Y DEVOLUCIONES

Artículo 16°.- Las reclamaciones que se interpongan respecto de este impuesto se rigen por las disposiciones del Código Tributario y la Ley Orgánica de Municipalidades.

El órgano administrador del impuesto será el encargado de tramitar y resolver las reclamaciones y las solicitudes de devolución.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

UNICA.- El impuesto que se recaude como producto de las transferencias realizadas antes del 10 de agosto de 1984, constituye recurso del Tesoro Público y su administración continúa a cargo de la Dirección General de Contribuciones.

Lima, 28 de Febrero de 1989

ALAN GARCÍA PÉREZ

Presidente Constitucional de la República

CARLOS RIVAS DÁVILA

Ministro de Economía y Finanzas.

DECLARAN QUE LOS REGISTRADORES ESTÁN PROHIBIDOS DE SOLICITAR CONSTANCIAS DE PAGO DEL IMPUESTO PREDIAL O DE ALCABALA PARA LOS EFECTOS DE UNA INSCRIPCIÓN EN LOS REGISTROS PÚBLICOS RESOLUCIÓN N° 067-95-SUNARP (20/10/95)

Lima, 17 de octubre de 1995

CONSIDERANDO:

Que por Ley N° 26366 se crea el Sistema Nacional de los Registros Públicos y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) como organismo descentralizado autónomo y ente rector del Sistema;

Que el Sistema Nacional de los Registros Públicos se encuentra orientado, entre otros aspectos, a la especialización y simplificación de los procedimientos y gestión de todos los registros que lo integran;

Que se encuentra plenamente vigente el Artículo 7° del Decreto Legislativo N° 776, Ley de Tributación Municipal, que establece que en ningún caso los Registros Públicos podrán requerir se acredite el pago de los impuestos a que alude el artículo 6° del mismo texto legal, para la inscripción o formalización de actos jurídicos;

Que, asimismo, se encuentra vigente la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Ley N° 25988, la misma que establece que las tasas o derechos que cobren los Registros Públicos por las inscripciones que realicen, no podrán exceder en ningún caso de una (1) Unidad Impositiva Tributaria;

Que se ha identificado a nivel nacional un reiterado incumplimiento por parte de algunos registradores de los dispositivos legales antes mencionados;

Que, en consecuencia, resulta necesario adoptar las medidas pertinentes a fin de garantizar el cumplimiento efectivo de la normatividad vigente y asegurar el ejercicio de una correcta y eficiente función registral;

De conformidad con lo establecido en los Artículos 16° de la Ley N° 26366, inciso a), y 7°, incisos c) y d), del Estatuto de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos SUNARP, aprobado mediante Decreto Supremo N° 04-95-JUS;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar que los registradores de los diversos registros que conforman el Sistema Nacional de los Registros Públicos, están prohibidos de solicitar constancias de pago del impuesto predial o de alcabala o documento alguno vinculado a dichos impuestos como condición previa para los efectos de una inscripción.

En consecuencia, no serán procedentes las observaciones o tachas derivadas de la exigencia de presentación de tales constancias o documentos, bajo responsabilidad.

Artículo 2°.- Declarar que las tasas o derechos que cobren los registros conformantes del Sistema Nacional de los Registros Públicos por las inscripciones que realicen, no podrán exceder en ningún caso de una (1) Unidad Impositiva Tributaria.

Artículo 3°.- Encargar a la máxima autoridad de las oficinas registrales correspondientes el estricto cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución, bajo responsabilidad, sin perjuicio de las acciones de fiscalización que ejecute la SUNARP.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS,
Superintendente Nacional de los
Registros Públicos.

**LEY DEL IMPUESTO GENERAL A LAS VENTAS E
IMPUESTO SELECTIVO AL CONSUMO
DECRETO LEGISLATIVO N° 821
(23/04/96)**

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA
POR CUANTO:

El Congreso de la República por Ley N° 26557 ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar por un plazo de 120 días en los términos a que hace referencia el Artículo 104° de la Constitución Política del Perú, sobre las normas relacionadas a impuestos, contribuciones, aportaciones y demás tributos y normas tributarias, a fin de introducir ajustes técnicos, simplificar y uniformar los procedimientos, precisar la vigencia y cobertura de los regímenes especiales, entre otros aspectos; así como armonizar las normas relativas al delito tributario y los cambios que éstos demanden en el Código Penal y demás normas pertinentes, entre otras materias;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Con cargo de dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

**NUEVO TEXTO DE LA LEY DEL IMPUESTO GENERAL A LAS VENTAS
E IMPUESTO SELECTIVO AL CONSUMO**

**TÍTULO I
DEL IMPUESTO GENERAL A LAS VENTAS**

**CAPÍTULO I
DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL IMPUESTO Y DEL
NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA**

Artículo 1°.- Operaciones Gravadas

El Impuesto General a las Ventas grava las siguientes operaciones:

- a) La venta en el país de bienes muebles;
- b) La prestación o utilización de servicios en el país;
- c) Los contratos de construcción;
- d) La primera venta de inmuebles que realicen los constructores de los mismos.

Asimismo, la posterior venta del inmueble que realicen las empresas vinculadas con el constructor, cuando el inmueble haya sido adquirido directamente de éste o de empresas vinculadas económicamente con el mismo.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando se demuestre que el precio de la venta realizada es igual o mayor al valor de mercado. Se entiende por valor de mercado el que normalmente se obtiene en las operaciones onerosas que el constructor o la empresa realizan con terceros no vinculados, o el valor de tasación, el que resulte mayor.

Para efecto de establecer la vinculación económica es de aplicación lo dispuesto en el artículo 54° del presente dispositivo.

También se considera como primera venta la que se efectúe con posterioridad a la reorganización o traspaso de empresas.

- e) La importación de bienes.

Artículo 2°.- Conceptos no gravados

No están gravados con el impuesto:

- a) El arrendamiento y demás formas de cesión en uso de bienes muebles e inmuebles, siempre que el ingreso constituya renta de primera o de segunda categorías gravadas con el Impuesto a la Renta.
- b) La transferencia de bienes usados que efectúen las personas naturales o jurídicas que no realicen actividad empresarial;
- c) La transferencia de bienes que se realice como consecuencia de la reorganización o traspaso de empresas;
- d) El monto equivalente al valor CIF, en la transferencia de bienes no producidos en el país efectuada antes de haber solicitado su despacho a consumo.
- e) La importación de:

- 1. Bienes donados a entidades religiosas.

Dichos bienes no podrán ser transferidos o cedidos durante el plazo de cuatro (4) años contados desde la fecha de la numeración de la Declaración Única de Importación. En caso que se transfieran o cedan, se deberá efectuar el pago de la deuda tributaria correspondiente de acuerdo con lo que señale el Reglamento. La depreciación de los bienes cedidos o transferidos se determinará de acuerdo con las normas del Impuesto a la Renta.

No están comprendidos en el párrafo anterior los casos en que por disposiciones especiales se establezcan plazos, condiciones o requisitos para la transferencia o cesión de dichos bienes.

- 2. Bienes de uso personal y menaje de casa que se importen libres o liberados de derechos aduaneros por dispositivos legales y hasta el monto y plazo establecidos en los mismos, con excepción de vehículos.
- 3. Bienes efectuada (sic) con financiación de donaciones del exterior,

siempre que estén destinados a la ejecución de obras públicas por convenios realizados conforme a acuerdos bilaterales de cooperación técnica, celebrados entre el Gobierno del Perú y otros Estados u Organismos Internacionales Gubernamentales de fuentes bilaterales y multilaterales.

- f) El Banco Central de Reserva del Perú por las operaciones de compra y venta de oro y plata que realiza en virtud de su Ley Orgánica.
- g) La transferencia o importación de bienes y prestación de servicios que efectúen las Instituciones Educativas Públicas Particulares exclusivamente para sus fines propios. Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas y el Ministro de Educación, se aprobará la relación de bienes y servicios inafectos al pago del Impuesto General a las Ventas.

La transferencia o importación de bienes y la prestación de servicios debidamente autorizada mediante Resolución Suprema, vinculadas a sus fines propios, efectuada por las Instituciones Culturales o Deportivas a que se refieren el inciso c) del Artículo 18° y el inciso b) del Artículo 19° de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobada por el Decreto Legislativo N° 774, y que cuenten con la calificación del Instituto Nacional de Cultura o del Instituto Peruano del Deporte, respectivamente.

- h) Los pasajes internacionales adquiridos por la Iglesia Católica para sus agentes pastorales, según el Reglamento que se expedirá para tal efecto; ni los pasajes internacionales expedidos por empresas de transporte de pasajeros que en forma exclusiva realicen viajes entre zonas fronterizas.
- i) Las regalías que corresponda abonar en virtud de los contratos de licencia celebrados conforme a lo dispuesto en la Ley N° 26221.
- j) Los servicios que presten las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y las empresas de seguros a los trabajadores afiliados al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones y a los beneficiarios de éstos en el marco del Decreto Ley N° 25897.
- k) La importación o transferencia de bienes que se efectúe a título gratuito, a favor de Entidades y Dependencias del Sector Público, excepto empresas; siempre que sea aprobada por Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas y por el Ministro del Sector correspondiente. En este caso, el donante no pierde el derecho a aplicar el crédito fiscal que corresponda al bien donado.

Asimismo, no está gravada la transferencia de bienes al Estado, efectuada a título gratuito, de conformidad a disposiciones legales que así lo establezcan.

- l) Los intereses y las ganancias de capital generados por Certificados de Depósito del Banco Central de Reserva del Perú y por Bonos «Capitalización Banco Central de Reserva del Perú».
- ll) Los juegos de azar y apuestas, tales como loterías, bingos, rifas, sorteos, máquinas tragamonedas y otros aparatos electrónicos, casinos de juego y eventos hipicos.
- m) La adjudicación a título exclusivo de bienes obtenidos por la ejecución

de los contratos de colaboración empresarial, a cada parte contratante, en base a la proporción contractual, siempre que cumplan con entregar a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT la información que, para tal efecto, ésta establezca.

- n) La asignación de recursos, bienes, servicios y contratos de construcción que efectúen las partes contratantes de sociedades de hecho, consorcios, joint ventures u otras formas de contratos de colaboración empresarial, que no lleven contabilidad independiente, para la ejecución del negocio u obra en común, derivada de una obligación expresa en el contrato, siempre que cumpla con los requisitos y condiciones que establezca la SUNAT.
- o) La atribución, que realice el operador de aquellos contratos de colaboración empresarial que no lleven contabilidad independiente, de los bienes comunes tangibles e intangibles, servicios y contratos de construcción adquiridos para la ejecución del negocio u obra en común, objeto del contrato, en la proporción que corresponda a cada parte contratante, de acuerdo a lo que establezca el Reglamento.

Artículo 3°.- Definiciones

Para los efectos de la aplicación del Impuesto se entiende por:

a) VENTA:

1. Todo acto por el que se transfieren bienes a título oneroso, independientemente de la designación que se dé a los contratos o negociaciones que originen esa transferencia y de las condiciones pactadas por las partes.
2. El retiro de bienes que efectúe el propietario, socio o titular de la empresa o la empresa misma, incluyendo los que se efectúen como descuento o bonificación, con excepción de:
 - El retiro de insumos, materias primas y bienes intermedios utilizados en la elaboración de los bienes que produce la empresa.
 - La entrega de bienes a un tercero para ser utilizados en la fabricación de otros bienes que la empresa le hubiere encargado.
 - El retiro de bienes por el constructor para ser incorporados a la construcción de un inmueble.
 - El retiro de bienes como consecuencia de la desaparición, destrucción o pérdida de bienes, debidamente acreditada conforme lo disponga el Reglamento.
 - El retiro de bienes para ser consumidos por la propia empresa, siempre que sea necesario para la realización de las operaciones gravadas.
 - Bienes no consumibles, utilizados por la propia empresa, siempre que sea necesario para la realización de las operaciones gravadas y que dichos bienes no sean retirados a favor de terceros.
 - El retiro de bienes para ser entregados a los trabajadores como condición de trabajo, siempre que sean indispensables para que el trabajador pueda prestar sus servicios, o cuando dicha entrega se disponga mediante Ley.

- El retiro de bienes producto de la transferencia por subrogación a las empresas de seguros de los bienes siniestrados que hayan sido recuperados.

b) BIENES MUEBLES:

Los corporales que pueden llevarse de un lugar a otro, los derechos referentes a los mismos, los signos distintivos, invenciones, derechos de autor, derechos de llave y similares, las naves y aeronaves, así como los documentos y títulos cuya transferencia implique la de cualquiera de los mencionados bienes.

c) SERVICIOS:

1. Toda acción o prestación que una persona realiza para otra y por la cual percibe una retribución o ingreso que se considere renta de tercera categoría para los efectos del Impuesto a la Renta, aún cuando no esté afecto a este último impuesto; incluidos el arrendamiento de bienes muebles e inmuebles y el arrendamiento financiero.

2. La entrega a título gratuito que no implique transferencia de propiedad, de bienes que conforman el activo fijo de una empresa a otra vinculada económicamente, salvo en los casos señalados en el Reglamento.

Para efecto de establecer la vinculación económica, será de aplicación lo establecido en el artículo 54° del presente dispositivo.

Entiéndase que el servicio es prestado en el país cuando el sujeto que lo presta se encuentra establecido en él, sea cual fuere el lugar de celebración del contrato o del pago de la retribución.

En el caso del servicio de transporte internacional de pasajeros, el Impuesto General a las Ventas se aplica sobre la venta de pasajes u órdenes de canje que se expidan en el país, así como el de los que se adquieran en el extranjero para ser utilizados desde el país.

d) CONSTRUCCIÓN:

Las actividades clasificadas como construcción en la Clasificación Internacional Industrial Uniforme (CIIU) de las Naciones Unidas.

e) CONSTRUCTOR:

Cualquier persona que se dedique en forma habitual a la venta de inmuebles construidos totalmente por ella o que hayan sido construidos total o parcialmente por un tercero para ella.

Para este efecto se entenderá que el inmueble ha sido construido parcialmente por un tercero cuando este último construya alguna parte del inmueble y/o asuma cualquiera de los componentes del valor agregado de la construcción.

Artículo 4°.- Nacimiento de la obligación tributaria

La obligación tributaria se origina:

- a) En la venta de bienes, en la fecha en que se emite el comprobante de pago o en la fecha en que se entregue el bien, lo que ocurra primero.
Tratándose de naves y aeronaves, en la fecha en que se suscribe el correspondiente contrato.

Tratándose de la venta de signos distintivos, invenciones, derechos de autor, derechos de llave y similares, en la fecha o fechas de pago señaladas en el contrato y por los montos establecidos; en la fecha en que se perciba el ingreso, por el monto que se perciba, sea total o parcial; o cuando se emita el comprobante de pago, lo que ocurra primero.

- b) En el retiro de bienes, en la fecha del retiro o en la fecha en que se emite el comprobante de pago, lo que ocurra primero.
- c) En la prestación de servicios, en la fecha en que se emite el comprobante de pago o en la fecha en que se percibe la retribución, lo que ocurra primero.
En los casos de suministro de energía eléctrica, agua potable, y servicios finales telefónicos, télex y telegráficos, en la fecha de percepción del ingreso o en la fecha de vencimiento del plazo para el pago del servicio, lo que ocurra primero.
- d) En la utilización en el país de servicios prestados por no domiciliados, en la fecha en que se anote el comprobante de pago en el Registro de Compras o en la fecha en que se pague la retribución, lo que ocurra primero.
- e) En los contratos de construcción, en la fecha de emisión del comprobante de pago o en la fecha de percepción del ingreso, sea total o parcial o por valorizaciones periódicas, lo que ocurra primero.
- f) En la primera venta de inmuebles, en la fecha de percepción del ingreso, por el monto que se perciba, sea parcial o total.
- g) En la importación de bienes, en la fecha en que se solicita su despacho a consumo.

CAPÍTULO II **DE LAS EXONERACIONES**

Artículo 5°.- Operaciones Exoneradas

Están exoneradas del Impuesto General a las Ventas las operaciones contenidas en los Apéndices I y II.

También se encuentran exonerados los contribuyentes del Impuesto cuyo giro o negocio consiste en realizar exclusivamente operaciones exoneradas a que se refiere el párrafo anterior, cuando vendan bienes que fueron adquiridos o producidos para ser utilizados en forma exclusiva en dichas operaciones exoneradas.

Artículo 6°.- Modificación de los apéndices I y II

La lista de bienes y servicios de los Apéndices I y II, según corresponda, podrá ser modificada mediante Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, con opinión técnica de la SUNAT.

Artículo 7°.- Vigencia y renuncia a la exoneración

Las exoneraciones contenidas en los Apéndices I y II tendrán vigencia hasta el 31 de diciembre de 1997.

Los contribuyentes que realicen las operaciones comprendidas en el Apéndice I podrán renunciar a la exoneración optando por pagar el im-

puesto por el total de dichas operaciones de acuerdo a lo que establezca el Reglamento.

Artículo 8°.- Carácter expreso de la exoneración

Las exoneraciones genéricas otorgadas o que se otorguen no incluyen este impuesto. La exoneración del Impuesto General a las Ventas deberá ser expresa e incorporarse en los Apéndices I y II.

CAPÍTULO III DE LOS SUJETOS DEL IMPUESTO

Artículo 9°.- Sujetos del impuesto

Son sujetos del Impuesto en calidad de contribuyentes, las personas naturales o jurídicas que:

- a) Efectúen ventas en el país de bienes afectos, en cualquiera de las etapas del ciclo de producción y distribución;
- b) Presten en el país servicios afectos;
- c) Utilicen en el país servicios prestados por no domiciliados;
- d) Ejecuten contratos de construcción afectos;
- e) Efectúen ventas afectas de bienes inmuebles;
- f) Importen bienes afectos.

Tratándose de personas que no realicen actividad empresarial pero que realicen operaciones comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Impuesto, serán consideradas como sujetos en tanto sean habituales en dichas operaciones.

También son contribuyentes del Impuesto las Sociedades de hecho, los consorcios, joint ventures u otras formas de contratos de colaboración empresarial, que lleven contabilidad independiente, de acuerdo con las normas que señale el Reglamento.

REGLAMENTO DE LA LEY DEL IMPUESTO GENERAL A LAS VENTAS E IMPUESTO SELECTIVO AL CONSUMO DECRETO SUPREMO N° 29-94-EF (29/03/94)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
CONSIDERANDO:

Que mediante Decreto Legislativo N° 775 se ha dictado las normas que regulan el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto Selectivo al Consumo, siendo necesario dictar las normas reglamentarias para su correcta aplicación;

En uso de las facultades conferidas por el inciso 8) del Artículo 118° de la Constitución Política del Perú;

DECRETA:

REGLAMENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 775

TÍTULO I DEL IMPUESTO GENERAL A LAS VENTAS

CAPÍTULO I NORMAS GENERALES

Artículo 1°.- Para los fines del presente Reglamento se entenderá por:

- a) Decreto: El Decreto Legislativo N° 821 y normas modificatorias.
- b) Impuesto: El Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal.
- c) Impuesto Selectivo: El Impuesto Selectivo al Consumo.
Cuando se haga referencia a un artículo, sin mencionar el dispositivo al cual corresponde, se entenderá referido al presente Reglamento.

CAPÍTULO II DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL IMPUESTO Y DEL NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

Artículo 2°.- Para la determinación del ámbito de aplicación del Impuesto, se tendrá en cuenta lo siguiente:

1. OPERACIONES GRAVADAS

Se encuentran comprendidos en el Artículo 1° del Decreto:

- a) La venta en el país de bienes muebles ubicados en el territorio nacional, que se realice en cualquiera de las etapas del ciclo de producción y distribución, sean éstos nuevos o usados, independientemente del lugar en que se celebre el contrato, o del lugar en que se realice el pago.
También se consideran ubicados en el país los bienes cuya inscripción, matrícula, patente o similar haya sido otorgada en el país, aún cuando al tiempo de efectuarse la venta se encuentre transitoriamente fuera de él.
Tratándose de bienes intangibles se consideran ubicados en el territorio nacional cuando el titular y el adquirente se encuentran domiciliados en el país.
- b) Los servicios prestados o utilizados en el país, independientemente del lugar en que se pague o se perciba la contraprestación, y del lugar donde se celebre el contrato.

El servicio es utilizado en el país cuando es prestado por un sujeto no domiciliado, es consumido o empleado en el territorio nacional.

En los casos de arrendamiento de naves y aeronaves y otros medios de transporte prestados por sujetos no domiciliados que son utilizados parcialmente en el país, se entenderá que sólo el sesenta por ciento (60%) es prestado en el territorio nacional gravándose con el Impuesto sólo dicha parte. No se considera utilizado en el país, los servicios de reparación y mantenimiento de naves y aeronaves y otros medios de transporte prestados en el exterior.

- c) Los contratos de construcción que se ejecuten en el territorio nacional, cualquiera sea su denominación, sujeto que lo realice, lugar de celebración del contrato o de percepción de los ingresos.

- d) La primera venta de inmuebles ubicados en el territorio nacional que realicen los constructores de los mismos.

Se considera primera venta y consecuentemente operación gravada, la que se realice con posterioridad a la resolución, rescisión, nulidad o anulación de la venta gravada.

La posterior venta de inmuebles gravada a que se refiere el inciso d) del Artículo 1° del Decreto, está referida a las ventas que las empresas vinculadas económicamente al constructor realicen entre sí y a las efectuadas por éstas a terceros no vinculados.

Tratándose de inmuebles en los que se efectúen trabajos de ampliación, la venta de la misma se encontrará gravada con el Impuesto, aún cuando se realice conjuntamente con el inmueble del cual forma parte, por el valor de la ampliación. Se considera ampliación a toda área nueva construida.

También se encuentra gravada la venta de inmuebles respecto de los cuales se hubiera efectuado trabajos de remodelación o restauración, por el valor de los mismos.

Para determinar el valor de la ampliación, trabajos de remodelación o restauración, se deberá establecer la proporción existente entre el costo de la ampliación, remodelación o restauración y el valor de adquisición del inmueble actualizado con la variación del Índice de Precios al Por Mayor hasta el último día del mes precedente al del inicio de cualquiera de los trabajos señalados anteriormente, más el referido costo de la ampliación, remodelación o restauración. El resultado de la proporción se multiplicará por cien (100). El porcentaje resultante se expresará con dos decimales.

Este porcentaje se aplicará al valor de venta del bien, resultando así la base imponible de la ampliación, remodelación o restauración.

No constituye primera venta para efectos del Impuesto, la transferencia de las alícuotas entre copropietarios constructores.

- e) La importación de bienes, cualquiera sea el sujeto que la realice.

Tratándose del caso de bienes intangibles provenientes del exterior, el Impuesto se aplicará de acuerdo a las reglas de utilización de servicios en el país. En caso que la Superintendencia Nacional de Aduanas-ADUANAS hubiere efectuado la liquidación y el cobro del Impuesto, éste se considerará como anticipo del Impuesto que en definitiva corresponda.

2. SUJETO ESTABLECIDO EN EL PAÍS

Debe entenderse que el sujeto se encuentra establecido en el país cuando se encuentre ubicado en el territorio nacional, sea o no domiciliado.

Un sujeto es domiciliado en el país cuando reúna los requisitos establecidos en la Ley del Impuesto a la Renta.

3. DEFINICIÓN DE VENTA

Se considera venta, según lo establecido en los incisos a) y d) del Artículo 1° del Decreto:

- a) Todo acto a título oneroso que conlleve la transmisión de propiedad de bienes, independientemente de la denominación que le den las partes, tales como venta propiamente dicha, permuta, dación en pago, expropiación, adjudicación por disolución de sociedades, aportes sociales, adjudicación por remate o cualquier otro acto que conduzca al mismo fin.

- b) La transferencia de bienes efectuados por los comisionistas y otros que realicen a por cuenta de terceros.

- c) El retiro de bienes, considerando como tal a:

- Todo acto por el que se transfiere la propiedad de bienes a título gratuito, tales como obsequios, muestras comerciales y bonificaciones, entre otros.

- La apropiación de los bienes de la empresa que realice el propietario, socio o titular de la misma.

- El consumo que realice la empresa de los bienes de su producción o del giro de su negocio, salvo que sea necesario para la realización de operaciones gravadas.

- La entrega de los bienes a los trabajadores de la empresa cuando sean de su libre disposición y no sean necesarios para la prestación de sus servicios.

- La entrega de bienes pactada por Convenios Colectivos que no se consideren condición de trabajo y que a su vez no sean indispensables para la prestación de servicios.

No se considera venta, los siguientes retiros:

- Los casos precisados como excepciones en el numeral 2, inciso a) del Artículo 3° del Decreto.

- La entrega a título gratuito de muestras médicas de medicamentos que se expenden totalmente bajo receta médica y cuya publicidad masiva en medios de comunicación esté prohibida, así como el material documentado informativo médico científico que se entrega con las referidas muestras médicas.

- Los que se efectúen como consecuencia de mermas o desmedros debidamente acreditados conforme a las disposiciones del Impuesto a la Renta.

- La entrega a título gratuito de bienes que efectúen las empresas con la finalidad de promocionar su línea de producción, comercialización o servicio, siempre que el valor de mercado de la totalidad de dichos bienes, no exceda del medio por ciento (0.5%) de sus ingresos brutos promedios mensuales de los últimos doce (12) meses, con un límite máximo de cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias.

4. PÉRDIDA, DESAPARICIÓN O DESTRUCCIÓN DE BIENES

En su caso, la pérdida, desaparición o destrucción de bienes por siniestro, a que se refiere el numeral 2 del inciso a) del Artículo 3° del Decreto, se acreditará con el informe emitido por la compañía de seguros, de ser el caso, y con el respectivo documento policial el cual deberá ser tramitado dentro de los diez días hábiles de producidos los hechos.

La baja de los bienes, deberá contabilizarse en la fecha en que se produjo la pérdida, desaparición o destrucción de los mismos.

5. RETIRO DE INSUMOS, MATERIAS PRIMAS Y BIENES INTERMEDIOS

El retiro de los insumos, materias primas y bienes intermedios a que se refiere el numeral 2 del inciso a) del Artículo 3° del Decreto, no se considera venta siempre que el mencionado retiro lo realice la empresa para su propia producción, sea directamente o a través de un tercero.

6. PROHIBICIÓN DE TRASLADAR EL IMPUESTO EN CASO DE RETIRO

En ningún caso el Impuesto que grave el retiro de bienes podrá trasladarse al adquirente de los mismos.

7. REORGANIZACIÓN Y TRASPASO DE EMPRESAS

Se entiende por:

- a) Reorganización de empresas, la resultante de la fusión o división de las mismas.

Se considera división de empresas cuando el patrimonio vinculado a una o más líneas de producción, comercialización, servicio o construcción, en su integridad es aportado de una empresa a otra nueva.

También es división de empresas, cuando el patrimonio vinculado a una o más líneas de producción, comercialización, servicio o construcción es transferido en su integridad a los accionistas, socios o titular de la empresa que es materia de la división, con la consiguiente reducción de capital y a condición, que quienes reciban dicho patrimonio lo exploten a través de una nueva empresa.

Se entiende producida la fusión o división con el otorgamiento de la escritura pública correspondiente.

- b) Traspaso de empresa, la transferencia en una sola operación, de los activos fijos y existencias con sus pasivos correspondientes que conforman una unidad de producción, comercialización, servicios o construcción, a un único adquirente, con el fin de continuar la explotación de la actividad económica a la cual estaban destinados.

8. BIENES NO CONSIDERADOS MUEBLES

No están comprendidos en el inciso b) del Artículo 3° del Decreto la moneda nacional, la moneda extranjera, ni cualquier documento representativo de éstas; las acciones, participaciones sociales, participaciones en sociedades de hecho, contratos de colaboración empresarial, asociaciones en participación y similares, facturas y otros documentos pendientes de cobro, valores mobiliarios y otros títulos de crédito, salvo que la transferencia de los valores mobiliarios, títulos o documentos implique la de un bien corporal, una nave o aeronave.

9. VENTA DE BIENES INGRESADOS MEDIANTE ADMISIÓN E IMPORTACIÓN TEMPORAL

No está gravada con el Impuesto la transferencia en el país de mercancía extranjera, ingresada bajo los regímenes de Importación Temporal o Admisión Temporal regulados por la Ley General de Aduanas, sus normas complementarias y reglamentarias, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos por la citada Ley.

10. TRANSFERENCIA DE BIENES ANTES DE SU DESPACHO A CONSUMO

En los casos de transferencia de bienes antes de su despacho a consu-

mo el adquirente deberá, al momento de solicitar el despacho, presentar ante la autoridad aduanera el comprobante de pago que acredite la transferencia a su favor. Para este efecto, el valor de la transferencia estará conformado por el valor CIF y el monto adicional que corresponda por la transferencia, salvo prueba en contrario.

TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA DECRETO SUPREMO N° 054-99-EF (13/04/99)

CAPÍTULO I DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1°.- El Impuesto a la Renta grava:

- a) Las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquéllas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos.
- b) Las ganancias y beneficios considerados en los artículos siguientes de este capítulo.

Artículo 2°.- Las ganancias y beneficios a que se refiere el inciso b) del artículo anterior, son los siguientes:

- a) Los resultados de la enajenación de bienes que, al cese de las actividades desarrolladas por empresas comprendidas en el Artículo 28°, inciso a), hubieran quedado en poder del titular de dichas empresas, siempre que la enajenación tenga lugar dentro de los dos (2) años contados desde la fecha en que se produjo el cese de actividades.
- b) Las indemnizaciones en favor de empresas por seguros de su personal y aquéllas que no impliquen la reparación de un daño, así como las sumas a que se refiere el inciso g) del Artículo 24°.
- También están gravadas las indemnizaciones destinadas a reponer, total o parcialmente, un bien del activo de la empresa, en la parte en que excedan del costo computable de ese bien, salvo que se cumplan las condiciones para alcanzar la inafectación total de esos importes que disponga el reglamento.
- c) Las rentas imputadas, incluyendo las de goce o disfrute, establecidas por esta ley.

Artículo 3°.- Constituyen rentas gravadas los siguientes ingresos, cualquiera sea su denominación, especie o forma de pago:

- a) Las regalías.
- b) Los resultados provenientes de la enajenación de:
- 1) Terrenos rústicos o urbanos por el sistema de urbanización o lotización.
 - 2) Inmuebles, comprendidos o no bajo el régimen de propiedad horizontal, cuando hubieren sido adquiridos o edificados, total o parcialmente, para efectos de la enajenación.
 - 3) Bienes adquiridos en pago de operaciones habituales o para cancelar créditos provenientes de las mismas.

Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1530

Este artículo podría ser derogado.

- 4) Bienes muebles cuya depreciación admite esta ley.
- 5) Derechos de llave, marcas y similares.
- 6) Bienes de cualquier naturaleza que constituyan activos de personas jurídicas o empresas constituidas en el país, de las empresas unipersonales domiciliadas a que se refiere el tercer párrafo del Artículo 14° o de establecimientos permanentes de empresas constituidas o domiciliadas en el exterior que desarrollen actividades generadoras de rentas de la tercera categoría.
- 7) Negocios o empresas.
- 8) Denuncios y concesiones.

c) Los resultados de la venta, cambio o disposición habitual de bienes.

En general, constituye renta gravada de las empresas, cualquier ganancia o beneficio derivado de operaciones con terceros, así como el resultado por exposición a la inflación determinado conforme a la legislación vigente.

Artículo 4°.- Sólo se presumirá que existe habitualidad, en la enajenación de bienes hecha por personas naturales, en los siguientes casos:

- a) Tratándose de inmuebles: cuando el enajenante haya efectuado en el curso del ejercicio, en el ejercicio precedente o en ambos, por lo menos dos (2) compras y dos (2) ventas de inmuebles, salvo que sea de aplicación el inciso b) del Artículo 3°.
- b) Tratándose de acciones y participaciones representativas del capital de sociedades, acciones del trabajo, bonos, cédulas hipotecarias y otros valores: cuando el enajenante haya efectuado en el curso del ejercicio, por lo menos diez (10) operaciones de compra y diez (10) operaciones de venta. Para esos fines, tratándose de valores cotizados en bolsa, se entenderá como única operación la orden dada al Agente para comprar o vender un número determinado de valores, aun cuando el Agente, para cumplir el encargo, realice varias operaciones hasta completar el número de valores que su comitente desee comprar o vender.

Las personas naturales que no hubiesen tenido la condición de habituales o que habiéndola tenido la hubiesen perdido en uno o más ejercicios gravables, computarán para los efectos del Impuesto el resultado de las enajenaciones a que se refieren los párrafos precedentes sólo a partir de la operación en que se presuma la habitualidad.

En ningún caso se considerarán operaciones habituales ni se computarán para los efectos de este artículo, las enajenaciones de bienes cuando éstos hayan sido adquiridos por causa de muerte.

Artículo 5°.- Para los efectos de esta ley, se entiende por enajenación la venta, permuta, cesión definitiva, expropiación, aporte a sociedades y, en general, todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso.

Fundamento

Pensamos que el tema tiene solución por los principios generales de pago, en especial por los preceptos que establecen que los gastos que ocasione el pago son de cargo del deudor (en este caso, el vendedor del bien).

Por lo demás, los gastos de transporte también deben formar parte de aquellos gastos y no vemos razón alguna para que si las partes —de mutuo acuerdo— varían el lugar convenido inicialmente para la entrega del bien, por otro distinto, deba variar el contratante sobre el cual recaigan dichos gastos.

PRECIO MIXTO

Artículo 1531.- «Si el precio de una transferencia se fija parte en dinero y parte en otro bien, se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes, independientemente de la denominación que se le dé.

Si no consta la intención de las partes, el contrato es de permuta cuando el valor es igual o excede al del dinero; y de compraventa, si es menor».

Fuentes nacionales del artículo 1531

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.

En cambio, sí abordó el particular el Código Civil de 1852, en su artículo 1324: «El precio en la venta debe ser convenido en dinero, pero si se determina que sea parte en dinero, parte en mercaderías ú otros bienes muebles ó inmuebles, el contrato será de permuta (1), si la porción ofrecida en dinero no llega á la mitad del precio».

El Proyecto de Código Civil de 1890, al respecto disponía en su artículo 1677 que: «El precio de la venta debe ser convenido en el dinero; pero, si se estipula que parte sea en dinero, y parte en mercaderías ó en otros valores, y en general en bienes que no sean dinero, el contrato es permuta, si

la parte del precio ofrecida en numerario no llega á la mitad del total estipulado».

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea de 1925, trató el tema en el artículo 1324: «El precio en la venta debe ser convenido en dinero, pero si se determina que parte sea en dinero, parte en mercaderías ú otros bienes muebles o inmuebles, el contrato será de permuta (1), si la porción ofrecida en dinero no llega á la mitad del precio»; mientras el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, lo hizo en el numeral 382: «El precio de la venta debe ser convenido en dinero, pero si se determina que parte sea en dinero, parte en mercadería ú otros bienes muebles o inmuebles, el contrato será de permuta, si la porción ofrecida en dinero no llega a la mitad del precio».

Ni el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, así como tampoco el Código Civil de 1936, registran antecedentes sobre el particular.

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle del año 1981, reguló el tema en su artículo 5: «Si el precio de una transferencia consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes no bastando la simple denominación que se le dé.— Si no constara la intención de las partes, el contrato será de permuta si el valor de la cosa fuera igual o excediere al del dinero; y será de compraventa si fuere menor»; en tanto el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hizo en el artículo 1561: «Si el precio de una transferencia consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes, no bastando la simple denominación que se le dé.— Si no constara la intención de las partes, el contrato será de permuta si el valor de la cosa fuera igual o excediere al del dinero; y será de compraventa si fuere me-

nor»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1494: «Si el precio de una transferencia se fija parte en dinero y parte en otro bien, se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes, independientemente de la denominación que se le dé.— Si no consta la intención de las partes, el contrato es de permuta cuando el valor del bien es igual o excede al del dinero; y de compraventa si es menor».

Análisis

1. Relación entre el contrato de compraventa y el contrato de permuta

El artículo 1531 del Código Civil Peruano plantea un punto de relación sumamente concreto entre el contrato de compraventa y el contrato de permuta, contrato, este último, definido por el Código Peruano en su artículo 1602 como aquel por el cual los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes.

Hemos podido constatar que la casi totalidad de Códigos Civiles consultados para la realización de este trabajo optan por definir al contrato de permuta.¹

¹ Los siguientes Códigos Civiles consultados otorgan una definición al contrato de permuta:

Código Civil Francés (artículo 1702), Código Civil Belga (artículo 1702), Código Civil Austriaco de 1811 (artículo 1045), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1123), Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1523), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 2075), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1708), Código Civil Chileno (artículo 1897), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1687), Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1549), Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1596), Código Civil Uruguayo (artículo 1769), Código Civil Argentino (artículo 1485), Código Civil Colombiano (artículo 1955), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1467), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1864), Código Civil Español (artículo 1538), Proyecto Boissonade de 1890

(artículo 754), Código Civil Japonés (artículo 586, inciso 1), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2748), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1677), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1290), Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 206), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 516), Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 410), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2181), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1428), Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 (artículo 352), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1558), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1552), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1036), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1852), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 651), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1602), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 799), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 696), Código Civil Cubano de 1988 (artículo 367).

El texto de los numerales citados, es el siguiente:

— *Código Civil Francés:*

Artículo 1702.- «La permuta es un contrato por el cual las partes se dan respectivamente una cosa por otra».

— *Código Civil Belga:*

Artículo 1702.- «La permuta es un contrato por el cual las partes se dan respectivamente una cosa por otra».

— *Código Civil Austríaco de 1811:*

Artículo 1045.- «La permuta es un contrato por el cual se cede una cosa por otra. La verdadera entrega no se da por la celebración, sino por el cumplimiento del contrato de permuta y también para la adquisición de la propiedad».

— *Código Civil Boliviano de 1831:*

Artículo 1123.- «El cambio es un contrato por el que las partes se obligan mutuamente a dar una cosa señalada por otra».

— *Código Civil Peruano de 1852:*

Artículo 1523.- «La permuta es un contrato en que dos o más personas se transfieren el dominio de una cosa por otra».

— *Proyecto de Código Civil de Andrés Bello:*

Artículo 2075.- «La permutación o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro».

— *Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853:*

Artículo 1708.- «La permuta es un contrato con el cual las partes se dan respectivamente una cosa por otra».

— *Código Civil Chileno:*

Artículo 1897.- «La permutación o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro».

— *Código Civil Salvadoreño de 1860:*

Artículo 1687.- «La permutación o cambio, es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro».

— *Código Civil Italiano de 1865:*

Artículo 1549.- «La permuta es un contrato bajo el cual cada una de las partes se obliga a dar una cosa a cambio de otra».

— *Código Civil de la Provincia de Québec de 1866:*

Artículo 1596.- «La permuta es un contrato por el cual las partes se dan respectivamente una cosa por otra».

Opera por el solo consentimiento, como la venta».

— *Código Civil Uruguayo:*

Artículo 1769.- «La permuta o cambio es un contrato por el cual los contratantes se obligan a dar una cosa por otra».

— *Código Civil Argentino:*

Artículo 1485.- «El contrato de trueque o permutación tendrá lugar cuando uno de los contratantes se obligue a trasferir a otro la propiedad de una cosa, con tal que éste le dé la propiedad de otra cosa».

— *Código Civil Colombiano:*

Artículo 1955.- «La permutación o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro».

— *Código Civil Venezolano de 1880:*

Artículo 1467.- «La permuta es un contrato por el cual cada una de las partes se obliga a dar una cosa para obtener otra por ella».

— *Código Civil Ecuatoriano:*

Artículo 1864.- «Permuta o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro».

— *Código Civil Español:*

Artículo 1538.- «La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra».

— *Proyecto Boissonade de 1890:*

Artículo 754.- «La permuta es un contrato por el cual una parte transfiere o se obliga a transferir a la otra la propiedad de una cosa o de cualquier otro derecho considerado como equivalente de una cosa o un derecho que ella adquiere o que le es prometido».

Si uno de los derechos respectivamente cedidos es inferior al otro en valor, la inequivalencia es compensada por un complemento en dinero u otra cosa.

El contrato es considerado como una venta, si el complemento en dinero excede el valor conjuntamente suministrado a cambio del valor recibido».

— *Código Civil Japonés:*

Artículo 586.-

«1.- Un contrato de permuta se hace efectivo cuando las partes involucradas acuerdan transferirse una a otra cualquier derecho de propiedad a excepción de la posesión de dinero.

[...].».

— *Código Civil Nicaragüense de 1903:*

Artículo 2748.- «La permuta es un contrato por el cual cada una de las partes se obliga a dar una cosa para recibir otra».

— *Código Civil Hondureño de 1906:*

Artículo 1677.- «La permuta es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto en cambio de otro».

— *Código Civil Panameño de 1917:*

Artículo 1290.- «La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra».

— *Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922:*

Artículo 206.- «Por el contrato de permuta se lleva a cabo entre las partes el cambio de unos bienes por otros.

Cada uno de los participantes en la venta (sic: debería decir: «permuta») se considera vendedor de lo que da en cambio, y comprador de lo que recibe».

— *Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926:*

Artículo 516.- «La permuta es un contrato en que dos o más personas se transfieren el dominio de una cosa por otra».

(El Doctor Manuel Augusto Olaechea, en su ejemplar de uso personal, modificó esta norma por la del siguiente texto:

«La permuta es un contrato en que dos o más personas se transfieren el dominio de una cosa por otra».)

— *Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927:*

Artículo 410.- «La permuta es el contrato por el cual cada una de las partes se obliga a dar una cosa para tener otra».

— *Código Civil Mexicano de 1927:*

Artículo 2181.- «La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa por otra. Se observará en su caso lo dispuesto por el artículo 2101».

— *Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930:*

Artículo 1428.- «Permuta; def.— La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra».

— *Código de las Obligaciones de Polonia de 1935:*

Artículo 352.- «Por el contrato de permuta, cada una de las partes se obliga a transferir a la otra la propiedad de una cosa o de otro derecho patrimonial a cambio de la obligación de transferir la propiedad de una cosa u otro derecho patrimonial».

— *Código Civil Venezolano de 1942:*

Artículo 1558.- «La permuta es un contrato por el cual cada una de las partes se obliga a dar una cosa para obtener otra por ella».

— *Código Civil Italiano de 1942:*

Artículo 1552.- «Noción.— La permuta es el contrato que tiene por objeto la transferencia recíproca de la propiedad de cosas, o de otros derechos, de un contratante a otro».

— *Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943:*

Artículo 1036.- «La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa o derecho para recibir otra u otro.

Los autores consultados coinciden en definir al contrato de permuta como aquel por el cual las partes, denominadas permutantes, se obligan mutuamente a transferirse la propiedad de bienes, sean estos muebles o inmuebles.²

Se ha discutido mucho acerca de la autonomía conceptual del contrato de permuta, al extremo de que hay un sector de la doctrina que busca negársela, señalando que se trata de un acto con ninguna o muy poca importancia práctica. Sin embargo, debemos manifestar que no estamos de acuerdo con esta tendencia doctrinal, ya que si bien la pér-

Sólo pueden ser objeto de permuta las cosas o derechos que pueden serlo de la compra-venta».

— *Código Civil Guatemalteco de 1973:*

Artículo 1852.- «La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes transmite la propiedad de una cosa a cambio de la propiedad de otra. Cada permutante es vendedor de la cosa que da y comprador de la que recibe en cambio; y cada una de las cosas es precio de la otra. Este contrato se rige por los mismos principios del contrato de compraventa, en lo que fueren aplicables».

— *Código Civil Boliviano de 1976:*

Artículo 651.- «(Noción). La permuta es un contrato por el cual las partes se transfieren recíprocamente la propiedad de cosas o intercambian derechos».

— *Código Civil Peruano de 1984:*

Artículo 1602.- «Por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes».

— *Código Civil Paraguayo de 1987:*

Artículo 799.- «Por el contrato de permuta las partes se transfieren recíprocamente la propiedad de cosas u otro derecho patrimonial».

— *Proyecto de Código Civil Colombiano:*

Artículo 696.- «La permuta es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a transferirse la propiedad u otro derecho por otra propiedad o derecho.

Sólo pueden cambiarse las cosas que puedan venderse. No son hábiles para celebrar el contrato de permuta los que son inhábiles para la venta».

— *Código Civil Cubano de 1988:*

Artículo 367.- «Por el contrato de permuta, las partes convienen en cambiar la propiedad de un bien por la de otro».

² En tal sentido, opinan, entre otros, JOSSEERAND, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 120; WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, página 622; y BORDA, Guillermo A. *Manual de Contratos*, página 290.

dida de importancia del contrato de permuta es una realidad innegable en las sociedades modernas, eso no implica que el contrato al cual estamos haciendo referencia deba ser identificado con la compraventa en cuanto a su naturaleza jurídica.³

Si bien es cierto que el contrato de permuta ha cedido su importancia inicial al contrato de compraventa —sin lugar a dudas el más usual de los contratos—, no ha dejado de tener alguna significación, sobre todo en localidades en donde el comercio artesanal y a menor escala, resulta frecuente, como es el caso de muchos pueblos del interior del Perú y de otros países de América Latina.⁴

En cuanto a la posición que ha adoptado el Derecho moderno frente al contrato de permuta, podríamos recordar que el Código Civil Francés, considerado como el primero de la llamada modernidad, legisla acerca de este contrato en seis normas: los artículos 1702 a 1707.⁵

³ Respecto a este tema, compartimos las opiniones de Badenes Gasset (BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, páginas 231 y 232) y Wayar (WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, página 621).

⁴ En este orden de ideas, se pueden apreciar las opiniones de Boissonade (BOISSONADE, G. *Op. cit.*, tomo III, páginas 459 a 461), Josserand (JOSSEMAND, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 120) y Wayar (WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, página 621).

⁵ Los artículos del Código Civil Francés acerca del contrato de permuta están comprendidos en el Título VII, entre los numerales 1702 y 1707, y tienen el texto siguiente:

Artículo 1702.— «La permuta es un contrato por el cual las partes se dan respectivamente una cosa por otra».

Artículo 1703.— «La permuta se perfecciona por el simple consentimiento, de la misma manera que la compraventa».

Artículo 1704.— «Si uno de los permutantes ha recibido ya la cosa dada en cambio a él, y si prueba a continuación que el otro contratante no es propietario de esa cosa, no puede ser forzado a entregar aquella que había prometido en trueque, sino solamente a devolver la recibida».

Artículo 1705.— «El permutante que sufra la evicción de la cosa que haya recibido en cambio, tiene la elección entre concluir por el abono de los daños y perjuicios o repetir la cosa suya».

Artículo 1706.— «La rescisión por causa de lesión no tiene lugar en el contrato de permuta».

Sin lugar a dudas este es un tratamiento sumamente reducido si se le compara con el otorgado por el mismo cuerpo legislativo al contrato de compraventa (artículos 1582 a 1701). Sin embargo, si es confrontado con el que otorgan al contrato de permuta Códigos más modernos, vemos que el Código Napoleón fue bastante generoso.

La reducción cada vez mayor del número de normas con el que se otorga tratamiento al contrato de permuta se debe a que con el paso del tiempo han ido desapareciendo las diferencias entre este contrato y el de compraventa.⁶

Como ha sido señalado anteriormente, la legislación de nuestra tradición jurídica se inclina cada vez más por reducir el tratamiento normativo que otorga al contrato de permuta, observándose que los Códigos modernos optan por incluir, en su gran mayoría, solo dos normas: una que define al contrato, y otra que remite el tratamiento del mismo al articulado del contrato de compraventa, en cuanto le fuera aplicable. Este es el caso del Código Civil Peruano de 1984, el que, como vimos, define al contrato de permuta en su artículo 1602, y que en virtud del artículo 1603 remite el tratamiento del mismo a las normas de la compraventa.

Pero con independencia del número de artículos que los Códigos Civiles otorgan para el tratamiento del contrato de permuta, es prácticamente una constante el que todos los Códigos consultados incluyan una norma de remisión al contrato de compraventa, tal como hace el Código Civil Peruano en su artículo 1603.⁷

Artículo 1707.— «Todas las demás reglas prescritas para el contrato de compraventa se aplican por otro lado, a la permuta».

⁶ Esta opinión es sostenida, entre otros, por Badenes Gasset, apoyándose en Castan Tobeñas (BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, página 233), Wayar (WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, página 622) y Borda (BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, página 290).

⁷ Los siguientes Códigos Civiles consultados contienen una norma de remisión a las disposiciones del contrato de compraventa, para que por medio de ellas se regule el contrato de permuta, naturalmente, en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato:

Código Civil Francés (artículo 1707), Código Civil Belga (artículo 1707), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1128), Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1539), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 2078), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1713), Código Civil Chileno (artículo 1900), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1690), Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1555), Código Civil Uruguayo (artículo 1775), Código Civil Argentino, (artículo 1492), Código Civil Colombiano (artículo 1958), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1472), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1867), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1100), Código Civil Español (artículo 576), Código Civil Alemán (artículo 515), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2755), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1680), Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 237), Código Civil Brasileño (artículo 1164), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1293), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 519), Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 415), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2185), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1431), Código Civil Chino de 1930 (artículo 398), Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 (artículo 353), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1450), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1465), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 947), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1563), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1555), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1042), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1852), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 654), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1603), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 533), Código Civil Paraguay de 1987 (artículo 802), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 699), Código Civil Cubano de 1988 (artículo 370), Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1599).

El texto de los numerales citados es el siguiente:

— *Código Civil Francés:*

Artículo 1707.- «Todas las demás reglas prescritas para el contrato de compraventa se aplican, por otro lado, a la permuta».

— *Código Civil Belga:*

Artículo 1707.- «Todas las demás reglas prescritas para el contrato de compraventa se aplican, por otro lado, a la permuta».

— *Código Civil Peruano de 1852:*

Artículo 1539.- «Regirán igualmente en la permuta las disposiciones sobre compraventa, en todo lo que no esté arreglado especialmente por las de este título».

— *Proyecto de Código Civil de Andrés Bello:*

Artículo 2078.- «Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que se da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato como el precio que paga por lo que reciben en pago».

— *Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853:*

Artículo 1713.- «Toda la otra regulación establecida para el contrato de venta se aplica a la permuta».

— *Código Civil Chileno:*

Artículo 1900.- «Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que se da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio».

— *Código Civil Salvadoreño:*

Artículo 1690.- «Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que se da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio».

— *Código Civil Italiano de 1865:*

Artículo 1555.- «Las otras reglas establecidas en el contrato de venta se aplicarán también a la permuta».

— *Código Civil Uruguayo:*

Artículo 1775.- «En todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se rige por las disposiciones concernientes a la venta».

— *Código Civil Argentino:*

Artículo 1775.- «En todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permutación se rige por las disposiciones concernientes a la venta».

— *Código Civil Colombiano:*

Artículo 1958.- «Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio».

— *Código Civil Venezolano de 1880:*

Artículo 1472.- «Las otras reglas establecidas para el contrato de venta se aplican al de permuta».

— *Código Civil Ecuatoriano:*

Artículo 1867.- «Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permuta en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato. Cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio».

— *Código Civil Costarricense de 1888:*

Artículo 1100.- «El contrato de cambio se rige por los mismos principios que el de venta: cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que se paga por lo que se recibe en cambio».

— *Código Civil Español:*

Artículo 1541.- «En todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta».

— *Código Civil Alemán:*

Artículo 515.- «Se aplican oportunamente a la permuta las disposiciones de compraventa».

— *Código Civil Nicaragüense de 1903:*

Artículo 2755.- «Las demás reglas establecidas para el contrato de venta se aplican también al de permuta».

— *Código Civil Hondureño de 1906:*

Artículo 1680.- «En todo lo que no se halle especialmente determinado en este Título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta».

— *Código de las Obligaciones de Suiza:*

Artículo 237.- «Las reglas de la venta se aplican al contrato de permuta, en el sentido que cada uno de los copermutantes es considerado como vendedor en cuanto a la cosa que él promete y como comprador en cuanto a la cosa que le es prometida».

— *Código Civil Brasileño:*

Artículo 1164.- «Se aplican a la permuta las disposiciones referentes a la compraventa, con las siguientes modificaciones:

- I.— Salvo disposición en contrario, cada uno de los contratantes pagará por mitad los gastos que tengan lugar por efecto de la permuta.
- II.— Es nula la permuta de valores desiguales entre ascendientes y descendientes, sin consentimiento expreso de los otros descendientes».

— *Código Civil Panameño:*

Artículo 1923.- «En todo lo que no se halle especialmente determinado en este Título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta».

— *Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil Peruano de 1926:*

Artículo 519.- «Regirán igualmente en la permuta las disposiciones sobre compra-venta, en todo lo que no esté arreglado especialmente por las de este título».

(El Doctor Manuel Augusto Olaechea, en su ejemplar de uso personal, modificó esta norma por la del texto siguiente:

«Regirán en la permuta las disposiciones sobre compra-venta, en lo que no esté arreglado especialmente por las de este título».)

— *Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927:*

Artículo 415.- «Las otras reglas establecidas para la venta se aplican, en tanto que esto sea posible, a la permuta».

— *Código Civil Mexicano de 1927:*

Artículo 2185.- «Con excepción de lo relativo al precio, son aplicables a este contrato las leyes de compraventa, en cuanto no se opongan a los artículos anteriores».

— *Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930:*

Artículo 1431.- «Disposiciones por las que se regirá la permuta.- En todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta».

— *Código Civil Chino de 1930:*

Artículo 398.- «Si una de las partes ha convenido en entregar a la otra una suma de dinero en adición a la transferencia de derechos patrimoniales prevista en el artículo precedente, las disposiciones de la venta relativas al precio reciben aplicación correspondiente en aquello que concierne a esta suma de dinero».

— *Código de las Obligaciones de Polonia de 1935:*

Artículo 353.- «Las reglas establecidas para la venta se aplican, en tanto se pueda a la permuta».

— *Proyecto de Código Civil Peruano de 1936:*

Artículo 1450.- «Regirán en la permuta las disposiciones sobre compra-venta en lo que le sean aplicables».

— *Código Civil Peruano de 1936:*

Artículo 1465.- «Regirán en la permuta las disposiciones sobre compraventa en lo que le sean aplicables».

— *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936:*

Artículo 947.- «Las disposiciones del presente título se aplicarán por analogía al cambio o trueque de bienes».

— *Código Civil Venezolano de 1942:*

Artículo 1563.- «Las demás reglas establecidas para el contrato de venta se aplican al de permuta».

— *Código Civil Italiano de 1942:*

Artículo 1555.- «Aplicabilidad de las normas sobre la venta.— Las normas establecidas para la venta se aplican a la permuta en cuanto sean compatibles con ésta».

— *Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943:*

Artículo 1042.- «En todo lo que no esté dispuesto en este capítulo, la permuta se regulará por las disposiciones concernientes a la compra-venta».

— *Código Civil Guatemalteco de 1973:*

Artículo 1853.- «Si la cosa que se entrega se ha de pagar parte en dinero y parte en otros bienes, el contrato será de permuta siempre que la porción estipulada en dinero no llegue a la mitad del precio».

— *Código Civil Boliviano 1976:*

Artículo 654.- «(Aplicación de las reglas sobre la venta). En cuanto sean compatibles, se aplican a la permuta las normas sobre la venta».

— *Código Civil Peruano de 1984:*

Artículo 1603.- «La permuta se rige por las disposiciones sobre compraventa, en lo que le sean aplicables».

— *Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984:*

Artículo 533.- «Se aplican a la permuta las disposiciones referentes a la compraventa, con las siguientes modificaciones:

2. Características del contrato de permuta en el Derecho Peruano

Una vez expresadas las anteriores consideraciones, creemos pertinente señalar las características del contrato de permuta de acuerdo a la legislación nacional vigente:

- (I) Salvo disposición en contrario, cada uno de los contratantes pagará por mitad los gastos como el instrumento de trueque.
- (II) Es anulable el trueque de valores desiguales entre ascendientes y descendientes, sin consentimiento expreso de los otros descendientes.

— *Código Civil Paraguayo de 1987:*

Artículo 802. - «En todo lo que no se haya determinado especialmente en este capítulo, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la compraventa».

— *Proyecto de Código Civil Colombiano:*

Artículo 699. - «Las disposiciones relativas a la venta se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa o derecho que transfiere, y el precio comercial a la fecha del contrato se mirará con el precio que paga por lo que recibe en cambio».

— *Código Civil Cubano de 1988:*

Artículo 370. - «Las disposiciones que regulan el contrato de compraventa son aplicables, en lo pertinente, al contrato de permuta».

— *Código Civil de la Provincia de Québec:*

Artículo 1599. - «Las reglas contenidas en el título De la venta se aplican igualmente a la permuta, cuando ellas no son incompatibles con los artículos del presente título».

Debemos anotar que el Código Civil Chino de 1930 y el Código Civil Portugués de 1967 contienen a este respecto disposiciones bastante peculiares, ya que el primero de los nombrados, en su artículo 347, hace de aplicación las disposiciones referentes al contrato de permuta a todos los otros contratos celebrados a título oneroso distintos de la venta, pero sin embargo, contiene además, el artículo 398, que hace de aplicación al contrato de permuta las disposiciones relativas al contrato de compraventa.

De otro lado, el Código Civil Portugués de 1967 no contiene un Título referente al contrato de permuta, sino uno relativo a «Otros contratos onerosos», cuyo único artículo, el 939, hace de aplicación las normas relativas al contrato de compraventa a todo otro contrato oneroso por el cual se afecten bienes o se establezcan cargas sobre ellos, en la medida que sean compatibles con su naturaleza y no estén en contradicción con las disposiciones legales respectivas.

2.1. Por su nombre, es un contrato nominado.

2.2. Por su regulación, es un contrato típico.

Está jurídicamente normado en nuestro Código Civil.

2.3. Por su estructura, es un contrato simple,

pues da lugar a una relación jurídica contractual.

2.4. Por su contenido, puede ser, tanto un contrato civil, como un contrato mercantil; ya que en virtud del artículo 2112 del Código Civil, dicho contrato, al igual que los de compraventa, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rigen por las disposiciones del mencionado cuerpo legislativo; y del hecho que en virtud del propio artículo 2112 se derogaron los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio.

2.5. Por su autonomía, es un contrato principal, pues no depende jurídicamente de otro contrato.

2.6. Por su función, es, esencialmente, un contrato constitutivo, aunque puede ser, por excepción, parte de uno modificatorio o regulatorio, pero nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará la obligación de transferirse recíprocamente la propiedad de bienes.

2.7. Por los sujetos a quienes obliga, se trata de un contrato individual, ya que las obligaciones creadas por él afectan únicamente a las partes que lo celebran.

2.8. Por la prestación, es un contrato bilateral o sinalagmático, hoy en día, bajo el Código Civil vigente, hablaríamos de un contrato con prestaciones recíprocas (artículos 1426 a 1434 del Código). En el contrato de permuta ambas partes se obligan recíprocamente a transferirse la propiedad de bienes.

Debemos señalar que durante los debates para la aprobación del precepto relativo a la definición del contrato de permuta, el Doctor Jack Bigio Chrem sugirió que este contrato comprendiera también el intercambio de otros derechos reales distintos al derecho de propiedad, planteamiento que no prosperó.⁸

⁸ COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. BIGIO CHREM, Jack. *Op. cit.*, páginas 3 y 4:

«Durante los debates para la aprobación de este precepto, el doctor Jack Bigio Chrem, sugirió que la definición de permuta debía comprender también el intercambio de derechos reales, distintos del derecho de propiedad. De esa manera, sería permuta el contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a constituir usufructo a favor de la otra a cambio de la obligación de ésta de transferirle la propiedad de un bien. Agregó el doctor Bigio que la orientación del código debiera ser la de ampliar el ámbito de aplicación de las normas relativas a contratos. De este modo, continuó, una serie de trueques de derechos serían permutas y no contratos innominados.

De otro lado, los doctores Javier Alva Orlandini y Guillermo Velaochaga Miranda sostuvieron que habiéndose acordado que por la compraventa sólo se origine la obligación de transmitir el derecho real de propiedad, no consideraban apropiado extender el ámbito de la definición de la permuta a otros derechos reales, diferentes al derecho de propiedad.

La Comisión Revisora, con el voto de los doctores Alva Orlandini, Fernández Arce, Haya de la Torre, Zamalloa Loaiza y Velaochaga Miranda, acordó aprobar la definición que contiene el artículo 1602 del Proyecto de Código Civil de 1981 y limitar la permuta únicamente a la obligación de transferir el derecho de propiedad.

Con motivo de los debates para la aprobación de las reglas relativas al contrato de permuta, el doctor Rodolfo Zamalloa Loaiza, expresó que en vista que la Comisión Revisora había acordado con anterioridad aprobar el texto definitivo del artículo 312 del Código Civil, sugería eliminar el artículo 1634 del mismo proyecto, según el cual se permite la permuta entre cónyuges. Manifestó que similar propuesta había formulado el doctor Max Arias Schreiber.

En vista de lo expuesto, el legislador acordó suprimir el artículo 1634 del citado proyecto con el voto unánime de los doctores Alva Orlandini, Fernández Arce, Haya de la Torre, Zamalloa Loaiza, Velaochaga Miranda y Bigio Chrem».

2.9. Por su valoración, es, por esencia, un contrato oneroso, por el cual ambas partes se obligan a ejecutar una prestación.

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

Pero sin embargo, tal como vimos en el caso de la compraventa, por excepción, puede concertarse de manera aleatoria.

2.11. Por su formación, es un contrato consensual, es decir, que se celebra con el solo consentimiento de las partes.

2.12. Por el tiempo, se trata, fundamentalmente, de un contrato de ejecución inmediata, pero nada impide que las partes acuerden diferirla, o, inclusive, hacerlo de ejecución continuada (naturalmente, nos estamos refiriendo al supuesto de ejecución continuada en la modalidad periódica).

Por el tiempo, también, es —en lo fundamental— un contrato a plazo fijo, ya que generalmente se establece en qué momento ambos permutantes deben transferirse la propiedad de los bienes sobre los que han tratado (si nada se estableciera al respecto, regirán, en la medida de lo posible, las disposiciones de los artículos 947 y 949 del Código Civil).

2.13. Por la negociación, es, generalmente, un contrato de negociación previa, es decir, en que las partes tienen la libertad de modelar el contenido, pero podría tratarse de un contrato por adhesión o que contenga cláusulas generales de contratación, ya que nada lo impediría —mas estos dos últimos supuestos son infrecuentes—.

2.14. Por sus efectos, es un contrato meramente obligatorio u obligacional.

2.15. Por el rol económico, es un contrato de cambio, ya que está destinado a la circulación de la riqueza; y de disposición, pues implica una disminución en el patrimonio de cada permutante (que se verá compensada con la contraprestación que debe recibir del otro).

3. Normas del contrato de compraventa que resultan aplicables al contrato de permuta

Al analizar el artículo 1531 del Código Civil, sin duda alguna nos hemos visto forzados a ingresar al terreno del contrato de permuta, ya que precisamente dicho numeral es el artículo que marca la línea divisoria (a veces muy tenue, ciertamente), existente entre ambos contratos.

Dentro de tal orden de ideas es absolutamente imprescindible, al abordar el contrato de compraventa establecer cuáles de sus normas son aplicables al contrato de permuta, pues, como ha sido dicho, por lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Peruano, la permuta se rige por las disposiciones sobre compraventa, en lo que le sean aplicables.

De esta forma, tenemos que hacer un recorrido por cada uno de los artículos del contrato de compraventa, estableciendo las razones por las cuales creemos deben o no resultar aplicables sus normas al contrato de permuta.

En adelante, este análisis pormenorizado.

— El artículo 1529

Como sabemos, el Código Civil Peruano ha optado por regular a la permuta en dos normas: el artículo 1603, que establece que dicho contrato se rige por las disposiciones sobre compraventa en lo que le sean aplicables, y el artículo 1602, que brinda una definición del contrato de permuta. En tal sentido, la permuta tiene una definición legal propia, en el citado artículo 1602, al igual que la compraventa, contrato que tiene su propia definición legal en el artículo 1529.

Es en virtud de estas consideraciones que obviamente no resulta aplicable a la permuta el artículo 1529 del Código Civil.

— El artículo 1530

Más allá de nuestras críticas efectuadas al artículo 1530, norma relativa a los gastos de entrega y de transporte, debemos decir que el citado numeral resulta aplicable al contrato de permuta, ya que tendrá que asumirse su tenor en relación a la obligación de entrega y gastos de transporte que debe sufragar cada uno de los permutantes.

Así, si hablamos del permutante A, los gastos de entrega del bien que debe entregar al permutante B, serán de cargo de A, y los gastos de transporte a un lugar diferente del de cumplimiento, serán de cargo de B, salvo pacto distinto.

A su vez, si hablamos del permutante B, los gastos de entrega del bien que debe entregar al permutante A, serán de cargo de B, y los gastos de transporte a un lugar diferente del de cumplimiento, serán de cargo de A, salvo pacto distinto.

Lo que estamos haciendo es explicar la norma bajo el tenor que le da el propio Código Civil, independientemente de las críticas que hemos formulado y formularemos sobre ella, las mismas que en el caso del artículo 1530, son abundantes.

— El artículo 1531

La norma que nos encontramos analizando se aplica, por excelencia, al contrato de permuta, ya que es precisamente el artículo encargado de establecer en qué casos de precio mixto estaremos frente a una permuta o frente a una compraventa. Resulta evidente que si la conclusión fuera que se trata de una compraventa, se aplicarían todas las normas de este contrato, pero si la conclusión fuese distin-

ta, vale decir, si se tratara de una permuta, necesariamente entraremos al problema que estamos analizando, consistente en dilucidar qué preceptos de la compraventa se aplican a la permuta.

Por lo demás, como se aprecia en este trabajo, existe un sector de la legislación de nuestra tradición jurídica, que ubica a la norma del precio mixto dentro del Capítulo o Título relativo al contrato de permuta. A pesar de ser minoritario el aludido sector, su existencia nos demuestra de por sí, que no resulta indispensable ubicar este numeral en compraventa, ya que también podría encontrar su natural lugar en permuta. Lo que ocurre, tal como expresamos en otro momento, es que la mayoría se inclina por regularlo en el contrato de compraventa, por ser este el más común de los contratos.

— *El artículo 1532*

Este numeral, que se encarga de establecer cuáles son las características de los bienes susceptibles de constituir objeto del contrato de compraventa, resulta de plena aplicación al contrato de permuta, ya que el bien materia de la venta constituye el elemento esencial especial característico de la obligación del vendedor; en tanto que en el contrato de permuta dicho bien será el elemento esencial especial, característico de la obligación asumida por ambos permutantes. De ahí que las características que debe reunir el bien materia de la venta son las mismas que deben reunir los bienes objeto de un contrato de permuta.

— *El artículo 1533*

Como sabemos, el artículo 1533 del Código Civil contempla el supuesto por el cual se celebra un contrato de compraventa sobre un bien que ha perecido parcialmente al momento de la celebración del contrato. En este sentido, se-

ría posible imaginar la existencia de un contrato de permuta que se celebre existiendo uno de los bienes que se permutan, pero habiendo dejado de existir parcialmente el otro bien, vale decir, aquel que está obligado a entregar y a transferir en propiedad la otra parte.

Pero, más allá de resultar factible imaginar un supuesto como este, tenemos que establecer si resultan igualmente aplicables las consecuencias previstas en la norma.

En este sentido, tendríamos que imaginar el supuesto en el cual A y B celebran un contrato de permuta. El bien que se obliga a entregar A se encuentra incólume, en tanto el bien que se obliga a entregar B ha perecido parcialmente antes de la celebración del contrato.

Si así fuese, y aplicáramos el artículo 1533, el permutante A tendría derecho a retractarse del contrato o a optar por exigir una rebaja derivada del menoscabo, en proporción al bien que se había obligado a entregar el permutante B.

Independientemente de nuestras críticas acerca de esa eventual acción de retractación, que no encuentra correlato dentro del propio Código Civil, ella resultaría factible de interponerse en la vía judicial por parte del contratante (permutante) perjudicado, que en este caso es el permutante A. Sin embargo, al ser una permuta, lo que se ha obligado A a entregar a B no es dinero, sino otro bien. Entonces, no resultaría del todo pacífico el camino de exigir una rebaja en la prestación que A tenga que ejecutar, relacionada con aquella parte del bien que B tenía que entregarle.

Consideramos que la opción planteada por esta norma sería de aplicación siempre y cuando los bienes que se permuten sean divisibles, en especial, el caso de cantidades de bienes fungibles. No sería de aplicación si los bienes permutados no fuesen divisibles (en este caso, los bienes que el permutante B se habría obligado a entregar al permutante A). Sin embargo, aun en este caso el contratante perjudicado podría demandar la rescisión del contrato —aunque cree-

mos que la acción que debió preverse es la de anulación—. ⁹

Antes de concluir nuestro análisis sobre la eventual aplicación del artículo 1533 al contrato de permuta, debemos decir que resultaría teóricamente factible imaginar que no solo haya perecido parcialmente uno de los bienes a permutar, sino que lo propio haya ocurrido con el bien que debe entregar la contraparte.

Lo que estamos planteando es el caso en el cual ambos bienes hayan perecido parcialmente antes de la celebración del contrato de permuta. Resulta evidente que el artículo 1533 no ha sido pensado para asumir un supuesto como el descrito, pero tendríamos que hacer el esfuerzo de imaginar cómo se aplicarían las consecuencias de la norma a un caso como el descrito.

Pensamos que si se tratara de transitar por el camino de la cuestionada retractación, sería el caso que ambos contratantes perjudicados podrían interponer dicha acción, pues ella resultaría aplicable *mutatis mutandis* al contrato de permuta.

Si una de las partes hubiese incurrido en error y la otra hubiese viciado su voluntad por dolo de la contraparte, entendemos que solo podría demandar la anulación del acto aquella que vició su voluntad por dolo de la contraparte, no pudiéndolo hacer quien hizo que su contraparte se equivocara dolosamente.

Siempre dentro del terreno de las hipótesis, podríamos imaginar la eventualidad en que ambas partes hubiesen viciado su voluntad por dolo de la parte contraria. En este caso, ninguna de ellas podría intentar demandar la anulación del acto celebrado, pues existiría dolo recíproco.

⁹ Véase CASTILLO FREYRE, Mario. *El Bien Materia del Contrato de Compraventa*, páginas 187 y 188.

— El artículo 1534

El artículo 1534 regula el supuesto de la venta de bien futuro conmutativa, conocida desde antaño como la *emptio rei speratae*. En este caso, según el referido artículo 1534, los efectos del contrato están sometidos a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia.

Dentro de tal orden de ideas, sería factible imaginar que el permutante A celebre un contrato con el permutante B; que el bien de A exista, en tanto que el bien que B se ha obligado a entregar, aún no tenga existencia al momento de la celebración del contrato. Si este fuese el caso, podría aplicarse, sin mayor problema, al contrato de permuta el supuesto planteado por el artículo 1534.

Ahora bien, lo interesante sería analizar el caso en el cual tanto el contratante A como el contratante B, celebren una permuta sobre bienes que respectivamente no han llegado a tener la existencia deseada. En otras palabras, si nos encontramos frente a una permuta de bienes futuros, en la que son futuros tanto el bien que tiene que entregar el permutante A como el bien que tiene que entregar el permutante B.

El supuesto del artículo 1534 nos plantea un contrato conmutativo. Es dentro de tal orden de ideas que en la eventualidad de que solo llegara a tener existencia uno de los bienes, en tanto que el otro no la llegase a tener, resultará claro que el contratante cuyo bien llegó a tener existencia, no tendrá la obligación de entregarlo a su contraparte, en tanto que este —obviamente— nada podrá entregar a la primera. Todo lo dicho se basa en el carácter conmutativo del contrato al que estamos haciendo referencia.

Finalmente, y dentro de la misma lógica empleada, podemos pensar que el contrato de permuta verse sobre dos bienes que todavía no tienen existencia, y que ninguno de ellos llegue a tener la existencia esperada. Al tratarse de un contrato conmutativo, resulta obvio que más allá de la imposibi-

lidad material de ejecutar la prestación por parte de cada uno de los contratantes respecto al otro, ambas obligaciones quedarán sin efecto, no debiéndose nada recíprocamente.

— *El artículo 1535*

Como sabemos, el artículo 1535 establece el caso de la venta de bien futuro conmutativa en cuanto a la existencia del bien, pero aleatoria, en cuanto a su cuantía y/o calidad.

En lo que respecta a la existencia del bien, estamos ante un contrato conmutativo, razón por la cual resultarán aplicables al contrato de permuta todas nuestras apreciaciones vertidas con ocasión del análisis del artículo precedente, en relación a la permuta (el numeral 1534).

Lo que quedaría por analizar es si el elemento de eventual aleatoriedad en cuanto a la cuantía y/o calidad es de aplicación o no al caso de la permuta. Por nuestra parte, pensamos que no habría inconveniente teórico ni práctico alguno para pensar que ambas normas se puedan aplicar a un contrato de permuta. Lo único que habrá que tener en cuenta es que ellas estarán dirigidas a tomar en consideración el elemento de aleatoriedad respecto de uno de los bienes permutados, y el otro seguirá la misma suerte que el precio en el contrato de compraventa.

Sin embargo, cabría la posibilidad de imaginar que ambas partes asuman riesgos de cuantía y/o calidad, tratándose de una permuta en la que ambos bienes sean futuros. Si este fuese el caso, el contrato surtirá efectos independientemente de si el bien llega a tener o no la existencia en la cuantía y/o calidad convenidas, siempre y cuando la omisión esté referida al elemento que se asumió como aleatorio.

— *El artículo 1536*

Como sabemos, el artículo 1536 del Código Civil contempla el supuesto de la compraventa de bien futuro en la

modalidad aleatoria, conocida desde el Derecho Romano, con el nombre de *emptio spei*.

En síntesis, este contrato implica que se pague el precio, ya sea que el bien llegue a tener existencia o, incluso, en la eventualidad de que no la llegue a tener.

Aplicando esta norma al contrato de permuta, podríamos decir que el mismo plantearía un supuesto como el que se describe a continuación:

A contrata con B una permuta. El bien que debe entregar A es presente o existente, en tanto que el bien que debe entregar B es futuro. Las partes pactan que llegue o no llegue a tener existencia el bien de B, A —de todas maneras— deberá cumplir con entregar en propiedad aquel bien que constituye objeto de su obligación contractual.

Pero, en igual medida que hemos planteado un supuesto de permuta de bien futuro aleatoria, concordante con lo prescrito por el artículo 1536, podríamos imaginar un supuesto todavía más complicado. Sería el caso en el cual las dos partes se obliguen a entregar en propiedad bienes futuros, asumiendo ambas el riesgo de la llegada a existencia de dichos bienes. En este sentido, si el contrato se celebra en términos enteramente aleatorios, y en la eventualidad de que ninguno de los dos bienes llegue a tener existencia, resultará evidente que ambas obligaciones se extinguirán y que ni A ni B deberán cumplir con prestación alguna.

Ahora bien, podría darse el caso en el cual uno de los bienes futuros llegue a tener existencia y el otro no. En este supuesto, al ser enteramente aleatorio el contrato, la parte cuyo bien llegó a tener la existencia pactada, deberá cumplir con entregarlo en propiedad a la otra, claro está, a cambio de nada, ya que manejamos el supuesto de que el bien objeto de la prestación de la contraparte nunca llegó a tener existencia.

— *El artículo 1537*

Una de nuestras posiciones más antiguas y firmes respecto del contrato de compraventa, es aquella que sostiene que el artículo 1537 del Código Civil Peruano, no regula un supuesto de compraventa, sino uno de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, en la que el promitente promete al promisorio que un tercero, propietario de un bien determinado, celebrará con el promisorio un contrato de compraventa en el futuro, o, que dicho tercero le transferirá efectivamente la propiedad de ese bien.

Es así, consecuentes con la posición mencionada, que creemos que el artículo 1537 resulta perfectamente aplicable al contrato de permuta. Para tal efecto, podríamos hacer la siguiente lectura del mismo: «El contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera por permuta la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472».

Como ha podido apreciar el lector, lo único que hemos hecho es introducir, por razones obvias, la referencia al contrato de permuta, ya que en virtud de una adecuada sistemática y no encontrándose el artículo 1537 ubicado dentro del Título del Contrato de Permuta, tenemos que hacer referencia al hecho de que la norma alude, en este caso, a la promesa de una permuta y no a la promesa de una compraventa.

Finalmente, debemos admitir que este supuesto resultaría plenamente aplicable al caso en el cual nos encontrásemos frente a un contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero *sui generis*, en el cual ambos contratantes se formulan una promesa recíproca en relación a la futura celebración de un contrato de permuta entre un tercero y alguno de ellos, independientemente de que se trate de dos terceros distintos y de dos bienes diferentes. En buena cuenta, lo que estamos señalando es que ambas partes podrían tener las calidades de promitente y promisorio,

y que lo que busquen a través del contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero que celebren, sea la celebración de uno o incluso de dos contratos de permuta distintos, contratos que serían celebrados entre cualquiera de ellos y una tercera persona, y en los cuales ambos tendrían la calidad de permutantes.

— *El artículo 1538*

Como analizamos oportunamente, estimamos que el artículo 1538 del Código Civil es un supuesto de novación legal, a través del cual la ley transforma las obligaciones propias de una promesa de la obligación o del hecho de un tercero, por las de un contrato de compraventa, y en donde torna al promitente en vendedor y al promisorio en comprador; todo ello, dentro del plano legal, e independientemente de las serias objeciones que en su momento formulamos a dicha norma.

En tal sentido, consideramos que el artículo 1538 sí resultaría aplicable a una eventual promesa de la obligación o del hecho de un tercero en la que el promitente haya prometido al promisorio que un tercero celebrará con el promisorio un contrato de permuta o que efectivamente le transferirá la propiedad de un bien, luego de celebrado dicho contrato.

Aquí la novación legal consistiría en que de adquirir el promitente la propiedad del bien, quedaría obligado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1538, a transferirlo al ex-promisorio, quien al igual que él tendría la calidad de permutante. El ex-promitente debería recibir a cambio el bien que se había convenido que el ex-promisorio iba a transferir al tercero con quien eventualmente celebrara esa futura permuta prometida; ello, claro está, en caso que se hubiese establecido o identificado dicho bien.

Sin embargo, cabría la posibilidad de que no se hubiera señalado en la promesa de la obligación o del hecho de un

tercero qué bien era el que iba a entregar en propiedad el ex-promisario. En este caso, podríamos llegar a tener los mismos problemas teóricos y prácticos que advertimos más adelante, en el análisis del artículo 1538 del Código Civil.

— *El artículo 1539*

Sí es de aplicación a la permuta el artículo 1539 del Código Civil, ya que como hemos señalado en un anterior trabajo,¹⁰ es perfectamente válida la permuta sobre bienes ajenos.

Esta opinión nuestra es compartida por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle.¹¹

Este numeral plantea el caso de la venta de bien ajeno en estricto. Dentro de estas consideraciones, podríamos pensar en mirar al 1539 como aplicable a una permuta de bien ajeno en estricto, entendiendo como tal al contrato en el que una de las partes se obliga a transferir a otra la propiedad de un bien ajeno, en tanto que su contraparte asume la obligación de transferir a la primera la propiedad de un bien propio.

En un supuesto como el descrito, si ambos contratantes conocen el carácter ajeno del bien, se tratará de una permuta válida, no rescindible y a la que solo podrá quitársele efectos a través de una eventual resolución del contrato, en caso el permutante que no era propietario del bien no cumpliera oportunamente con entregarlo en propiedad (supuesto de resolución por incumplimiento).

Si quien se obliga a transferir la propiedad de un bien propio desconoce el carácter ajeno del bien de su contraparte, de acuerdo a la norma bajo análisis, tendría derecho a

demandar la rescisión del contrato, salvo que dicha contraparte adquiera la propiedad del bien antes de la citación con la demanda.

Pero, estimamos que quedarían a salvo los preceptos relativos a la anulabilidad de los actos jurídicos. En tal sentido, si el permutante que se obliga a entregar un bien propio desconoce que el bien que se obliga a entregar su contraparte es ajeno, entonces, lo más probable es que dicho desconocimiento se haya derivado de un vicio de la voluntad, que en el caso que nos ocupa, si bien podría ser error, fundamentalmente será dolo, ya sea cometido este por acción o por omisión. Si tal fuera el caso, estaríamos ante un acto anulable. En otras palabras, la permuta de bien ajeno sería anulable.

Pero, también podríamos imaginar algo distinto a lo configurado por el artículo 1539, en relación al contrato de permuta. Nos referimos al caso en el cual ambos bienes objeto de la obligación de los permutantes, fueran ajenos.

Resulta obvio que el contrato será válido si ambas partes conocen recíprocamente el carácter ajeno de dichos bienes. Dentro de tal orden de ideas, si ambas partes cumplen con sus obligaciones, es obvio que no habrá problema alguno. Caso contrario, es decir, si una parte cumple o está dispuesta a cumplir y la otra no, la perjudicada por el incumplimiento de su contraparte, podría demandar de ella la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos y la consiguiente resolución del contrato.

Por otro lado, imaginémonos el supuesto en el cual siendo los dos bienes ajenos, una parte conoce el carácter ajeno del bien, en tanto que la otra desconoce tal situación, respecto del mismo bien.

Si la parte que desconoce el carácter ajeno del bien, desea rescindir la permuta, podrá hacerlo, en virtud de la facultad que le concede el artículo 1539 del Código Civil, pero con las restricciones impuestas por la norma en cuestión.

¹⁰ CASTILLO FREYRE, Mario. *Los Contratos Sobre Bienes Ajenos*. páginas 273 a 276. CONCYTEC, Lima, 1990.

¹¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*, primera parte, tomo III, página 436.

Por otra parte, podríamos imaginar una situación distinta, enfocando el tema desde la perspectiva de la existencia de un vicio de la voluntad, se trate de dolo o de error. En este caso, la parte que ha viciado su voluntad podría anular el acto.

El problema se plantearía si ambas partes desconocen recíprocamente el carácter ajeno de los bienes objeto de la permuta.

Si tal desconocimiento obedeciera a error, cualquiera de ellas podría demandar la anulación del contrato o la rescisión del mismo, si hacemos aplicable lo dispuesto por el artículo 1539 del Código. Si uno de los contratantes vició su voluntad inducido a error por la contraparte (es decir, si se configuró un supuesto de dolo), necesariamente la conclusión será que quien vició su voluntad por error podría demandar la anulación del acto (o su rescisión); pero, de ninguna manera podría pensarse que el culpable de la existencia de dicho vicio pueda demandar la anulación o rescisión del acto.

Finalmente, si hubo dolo recíproco en la permuta, ninguna de las partes podría anular el acto; ello, en virtud de la normatividad vigente al respecto.

— *El artículo 1540*

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1540, y refiriéndose a la venta de bien ajeno, si el bien solo fuese parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio.

Ahora bien, si quisiéramos hacer de aplicación esta norma al contrato de permuta, podríamos imaginar el siguiente caso.

A se obliga a transferir a B la propiedad de un bien que no le pertenece totalmente, sino solo en parte, en tanto que B se obliga a transferir a A la propiedad de un bien que sí le pertenece en su totalidad. Si B desconocía el carácter aje-

no del bien que A se había obligado a transferirle, entonces podría darse el caso en el que rija a favor de B la opción concedida en el artículo 1540, a través de la cual o pueda solicitar la rescisión del contrato o la reducción de la prestación que él tiene que cumplir (la misma que haría las veces de precio, al estar refiriéndonos al contrato de permuta).

Sin embargo, la aplicación de este precepto no sería del todo fácil, en la medida que en muchos de los contratos de permuta resultaría imposible reducir la prestación que tiene que ejecutar el permutante que es propietario del bien o de los bienes que se ha obligado a transferir a quien no es propietario de los que le corresponde entregar. En este caso, solo será posible aplicar el supuesto del artículo 1540, en tanto estemos frente a un permutante que pueda cumplir con entregar un bien de su propiedad, que tenga carácter divisible, ya que solo así podrá reducir su contraprestación sin que se desnaturalice la obligación asumida. Caso contrario, es decir, si la prestación a que está obligado es indivisible, no resultará imaginable que se produzca una reducción en ella.

Ahora bien, podría pensarse, como en alguna ocasión hemos escuchado decir, que la solución del problema estaría dada con la posibilidad de que el permutante del bien parcialmente ajeno sea obligado a transferir la propiedad de la parte del bien que le pertenece y a entregar un suplemento en dinero, para así, de este modo, se vean compensados los valores en relación a aquello que las partes se habían obligado a permutar originalmente. Por nuestra parte, no creemos en la racionalidad de una solución como la descrita, ya que atentaría contra el principio de identidad en el pago, imponiendo a dicho permutante el cumplimiento de una obligación jamás asumida, ya que el mismo nunca se obligó a entregar dicha cantidad de dinero, conjuntamente con el bien parcialmente ajeno. Consideramos que no podría ser obligado a ello; y si el otro permutante lo intentase, tendría todo el de-

recho a oponerse, exigiendo se siga el camino de la rescisión del contrato, por ser el único legal y prácticamente viable.

— *El artículo 1541*

Consideramos que el artículo 1541 del Código Civil resulta plenamente aplicable al contrato de permuta, debiendo asumirlo como que en los casos de rescisión de permuta de un bien totalmente ajeno o de un bien parcialmente ajeno, la parte que conocía el carácter ajeno del bien debe restituir a la parte que desconocía dicho carácter, el bien que hubiera recibido de esta última, así como pagarle la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Naturalmente, la devolución del bien y la indemnización a pagar, estarán a cargo del permutante que hubiera recibido el bien del otro permutante y que haya contratado sobre un bien que no le pertenecía (un bien ajeno).

Además, quien se obligó a transferir la propiedad de lo ajeno e incumplió con efectuar dicha transferencia, igualmente deberá reembolsar los gastos, intereses y tributos del contrato efectivamente pagados por el otro permutante, así como todas las mejoras introducidas por este.

— *El artículo 1542*

No nos cabe la menor duda que el artículo 1542 solo fue concebido en función del contrato de compraventa. Es más, por sus orígenes (el Código de Comercio Español y el Código de Comercio Peruano) no cabe duda al respecto, así como tampoco sobre su contenido, el cual está configurado estrechamente en relación al contrato de compraventa de bienes muebles en tiendas o establecimientos abiertos al público.

Todos sabemos que los contratos que se celebran en este tipo de establecimientos son contratos de compraventa y que resultaría sumamente extraño observar la celebración de contratos de permuta en estos locales.

No obstante ello, tal situación no debe ser descartada ni en el plano teórico ni en el plano práctico, ya que podría ser factible imaginar la celebración de un contrato de permuta (por ejemplo respecto de dos artefactos electrodomésticos, uno nuevo y otro usado) en este tipo de establecimientos, redondeándose el supuesto con los requisitos establecidos por el propio artículo 1542 del Código Civil Peruano, vale decir, que aparte de tratarse de una tienda o de un local abierto al público, la permuta de bien ajeno esté amparada con factura o póliza del permutante que lo entrega. En este caso, el bien ajeno entregado por la tienda o local abierto al público no sería susceptible de reivindicación por parte de su ex-propietario, quedando a salvo el derecho de este último para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra aquel que lo permutó indebidamente.

Es claro que en nuestras sociedades modernas, resultaría difícil encontrarnos frente a un contrato de estas características; pero ello no sería imposible.

No obstante, estimamos que la mayoría de casos en los cuales apreciaremos permutas de bienes ajenos, serán supuestos donde habrá ausencia de cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo 1542 (nos referimos a la entrega de factura o póliza), en tanto que el supuesto más común de este tipo de permutas se dará en Ferias de los pueblos del interior del país, en las cuales no impera —precisamente— la formalidad.

— *El artículo 1543*

Habiendo terminado nuestro análisis sobre la aplicación de las normas del bien materia de la venta al contrato de permuta, nos toca responder a la interrogante de si al mismo son o no aplicables los preceptos relativos al precio.

Los autores consultados para la realización de este trabajo coinciden en negar la posibilidad de aplicación de las normas del precio al contrato de permuta.

Nos atrevemos a dudar de tan categórica afirmación.

Consideramos que en el contrato de permuta, si bien ambas partes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes, ocurre que cada uno de esos bienes también cumple la función de ser precio del otro. Por tales consideraciones es que creemos factible la asimilación, en la medida de lo posible (vale decir, salvando la distinción entre el precio dinerario o mixto y el bien que sería objeto de las prestaciones en la permuta), de los artículos relativos al precio.

¿Por qué no considerar aplicable al contrato de permuta el artículo 1543, relativo a la nulidad del contrato cuando la determinación del precio se deja al exclusivo arbitrio de una de las partes?

No debe confundir el lector el supuesto del artículo 1543, en una eventual aplicación al contrato de permuta, con la determinación del bien dejada a la elección de una de las partes, hipótesis prevista en los artículos 1143 y 1144 del Código Civil.

Decimos esto, porque los referidos numerales se circunscriben a las obligaciones de dar bienes inciertos, en las cuales se ha señalado, al menos, la especie y la cantidad de dichos bienes. En tal sentido, obviamente si se tratara de un contrato de compraventa en el cual se hubiera dejado la elección de un bien incierto a una de las partes contratantes, no habría arbitrariedad alguna de por medio, en la medida que se sigan las prescripciones establecidas en los artículos 1143 y 1144, y sobre todo si dicha elección se ciñe al mecanismo establecido en ambas normas.

Pero, lo que debe tenerse en claro es que no nos encontramos ante una absoluta indeterminación, lo que equivale a decir que dicha elección será factible de realizarse, en la medida que existen mecanismos que la ley prevé para tal efecto.

No es lo mismo cuando hablamos del precio, pues la absoluta indeterminación del mismo y el que se deje en manos

de una sola de las partes, no nos permite aplicar ninguna de las normas o criterios establecidos en los artículos 1143 y 1144. Y es que no se trata de un supuesto de precio determinable, sino de precio indeterminado e indeterminable.

Es dentro de este orden de ideas que debemos enfocar el análisis del artículo 1543, no referido al precio, sino al bien, ya que en la permuta no hay precio de por medio sino dos bienes que se intercambian los permutantes (y, si cabe la expresión, en la permuta cada bien representa el precio del otro). Así, el artículo 1543 equivale al supuesto en el cual la determinación de uno de los bienes objeto de la permuta se deje al más absoluto arbitrio de una de las partes, infringiendo la pauta mínima establecida por el artículo 1142 del Código Civil, que establece que los bienes inciertos deben indicarse, cuando menos, en su especie y cantidad. Esto significaría encontrarnos ante una indeterminación del bien equivalente a la que existiría si lo que fuese indeterminado sea el precio. Así, si su determinación se dejara en manos de una sola de las partes, esta se encontraría en aptitud de cometer la mayor de las arbitrariedades, escogiendo el bien de más insignificante valor para entregarlo al otro permutante.

De ahí que la norma puede llegar a ser entendida como aplicable al contrato de permuta, y referida no al precio sino al propio bien.

Hacemos de aplicación estas consideraciones al supuesto en el cual no solo se deje indeterminado uno de los bienes, sino los dos. Ello sería así, con mayor razón y fundamento jurídico.

— *El artículo 1544*

Establece el artículo 1544 del Código Civil que es válida la compraventa cuando se confía la determinación del precio a un tercero designado en el contrato o a designarse posteriormente, siendo de aplicación las reglas establecidas en los artículos 1407 y 1408.

Resulta evidente que el citado artículo 1544 puede aplicarse al contrato de permuta, ya que no existiría inconveniente teórico ni práctico alguno para que las partes convengan en que un tercero escoja el bien; todo ello, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 1143, 1144, 1407 y 1408 del propio Código Civil.

Es claro que también podría acordarse la celebración de un contrato de permuta en el cual las partes convengan que será uno o varios terceros los que escojan el bien a entregar, no solo por parte de uno de los permutantes, sino por ambos. Esto significaría que la figura o planteamiento descrito con anterioridad resultaría aplicable recíprocamente a ambas partes, si ellas así lo decidieran.

— *El artículo 1545*

Pensamos que deberíamos asumir el supuesto del artículo 1545 del Código Civil como aplicable al bien materia de la permuta, comparando su valor con el que tenga el bien con el cual va a ser permutado en determinada Bolsa o mercado, en determinado lugar y día.

Si bien entendemos que un supuesto como este resultaría altamente improbable que ocurriera en la práctica, en el plano teórico sería plenamente factible el que se presentara y, por tanto, no debemos descartar al artículo 1545 como norma susceptible de ser aplicada al contrato de permuta.

— *El artículo 1546*

Si bien es cierto que el redundante artículo 1546 del Código Civil subraya la licitud de las partes para fijar el precio con sujeción a las cláusulas valoristas contempladas en el artículo 1235, ello no obsta a que pudiera aplicarse esa norma al contrato de permuta, entendiendo que dicha aplicación se haría en referencia a uno de los bienes objeto de este contrato y que la cláusula valorista o de reajuste esco-

gida tenga como correlato la obligación de entregar una cantidad mayor o menor de los bienes que se ha obligado a entregar el otro permutante. Lo que queremos expresar es que la aplicación del valorismo tendría en este caso, necesariamente, que hacerse respecto de los bienes que van a constituir contraprestación a aquella cosa que va a transferir uno de los permutantes y que ha sido tomada como referencia para que a ella le sean aplicables dichos conceptos de reajuste.

— *El artículo 1547*

Esta norma, si la hiciésemos aplicable al contrato de permuta, tendríamos que leerla en el sentido que en la permuta de bienes que el permutante permuta habitualmente, si las partes no han determinado la cantidad de bienes que el otro permutante deberá transferir, ni han convenido el modo de determinarla, regirá la cantidad normalmente establecida por el permutante del primer bien para el intercambio con dichos otros bienes.

Por otra parte, el segundo párrafo del citado artículo 1547, habría que entenderlo en el sentido que si se trata de bienes que tienen un valor de intercambio con relación a los que van a constituir su contraprestación, en Bolsa o mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el monto de estos últimos bienes, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega.

Como vemos, el artículo 1547 también devendría en aplicable al contrato de permuta.

— *El artículo 1548*

Esta norma establece que en la compraventa en que el precio se fija por peso, a falta de convenio, se entiende que se refiere al peso neto. Para hacerla de aplicación a la permuta, deberíamos comprender que ella está aludiendo a la permuta en la que el monto de los bienes que constituyen contraprestación se fija por peso. Entendemos que en este

caso, la presunción de que el peso está referido al peso neto, debe comprenderse como alusiva a ambos bienes materia del contrato de permuta. Así, cualquier referencia al peso en ambos casos, se entenderá hecha al peso neto.

Del análisis de los artículos 1543 a 1548, puede deducirse que, no sin dificultades, es probable la aplicación de las normas del precio en el contrato de compraventa al contrato de permuta, contrariamente a lo que establece la mayoría de autores de nuestra tradición jurídica.

Sin embargo, debemos subrayar el hecho de que estamos haciendo este análisis en el entendido de tratar —en la medida de lo posible— de hacer aplicables casi todas las normas de compraventa al contrato de permuta, sin que ello implique que desconozcamos que la compraventa tiene algunos elementos esenciales especiales de que carece el contrato de permuta, como es el caso del precio.

— *El artículo 1549*

Con el artículo 1549 comienza el Código Civil Peruano, el tratamiento de las obligaciones del vendedor. En esta norma establece que es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien. Resulta evidente que este artículo es de plena aplicación al contrato de permuta, ya que en él no será solo una parte la que se encuentra obligada a perfeccionar la transferencia de propiedad del bien, sino ambas.

En tal sentido, podría decirse que el numeral bajo análisis resulta doblemente aplicable a la permuta. Cada permutante tendría esta obligación respecto al bien que se haya obligado a transferir.

— *El artículo 1550*

Este precepto señala que el bien debe ser entregado en el estado en que se encuentre en el momento de celebrarse el contrato, incluyendo sus accesorios.

Resulta claro que el citado numeral es de perfecta aplicación al contrato de permuta y que resulta pertinente respecto a cada uno de los bienes y a cada una de las partes.

— *El artículo 1551*

Al ser de plena aplicación a la permuta el numeral 1551 del Código Civil, diremos que cada uno de los permutantes debe entregar al otro los documentos y títulos relativos a la propiedad o uso del bien permutado, salvo pacto distinto.

— *El artículo 1552*

El artículo 1552 del Código Civil deviene de plena aplicación al contrato de permuta, con la salvedad de que se aplica a cada uno de los bienes permutados, debiendo, cada uno de ellos, ser entregado inmediatamente después de celebrado el contrato, salvo la demora resultante de su naturaleza o de pacto distinto.

— *El artículo 1553*

Esta norma es aplicable al contrato de permuta, entendiéndose que a falta de estipulación al respecto, cada uno de los bienes permutados debe entregarse en el lugar en que se encuentren en el momento de celebrado el contrato.

De otro lado, en lo que se refiere a la segunda parte de esta norma, podría darse el caso en que no solo uno de los bienes, sino ambos fueran inciertos, supuesto en el cual la entrega se hará en el domicilio del vendedor, una vez que se realice su determinación.

— *El artículo 1554*

Pensamos que el artículo 1554 del Código Civil debe aplicarse a la permuta, entendiendo que cada uno de los

permutantes responde frente al otro por los frutos del bien, en caso de ser culpable de la demora de su entrega. Si no hay culpa, cada uno de los permutantes responderá por los frutos solo en caso de haberlos percibido.

— *El artículo 1555*

Esta norma, también aplicable al contrato de permuta, puede ser entendida en el sentido que si al tiempo de celebrarse el contrato, el permutante A conocía de un obstáculo que iba a demorar la entrega del bien que debía efectuarle el permutante B, no se aplica el artículo 1554, ni el permutante B es responsable de indemnización alguna por los daños y perjuicios que dicha demora eventualmente hubiese causado.

Ahora bien, podemos entender que esta norma sería aplicable incluso en el supuesto que ambos contratantes tuvieran problemas para cumplir a tiempo, y ambos, igualmente, conocieran de la existencia de dichos problemas, al momento de la celebración del contrato.

Allí resultaría obvio que ninguno de los dos debería responder por los daños y perjuicios que eventualmente hubiese causado a la parte contraria.

— *El artículo 1556*

Resulta claro que el artículo 1556 del Código Civil es aplicable al contrato de permuta, entendiéndolo de esta forma: cuando se resuelve la permuta por falta de entrega de uno de los bienes, el permutante culpable debe reembolsar al permutante no culpable los tributos y gastos del contrato que hubiera pagado e indemnizarle los daños y perjuicios.

— *El artículo 1557*

Para aplicar el artículo 1557 al contrato de permuta deberíamos entender la existencia de una figura en la cual uno de los permutantes tenga que entregar un bien de manera indivisible, en tanto que el otro deba entregar el suyo a plazos, vale decir, de manera divisible. Así las cosas, demorada la entrega del bien por el permutante que debe entregarlo de manera indivisible, dicha demora tendrá por efecto que los plazos del otro permutante se prorroguen por el tiempo que dure la demora.

— *El artículo 1558*

Debemos tener cuidado al momento de aplicar el artículo 1558 y los demás relativos a las obligaciones del comprador, al contrato de permuta. Se trata del mismo cuidado que era necesario tomar en la aplicación de las normas del precio (artículos 1543 a 1548).

En relación al primer párrafo del artículo 1558, podríamos asumir que cada uno de los permutantes estaría obligado a pagar el precio en el momento, de la manera y en el lugar pactados.

No nos olvidemos que en lo relativo a las obligaciones del vendedor ya existe una norma (el artículo 1552), atinente al momento de la entrega, al igual que otra (el artículo 1553), relativa al lugar de la entrega del bien. En este caso, debemos compatibilizar, tratándose de un contrato de permuta, la existencia de una regulación en obligaciones del vendedor y en obligaciones del comprador sobre los mismos temas, ya que el artículo 1558 también se refiere a ellos.

Así, el segundo párrafo del artículo 1558 podríamos entenderlo —referido al contrato de permuta— en el sentido que a falta de convenio y salvo usos diversos, el bien debe ser entregado en su integridad en el momento y lugar en que se entregue el otro bien. Esta norma resulta congruente

con las disposiciones de obligaciones del vendedor y, además, es pertinente para efectos de la función y medios de defensa propios de un contrato con prestaciones recíprocas, como es el caso del contrato de compraventa, ya que podría llegar a resultar aplicable al caso lo relativo a la excepción de incumplimiento.

Finalmente, diríamos que la última parte del segundo párrafo del artículo 1558 podría entenderse en el sentido que si uno de los permutantes no puede efectuar el pago en el lugar de la entrega del bien por parte del otro permutante, dicha entrega se hará en el domicilio del primero de los permutantes mencionados.

— *El artículo 1559*

Este numeral también debería ser entendido como referente a una permuta en la cual uno de los bienes es indivisible (o por lo menos, debe ser entregado en una sola ocasión) y que el bien que se ha obligado a entregar el otro permutante, es de naturaleza divisible.

— *El artículo 1560*

Este artículo deviene en aplicable al contrato de permuta, en la medida que resulte siéndolo el numeral precedente.

— *El artículo 1561*

El supuesto del artículo 1561 del Código Civil se basa en que estemos ante un contrato de compraventa en el que se haya pactado el pago del precio a plazos, y que éstos no sean menores de tres (tres armadas o cuotas). Dentro de tal orden de ideas, si quisiésemos aplicar este numeral al contrato de permuta, deberíamos pensar en un contrato de permuta en el cual una de las partes se obligue para con la otra a transferirle periódicamente la propiedad de partes de

un bien o de bienes que —sumadas dichas entregas— constituyan el íntegro de la prestación a ejecutar.

Si así fuera, sería aplicable al contrato de permuta. No debería descartarse tampoco que la entrega o pago periódico de dichos bienes no solo podría ser objeto de la obligación de uno de los contratantes sino de ambos. En este caso, las acciones corresponderían —claro está— a la parte que se estuviese perjudicando con el incumplimiento de la otra.

— *El artículo 1562*

Más allá de nuestro absoluto desacuerdo con el contenido del artículo 1562 del Código Civil, este numeral podría resultar de plena aplicación al contrato de permuta, en la medida que —siempre dentro del supuesto del artículo 1561— ya se hubiera entregado y transferido la propiedad de más del 50% del bien o de los bienes que corresponde transferir al permutante que se ha obligado a ello.

— *El artículo 1563*

El primer párrafo del artículo 1563 puede ser perfectamente aplicado al contrato de permuta, debiendo entenderse como que la resolución del contrato por incumplimiento de uno de los permutantes da lugar a que el otro permutante devuelva lo recibido, teniendo derecho a una compensación equitativa por el uso del bien y a la indemnización de los daños y perjuicios, salvo pacto en contrario.

La aplicación del segundo párrafo del artículo 1563, no deviene tan pacífica, en la medida que contempla que para el caso del contrato de compraventa, alternativamente puede convenirse que el vendedor haga suyas, a título de indemnización, algunas de las armadas que haya recibido, aplicándose en este caso las disposiciones pertinentes sobre las obligaciones con cláusula penal.

Pensamos que este párrafo devendría en aplicable siempre y cuando la parte o permutante que ha venido cumpliendo con sus obligaciones, se encuentre frente a un permutante que deba entregar o cumplir con sus prestaciones fraccionadamente, lo que equivale a decir, que debe hacer diversas entregas de bienes a su contraparte.

También podríamos imaginar el supuesto en el cual sean ambos contratantes los que deban ejecutar fraccionadamente sus respectivas prestaciones.

Siempre partiendo de que exista un pacto previo al respecto, llegaríamos a la conclusión de que la parte que ha cumplido o viene cumpliendo podrá hacer suyas, a título de indemnización, algunas de las armadas de bienes que haya recibido en propiedad, aplicándose en este caso las disposiciones pertinentes sobre obligaciones con cláusula penal.

En lo que respecta a la cláusula penal, no habría impedimento teórico para que dicha cláusula penal consista en bienes de distinta naturaleza o carácter que el dinero, en la medida que la penalidad puede consistir en una prestación de cualquier naturaleza, más allá de que en la generalidad de casos se pacte en dinero.

— *El artículo 1564*

El numeral 1564 del Código Civil Peruano podría aplicarse perfectamente al contrato de permuta, con la salvedad de que su lectura debería ser que en la permuta de bienes muebles no entregados al permutante que debe recibirlos, si este no entrega el que le corresponde, en todo o en parte, ni otorga la garantía a que se hubiere obligado, el otro permutante puede disponer del bien mueble a que se está haciendo referencia; caso en el cual el contrato queda resuelto de pleno derecho.

— *El artículo 1565*

El artículo 1565, aplicado al contrato de permuta, debería entenderse en el sentido que cada uno de los permu-

tantes se encuentra obligado a recibir el bien que le tiene que entregar el otro, en el plazo fijado en el contrato, o en el que señalen los usos.

Dentro de tal orden de ideas, en lo que respecta al segundo párrafo de la norma, ella también se haría extensiva a las dos partes que celebran el contrato de permuta. En tal sentido, a falta de plazo convenido o de usos diversos, cada permutante debe recibir el bien en el momento de la celebración del contrato.

— *El artículo 1566*

Como se ve en su momento, el artículo 1566 del Código Civil, cuando establece que los contratos de compraventa a plazos de bienes muebles inscritos en el registro correspondiente se rigen por la ley de la materia, está haciendo alusión directa al tema del Registro Fiscal de Ventas a Plazos.

De la lectura de las normas referidas al Registro Fiscal de Ventas a Plazos, podríamos convenir en que no existe impedimento teórico en el sentido que una permuta se pudiera inscribir en dicho Registro. Sin embargo, ello resulta en la práctica absolutamente inusual. Todos los contratos que se inscriben en este Registro son de compraventa.

— *El artículo 1567*

Como puede apreciar el lector, uno de los Capítulos más criticados en lo que respecta al contrato de compraventa, es el relativo a la transferencia del riesgo. En su tratamiento, formulamos considerables críticas que, a nuestro entender, no dejan en pie ninguna de las normas del Código Civil en esta materia.

Sin embargo, en este punto de nuestro trabajo no nos corresponde criticar los numerales 1567 a 1570, sino única y exclusivamente apreciar si los mismos devienen en aplicables o no al contrato de permuta. En tal sentido, del prime-

ro de ellos podemos decir que cuando nos encontremos en presencia de una permuta en la cual al menos uno de los permutantes se obligue a entregar un bien cierto, de acuerdo a la lógica de esta norma (la misma que no es compartida por nosotros), el riesgo de pérdida de ese bien cierto, no imputable a ninguno de los permutantes, pasará al permutante que debe recibir dicho bien, en el momento de su entrega.

Resulta evidente que el tema será aplicable cuando nos encontremos en presencia de dos permutantes que se obligan a entregar bienes ciertos, aplicándose la norma, por igual y según corresponda, a cada uno de dichos bienes.

— *El artículo 1568*

De acuerdo al orden de ideas que venimos manejando, el numeral 1568 también devendría en aplicable al contrato de permuta, en el entendido que si nos estuviésemos refiriendo a la obligación de uno de los permutantes, respecto a un bien cierto, el permutante que debe recibirlo o recogerlo no los recibiese o recogiera en el momento señalado en el contrato para la entrega, si es que dicho bien ya se encontraba a su disposición.

En este caso, el precepto también resulta aplicable al supuesto en el cual ambos contratantes se obliguen a entregar bienes ciertos y uno de ellos no los reciba en el momento señalado en el contrato para la entrega, encontrándose dicho bien a disposición de aquel que no lo recibió.

— *El artículo 1569*

Ya sea que uno o ambos permutantes se obliguen a entregar bienes por peso, número o medida, nos encontraremos dentro del supuesto del artículo 1569 del Código Civil, debiéndose aplicar el artículo 1568 del mismo si, encontrándose los bienes a su disposición, el permutante al que le corres-

ponda, no concurre en el momento señalado en el contrato, o determinado por su contraparte para pesarlos, contarlos o medirlos, siempre que se encuentren a su disposición; todo ello, naturalmente, más allá de nuestras serias discrepancias conceptuales con este precepto.

— *El artículo 1570*

Siempre haciendo la salvedad de que esta norma resulta susceptible de aplicación recíproca, diremos que podría ocurrir que a pedido de uno de los permutantes, el otro expida el bien a lugar distinto de aquel en que debía ser entregado, caso en el cual el riesgo de pérdida pasa al permutante que debía recibir el bien, a partir del momento en que el otro permutante lo expida a destino (a pesar de que ello carecería de sentido).

— *El artículo 1571*

Más allá de las apreciaciones efectuadas en relación a la pertinencia o no de regular la venta a satisfacción del comprador, la venta a prueba y la venta sobre muestra, diremos que en el primero de los casos resulta perfectamente admisible la existencia de la que llamaríamos permuta a satisfacción del permutante, y siguiendo la estructura del artículo 1571 del Código Civil, se podría decir que la referida permuta de bienes a satisfacción del permutante, se perfecciona (celebra) solo en el momento en que la contraparte (vale decir, el otro permutante) declara su conformidad.

En tal sentido, se desprende del segundo párrafo de la norma bajo comentario, que dicho otro permutante debe hacer su declaración dentro del plazo estipulado en el contrato o por los usos, o, en su defecto, dentro de un plazo prudencial fijado por su contraparte.

— *El artículo 1572*

Como sabemos, el artículo 1572 está referido a la compraventa a prueba. No habría inconveniente para imaginar una permuta a prueba. Dentro de tal orden de ideas, la permuta a prueba se consideraría celebrada bajo la condición suspensiva de que el bien tomado como referencia para dicha prueba tenga las cualidades pactadas o sea idóneo para la finalidad a que está destinado.

La prueba deberá realizarse en el plazo y según las condiciones establecidas en el contrato o por los usos.

Si no se realiza la prueba o el resultado de esta no es comunicado al otro permutante dentro del plazo indicado, la condición se tendrá por cumplida.

Debemos señalar, además, que nada impediría que se celebrase una compraventa a prueba en la cual la referida prueba estuviera pactada, tomando como referencia no solo el bien que debe entregar uno de los permutantes, sino también el que debe entregar su contraparte. En este caso, el contrato surtirá efectos desde el momento en el cual se cumpla positivamente la última de las pruebas a realizar y el resultado de esta se comunique a la parte que debe conocerlo, dentro del plazo indicado.

Igualmente, en caso no se realizara alguna de las pruebas (o incluso ambas) o el resultado de ella no fuera comunicado a la contraparte dentro del plazo indicado, la condición se tendrá por cumplida.

— *El artículo 1573*

Sabemos que el artículo 1573 está referido a la compraventa sobre muestra. En tal sentido, debemos responder a la interrogante de si cabe una permuta sobre muestra.

Pensamos que sí; que no habría inconveniente teórico o práctico alguno, entendiendo que si se tomara como referencia uno de los bienes a ser permutados, la parte que va a

adquirir su propiedad, tendría derecho a la resolución del contrato si la calidad del bien no es conforme a la muestra o a la conocida en el comercio.

Obviamente, si ambas partes hubieran celebrado la permuta sobre muestra, es decir, teniendo en consideración ambos bienes, cualquiera de los permutantes tendría derecho a resolver el contrato si la calidad de alguno de esos bienes no fuese conforme a la muestra respectiva o a la calidad conocida en el comercio.

— *El artículo 1574*

Ahora nos corresponde analizar la posibilidad de existencia de una permuta sobre medida.

En tal sentido, si siguiésemos el tenor del artículo 1574 del Código Civil, el esquema que se plantearía sería el de la permuta de un bien con indicación de su extensión o cabida, a cambio de uno o más bienes que deberán serle entregados por cada unidad de extensión o cabida. En este caso, el permutante del primer bien a que hemos hecho referencia, está obligado a entregar al otro la cantidad indicada en el contrato. Si ello no fuese posible, el permutante que ha recibido dicho bien, se encontrará obligado a pagar lo que se halle de más (siempre en el bien o bienes de que se trate), y, en su caso, el otro permutante se encontrará en la obligación de devolver a su contraparte la cantidad del bien (o bienes) correspondiente a lo que se halle de menos. Sin embargo, resulta evidente que una solución como la planteada, solo sería susceptible de producirse en especie, en la medida que el bien de cuya falta o exceso estemos hablando, sea uno de carácter divisible o un conjunto de bienes, divisibles por naturaleza. De lo contrario, la solución no resultaría factible en lo que respecta al contrato de permuta.

Podría pensarse, sin embargo, que dicha solución sería practicable en la medida que la restitución de los excesos o

defectos se haga con dinero, pero ello trasgrediría el principio de identidad en el pago.

Es por esta razón que más nos inclinamos a pensar porque la solución del tema estaría en que el problema de los excesos o defectos se zanje a través de la entrega en devolución o por adición de aquellos bienes que la otra parte se obligó a transferir en propiedad a aquel permutante cuyo bien se tomó como referencia a efectos de este contrato.

En la medida que no se trate de una especie limitada y que sea factible realizar esa entrega o devolución en esos mismos bienes, el problema se solucionará fácilmente. Para estos efectos, estamos tomando este tipo de bienes como si fuesen dinero, precisamente la cantidad de dinero que en la compraventa sobre medida el comprador se hubiera obligado a pagar por cada unidad de extensión o cabida. El esquema sería exactamente el mismo para la permuta sobre medida.

— *El artículo 1575*

Esta norma nos plantea el supuesto en el cual el exceso o falta en la extensión o cabida del bien vendido sea mayor que un décimo de la indicada en el contrato, caso en el cual el comprador puede optar por su rescisión.

Independientemente de las críticas que merece este numeral en el presente trabajo, podríamos pensar que resulta de aplicación al caso de la permuta sobre medida, dentro de las mismas consideraciones esbozadas al analizar el artículo 1574, respecto a su eventual aplicación al contrato de permuta.

— *El artículo 1576*

Esta norma (siempre en el entendido planteado en el numeral 1574) es aplicable cuando en la permuta sobre medida el permutante no pueda pagar al otro inmediatamente

la cantidad de bienes por efecto del exceso que resultó, caso en el cual el otro permutante (es decir, quien debe recibir dicha entrega), se encuentra obligado a conceder a su contraparte un plazo no menor de treinta días para el pago.

Si no lo hace, el plazo será determinado por el juez, en el trámite del proceso no contencioso, con arreglo a las circunstancias.

Igual regla se aplica, en su caso, para que el otro permutante devuelva la diferencia que hubiere resultado.

— *El artículo 1577*

Como sabemos, el artículo 1577 regula el supuesto de la compraventa en bloque. Pensamos que resultaría factible admitir la existencia de una permuta en bloque, en la medida en que dentro de un contrato de esta naturaleza, imaginemos que se contrate sobre un bien, fijando como contraprestación otro bien u otros bienes, pero en consideración a la integridad o totalidad del primero de ellos, y no con arreglo a su extensión o cabida, aun cuando esta se indique en el contrato.

En este caso, el permutante a quien se debe entregar dicho bien, deberá, a su vez, entregar a su contraparte la totalidad del bien o bienes que se obligó a transferir en propiedad, a pesar de que se compruebe que la extensión o cabida real es diferente.

Sin embargo, si se indicó en el contrato la extensión o cabida, y la real difiere de la señalada en más de una décima parte, la contraprestación sufrirá —en la medida que ello sea posible— la reducción o el aumento proporcional.

— *El artículo 1578*

El artículo 1578 del Código Civil es una norma que reviste gran utilidad, en la medida que trata acerca de la compraventa de varios bienes homogéneos por un solo y mismo

precio, pudiéndose presentar los supuestos de compraventa sobre medida o compraventa en bloque. Pensamos que esta norma devendría aplicable a aquellos supuestos, en tanto se presenten las condiciones esbozadas en nuestro análisis de los numerales 1574, 1575 y 1576 (aplicables a la permuta sobre medida) y 1577 (referente a la permuta en bloque).

Por lo demás, si fuese el caso en que fueran aplicables estas consideraciones, la utilidad del artículo 1578 resultaría similar, tanto para la compraventa como para la permuta.

— *El artículo 1579*

El artículo 1579 del Código Civil establece lo referido al derecho del vendedor al aumento del precio y el del comprador a su disminución, así como el derecho de este último de pedir la rescisión del contrato, supuestos que caducan a los seis meses de la recepción del bien por el comprador.

La norma es plenamente aplicable al contrato de permuta, en tanto resulten factibles los supuestos de permuta sobre medida y permuta en bloque, ya analizados, casos para los cuales las acciones caducarán —igualmente— a los seis meses de la recepción del bien por el permutante que corresponda.

— *El artículo 1580*

Los artículos 1580 y 1581 tratan acerca de la compraventa sobre documentos. Más allá de las críticas que formulamos a ambos numerales en este trabajo, debemos puntualizar que la primera de las normas citadas devendría en plenamente aplicable al caso de la permuta. Con esto queremos decir que cabría perfectamente una permuta sobre documentos, acto en el cual la entrega del bien o de los bienes quedaría sustituida por la de su título representativo y por los otros documentos exigidos por el contrato, o, en su defecto, por los usos.

— *El artículo 1581*

Resulta evidente que cuando hablamos de una permuta sobre documentos no podremos hacer referencia al precio. En tal sentido, el numeral bajo análisis debería ser interpretado como que el pago de la contraprestación debe ser efectuado por el otro permutante en el momento y en el lugar de entrega de los documentos indicados en el artículo 1580, salvo pacto o uso distintos.

— *El artículo 1582*

Debemos recordar que el artículo 1582 del Código Civil regula dos pactos nulos en lo que respecta al contrato de compraventa. El primero, es el pacto de mejor comprador (inciso 1), en tanto que el otro es el pacto de preferencia (inciso 2).

Analizando por separado cada uno de estos convenios o cláusulas, podemos decir que —en relación al contrato de permuta, sería factible imaginar la existencia de un pacto de mejor permutante, en virtud del cual pueda rescindirse la permuta por convenirse que si hubiera quien dé u ofrezca un bien más valioso a cambio del bien a que estamos haciendo referencia, este último bien deberá ser devuelto por el permutante a su contraparte (es decir, al permutante que le transfirió su propiedad).

De otro lado, el pacto de preferencia podría ser entendido en relación al contrato de permuta, como aquel en virtud del cual se impone a uno de los permutantes la obligación de ofrecer el bien que adquirió, al permutante que se lo ha transferido, por lo que otro proponga, cuando pretenda enajenarlo, si es que dicha enajenación consistiese en una permuta.

Sin embargo, pensamos que el pacto de preferencia solo será aplicable al contrato de permuta en tanto aquello que ofrezca quien desea adquirir en el futuro dicho bien por

permuta, sea un bien de carácter fungible, ya que si nos pusiéramos en el caso extremo de que fuera un bien cierto, resultaría evidente que quien gozase de dicha preferencia, se vería imposibilitado de ejercitarla, precisamente por no poder ofrecer un bien similar.

— *El artículo 1583*

Como se recuerda, el artículo 1583 versa acerca de la compraventa con reserva de propiedad, estableciéndose que en la compraventa puede pactarse que el vendedor se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él, aunque el bien haya sido entregado al comprador, quien asume el riesgo de su pérdida o deterioro desde el momento de la entrega. En el caso del contrato de permuta, hablaríamos de una permuta con reserva de propiedad, en la cual uno de los permutantes se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado el íntegro del bien o de los bienes que se había obligado a transferir el otro permutante, o una parte determinada de los mismos, asumiendo este último contratante el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes, desde el momento de la entrega.

En lo referente al último párrafo del artículo 1583, podremos decir que resultará de aplicación cuando el permutante que se ha obligado a pagar fraccionadamente el bien, termine de transferir la propiedad de la cantidad o porcentaje de bienes convenidos, supuesto que en la mayoría de casos, será equivalente a la totalidad de los mismos.

— *El artículo 1584*

Esta norma, referente a la oponibilidad frente a terceros de la reserva de propiedad, también podríamos hacerla aplicable a la permuta. En tal sentido, siguiendo al artículo 1584, diríamos que la reserva de la propiedad es oponible a

los acreedores del permutante solo si consta por escrito que tenga fecha cierta anterior al embargo.

Si se trata de bienes inscritos, la reserva de propiedad es oponible a terceros siempre que el pacto haya sido previamente registrado.

— *El artículo 1585*

Como se recuerda, este numeral hace de aplicación las normas de la compraventa con reserva de propiedad (artículos 1583 y 1584) a los contratos de arrendamiento en los que se convenga que, al final de los mismos, la propiedad del bien sea adquirida por el arrendatario por efecto del pago de la merced conductiva pactada.

Para hacer de aplicación el artículo 1585 al contrato de permuta, tendríamos que imaginar un contrato de arrendamiento en el cual la merced conductiva o renta pactada no consista en el pago de una determinada cantidad de dinero, sino en la entrega de cierta cantidad de bienes. Dentro de tal orden de ideas, es que podríamos imaginar la existencia de un contrato al que se podría llamar arrendamiento-permuta o, siguiendo la tradición, alquiler-permuta. No está demás decir que esta figura no se presenta en la práctica, y que más allá de la posibilidad de su asunción en el plano teórico, no tiene relevancia alguna en la vida cotidiana.

— *El artículo 1586*

En el presente estudio manifestamos nuestra opinión contraria a la validez del pacto de retroventa. Sin embargo, más allá de nuestro parecer al respecto, en esta parte del trabajo corresponde manifestar nuestra opinión respecto a la aplicación práctica de las normas propias del pacto de retroventa al contrato de permuta. Dentro de este orden de

ideas es que tendríamos que imaginar la eventual existencia de un pacto llamado de «retropermuta».¹²

Así, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1586 del Código Civil, entenderíamos que por la «retropermuta», uno de los permutantes (o incluso ambos) adquiere el derecho de resolver unilateralmente el contrato, sin necesidad de decisión judicial.

— *El artículo 1587*

En el supuesto en que el pacto de «retropermuta» solamente tenga como referencia a uno de los contratantes, llegaríamos a la conclusión de que sería nula la estipulación que impone al permutante que tiene derecho a la resolución del contrato, como contrapartida de la resolución de dicho contrato, la obligación de pagar al otro permutante una cantidad de dinero u otra ventaja para este.

En el imaginario pacto de «retropermuta» también sería nula, en cuanto al exceso, la estipulación que obligue al permutante que tenga derecho a la resolución del contrato, a devolver, en caso de resolución del mismo, una suma adicional que no sea la destinada a conservar el valor adquisitivo de la prestación (bien o bienes) que recibió.

— *El artículo 1588*

Tratando de hacer aplicable el artículo 1588 al contrato de permuta, diríamos que el plazo para ejercitar el derecho de resolución es de dos años tratándose de inmuebles, y de un año en el caso de muebles, salvo que las partes estipulen un plazo menor.

El plazo se cuenta a partir de la celebración del contrato de permuta.

¹² Este criterio es compartido por Arias-Schreiber (ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, página 158).

En la eventualidad de que las partes convinieran un plazo mayor que los indicados anteriormente, o prorrogasen el plazo para que sea mayor de dos años o de un año, según el caso, el plazo o la prórroga se consideran reducidos al plazo legal.

Finalmente, la parte que se ve expuesta a la resolución del contrato por el otro contratante, tendrá derecho a retener el bien hasta que este último le reembolse las mejoras necesarias y útiles.

— *El artículo 1589*

Siempre enmarcado dentro de un contrato de permuta, podríamos aplicar el contenido del artículo 1589 entendiendo que si un grupo de personas ha celebrado en calidad de copermutantes un contrato de permuta, obligándose a transferir a su contraparte (otro permutante) la propiedad de un bien indiviso, habiendo pactado una cláusula de «retropermuta»; o se tratara de los herederos del permutante que ha asumido su obligación de transferir la propiedad de un bien con el mismo pacto, en ambos casos, dichos contratantes no podrían usar su derecho de manera separada, sino conjuntamente.

— *El artículo 1590*

Esta norma podría ser entendida en la eventualidad en que los copropietarios de un bien indiviso hayan permutado separadamente sus cuotas en la copropiedad, con pacto de «retropermuta», caso en el cual cada uno de ellos podría ejercitar con la misma separación el derecho de resolver el contrato por su respectiva participación.

— *El artículo 1591*

El artículo 1591, aplicado a la permuta, podría ser interpretado en el sentido que el pacto de «retropermuta» es

oponible a terceros cuando aparezca inscrito en el correspondiente registro.

— *El artículo 1592*

El tema de la eventual aplicación de las normas del derecho de retracto al contrato de permuta es un punto muy discutido en doctrina. Parece criterio casi unánime,¹³ que no son de aplicación al contrato de permuta las normas relativas a los derechos de preferencia, entre los cuales está el derecho de retracto, debido a una razón fundamental: el retrayente no puede ofrecer al enajenante la misma prestación que el otro permutante.¹⁴

Sin embargo, consideramos, al igual que Arias-Schreiber,¹⁵ que el derecho de retracto operará sin inconvenientes si el objeto de la prestación que debe cumplir el retrayente consiste en bienes fungibles, vale decir en bienes que el potencial o eventual retrayente esté en capacidad de consignar judicialmente al momento de iniciar un proceso de esta naturaleza.

Así, admitiendo esta posibilidad, podríamos decir que el derecho de retracto también es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar de uno de los permutantes y en todas las estipulaciones del contrato de permuta.

En este orden de ideas, el retrayente debe reembolsar al adquirente el bien transferido o entregado, los tributos y gastos pagados por este y, en su caso, los intereses pactados.

Debemos señalar, sin embargo, que lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1592 del Código Civil, que esta-

¹³ Tal como señala Badenes Gasset (BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, página 234).

¹⁴ En opinión de DE LA ROSA DÍAZ, Pelayo. Citado por ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, página 159.

¹⁵ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, página 159.

blece la improcedencia del retracto en las ventas hechas por remate público, resultaría prácticamente inaplicable por la naturaleza misma del contrato de permuta, ya que se celebran remates públicos en la modalidad de compraventa, mas no en la modalidad de permuta.

— *El artículo 1593*

A través de este numeral se establece que el derecho de retracto también procede en la dación en pago. Más allá de cualquier otra consideración respecto de los alcances de esta norma, lo que corresponde concluir del análisis de la misma y del conjunto de preceptos relativos al retracto, es que este derecho procede en la compraventa, en la dación en pago (artículo 1593) y en la permuta, con las salvedades del caso (por lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil).

— *El artículo 1594*

Este numeral sería aplicable íntegramente al contrato de permuta, ya que para el caso correspondería reiterar que el derecho de retracto procede respecto de bienes muebles inscritos y de inmuebles.

— *El artículo 1595*

En virtud de lo prescrito por el artículo 1595, podríamos decir que incluso para el caso del contrato de permuta, sería irrenunciable e intrasmisible por acto entre vivos el derecho de retracto.

— *El artículo 1596*

El artículo 1596 resulta plenamente aplicable al contrato de permuta. Dentro de tal orden de ideas, el mismo debe

ejercerse dentro del plazo de treinta días contados a partir de la comunicación de fecha cierta a la persona que goza de este derecho.

Cuando el domicilio de esta persona no sea conocido ni conocible, puede hacerse la comunicación, mediante publicaciones en el diario encargado de los avisos judiciales y en otro de mayor circulación de la localidad, por tres veces, con intervalo de cinco días entre cada aviso; caso, este último, en el cual el plazo se cuenta desde el día siguiente al de la última publicación.

— *El artículo 1597*

Similares consideraciones podríamos formular en torno al artículo 1597 del Código Civil. Si el retrayente conoce la transferencia por cualquier medio distinto del indicado en el artículo 1596, el plazo se cuenta a partir de la fecha de tal conocimiento. Para este caso, la presunción contenida en el artículo 2012 solo es oponible después de un año de inscrita la transferencia.

— *El artículo 1598*

Este artículo plantea el supuesto en el cual estemos frente a una compraventa con precio pactado a plazos. Sin embargo, no resultaría una norma ajena al retracto en la permuta, ya que, como hemos visto, cabría la posibilidad de celebrar un contrato de permuta en el cual una de las partes se obligue a transferir a la otra periódicamente bienes o partes de un bien. En tal entendido, siguiendo el artículo 1598, cuando en un contrato de permuta una de las partes se hubiera obligado a pagar el bien o bienes a plazos, sería obligatorio el otorgamiento de una garantía para el pago del bien o bienes que todavía tenga pendientes de cumplimiento, aunque en el contrato de permuta que da lugar al retracto ello no se hubiera convenido.

— *El artículo 1599*

Entendiendo este numeral referido a la permuta, podríamos decir que tienen derecho de retracto el copropietario, en la permuta a tercero de las porciones indivisas; el litigante, en caso de permuta por el contrario del bien que se esté discutiendo judicialmente; el propietario, en la permuta del usufructo y a la inversa; el propietario del suelo y el superficiario, en la permuta de sus respectivos derechos; los propietarios de predios urbanos divididos materialmente en partes, que no puedan ejercitar sus derechos de propietarios sin someter las demás partes del bien a servidumbres o a servicios que disminuyan su valor, en caso de permuta a terceros de sus respectivos predios; y, por último, el propietario de la tierra colindante, cuando se trate de la permuta de una finca rústica cuya cabida no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando aquella y esta reunidas no excedan de dicha unidad.

— *El artículo 1600*

Esta norma devendría en aplicable a la permuta, entendiéndose que si hay diversidad en los títulos de dos o más que tengan derecho de retracto, el orden de preferencia será el indicado en el artículo 1599.

Debemos anotar, sin embargo, que la diversidad de los títulos de las personas a que se hace referencia, no tendría por qué ser de la misma naturaleza; así, podríamos tener, entremezcladas, personas que tengan derecho a retracto por cualquiera de las causales establecidas en el artículo 1599, ya sea porque el bien sobre el cual tienen dicho derecho, ha sido vendido, permutado o dado en pago.

— *El artículo 1601*

Esta norma resultaría aplicable al contrato de permuta, entendiendo que cuando se hayan efectuado dos o más ena-

jenaciones (se trate de compraventas, permutas o daciones en pago) antes de que expire el plazo para ejercitar el retracto, este derecho se refiere a la primera enajenación solo por el precio (en caso sea una compraventa, o valor del bien permutado, si se tratara de una permuta), tributos, gastos e intereses de la misma; quedando sin efecto las otras enajenaciones.

4. El problema del precio mixto

4.1. Concepto

El tema del precio mixto, sin duda es uno muy discutido.

Como se señala en este trabajo, el precio, de acuerdo a un criterio mayoritario en doctrina, debe consistir —fundamentalmente— en dinero o en signos que representen al dinero, siendo el caso más común el de las monedas extranjeras. Esto significa que en tanto en una compraventa se convenga un precio en metálico (ya sea moneda nacional o extranjera) o en una mezcla de estos dos elementos, vale decir moneda nacional y moneda extranjera a la vez, no habría problema alguno para saber que nos encontramos frente a un contrato de compraventa.

El problema nace cuando el precio en moneda nacional y/o extranjera, se presenta con el agregado de un bien de distinta naturaleza de los mencionados, vale decir, por un bien que no sea ni dinero ni signo que lo represente (moneda extranjera).

En este caso, la interrogante que ha preocupado a la doctrina es si estamos ante un contrato innominado (o atípico), ante un contrato de permuta o ante un contrato de compraventa.

No ha existido ni existe criterio unánime al respecto.¹⁶

¹⁶ En tal sentido, pueden consultarse las opiniones de POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, tomo I, página 20; AUBRY, C. y RAU, C. *Op. cit.*, tomo IV, página 336; LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XXV, páginas 604 y 605;

Pero tanta variedad de criterios como los encontrados en doctrina, hallamos en los diversos Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica.

Debemos señalar que resulta mayoritaria la tendencia de Códigos Civiles que se pronuncian sobre el tema del precio mixto.¹⁷

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, página 29; JOSSE-RAND, Louis. *Op. cit.*, Tomo II, Volumen II, página 122; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, página 138; FERNANDEZ ELIAS, Clemente. *Novísimo Tratado Histórico - Filosófico del Derecho Civil Español*, tomo II, página 257. Librería de Leocadio López-Editor, Madrid, 1880; FALCÓN, Modesto. *Exposición Doctrinal del Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo IV, páginas 233 y 234. Imprenta Cervantes, Barcelona, 1893; BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, página 234; ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 20; LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, tomo II, página 71; REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, páginas 154 y 155; WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 254 y 255; SPOTA, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, volumen IV, página 119 y 120. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984; y BORDA, Guillermo A. *Manual de Contratos*, página 163.

¹⁷ Los siguientes son los Códigos Civiles que regulan el tema del precio mixto:

Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1324), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1964), Código Civil Chileno (artículo 1794), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1598), Código Civil Uruguayo (artículo 1662), Código Civil Argentino (artículo 1356), Código Civil Colombiano (artículo 1850), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1760), Código Civil Español (artículo 1446), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 754, segundo párrafo), Código Civil Japonés (artículo 586, inciso 2), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2536), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1606), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1216), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 382), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2104), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1335), Código Civil Chino de 1930 (artículo 399), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 926), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043, segundo párrafo), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1853), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1531), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 756), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 621).

Los textos de los numerales mencionados son los siguientes:

— *Código Civil Peruano de 1852:*

Artículo 1324.- «El precio en la venta debe ser convenido en dinero, pero si se determina que parte sea en dinero, parte en mercaderías u otros bienes muebles o inmuebles, el contrato será de permuta, si la porción ofrecida en dinero no llega a la mitad del precio».

— *Proyecto Inédito de Código Civil de Andrés Bello:*

Artículo 1964.- «Cuando se da una cosa como parte del precio, se tendrá por permuta si fuere mayor el valor de la cosa que la parte que debe pagarse en dinero, y por venta en el caso contrario».

— *Código Civil Chileno:*

Artículo 1794.- «Cuando el precio consiste parte en dinero y parte de otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero; y venta en el caso contrario».

— *Código Civil Salvadoreño de 1860:*

Artículo 1598.- «Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta cuando el dinero sea igual o mayor que el valor de la cosa».

— *Código Civil Uruguayo:*

Artículo 1662.- «Si el precio, esto es, lo que el comprador da por la cosa vendida, consiste en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contrayentes; y no constando ésta, se tendrá por permuta si es mayor el valor de la cosa, y por venta en el caso contrario».

— *Código Civil Argentino:*

Artículo 1356.- «Si el precio consistiere, parte en dinero y parte en otra cosa, el contrato será de permuta o cambio si es mayor el valor de la cosa, y de venta en el caso contrario».

— *Código Civil Colombiano:*

Artículo 1850.- «Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero y venta en el caso contrario».

— *Código Civil Ecuatoriano:*

Artículo 1760.- «Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta en el caso contrario».

— *Código Civil Español:*

Artículo 1446.- «Si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en el caso contrario».

— *Proyecto Boissonade de 1890:*

Artículo 754.- «[...]»

Si uno de los derechos respectivamente cedidos es inferior al otro en valor, la inequivalencia es compensada por un complemento en dinero u otra cosa».

— *Código Civil Japonés:*

Artículo 586.-

«[...]»

2.- Si una de las partes ha convenido transferir la posesión de dinero junto con otro derecho, los dispositivos relacionados al precio de compra se aplicarán *mutatis mutandis*.

— *Código Civil Nicaragüense de 1903:*

Artículo 2536.- «Si el precio de la venta consistiere parte en dinero o valores y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio, excede al del dinero o su equivalente; y por venta, en el caso contrario».

— *Código Civil Hondureño de 1906:*

Artículo 1606.- «Si el precio de la venta consistiere parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio, excede al del dinero o su equivalente; y por venta, en el caso contrario».

— *Código Civil Panameño de 1917:*

Artículo 1216.- «Si el precio de la venta consistiera, parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en el caso contrario».

— *Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926:*

Artículo 382.- «El precio de la venta debe ser convenido en dinero; pero si se determina que parte sea en dinero, parte en mercaderías u otros bienes muebles o inmuebles, el contrato será de permuta, si la porción ofrecida en dinero no llega a la mitad del precio».

— *Código Civil Mexicano de 1927:*

Artículo 2104.- «Si el precio de la cosa vendida se ha de pagar parte en dinero y parte con el valor de otra cosa, el contrato será de venta cuando la parte en numerario sea igual o mayor que la parte que se pague con el valor de otra cosa. Si la parte en numerario fuere inferior, el contrato será de permuta».

— *Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930:*

Artículo 1335.- «Naturaleza del contrato cuando el precio sea parte en dinero.- Si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente, y por venta en el caso contrario».

— *Código Civil Chino de 1930:*

Artículo 399.- «Si una de las partes ha convenido en entregar a la otra una suma de dinero en adición a la transferencia de derechos patrimoniales prevista en el artículo precedente, las disposiciones de la venta relativas al

4.2. Ubicación legislativa del tema

Sin embargo, no todos los Códigos que tratan acerca del particular lo hacen dentro de las normas referentes al contrato de compraventa, a pesar de que esta tendencia resulta inmensamente mayoritaria.¹⁸

precio reciben aplicación correspondiente en aquello que concierne a esta suma de dinero».

— *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936:*

Artículo 926.- «Cuando el precio consistiere, parte en dinero y parte en otro bien, el contrato será de permuta, si es igual o mayor el valor en especie».

— *Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943:*

Artículo 1043.- «[...]»

Cuando el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se tendrá el contrato como permuta si el valor de la cosa es superior al del dinero y como venta en el caso contrario.

[...]».

— *Código Civil Guatemalteco de 1973:*

Artículo 1853.- «Si la cosa que se entrega se ha de pagar parte en dinero y parte en otros bienes, el contrato será de permuta siempre que la porción estipulada en dinero no llegue a la mitad del precio».

— *Código Civil Peruano de 1984:*

Artículo 1531.- «Si el precio de una transferencia se fija parte en dinero y parte en otro bien, se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes, independientemente de la denominación que se le dé.

Si no consta la intención de las partes, el contrato es de permuta cuando el valor del bien es igual o excede al del dinero; y de compraventa, si es menor».

— *Código Civil Paraguayo de 1987:*

Artículo 756.- «Si el precio consistiere, parte en dinero y parte en otro bien, el contrato será de permuta, si es igual o mayor el valor en especie, y de venta en el caso contrario».

— *Proyecto de Código Civil Colombiano:*

Artículo 621.- «Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero; y venta si el dinero es igual o superior al valor de la cosa».

¹⁸ Los siguientes son los Códigos Civiles que regulan el tema del precio mixto en el contrato de compraventa:

Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1324), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1964), Código Civil Chileno (artículo 1794), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1598), Código Civil Uruguayo (artí-

No obstante ello, existe un reducido grupo de Códigos Civiles que se manifiesta sobre el particular dentro de las normas referentes al contrato de permuta.¹⁹

4.3. Soluciones legislativas y doctrinarias adoptadas sobre el precio mixto

Dentro de la legislación consultada hemos podido identificar, respecto de la solución al tema del precio mixto, hasta cuatro grandes tendencias, siendo dos de ellas de carácter objetivo y dos de carácter fundamentalmente subjetivo.

4.3.1. Posiciones de carácter objetivo

Las posiciones de carácter objetivo son aquellas que se inspiran en el Código Civil Peruano de 1852 y en el Proyecto Bello, y que se atienen, fundamentalmente, a los valores que representen dentro del total del precio a pagar, la cantidad de dinero (o signo que lo represente) y el bien (distinto al dinero o al signo que lo represente). Ambas posiciones difieren en la solución que otorgan al problema.

código 1662), Código Civil Argentino (artículo 1356), Código Civil Colombiano (artículo 1850), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1760), Código Civil Español (artículo 1446), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2536), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1606), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1216), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 382), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2104), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1335), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 926), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043, segundo párrafo), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1531), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 756), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 621).

¹⁹ Los siguientes son los Códigos Civiles que regulan el tema del precio mixto en el contrato de permuta:

Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 754, segundo párrafo), Código Civil Japonés (artículo 586, inciso 2), Código Civil Chino de 1930 (artículo 399), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1853).

Así, un grupo de Códigos Civiles²⁰ dan como solución que si la parte de igual o mayor valor es en dinero, el contrato es una compraventa; de lo contrario, será una permuta.

Un grupo menor de Códigos Civiles²¹ concluye en que si la parte de mayor valor es en dinero, estamos en presencia de un contrato de compraventa; de lo contrario, será una permuta.

4.3.2. Posiciones de carácter fundamentalmente subjetivo

Son aquellas que se inspiran, básicamente, en el Código Civil Español, y que resuelven el problema de acuerdo a un orden de prioridades en el cual, primero existe un criterio de carácter subjetivo, consistente en la intención manifiesta de los contratantes, y en segundo lugar, un criterio objetivo, pero que rige solo supletoriamente, vale decir, en defecto del primero, ante la imposibilidad de aplicar este.

También cuenta con dos tendencias legislativas.

En la primera de ellas se agrupan los Códigos Civiles²² que consideran como solución la de que en primer lugar se

²⁰ Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1324), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1964), Código Civil Chileno (artículo 1794), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1598), Código Civil Argentino (artículo 1356), Código Civil Colombiano (artículo 1850), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1760), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 382), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2104), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043, segundo párrafo), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 620).

²¹ Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 926), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 756), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 754, tercer párrafo), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1853).

²² Código Civil Uruguayo (artículo 1662), Código Civil Español (artículo 1446), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2536), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1606), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1216), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1335).

debe estar a la intención manifiesta de las partes y luego, si esta se desconoce, si la parte de igual o mayor valor es en dinero, estaremos en presencia de un contrato de compraventa; de lo contrario, será una permuta.

La segunda posición de carácter fundamentalmente subjetivo solo cuenta con el Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1531), el mismo que da como solución la de que en primer lugar se debe estar a la intención manifiesta de las partes y luego, si esta se desconoce, si la parte de mayor valor es en dinero, estaremos en presencia de un contrato de compraventa; de lo contrario, será una permuta.

A lo largo de su historia, el Derecho Peruano no ha adoptado una solución uniforme sobre el particular. El Código Civil de 1852, al igual que el Segundo Anteproyecto del Libro Quinto elaborado en 1926 por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, se adherían al criterio objetivo. Es de notar que ni el Proyecto de Código Civil de 1936 ni el Código que entró en vigencia dicho año, adoptaron norma alguna sobre el particular. No obstante ello, el Doctor José León Barandiarán, principal comentarista de dicho Código, se adhería al criterio objetivo.²³

Como hemos dicho, si bien por el matiz anotado, la posición del Código Civil Peruano de 1984 es un tanto solitaria, no lo es en cuanto a su concepción, la que se basa en los principios adoptados por el Derecho Español en su Código Civil.

La Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984, en su Exposición de Motivos,²⁴ efectúa un análisis de la solución adoptada por el artículo 1531 del Código Civil, la misma que podríamos resumir de la siguiente manera:

²³ Véase LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo I, página 16.

²⁴ COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. BIGIO CHREM, Jack. *Contrato de Permuta*, páginas 4 y 5. En: Diario Oficial «El Peruano», separata especial, lunes, 27 de noviembre de 1989.

- (a) Cuando la intención de las partes consta en forma manifiesta, esta circunstancia es la que determina la figura contractual querida, al margen de la denominación que se haya dado al negocio.
- (b) Cuando no conste la intención de las partes, la calificación del contrato queda sujeta a la valoración comparativa entre las prestaciones, pudiendo presentarse los siguientes casos:
 - Que el valor del bien resulte equivalente al monto de la prestación dineraria; en este caso, el contrato es de permuta.
 - Que el valor del bien sea mayor al de la prestación en dinero, en cuyo caso el contrato es también de permuta.
 - Que el valor del bien resulte menor al de la prestación en dinero, supuesto en el cual el contrato es de compraventa.

La citada Comisión Revisora concluye sus consideraciones, apoyándose en la opinión del tratadista español José Merino Hernández,²⁵ pero —paradójicamente y sin motivo aparente alguno— la Comisión Revisora, en el caso extremo de que el dinero sea del mismo monto que el bien, opta por considerar al contrato como de permuta y no una compraventa, como lo hace el Código Civil Español y cuya solución apoya el propio Merino Hernández.

4.4. Nuestra posición

Por nuestra parte, luego de haber expuesto las diversas posiciones existentes en doctrina sobre el particular; y en primer término, debemos manifestar que, a nuestro entender, el tema es más sencillo de como se lo plantea la gene-

²⁵ MERINO HERNÁNDEZ, José. *El Contrato de Permuta*, página 40. Editorial Tecnos, Madrid, 1978.

ralidad de la doctrina. Creemos que la solución al mismo debe ser fácil y clara, evitando mayores complicaciones. La función de la doctrina y la legislación es la de esclarecer los problemas jurídicos, no de complicarlos.

En segundo lugar, como hemos advertido en páginas anteriores, existen dos y solo dos tendencias marcadas en la legislación y doctrina. Una objetiva, con dos soluciones que difieren en lo accesorio, mas no en lo fundamental, y una básicamente subjetiva, con una tendencia mayoritaria.

Sin lugar a dudas, los planteamientos esbozados por los seguidores de ambas corrientes de pensamiento revisten la mayor solidez, a la vez que despiertan el mayor interés en el lector, ya que en su concepción son diametralmente opuestas.

Veamos por qué:

El primero, el criterio objetivo, se basa en el valor de cada uno de los elementos del precio mixto para decidir si estamos frente a un contrato de permuta o frente a un contrato de compraventa. El esquema y razonamiento de este criterio es muy sencillo, y podríamos graficarlo de la siguiente manera:

- (a) Si el dinero convenido vale más que el bien, el contrato será de compraventa.
- (b) Si el dinero pactado vale menos que el bien, el contrato será de permuta.
- (c) Si el dinero que se ha acordado entregar vale igual que el bien, para unos el contrato deberá considerarse compraventa y para otros, deberá considerarse permuta.

Así de conciso es este planteamiento.

El segundo criterio, el fundamentalmente subjetivo, en cambio, no parte de elementos fácilmente advertibles, sino que remite la naturaleza del contrato a la intención que las partes contratantes (comprador y vendedor) manifiesten en

el acto mismo que hayan celebrado. Este será el primer criterio de calificación para la corriente subjetiva.

Recién, de no haber manifestado las partes claramente su intención de calificar al contrato celebrado como de compraventa o de permuta, empezarán a regir criterios objetivos, que en la mayoría de casos analizados encierran los mismos conceptos que los esgrimidos por la corriente objetiva. Es decir que el criterio fundamentalmente subjetivo es subsidiariamente objetivo.

El Código Civil Peruano hace una distinción entre la «intención manifiesta de los contratantes» y «la denominación que se le dé al contrato».

En esta parte debemos advertir un primer punto de discusión: el de si la intención manifiesta de las partes debe o no equipararse a la denominación que ellas otorguen al contrato.

La voluntad de las partes no hay que entenderla como absoluta, en el sentido de ser capaz de hacer que un intercambio de propiedad de bien por bien sea una compraventa.²⁶

Pero debemos preguntarnos si resultan equiparables las expresiones «intención manifiesta» y «denominación que se le dé».

Consideramos que no necesariamente, pero creemos que la denominación que las partes otorguen al contrato será fundamental para saber su intención al respecto, a la vez que representará un elemento definitivo para dicho efecto, de no encontrarse otros que distingan esa presunción. En este sentido se pronuncia mayoritariamente la doctrina española.²⁷

²⁶ Así opina Albaladejo (ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 20).

²⁷ Así tenemos las opiniones representativas de Badenes Gasset (BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, páginas 234 y 235) y Albaladejo (ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 20).

No estamos convencidos de que la distinción que hace el Código Civil Peruano en su artículo 1531, sea realmente valedera y útil, ya que «la intención manifiesta de los contratantes» se verificará, por lo general, en una denominación que los mismos den al contrato celebrado. De no encontrarse manifestada en una denominación respecto del contrato, será muy difícil saber cuál ha sido la «intención manifiesta de los contratantes», ya que es justamente el carácter dudoso del punto el que nos hará revisar el contrato en su integridad.

Sin lugar a dudas, nos inclinamos por el primero de los criterios anotados, vale decir, por el objetivo, ya que reviste una serie de ventajas sobre el de carácter fundamentalmente subjetivo.²⁸

Consideramos a dichas ventajas las siguientes:

- (a) Facilidad para la determinación de la naturaleza del contrato, ya que bastará simplemente con verificar de

²⁸ Sin embargo, no dejamos de reconocer la importancia que tienen las apreciaciones de quienes sostienen el criterio opuesto. En tal sentido, por ejemplo, el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle nos manifestó en una conversación personal ser opuesto a los criterios fundamentalmente objetivos, al estimar que no siempre la parte del precio conformada por aquello que tenga un mayor valor habrá sido el factor determinante para la celebración del contrato.

En aquella ocasión el Doctor De la Puente citó el ejemplo de un anticuario que transfiera a un particular, en virtud de un contrato, la propiedad de un objeto que valga mil nuevos soles y que el particular pague el precio entregándole cien nuevos soles, conjuntamente con otro bien cuyo valor asciende a novecientos soles, el mismo que —precisamente— interesa muchísimo adquirir al anticuario.

Expresa De la Puente que casos como el descrito son concordantes con lo dispuesto por el artículo 1531 del Código Civil cuando hace referencia a «la intención manifiesta» de los contratantes.

Finalmente, el Doctor De la Puente piensa que el numeral 1531 podría estar ubicado —sin mayor problema— dentro de las normas referidas al precio en el contrato de compraventa (Capítulo Tercero del respectivo Título).

manera objetiva los valores del dinero y del bien dado como suplemento de este (o viceversa).

- (b) La corriente objetiva está de acuerdo a la naturaleza de los actos jurídicos y de las cosas.

Decimos reiteradas veces a lo largo del tratamiento que damos al requisito del precio consistente en que sea pagado en dinero o signo que lo represente, que es precisamente este elemento el que marca la distinción esencial entre el contrato de compraventa (en el que el precio debe pagarse en dinero, fundamentalmente) y el contrato de permuta, en el que ambas partes se obligan a transferir la propiedad de bienes.

De manera concisa, podríamos decir que esta división nos trae el siguiente esquema:

- (a) Cuando se obliguen las partes a transferir dinero por la propiedad de un bien, estaremos frente a un contrato de compraventa.
- (b) Cuando se obliguen las partes a transferir la propiedad de un bien por la propiedad de otro bien, estaremos ante un contrato de permuta.

Es claro que de estar frente a supuestos en los que no exista precio mixto, no habrá ninguna duda en la calificación del contrato. En el primer caso estaremos ante una compraventa y en el segundo frente a una permuta.

En este punto, quisiéramos hacernos una pregunta:

¿Qué ocurriría si las partes, habiendo celebrado un contrato por el cual una de ellas se obliga a entregar una determinada cantidad de dinero y la otra habiéndose obligado a transferir la propiedad de un determinado bien (vale decir, habiendo celebrado un contrato de compraventa), denominan expresamente a dicho contrato como uno de permuta?

¿Es que acaso dicho contrato será una permuta por la intención o denominación que las partes contratantes han tenido o le han dado al momento de la celebración del acto?

¿O acaso el contrato será de compraventa, porque así lo determina la naturaleza del acto celebrado?

Estimamos que una respuesta lógica se inclinaría por considerar que en el ejemplo antes mencionado, no habría la menor duda en concluir en que se trata a todas luces de un contrato de compraventa, a pesar de que las partes hayan querido celebrar una permuta, y lo hayan denominado de manera distinta. Las respuestas señalarían que no podría estarse en este caso a la intención de las partes contratantes, ya que no existe precio mixto, supuesto fundamental para entrar al análisis de la intención de las partes contratantes, y que, como no se trata de un precio mixto, se estará simplemente a la naturaleza del acto, independientemente de la voluntad manifiesta de las partes.

Estamos de acuerdo con la respuesta anotada. Ella sería también dada por nosotros, pero con la salvedad de que la haríamos extensiva al tema del precio mixto.

Si bien es claro, que cuando no hay precio mixto en el contrato celebrado, este, o es compraventa, o es permuta, consideramos que también debiera serlo en el tema del precio mixto.

Deberían establecerse casi siempre criterios objetivos y no subjetivos para la determinación de la naturaleza del acto celebrado, ya que, evidentemente, si el dinero vale más que el bien entregado como suplemento, el contrato se parecerá más a una compraventa que a una permuta, y en caso contrario, si el bien entregado valiese más que el dinero, el contrato se parecerá más a una permuta que a una compraventa.

En tal sentido, resulta ilustrativa la opinión que al respecto brinda Troplong.²⁹

²⁹ TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, *De la Permuta y del Arrendamiento*, páginas 14 y 15, cuya cita textual figura traducida en nuestra obra *«El Precio en el Contrato de Compraventa y el Contrato de Permuta»*, páginas 94 y 95.

Consideramos que estos planteamientos son los correctos, y que por las razones anotadas, el criterio preponderantemente subjetivo es errado.

Sin embargo, reconocemos que el criterio subjetivo podría revestir validez, exclusivamente en el caso que el valor del dinero y del bien sean equivalentes, ya que en este supuesto el contrato no se asemejará más a uno de compraventa ni tampoco a uno de permuta; a ambos se asemejará por igual, razón por la cual, podría admitirse en este supuesto, que las partes decidan libremente qué contrato es el que han querido celebrar, pues se está ante la carencia de elementos objetivos necesarios para decidir. Aquí, y solo cuando el valor del dinero sea equivalente al del bien dado en suplemento (y viceversa) se estará a la intención de los contratantes, la que, independientemente de otros elementos de juicio, se verificará, por lo general, en la denominación que éstos den al contrato celebrado.

Evidentemente que si las partes hubiesen guardado silencio sobre el particular, o, no habiéndolo guardado, existiese disconformidad entre ellas, consideramos que debería entenderse que han celebrado un contrato de compraventa, en base a las razones sostenidas por Troplong.

Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1531

Artículo 1531.- «Si el precio de una transferencia se fija parte en dinero y parte en otro bien, se calificará el contrato como de compraventa si el valor del dinero es mayor que el del bien y como permuta si es menor.

Si el valor del dinero fuese igual al del bien, se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes.

Si no constara la intención de las partes se calificará el contrato como de compraventa».

Fundamento

Modificamos la redacción del actual artículo 1531, relativo al supuesto del precio mixto, ya que, a diferencia del Código Civil Peruano y su fuente de inspiración para este efecto, el Código Civil Español, no compartimos el criterio fundamentalmente subjetivo para dar solución a este tema, sino, por el contrario, el criterio objetivo.

En este orden de ideas, creemos que cuando existiera un supuesto de precio mixto en el cual la parte fijada en dinero valga más que la parte fijada en bien o bienes, el contrato deberá considerarse como una compraventa, y si ocurriese el supuesto inverso, vale decir, que la parte señalada en bien o bienes valiese más que aquella fijada en dinero, debería considerarse al contrato como uno de permuta.

Solo aplicamos el criterio subjetivo en un punto (por demás, de muy difícil ocurrencia): aquel en el cual la cantidad fijada en dinero y la cantidad fijada en bienes sean exactamente iguales. En este caso, debería calificarse el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes.

Ahora bien, si no constara dicha intención, se debería calificar el contrato como de compraventa, por ser el más usual de los contratos.

Por demás, creemos que el supuesto del precio mixto y la calificación del contrato no revisten trascendencia, pues el tratamiento que el Código Civil Peruano otorga al contrato de compraventa es casi de entera aplicación al de permuta.

CAPÍTULO SEGUNDO

El bien materia de la venta

REQUISITOS DEL BIEN MATERIA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Artículo 1532.- «Pueden venderse los bienes existentes o que puedan existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por la ley».

Fuentes nacionales del artículo 1532

El Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836, abordó el tema en sus artículos 12: «Toda cosa puede ser vendida si el que la vende tiene facultad para venderla.— En algunos se ecsijen solemnidades particulares», 13: «No se puede vender el derecho de herencia ni en jeneral ni en particular», 14: «En la venta la cosa ha de ser cierta así como el precio», 15: «Cosas que solo puedan tener por objeto los crímines, no pueden ser vendidas», 16: «Ningún hombre puede ser vendido después del año 1870», 17: «Todos los edificios y lugares públicos pueden ser vendidos en utilidad del público, previas las solemnidades que decreta el Código Político», y 22: «Es nula la venta de la cosa ya vendida, sea entregada o no sea entregada, y al comprador primero corresponde la reivindicación en caso de una segunda venta».

Por su parte, el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana, de 1836, abordaba el tema

en los artículos 1016: «Puede venderse todo lo que está en el comercio de los hombres, siempre que las leyes particulares no prohiban su enajenación», 1017: «Es nula la venta de la cosa ajena, y puede dar lugar a los daños e intereses, aun cuando el comprador ignore que era ajena», 1018: «No se puede vender la herencia de una persona viviente ni con su consentimiento» y 1019: «Si en el momento de venderse la cosa parece toda ella, la venta será nula: pero si no parece más que una parte, el comprador tiene la elección de apartarse del contrato, o de pedir la parte que existe haciéndola tasar».

En tal sentido, el Código Civil de 1852 abordaba el tema en sus artículos 1313: «En la venta, la cosa debe ser cierta y conocida del comprador.— Para este conocimiento bastan los informes que haya tomado privadamente, cuando no haya podido o querido reconocerla por sí mismo». 1340: «Se puede vender todo lo que está en el comercio de los hombres, y cuya venta no sea prohibida por la ley» y 1341: «Se puede vender no sólo las cosas corporales é inmuebles, sino también las incorporeales, como créditos, herencias, servidumbres y demás derechos».

El Proyecto de Código Civil de 1890 señalaba en su artículo 1706: «Pueden ser vendidos: 1° Los bienes corporales, muebles ó inmuebles; 2° Los incorporeales, como créditos pecuniarios, herencias, servidumbres y demás derechos; 3° Los bienes futuros, como los frutos de una heredad antes de ser cosechados, los animales por nacer y demás semejantes; 4° Un bien posible ó esperanza incierta, como si un pescador vende una redada antes de cogerla; 5° Los bienes litigiosos, siempre que se instruya al comprador de la naturaleza y estado del pleito sobre ellos, y sin que se menoscabe jamás la jurisdicción ordinaria, cualquiera que sea el fuero especial del comprador».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea de 1925, trató sobre el particular en sus numerales 1313: «En la venta, la cosa

debe ser cierta y conocida del comprador.— Para este conocimiento bastan los informes que haya tomado privadamente, cuando no haya podido o querido reconocerla por sí mismo», 1340: «Se puede vender todo lo que está en el comercio de los hombres, y cuya venta no sea prohibida por la ley», y 1341: «Se puede vender no sólo las cosas corporales é inmuebles, sino también los incorporeales, como créditos, herencias, servidumbres y demás derechos», en tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, de la Comisión Reformadora de 1926, lo hizo en los artículos 372: «En la venta, la cosa debe ser cierta y conocida del comprador.— Para este conocimiento bastan los informes que haya tomado privadamente, cuando haya podido o querido reconocerla por sí mismo», y 390: «Se puede vender todo lo que está en el comercio de los hombres, y cuya venta no sea prohibida por la ley».

El tema no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, a diferencia del Código Civil de 1936, que trató sobre el particular en su artículo 1395: «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también una esperanza incierta.— Igualmente, puede venderse la cosa litigiosa, si se instruye al comprador del pleito sobre ella».

Ya dentro del Proceso de Reforma del Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle del año 1981, trató el punto en su artículo 6: «Pueden venderse todas las cosas o derechos que existan o puedan existir, sean de lícito comercio y sean determinados o susceptibles de determinación, cuya enajenación no esté prohibida por la ley», en tanto el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hizo en el artículo 1562: «Pueden venderse todas las cosas o derechos que existan o puedan existir, sean de lícito comercio y sean determinados o susceptibles de determinación, cuya enajenación no esté prohibida por la ley», y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el nu-

meral 1495: «Pueden venderse los bienes existentes o que puedan existir siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por la ley».

Análisis

1. El bien como uno de los elementos esenciales-especiales del contrato de compraventa

1.1. Concepto y clasificación de los bienes en el Derecho Romano

Para desarrollar este punto, consideramos indispensable recurrir a los conceptos que, acerca de las cosas y su clasificación contienen los Títulos 1 y 2 del Libro 2 de las Institutas (Instituciones) de Justiniano.

Respecto de una definición concreta acerca de las cosas, estimamos que la más apropiada se obtiene conforme analicemos la clasificación que sobre los bienes contiene el cuerpo normativo antes mencionado.

Debemos señalar al respecto, que las Institutas no adoptan una clasificación explícita y ordenada de las cosas, sino que quien quiera referirse al particular, deberá recurrir a la utilización de determinados criterios que sí se hacen o se encuentran explícitos en dichas normas.

Los criterios que hemos utilizado para dividir a los bienes en el Derecho Romano, son los relativos a su materialidad, su comerciabilidad, su pertenencia y su movilidad. No obstante, consideramos que ellos no son exclusivos ni excluyentes, sino que constituyen los que encontramos de un modo más claro, sin tener que recurrir a esquemas o criterios modernos y así, de manera forzada, clasificar a los bienes en el Derecho Romano.

Es de este modo conforme procederemos.

Por su materialidad, teníamos a las cosas corporales, las mismas que se encontraban definidas en Institutas 2.2.1, de la siguiente manera:

«Son corpóreas las que por su naturaleza afectan nuestros sentidos, como un fundo, un esclavo, un vestido, el oro, la plata y otras innumerables cosas»; y a las incorpóreas, que comprenden a los derechos inmateriales susceptibles de estimación, que integran el patrimonio de una persona, exceptuando el Derecho de Familia. Están contenidas en Institutas 2.2.2:

Son incorpóreas las que no afectan nuestros sentidos; cuales son las que consisten en un derecho, como la herencia, el usufructo, el uso y las obligaciones, de cualquier modo que se hayan adquirido. Nada importa que la herencia contenga cosas corpóreas; pues también son corpóreos los usufructos que el usufructuario percibe del fundo; y del mismo modo lo que se nos debe en virtud de una obligación es las más veces un objeto corpóreo, como un fundo, un esclavo o dinero; y sin embargo, el derecho de herencia, y el derecho mismo de usufructo y de obligación, son incorpóreos.

Por su comerciabilidad, se ubicaban los bienes *in commercium*, que son las cosas que podían constituir objeto de contratos o de transacciones comerciales entre los particulares. Eran denominadas como *singulorum, pecuniae* o *res privatae*, y aquellos *extra commercium*, vale decir, los bienes que estaban sustraídos al comercio de los hombres, los mismos que eran de varias categorías.

Dentro de esas categorías teníamos a los *divini iuris*, bienes denominados también *res nullius*, por no ser susceptibles de apropiación por los hombres. Estaban consagrados a las deidades. Fueron regulados en Institutas 2.1.7, de la siguiente manera:

«Son cosas *nullius* las cosas sagradas, religiosas y santas; porque lo que es de derecho divino no entra en los bienes de nadie».

Pero a la vez podemos sub-dividir a los bienes *divini iuris* en tres clases: *res sacrae*, *res religiosas* y *res sanctae*.

Los *res sacrae* estaban definidos en las Institutas 2.1.8, de la siguiente manera:

Las cosas sagradas son aquellas que han sido consagradas solemnemente a Dios por los pontífices, como los edificios consagrados y las donaciones dedicadas al culto de Dios, objetos que por nuestra constitución hemos prohibido enajenar o empeñar, a no ser por la redención de los cautivos. Mas si alguno por autoridad propia constituye una cosa como sagrada, no es cosa sagrada, sino profana. El lugar en que un edificio sagrado se halla constituido, el terreno, aun después de destruido aquél, permanece sagrado, como ha escrito Papiniano.

Las *res religiosas*, a diferencia de la *res sacrae*, eran las cosas consagradas a los dioses manes. Estaban contenidas en las Institutas 2.1.9:

Cada cual por su voluntad hace religioso un lugar dando en él sepultura a un muerto. En un terreno común y puro no se puede enterrar contra la voluntad del copropietario. Mas en un sepulcro común se puede hacer, aun contra la voluntad de los demás. También si ha sido enajenado el usufructo, no podrá el propietario hacer religioso el suelo, a no ser con consentimiento del usufructuario. Se puede enterrar en terreno de otro con permiso del dueño; y aun cuando no diese éste su ratificación hasta después de enterrado el muerto, el lugar se hace religioso.

Los *res sanctae* son los bienes contenidos en las Institutas 1.1.10, precepto que a la letra dice lo siguiente:

Las cosas santas, como los muros y las puertas, son en cierto modo de derecho divino, y por tanto no se encuentran en los bienes de nadie. Se llaman santas las murallas, porque los atentados dirigidos contra ellas son castigados de muerte.

Por lo mismo aquellas partes de las leyes en que se establecen penas contra los que las infrinjan, se llaman sanciones.

Cabe señalar que estas cosas (las *res sanctae*), a pesar de no estar destinadas al culto de los dioses, se asimilan a las *divini iuris* en razón del interés público.

Aparte de las *divini iuris* tenemos a las *humani iuris*, que son aquellas cosas que no están comprendidas dentro de las *divini iuris*. Podemos clasificarlas en tres órdenes: *res communes*, *res publicae* y *res universitatis*.

Los *res communes* son aquellos bienes no susceptibles de apropiación humana, dada su naturaleza. Están contenidos en las Institutas 2.1.1, de la siguiente manera:

«Y según el derecho natural comunes a todos: el aire, el agua corriente, el mar y sus costas. A ninguno, pues, le está prohibido acercarse a las costas del mar, pero con tal que se abstenga de ofender a las aldeas, monumentos y edificios, porque no son, como el mar, del derecho de gentes».

Los *res publicae* son los bienes de uso común y propiedad exclusiva del pueblo romano. Encontramos contenidas a estas cosas en varios parágrafos de las Institutas. Es el caso de Institutas 2.1.2, que a la letra dice:

«Todos los ríos y puertos son públicos; por tanto, el derecho de pescar en ellos es común a todos».

También las encontramos en las Institutas 2.1.4:

El uso público de las costas es de derecho de gentes, como el del mismo río. Y así a cualquiera es lícito abordar con naves, amarrar cables a los árboles que en ellas se encuentren, y colocar en las mismas sus fardos, lo mismo que navegar por un río. Mas la propiedad de estas cosas corresponde a los dueños de los predios o terrenos adyacentes, quienes, por consiguiente, tienen la propiedad de los árboles en las mismas nacidos.

Y en las Institutas 2.1.5:

«Del propio modo el uso de las costas es público y de derecho de gentes, lo mismo que el del mar; y por consiguiente, a cualquiera es lícito construir una cabaña para habitarla, como igualmente secar sus redes y sacarlas del mar. Mas la propiedad de dichas costas puede decirse que no es de nadie, sino del mismo de quien es el mar, y la tierra o la arena que está debajo».

Luego teníamos a las *res universitatis*, que son las cosas contenidas en las Institutas 2.1.6:

«Son de una corporación y no de particulares los objetos que se hallan en las ciudades, como teatros, estadios y otras cosas que son comunes en las ciudades».

Las *res universitatis*, en razón de su destino no son susceptibles de propiedad privada.

Por el criterio de pertenencia, los bienes en el Derecho Romano se dividían en: *res nullius*, que eran aquellas cosas sagradas, religiosas y santas y que por derecho divino no entran en los bienes de nadie (Institutas 1.1.7).

También se comprenden bajo esta denominación a las cosas sin dueño, a las cuales se hace referencia en las Institutas 2.1., párrafo preliminar.

Y en *res derelictae*, que consistían en aquellas cosas abandonadas intencionalmente por su propietario, a las que se hace referencia en las Institutas 2.1.47:

«Según esto, es muy exacto decir que el que se apodera de una cosa abandonada por su dueño se hace al momento propietario de ella. Se considera como abandonado lo que el dueño desecha, porque no quiere tenerlo más entre sus bienes; de lo que se sigue que cesa desde aquel instante de ser propietario de ella».

De acuerdo al criterio de movilidad, en Roma teníamos a las cosas muebles, que eran aquellas capaces de moverse por sí mismas, denominadas semovientes. Se mencionan en las Institutas 2.1.12, 2.1.13, 2.1.14, 2.1.15, 2.1.19, etc.; y aquellas cosas susceptibles de ser movidas por una fuerza exterior, es decir los bienes muebles propiamente dichos,

como es el caso de las perlas y piedras preciosas, mencionadas en las Institutas 2.1.18.

Y a las inmuebles por oposición a las cosas muebles, podríamos definir las como aquellas no susceptibles de ser trasladadas de un lugar a otro. Bienes inmuebles podrían serlo por naturaleza, tales como los teatros, los estadios, terrenos, murallas, etc.; y también los objetos muebles convertidos en inmuebles por accesión.

1.2. Los bienes y los contratos en el Derecho Romano

Pudiendo ser las prestaciones de dar, hacer y no hacer, de la naturaleza de cada una de ellas, puede afirmarse que en el caso de las de dar, estas recaen sobre bienes. El problema que trataremos de despejar en las próximas líneas lo encontramos en cuanto a las prestaciones de hacer y no hacer.

Las prestaciones de hacer y no hacer implican, respectivamente, una acción y una abstención.

En ambos casos, es claro que dicho accionar o abstención implica un servicio, positiva o negativamente considerado, motivo por el cual debemos determinar si los servicios eran o no bienes en el Derecho Romano.

De acuerdo a la definición justiniana, las cosas que están bajo el dominio del hombre son corpóreas o incorpóreas, comprendiendo dentro de las corpóreas a las cosas materiales, y dentro de las incorpóreas a los derechos.

Como podemos apreciar, los servicios no se encuadran —en la citada definición justiniana— dentro de las cosas en relación a los contratos que implican prestación de servicios, salvo el depósito que contiene por lo menos una obligación que comprende una prestación de dar bienes.

Sin embargo, en los contratos de locación de servicios, de obra y de mandato, ellos implican como obligación fundamental el hacer o no hacer algo; es decir, un servicio. Solo uno de estos tres últimos, el contrato de obra, si bien

implica como obligación fundamental hacer algo, también conlleva la de entregar su resultado al comitente, pero lo que se entregará será el resultado de los servicios efectuados por el prestador.

Consideramos que los servicios no son susceptibles — en estricto — de ser equiparados jurídicamente al concepto de bienes; ni mucho menos que se pueda hablar de un derecho de propiedad que recaiga sobre los mismos, ya que esto último resultaría imposible, sin desvirtuar el concepto fundamental del derecho de propiedad, y los atributos inherentes a él.

1.3. Bienes susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa en el Derecho Romano

El contrato de compraventa está regulado en las Institutas 3.23 y en el Digesto 19.1.

René Foignet¹ establece las dos características fundamentales del contrato de compraventa en el Derecho Romano:

1. En Derecho Romano el vendedor no se obligaba a transferir la propiedad al comprador, sino a transferirle todos los derechos que podía tener sobre la cosa vendida [...].
2. En Derecho Romano, cuando el vendedor era propietario de la cosa vendida, la venta no operaba, por ella misma, transferencia de propiedad al comprador. La propiedad no era adquirida por el comprador sino por el empleo de uno de los modos de transferencia de propiedad: *mancipatio*, *cessio in iure* o tradición. Vender y enajenar eran por tanto, dos términos diferentes.

En principio, los bienes que pueden ser vendidos en el Derecho Romano son aquellos que se encuentran dentro del

¹ FOIGNET, René. *Op. cit.*, tomo I, página 42.

comercio de los hombres, mas no así los bienes que están fuera de él. Es dentro de este marco que analizaremos diversas posibilidades en las cuales se venda un bien, ya sea este *in commercium* o *extra commercium*.

Empezaremos por contemplar el supuesto en el cual se venda un bien del primero de los grupos señalados, citando, al igual que en los otros casos, los textos pertinentes del Digesto.

Posteriormente continuaremos tratando acerca de los bienes materia del contrato de compraventa en el caso de las cosas *in commercium*, abordando supuestos particulares que han servido de valiosa fuente de estudio, tales como la compraventa de bienes que han dejado de existir al momento de la celebración del contrato, la compraventa de bienes futuros, la compra de bienes propios, la venta de bienes ajenos y la compraventa de la herencia o su acción.

En lo que respecta a la compraventa de bienes *extra commercium*, puede decirse que en varios párrafos del Digesto se hace referencia a diversos supuestos de compraventa de bienes de tales características. Así tenemos los siguientes casos:

Pomponio, en sus comentarios a Sabino (D.18.1.4) señala que: «Se entiende que hay compra, así de un hombre libre, como de un lugar sagrado, y como de uno religioso, que no se puede tener, si es comprado por el que lo ignora».

Cabe puntualizar como los lugares sagrados y religiosos, al no ser susceptibles de apropiación por los particulares, teóricamente son bienes *extra commercium*, razón por la cual los particulares no los pueden vender.

A pesar de ello, los comentarios de Pomponio parecen indicar que sí hay compra en estos casos, si es que el comprador ignora el carácter *extra commercium* de los mismos.

A esto, Paulo da como explicación el hecho de que difícilmente se puede distinguir un hombre libre de un esclavo (D.18.1.5).

Pomponio, en sus comentarios a Sabino, puntualiza que a sabiendas no se pueden comprar aquellos bienes *ex-*

tra commercium. En tal sentido, señala: «Pero dice Celso, el hijo, que a sabiendas no puedes tú comprar un hombre libre, y que no hay enajenación, si lo supieras, de una cosa cualquiera, como lugares sagrados y religiosos y de las que no haya comercio, como las públicas, que no se tienen en el caudal del pueblo, sino para uso público, como es el campo de Marte».

Si hay algo sagrado o religioso, no se venda nada de ellos, no es superfluo pero se refiere a pequeños lugares. Pero si se hubiere vendido todo un lugar religioso o sagrado o público, es nula la compra (D.18.1.22); y lo que por tal concepto hubiere pagado el comprador, puede reclamarlo (D.18.1.23).

Respecto de las cosas pequeñas hay la acción de compra, porque no se vendió especialmente un lugar sagrado o religioso, sino que acrece a la compra de la parte mayor.

Por otra parte, en relación a la compraventa de bienes *in commercium*, tenemos el caso de la compraventa de bienes que han dejado de existir al momento de la celebración del contrato.

Los bienes sobre los cuales se contratę deben tener existencia o, en todo caso, ser susceptibles de existir. En tal sentido, el Derecho Romano sancionaba con nulidad el contrato de compraventa en el cual el objeto hubiere dejado de existir antes de la celebración del acto. Así lo establece Paulo en sus comentarios a Sabino (D.18.1.15), cuando señala que aunque se hubiese consentido sobre el objeto, pero este hubiese dejado de existir antes de la venta, la compra es nula.

Además, en el numeral 1 de este número, se señala que aprovecha al comprador la ignorancia que no recae en el ignorante supino.

En Derecho Romano también observamos el caso en el cual solo hubiese dejado de existir una parte del bien antes de la celebración del contrato.

Paulo en sus comentarios a Plaucio (D.19.1.57) señala que si se hubiese quemado la casa, pero si subsistiese parte de ella, como dice Neracio, importa mucho saber qué parte

de la casa consumida por el incendio subsiste, para que si verdaderamente se quemó la mayor parte de la casa, no sea compelido el comprador a perfeccionar la compra; sino que repetirá lo que acaso se pagó por él.

Además señala, que si, por el contrario, se hubiere quemado la mitad o menos de la mitad, entonces ha de ser compelido el comprador a consumir la venta, hecha la estimación a arbitrio de buen varón, para que sea eximido del pago de lo que se hubiere hallado que por causa del incendio baja el precio.

Adicionalmente, en este mismo numeral, se establecen tres reglas respecto de en qué casos subsiste la venta y en qué casos no.

Si el vendedor conocía que el bien se había destruido y el comprador lo ignoraba, no subsiste venta alguna; pero si quedara alguna parte del edificio, subsiste la venta, y el vendedor restituye al comprador lo que le importa.

En el caso contrario, es decir cuando el comprador lo sabía verdaderamente pero lo ignoraba el vendedor, conviene que subsista la venta y que se pague por el vendedor al comprador todo el precio.

Y si ambos sabían que el bien se había destruido en todo o en parte, la venta es nula, compensándose el dolo entre una y otra parte.

Por otro lado, se advertía en Roma el tema de la compraventa de bienes futuros.

La regla general respecto de los bienes que pueden ser objeto del contrato de compraventa en el Derecho Romano es que éstos tengan existencia.

En ese sentido Pomponio, en sus comentarios a Sabino (D.18.1.8), señala que no se puede entender ni compra ni venta sin cosa que se venda. Pero sin embargo, más adelante señala que se comprarán perfectamente los frutos y los partos futuros, de suerte que cuando el parto hubiese sido dado a luz, ya entonces, habiéndose contratado el negocio, se entiende hecha la venta. Este es el caso de la compraven-

ta de bien futuro. Como vemos, la referida figura era perfectamente válida en el Derecho Romano, entendiéndose celebrado el contrato bajo la condición suspensiva de que el bien llegase a tener existencia. Sin embargo, se señala que si el vendedor hubiere hecho que no nazca o se hagan los bienes, podrá ejercitarse acción de compra.

En el Digesto 18.1.8.1, Pomponio señala que a veces aun sin cosas se entiende que hay venta, como cuando se compra así como el azar; lo que sucede cuando se compra la cogida de peces o de aves, o de las cosas que se tiran cuando se realiza la compra, aunque nada se haya recogido, porque la compra es de una esperanza.

En este párrafo podemos encontrar dos supuestos: aquel por el cual hay certidumbre respecto de que la cosa existirá, pero que resulta incierto no solo en el momento que el bien llegue a tener existencia, sino también en la cuantía y calidad que tenga el bien cuando exista. Este caso en Roma era conocido como *emptio rei speratae*.

Pero también puede comprender el caso en el cual, en estricto, no se trate de la venta de una cosa futura, sino de lo que la tradición jurídica conoce como una esperanza presente o incierta, lo que era conocido en Roma como *emptio spei*.

En Roma, la compra de cosa propia del comprador, era tratada en el Digesto 18.1.16, donde se señala que no es válida la compra de una cosa propia, ya si la compré sabiendo, pudiendo repetir lo que hubiere pagado porque no hubo obligación alguna.

Esta norma, que sanciona con nulidad la compraventa de bien propio, fue acogida por gran cantidad de legislaciones contemporáneas, ya que consideran a un contrato de estas características como absurdo y de objeto imposible, como será analizado oportunamente.

Es claro que cabe la posibilidad de que el bien que se compra sea parcialmente propio del comprador, es decir que no sea de su entera propiedad.

En estos casos, Pomponio en sus comentarios a Sabino (D.18.1.18) señala que si la cosa fuese común al comprador con otro, debe decirse, que dividido el precio con arreglo a cada porción, la compra es válida en parte y en parte no vale.

Respecto a la compra de la cosa propia, Marcelo (D.18.1.61) opina que puede una persona comprar bajo condición lo que es suyo, porque acaso se espera que deje de ser suyo.

En relación al tema de la venta de bien ajeno, observamos en D.18.1.27, que Paulo en sus comentarios a Sabino, señala que el que compra de cualquiera una cosa que cree que es de aquel mismo, compra de buena fe. Esta es la regla general.

En D.18.1.28, Ulpiano en sus comentarios a Sabino, cuando señala que no hay duda alguna de que cualquiera puede vender una cosa ajena, porque hay compra y venta; pero puede quitarse la cosa al comprador.

Como vemos, en este párrafo se acoge el principio de la validez del contrato de venta de cosa ajena; haciéndose la salvedad de que puede quitarse la cosa al comprador.

En Derecho Romano regía el principio por el cual ninguno puede transferir más derechos de los que tiene.

Respecto a la venta de bienes ajenos, nadie podía transferir la propiedad de un bien ajeno, mas sí obligarse a ello.

Ulpiano, en sus Comentarios a Sabino, Libro 29 (D.41.1.20), señala que la entrega no debe, ni puede transferir al que recibe nada más que lo que hay en poder del que entrega; señalando como ejemplo que si uno tuvo el dominio de un fundo, lo transfiere al entregarlo; y si no lo tuvo, no transfiere nada al que lo recibe.

En el Derecho Romano se admitía la validez de la venta de bienes ajenos, ya que se consideraba que el vendedor contrataba, no obligándose a transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida, sino para entregarle su pacífica posesión.² Esto es ratificado por Foignet,³ cuando señala

² AUBRY, C. Y RAU, C. *Op. cit.*, tomo IV, página 354.

³ FOIGNET, René. *Op. cit.*, tomo I, página 419.

que en Roma la venta no era considerada como una «enajenación», agregando que el vendedor podía contratar válidamente de este modo en cuanto a una cosa de la cual él no era actualmente propietario, ya que para ejecutarla, él no tendría sino que procurarse el objeto y transferirlo en seguida al comprador.

Como señala Guillouard,⁴ en el Derecho Romano, «el vendedor no estaba obligado por ningún motivo a transferir la propiedad del objeto vendido: él debía solamente entregar al adquirente la pacífica posesión, *Vacuam Possessionem, Tradere*».

Baudry-Lacantinerie,⁵ al citar un ejemplo de venta de una cosa ajena, anota que «ningún obstáculo se opondría a que la convención sea válida, pues la ejecución de una obligación semejante es posible a la continuación de los arreglos tomados con el propietario (por el vendedor, naturalmente)».

La validez de la venta de cosa ajena estaba recogida en el principio romano *Rem alienam distraere quem posse nula dubitatio est*, lo que es ratificado por Pothier cuando afirma que se podía vender válidamente la cosa propia, e incluso la ajena, sin el consentimiento de aquel que es propietario de la misma.⁶

Todo esto, naturalmente, estaba regido bajo el principio de que nadie puede dar más derechos de los que tiene, por lo que, el vendedor, para poder proporcionar al adquirente la pacífica posesión del bien ajeno, debía, previamente, convertirse en propietario del mismo, para, por medio del empleo de uno de los medios de la transferencia de propiedad del Derecho Romano, poder transferir la misma al comprador, como ya vimos cuando citamos a Foignet. De no contar

⁴ GUILLOUARD, L. *Traité de la Vente et de l'Échange*, tomo I, página 198. A. Pedone, Editeur, París, 1902.

⁵ BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo III, páginas 318 y 319.

⁶ GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 198.

con el asentimiento del verdadero propietario, todo se resolvería en el pago de daños y perjuicios. Esto es ratificado por Laurent.⁷

Guillouard⁸ agrega una razón fundamental para explicar por qué en el Derecho Romano era válida la venta de la cosa ajena:

Nosotros podemos vender todo aquello que está dentro del comercio, sea que nosotros lo poseamos ya, sea que, no estando todavía el objeto dentro de nuestro patrimonio, nosotros podríamos adquirirlo en el futuro: esta es la decisión formal de una ley romana, la ley 34.1, *De contrahenda emptione*: 'OMNIUM RERUM, QUAS QUIS HABERE, VEL POSSIDERE, VEL PERSEQUI POTEST, VENDITIO RECTE FIT'.

¿Cuál es desde este punto de vista, el verdadero carácter jurídico de la cosa ajena? Este es un objeto que está en el comercio, que el vendedor no tiene aún en su patrimonio, pero que él puede comprar, *REM QUAM QUIS HABERE POTEST*: este objeto puede por tanto, ser vendido como cualquier otro.

La línea de pensamiento antes citada es compartida por Troplong,⁹ Mourlon,¹⁰ Duranton,¹¹ Demante y Colmet de Santerre,¹² y Rogron.¹³

Cabe anotar que en abono de ratificar la tesis en el sentido que el Derecho Romano permitía la venta de la cosa ajena, es que señalaremos en adelante diversos casos, contenidos en el Digesto, en los que se hace referencia al tema.

⁷ LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, página 105.

⁸ GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 199.

⁹ TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, página 305.

¹⁰ MOURLON, Frédéric. *Repetitions Écrites sur le Code Civil*, tomo III, página 236. París, 1878.

¹¹ DURANTON. *Op. cit.*, tomo I, página 69.

¹² DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. *Op. cit.*, tomo VII, página 52.

¹³ ROGRON, J.A. *Code Civil Expliqué*, tomo II, página 2080, París, s/f.

En el Libro Cuadragésimo Primero del Digesto, Título II, relativo a la adquisición o pérdida de la posesión, encontramos las siguientes notas:

Marcelo señala que si uno, de buena fe compró un fundo ajeno, lo tomó a su dueño por arrendamiento, es evidente que habrá dejado de poseerlo (D.41.2.19).

Marciano (D.41.2.43) señala que alguno hubiera comprado un fundo, del cual sabía que una pequeña parte era ajena, si sabía que era ajena estando dividida, puede adquirir con la larga posesión las otras partes; y si estaba indivisa, aunque ignore cuál sea la parte propia y cuál la parte ajena, podía él adquirir igualmente, porque sin perjuicio de nadie pasa al comprador mediante la larga posesión la parte que se considera es del vendedor.

En el Digesto (D.41.2.43.1) se señala que si se supiera o juzgase que el derecho de usufructo era ajeno, se puede adquirir este con buena fe por la posesión de largo tiempo.

En el Título III, relativo a las usurpaciones y usucapiones, del ya mencionado Libro Cuadragésimo Primero del Digesto, encontramos que Paulo señala (D.41.3.4.18) que si antes que pariese, el comprador hubiese sabido que era ajena (parece referirse a un animal o a una esclava), hemos dicho que él no puede usucapir; pero que si lo hubiera sabido, podía; pero si cuando ya hubiese usucapido hubiere sabido que era ajena, debemos mirar al comienzo de la usucapición como se determinó respecto a las cosas compradas.

Por otra parte, según Ulpiano, en sus comentarios al Edicto, Libro XVI (D.41.3.10), si una cosa ajena hubiera sido comprada de buena fe, para que corra la usucapición se exige que tenga buena fe, según las opiniones de Sabino y de Cassio (y no al momento del comienzo de la compra).

Respecto de los casos de venta de bien ajeno por el heredero aparente, Gayo (D.41.3.36) señala que puede acaecer de muchos modos que alguien engañado por algún error, venda acaso o done como suya una cosa ajena, y que por esto pueda ser usucapida la cosa de buena fe, como por ejem-

plo, si el heredero hubiere enajenado, creyendo que era de la herencia, una cosa dada en comodato o en arrendamiento al difunto.

Señala asimismo (D.41.3.36.1) que si alguien engañado por alguna apreciación hubiese creído que le pertenecía una herencia, que no le perteneciera, y hubiere enajenado una cosa de la misma, o si aquel a quien le pertenece el usufructo de una esclava hubiere enajenado el parto de esta, creyendo que era suyo, porque también la cría de los ganados le pertenece al usufructuario.

En torno a la usucapición del heredero de quien compró de buena fe una cosa ajena, Papiniano (D.41.3.43) señala que el heredero que de buena fe compró una cosa no la usucapirá sabiendo que era ajena, si a él mismo se le hubiera entregado la posesión, pero la continuación no será impedida por el heredero.

Respecto a la ratificación del propietario en la venta de un bien ajeno, Papiniano enseña (D.41.3.44.1) que es sabido que si se vendiese una cosa sabiendo el comprador que era ajena, pero el vendedor se la entregara al tiempo en que su dueño lo ratifica, se ha de atender al tiempo de la entrega, y la cosa se hace del comprador.

Respecto a la compra de cosa ajena por parte de un hijo de familia, que ignoraba haber sido hecho padre de familia, Papiniano (D.41.3.44.4) establece que si un hijo de familia, comprador de una cosa ajena, ignorando que él había sido hecho padre de familia, comenzó a poseer la cosa que se le había entregado, usucapirá habiendo habido buena fe al principio de la posesión, aunque este por error creyese que él era tal que no podía poseer ni cosa adquirida por causa del peculio.

Papiniano señala además que lo mismo ha de decir también si por no leve presunción creyera que la cosa comprada fue a su poder por virtud de la herencia del padre.

En el Derecho Romano encontramos otras disposiciones sobre usucapición en la venta de cosas ajenas.

Así como a Paulo (Digesto 41.3.48) señala que si creyendo una persona que debiendo una cosa a otra, se la entregara, se seguirá la usucapión solamente si también esa otra persona creyera que se la debía. Otra cosa será si creyera la primera persona que estaba obligada por causa de venta, y por esto hiciera la entrega; porque en este caso si no precediera la venta, no tiene lugar la usucapión a título de comprador.

Señala que la causa de la diversidad consiste en que tratándose de las demás causas se atiende al tiempo del pago; y no importa que cuando una persona estipula, sepa o no, que la cosa es ajena; porque basta que esa persona crea que es suya cuando se le paga; pero en la compra se atiende así al tiempo del contrato, como a aquel en que se paga y el que no compra no puede usucapir como comprador ni a título de pago, como en los demás contratos.

Paulo (D.41.4.2) señala que posee como comprador el que verdaderamente compró; y no basta solamente que él esté en tal creencia, que juzgue que posee como comprador, sino que debe subsistir la causa de la compra. Pero si creyendo una persona que le debía una cosa a la otra, se la entregara y esta última lo ignoraba, la usucapirá.

Paulo sostiene seguidamente que si una persona creyese que se la vendió a otra y se la entregara, esta última persona la usucapirá, porque en los demás contratos basta que se atiende al tiempo de la entrega; y así pues, si a sabiendas estipulara una persona sobre la cosa de otro (se entiende que como comprador), la usucapirá, si cuando se la entrega creyese esa persona que era de un tercero; pero en la compra se atiende también al tiempo en que se contrata; así, pues, debe una haber comprado de buena fe y haber alcanzado de buena fe la posesión.

Paulo (D.41.4.2.1) señala que la causa de la posesión es distinta que la de usucapión; porque se dice con verdad que uno compró, pero con mala fe a la manera que posee

como comprador el que a sabiendas compró una cosa ajena aunque no la usucapía.

Si el esclavo de una persona compró a nombre del peculio una cosa que sabe que es ajena, aunque esa persona ignore que es ajena, no la usucapirá (D.41.4.2.10).

Si una persona comprase a sabiendas una cosa ajena que otro usucapía, no la usucapirá (Paulo, D.41.2.17).

Paulo establece además que si el difunto hubiere comprado de buena fe una cosa, esta será usucapida, aunque el heredero sepa que era ajena (D.41.42.19). Por último, Paulo señala que si uno hubiera comprado una cosa ajena, y si al usucapirla esta persona, su dueño le pidiera la misma cosa, no se interrumpe la usucapión de la primera con la contestación de la demanda (D.41.4.2.21).

Según Javoleno (D.41.4.4), el comprador de un fundo que no había ignorado que era parcialmente ajeno, no usucapirá nada del fundo con la posesión larga; si ignoraba cuál era la parte ajena; pero si sabía cuál era esta, con la posesión larga podrá usucapir las demás partes.

El jurista antes mencionado, continúa señalando que si el que compraba todo un fundo sabe que una parte indivisa era ajena, tendrá el mismo derecho, pues solamente esta no la usucapirá; y no se impedirá la usucapión de las otras partes por la posesión larga.

Según Juliano, el que de buena fe compró un fundo ajeno y perdió su posesión, y después la hubiese recuperado a tiempo de que sabe que la cosa era ajena, no la usucapirá por el largo tiempo, porque no carecerá de vicio al comienzo de la segunda posesión.

Señala que no es semejante a quien al tiempo de la compra cree que el fundo es del vendedor, pero cuando se le entrega sabe que es ajeno, caso en el cual no tiene lugar la usucapión, aunque antes que lo vendiese, pues hubiere estado en situación de usucapirlo. Establece que el mismo derecho hay respecto al que echado de un fundo hubiere re-

cuperado por interdicto la posesión, sabiendo ya que era ajeno (D.41.4.7.4).

Por último, agrega que cuando uno a sabiendas vendió un fundo ajeno al que lo ignora, no se interrumpe la larga posesión (D.41.4.7.6).

Scévola (D.41.4.13) señala que cuando uno compró de buena fe un solar ajeno, y comenzó a edificar antes de haber completado la posesión de largo tiempo, habiéndole hecho la denuncia el dueño del solar, continuó dentro del término de la posesión de largo tiempo, no se habrá interrumpido la posesión comenzada.

De otro lado, respecto a la compraventa de la herencia o de su acción, podemos recordar que según Pomponio, en sus comentarios a Sabino (D.18.4), si se hubiere vendido la herencia del que vive o de quien no existiera, no se hizo nada porque no existiría lo que hubiera vendido.

Como podemos apreciar, esta es una prohibición explícita de los pactos sucesorios.

A nuestro entender, dicha norma contiene dos supuestos claramente diferenciados, en los cuales la venta de herencia es nula, a saber: la venta de la herencia de una persona viva; y la venta de la herencia de una persona que no existe.

En el último de los casos señalados es claro que no se está vendiendo nada, ya que no existe nada, ni siquiera un derecho expectatio.

El primero de los casos anotados es uno en el cual, a pesar de que no se encuentran los bienes en el patrimonio del vendedor, existe un derecho expectatio suyo respecto de una herencia futura. Pero de ninguna manera podríamos decir que los bienes no existirían, pues en la mayoría de casos estarían dentro del patrimonio del futuro causante.

No nos corresponde analizar doctrinariamente esta situación, pero sí debemos señalar que las razones que han impulsado a los codificadores modernos para prohibir los pactos sucesorios, difieren de las contempladas en el Dere-

cho Romano, ya que aquellas, antes de pensar en la inexistencia del bien, la fundan en razones morales y éticas.

Finalmente, cabe puntualizar que no se señalan de manera explícita los bienes susceptibles de ser objeto del contrato de permuta en el Derecho Romano, motivo por el cual creemos que podrían comprenderse —en principio—, todos aquellos susceptibles de ser vendidos.

Sin embargo, observamos en el D.19.4.1.3 una excepción, ya que según Pedro, el que da una cosa ajena no verifica permuta alguna. Esta afirmación se funda en el D.19.4.2, que establece que como la compraventa se verifica por la nuda voluntad de los que en ella consienten, en cambio la permuta da principio a la obligación con la cosa entregada, y de otra suerte, se dirá, si la cosa aún no hubiera sido entregada, que la obligación se constituye por el solo consentimiento, lo que únicamente está admitido en los contratos que tienen nombre propio.

2. Los bienes materia del contrato de compraventa en el Derecho Español

En las siguientes páginas intentamos hacer una recopilación y comentarios acerca de los bienes susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa en el Derecho Español, fuente del Derecho Peruano.

Por la amplitud de opciones que puede presentar el tema mencionado, nos hemos circunscrito a tratarlo desde el punto de vista de las fuentes, específicamente de la Ley de las Siete Partidas, el Fuero Juzgo y el Código Civil de 1889, ya que esto concuerda con la mayor fidelidad a que aspiramos.

Además, haremos breves comentarios y glosas acerca de las influencias de la compilación justiniana sobre los puntos materia de estudio.

2.1. Los bienes y su clasificación en España

En la Tercera Partida, Título XXVIII, relativo a cómo gana el hombre el señorío de las cosas, en la Ley II, encontramos una síntesis de la clasificación de las cosas, según su pertenencia. Así, tenemos los siguientes grupos:

- (a) Las cosas que pertenecen a todas las criaturas del mundo;
- (b) Las cosas que pertenecen solamente a los hombres;
- (c) Las cosas que pertenecen apartadamente al común de alguna ciudad, villa, castillo u otro lugar donde moren los hombres;
- (d) Las cosas que no pertenecen al señorío de ningún hombre, ni se cuentan dentro de sus bienes; y
- (e) Las cosas que pertenecen a cada hombre en forma particular, y de las cuales este hombre puede ganar o perder su señorío.

En adelante el desarrollo de esta clasificación.

En la Ley III se señala que las cosas que en común pertenecen a todas las criaturas que viven en este mundo, son el aire, las aguas de la lluvia, el mar y su ribera; señalándose además que cualquier criatura que viva puede usar de cada una de estas cosas según sus necesidades. Posteriormente se establecen algunas regulaciones y restricciones en lo que respecta a la ribera del mar.

Se señala en la Ley VI que los ríos, los puertos y los caminos públicos pertenecen a todos los hombres en común, de modo tal que de ellos pueden hacer uso tanto los hombres que son de esas tierras, como los que no lo son.

Cabe recordar que en la Ley XI se establece que los almojarifazgos (antiguo impuesto de alcabala) y las rentas de los puertos, salinas y minas pertenecen a los reyes, «para que se mantengan honradamente en sus dominios, para que pudiesen proteger sus tierras y sus reinos y combatir a

los enemigos de la fe; y en general, para no perjudicar a sus pueblos».

Por otra parte, las cosas que pertenecen apartadamente al común de alguna ciudad o villa, están contempladas en la Ley IX. En ella se señala que son del común de cada ciudad o villa, las fuentes y las plazas donde se hacen las ferias y los mercados, y otros lugares semejantes.

Establece además que todo hombre puede hacer uso de estas cosas, siempre y cuando fuera morador de la ciudad, villa o castillo, siendo comunes tanto a los pobres como a los ricos; pero los que no fuesen moradores de esos lugares no podrán hacer uso de estas cosas contra la voluntad o sin el asentimiento de sus moradores.

Cabe puntualizar que a nuestro criterio, estos bienes podrían considerarse como comunes, ya que su uso es de todos los hombres, no habiendo restricciones al respecto. Sin embargo, y también pertenecientes a las ciudades, villas o comunidades, encontramos otro tipo de bienes, que son aquellos que podríamos calificar como patrimoniales de estos lugares. Los hallamos en la Ley X, donde se señala que pueden haber en las ciudades, campos, viñas, huertas, olivares y demás heredades, ganados, siervos y otras cosas semejantes que dan fruto o renta, y a pesar de que son comunes a todos los habitantes de esas ciudades o villas, no pueden éstos, por su cuenta, usar de estas cosas. Sus frutos y rentas deben destinarse a la comunidad de toda la ciudad o villa de donde fueren las cosas que los rinden y se destinarán al mantenimiento y contribución de todo aquello que sirva en común a la ciudad o villa.

Las cosas que no pertenecen al señorío de ningún hombre, comprendían a las cosas sagradas, religiosas y santas. Estas se hallan contenidas en las Leyes XII, XIII, XIV y XV.

En la Ley XII no se les define, pero se establecen restricciones sobre las mismas. En principio, se señala que el señorío de cosa sagrada, religiosa o santa, que se encuentra destinada al servicio de Dios, no está en poder de ningún

hombre, ni puede ser considerada dentro de sus bienes, y los clérigos que las tengan en su poder, no tienen el señorío de ellas, sino que las tienen en calidad de guardadores y servidores. Sus rentas deben ser destinadas a la Iglesia, de un modo medurado, así como también en obras de bien común y de piedad.

Sagradas son las cosas que consagran los arzobispos y los obispos, así como las iglesias y los altares de ellas y todas las cosas establecidas para el servicio de la Iglesia. Estas cosas son inenajenables (Ley XIII).

Religioso es el lugar donde se entierra algún hombre, sea este libre o siervo, siempre y cuando sea enterrado con carácter de permanencia (Ley XIV), ya sea si en ese lugar yace todo el cuerpo o cuando menos la cabeza.

Sin embargo, este lugar no será religioso en algunos casos de excepción, como aquel en el cual el hombre hubiese sido ajusticiado por algún maleficio, si lo hubieren desterrado a aquel lugar y enterrado sin consentimiento del rey; o si se hubiese probado que la persona enterrada traicionó a su señor o a la tierra de donde fuese natural.

Las cosas santas (Ley XV) son aquellas tales como los muros y las puertas de las ciudades y de las villas.

Se señala que por ello, en la antigüedad establecieron emperadores y filósofos que ningún hombre los quebrantase rompiéndolos, haciéndoles forados, ni entrando sobre ellos por medio de escaleras o modos afines que no sea sino por las puertas.

Infringir estas disposiciones estaba penado con la decapitación, ya que se consideraba que quien así entrase en alguna ciudad o villa, «no entra como que ama y honra el lugar, sino como enemigo y como malhechor».

En realidad, el antiguo Derecho Español tiene tales lazos con el Derecho Romano, que antes de la promulgación del Código Civil, en 1889, era muy difícil actuar sin tener un exacto conocimiento de las recopilaciones justinianeas. En opinión de muchos, las Siete Partidas no eran otra cosa

que una recopilación y traducción al español de las Leyes Romanas, de ahí que en la España previa al Código Civil, las Leyes Romanas y su jurisprudencia siguieran teniendo una gran importancia.

Lo antes afirmado puede constatarse fácilmente, al analizar lo relativo a los bienes y su clasificación en el Derecho Español. Si bien la división de las cosas en el Derecho Español no coincide exactamente con aquella contenida en el Libro II de las Institutas de Justiniano, podemos apreciar gran similitud entre esta recopilación y el Título XXVIII de la Tercera Partida.

En el Derecho Romano, de acuerdo a las Institutas, se puede observar una múltiple clasificación de las cosas, en base a determinados criterios. En tal sentido, por su materialidad, las cosas se dividían en corporales e incorporeales; por su comerciabilidad, en aquellas que están dentro del comercio y fuera del comercio. Dentro de estas últimas se ubicaban a las *divini iuris* (que comprendían a las *res comunes*, a las *res publicae* y a las *res universitatis*). Además teníamos una clasificación derivada de su pertenencia, en virtud de la cual se les dividía en *res nullius* y *res derelictae*.

De otro lado, en relación a las cosas que pertenecen a cada hombre en particular y de las cuales este hombre puede ganar o perder su señorío, no estaban definidas explícitamente, y respecto de ellas no se hace mayor referencia. Pensamos que podríamos definir las por exclusión, respecto de todas las otras cosas a las que hemos aludido. Estas son las cosas sobre las cuales los hombres pueden contratar, ya que, como señala la Ley II del comentado Título XXVIII, sobre ellas, el hombre puede ganar o perder su señorío.

En las Partidas, si bien no encontramos una clasificación explícita derivada de la materialidad de las cosas, si encontramos, de una u otra forma, las otras clasificaciones del Derecho Romano. En las Partidas, como hemos señalado, básicamente se efectúa una clasificación de acuerdo a

la pertenencia de las cosas. Es así como estas son divididas en los bienes comunes a todas las criaturas, entendiendo dentro de estas últimas a los seres humanos y a los animales; las cosas comunes a todos los hombres; las cosas que pertenecen apartadamente al común de alguna ciudad o villa; las cosas que no pertenecen a cada hombre en particular y de las cuales este hombre puede ganar o perder su señorío.

Si hablamos de un exclusivo criterio de pertenencia, saldrá a relucir la antigua clasificación derivada del Derecho Romano que las dividía en aquellas que estaban fuera o dentro del comercio. En tal sentido, es obvio que estarán fuera del comercio las cosas comunes a todos los hombres, las cosas que pertenecen al común de alguna ciudad o villa, y esencialmente aquellas que no pertenecen al señorío de algún hombre. Dentro de estas últimas encontramos a las cosas sagradas, las religiosas y las santas. En este punto notamos una gran similitud con los bienes *divini iuris* del Derecho Romano, que eran aquellos denominados *res nullius*, por no ser susceptibles de apropiación por los hombres, siendo los consagrados a las deidades. Es interesante observar cómo se mantienen los mismos conceptos en las Partidas, variando solamente algunos detalles; sino, bastará comparar los textos de las Institutas 2.1.7 a 2.1.10, con la Tercera Partida, Leyes XII a XV.

Algo que es importante señalar, y en donde vemos una vez más la influencia de las recopilaciones justinianeas en esta parte del Derecho Español, es que ninguno de los dos Derechos mencionados contiene una definición o concepto expreso acerca de cuáles son los bienes que están o se encuentran dentro del comercio de los particulares. En ambos casos debemos definirlos por exclusión. En el supuesto romano, las cosas *in commercium* son aquellas que podían constituir objeto de contratos o de transacciones comercia-

les con particulares, tal como lo señala Mario N. Oderigo;¹⁴ mientras que para las Partidas, las cosas que se encontraban dentro del comercio eran denominadas como aquellas que «pertenecen a cada hombre en particular y de las cuales éstos podían perder su señorío» (Tercera Partida, Título XXVIII, Ley II). Sin embargo, no se efectuaba una definición explícita de las mismas, y respecto de ellas no se hacía mayor mención, por lo que nos vemos en el mismo deber que cuando analizamos las Instituciones de Justiniano, de definir las por exclusión, respecto de todas las otras cosas de las que se ha tratado.

Como es sabido, la influencia de las Partidas o Leyes de Partidas, fue muy grande. Bajo el nombre del Libro de las Leyes y expedidas por el Rey Alfonso X, el Sabio, las Partidas tuvieron como fuentes a las costumbres y los Fueros de Castilla y de León, el Derecho Canónico, los jurisconsultos romanos y diversos comentaristas europeos, especialmente italianos. Las Partidas recién tuvieron obligatoriedad como Leyes comunes, en 1348, cuando fueron promulgadas por los Reyes Alfonso XI y Juan II, es decir, muchos años después de su proceso de elaboración, que duró entre los años 1256 y 1265.

Esa influencia fue notoria, sobre todo hasta el siglo pasado, cuando se promulgó el Código Civil de ese país. No obstante ello, como fuente de doctrina y de jurisprudencia, mantienen, por su origen e importancia, un nivel de consulta y, en cierta forma, una autoridad como fuente rectora y matriz del Derecho Español, que no ha decaído.

El Código Civil de 1889, en su Libro III, relativo a los Bienes, la Propiedad y sus Modificaciones, contiene lo referente a la clasificación de los mismos, en su Título I. En lo relativo a los bienes, es innegable que en contenido y sistemática, el Código Español ha sufrido la influencia del proce-

¹⁴ ODERIGO, Mario N. *Sinopsis de Derecho Romano*, páginas 169 y 170.

so codificador iniciado con el Código Civil Francés, en 1804, de modo tal que no conserva mucho de la originalidad de las Partidas, en lo que respecta a este particular. En tal sentido, su clasificación fundamental es aquella que se basa en la movilidad (muebles e inmuebles); una segunda clasificación de los mismos, según las personas a quienes pertenecen, los divide en aquellos de dominio público y aquellos de propiedad privada. Sin embargo, también se especifica una regulación acerca de los bienes del Patrimonio Real.

Respecto de la influencia del Derecho Español antiguo sobre el particular, no creemos conveniente añadir mayores conceptos. Sin embargo, sí lo haremos cuando veamos el tema de los bienes susceptibles de ser objeto de los contratos.

2.2. Bienes susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa en el Derecho Español

2.2.1. El Fuero Juzgo

En el Fuero Juzgo hallamos algunas menciones acerca de las cosas que pueden constituir objeto del contrato de compraventa. Así, encontramos alusiones concretas a los contratos de venta de bienes ajenos; de cosas litigiosas; de hombres libres; y de hijos por parte de sus padres.

En el Libro Quinto del Fuero Juzgo, relativo a los Convenios y las Compras, en el numeral VIII, se establece que si algún hombre libre toma o compra una cosa ajena, sabiendo que tiene tal carácter, si el señor de la cosa lo pudiese demostrar ante aquel que la hubiese tomado, este deberá pagar al señor de la cosa tres duplos. Si quien la tomó o compró fuese un hombre franqueado (liberado), deberá pagar el duplo; y si fuese siervo, y la tomara sin la voluntad del señor, deberá pagar la cosa y recibir azotes.

Más adelante, en el numeral IX se establece que si alguno vende o da cosas ajenas, el comprador no debe sufrir

ningún perjuicio; pero aquel que la vende o da, deberá pagar el duplo de lo que recibió por parte del comprador, al señor o dueño de la cosa, además de devolver el precio recibido al comprador. Esta disposición también era aplicable para el caso en que se vendieran siervos.

También existe una alusión al contrato de venta de bienes ajenos, en el numeral XIV, relativo a las ventas de los siervos, cuando se señala que las cosas que son ajenas no las puede vender ninguno sin la voluntad de su señor; y, por lo tanto, la ley antigua que mandaba deshacer las ventas de los siervos ajenos no era sin daño de sus señores, consideran mejor modificar esta ley «que seguir incurriendo en el error de quienes la redactaron».

En tal sentido, se establece que si algún hombre, sabiendo que un siervo o una sierva son ajenos, recibiera de ellos casa, vino, servicios, etc., tal hecho no vale, ni aquel que se obligó a pagar, estará en la obligación de hacerlo. Se considera que es conforme a derecho, pierda aquello que dio quien pagó, porque quiso ganar lo ajeno por codicia.

Se señala, además, que si el siervo o la sierva vendiere algún animal, algunos ornamentos, u otras cosas que hubiesen sido dadas por su señor o por cualquier otro hombre para vender, esta venta debe valer, aunque el señor del siervo o de la sierva quisiera deshacer la venta, y decir que la cosa es suya y no del siervo; no se debe deshacer la venta, a menos que el señor pruebe, o por buenos testimonios o por su juramento, que aquello no era del siervo y que este lo vendió sin voluntad de aquel.

Es interesante resaltar el último párrafo de este numeral, en el sentido de que lo anteriormente dicho deberá entenderse respecto de las cosas viles y pequeñas, ya que las cosas grandes no se pueden vender sin la voluntad del señor.

Por otra parte, debe mencionarse que en el Fuero Juzgo estaba prohibida la venta de las cosas sujetas a litigio, cuando en el numeral X se señalaba que la cosa que es objeto de contienda, cuando alguno la comienza a demandar,

o si la pudiere demandar con razón, no la debe dar ninguno, ni vender, ni mudar de un lugar a otro.

De otro lado, en el numeral XI se contemplaba el caso en el cual un hombre libre hiciese que otro lo vendiera, como si no lo fuera, para partir el precio de dicha venta con su vendedor.

Esta norma considera que si aquel hombre desease luego ser libre, no deberá serlo; pues debe pasar por siervo; ya que no es conforme a derecho que sea libre quien quiso ser siervo. Pero si aquel que se vendió o se dejó vender, pudiese pagar el precio para redimirse, o sus padres lo pagaren por él a aquel que lo compró, el comprador deberá recibir el precio, y aquel otro podrá volver a ser un hombre libre.

Respecto del hombre libre que vendiere o diere otro hombre libre, aquel deberá pagar 100 sueldos de oro y aquel que fue vendido deberá volver a su estado. Si no pudiese pagar los 100 sueldos, recibirá azotes y será entregado como siervo a aquel a quien fue vendido.

En el caso que el siervo vendiere a un hombre o a una mujer libre, recibirá doscientos azotes, será señalado en la frente y será siervo de aquel a quien fue vendido.

Se ordenaba, asimismo, que esta norma rigiese respecto de las mujeres libres.

Además, en el numeral XIII se señalaba la prohibición de que los padres vendan, donen o empeñen a sus hijos. Se establecía además que quien en virtud de estos pactos los recibiere, no tendrá ningún poder sobre ellos.

Quien compró a un hijo de su padre, perderá el precio pagado; y si hubiesen sido empeñados, perderá lo que dio sobre ellos.

2.2.2. La Ley de las Siete Partidas

Este cuerpo normativo regulaba, en primer término al contrato de compraventa en razón de quienes lo pueden celebrar.

En la Quinta Partida, Título V, relativa a las ventas y a las compras, Ley II, se señala que pueden comprar y vender quienes se pueden obligar recíprocamente, el uno al otro. Esta es la regla general.

Pero en la misma Ley se establece como excepción, la venta que hiciese el padre al hijo que tiene en su poder o viceversa, pues no cabía se obligaran entre sí, ya que se consideraba que si bien, por naturaleza, eran dos personas, según el Derecho se consideraban una sola. Esta norma tenía una excepción, de la que no es el caso ocuparnos.

En la Ley XXII, se establecía la prohibición de vender armas de fuste (madera) o fierro a los enemigos de la fe. También estaba prohibido el prestarlas a estas personas.

Asimismo, se prohibía el hecho de que se les suministrase alimentos. Se hacía la salvedad de aquellos extranjeros que llegaban a la Corte en calidad de Mensajeros para celebrar convenios.

Quien infringiese estas prohibiciones debía perder todo lo que tuviera, y su cuerpo estará a merced del rey, ya que se consideraba que ayudar de cualquiera de estos modos al enemigo era una forma de traición.

Pero también se trataba acerca del contrato de compraventa en razón de los bienes que se pueden vender.

En este punto vamos a analizar, a la luz de la Quinta Partida, cuáles son los bienes susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa.

Trataremos acerca de las compraventas de bienes existentes; de bienes futuros; indeterminados; herencia futura; partes integrantes y accesorias; venenos; la compra de cosa propia; y la venta de cosa ajena.

Respecto a la compraventa de bienes existentes y futuros, puede decirse que en la Ley XI, relativa a las cosas sobre las que puede ser hecha la venta, se señala, en primer lugar, que se pueden comprar y vender las cosas que son y que se pueden mostrar, y aquellas que no son ni parecen. Con esto, no consideramos que se esté haciendo referencia

a los bienes materiales y a los bienes inmateriales, respectivamente, sino que, más bien, se está haciendo alusión a los bienes que ya tienen la forma, estructura y composición deseadas en relación al contrato, al momento de la celebración de este, y a aquellos que no la tienen, tal como el fruto de alguna sierva que estuviese preñada, o de alguna bestia, o de alguna viña o tierra. Según esta norma, se consideraba válido a este contrato, en razón de que se conocía y hacía mención de la cosa de donde debe salir el fruto que constituye el objeto de la venta.

Pero si aquella cosa sobre la que es hecha la compra no diese fruto alguno, entonces el comprador no estaría obligado a dar el precio, salvo que la hubiese comprado asumiendo el riesgo.

Otro caso ahí especificado es el de la compraventa de una «cosa que aún no fuese cierta». Se coloca como ejemplo el que alguien venda a otro, por algún precio todos los animales que cace o pesque primeramente. También se señala el caso en el cual el comprador dijese que quiere atender a su suerte, si sacase alguna cosa el pescador en un primer intento o primera vez, o si cogiese o matase alguna cosa hasta una hora cierta del día o durante todo el día; casos en los cuales, aun si el cazador o pescador no cace o pesque nada, el comprador estará igualmente obligado a pagar el precio prometido.

Los dos últimos supuestos mencionados, son, respectivamente, aquel por el cual hay certidumbre de que la cosa existirá, pero resulta incierto no solo el momento en el cual el bien llegue a tener existencia, sino también la cuantía y calidad que tenga dicho bien cuando exista (en Roma conocido como la *emptio rei speratae*); y el segundo caso, aquel en el cual, en estricto, no se trata de la compraventa de una cosa futura, sino de una esperanza presente, lo que era conocido en Derecho Romano como la *emptio spei*.

Si en el caso de una compraventa de bien futuro hubiese dolo por parte del vendedor, cuando se vendiera el fruto

de alguna sierva, yegua o cualquier otra cosa semejante, señalando al comprador como que estaba preñada, sabiendo que no lo estaba, el vendedor estará obligado respecto del comprador con la estimación que podría valer el fruto de la sierva o de la yegua, y de repararle todos los daños producidos por esta razón. Lo mismo ocurrirá si el bien objeto del contrato es una viña, árboles o algún otro de similar carácter (Ley XII).

Respecto a la compraventa de herencia futura, puede recordarse que en la Ley XIII se señala que los hombres tienen la esperanza de heredar los bienes de otros de dos maneras: por ser un heredero legal, o por serlo de modo testamentario. Para quienes quisieran vender esa «esperanza», en principio no podrían hacerlo, salvo el caso en que lo hagan con el consentimiento de la persona de quien tienen la esperanza de heredar, ya que este caso sería como si se hiciese con el consentimiento de ella misma.

El tema de la compraventa de partes integrantes y accesorias de una casa, era tratado en la Ley XVI, mediante la cual se prohíbe y se considera como no válida la venta de mármol u otra piedra, madera, perlas o cualquier otra cosa que sea parte integrante o accesorio de una casa.

Si se hiciese, el comprador deberá pagar a la Corte del Rey el precio por el que la había comprado, más un tanto adicional.

De otro lado, la Ley XVII establece la prohibición de comprar y vender pociones, yerbas, veneno o cualquier otra «cosa mala», de aquellas que pudiesen matar a un hombre si las comiese o bebiese.

Sin embargo, se permite la venta de algunas de estas cosas que pudieran servir como medicinas, ya que se consideraba que «aquella maldad que tienen en sí mismas pueden perderla si es que son mezcladas con otras cosas».

En torno al tema de la compra de cosa propia, puede recordarse que la Ley XVIII distingue dos supuestos. El primero, el de la compra de cosa totalmente propia. Como re-

gla general se establece que el hombre no puede comprar su propia cosa, y que si por ventura la comprase desconociendo tal carácter de la misma, debe cobrar lo que dio por ella.

Pero también se aborda el punto de la compra de cosa parcialmente propia.

Así, si se comprara un bien del cual una parte es propia y otra ajena al comprador, valdrá la venta en cuanto a la parte que es ajena, mas no la propia.

En la Ley XVIII, bajo comentario, podemos apreciar dos casos adicionales de sumo interés: el primero de ellos consiste en si una persona tuviese en su poder y posesión alguna cosa que fuese de otro; este último, propietario de la cosa, bien podrá comprar la posesión que el otro tenía en ella y valdría tal venta; el segundo de los casos consiste en si un hombre, que fuese poseedor de una cosa, comprara de otro algún derecho o servidumbre que hubiese en aquella cosa misma de la que él era poseedor. Esta venta también sería válida.

Con respecto al tema de la venta de cosa ajena, puede decirse que en la Ley de las Siete Partidas era válida la venta de cosa ajena. En la Ley XIX se establece que si un hombre vende a otro una cosa ajena, esta venta es válida. Esta constituye la regla general.

Se considera, en esta línea de pensamiento, que quien compra, o sabe que aquella cosa no es de aquel que se la vende, es decir, cree que es suya. Pero si sabe el comprador que la cosa es ajena, y le causase después perjuicio a quien es el propietario de la misma, el comprador no estará obligado, en este caso, a retornar el precio al comprador.

Distinto sería el caso si cuando el vendedor se la vendió, se obligó a devolverle el precio pactado, si el verdadero propietario de la cosa la demandase posteriormente y la recobrara.

Si el comprador no supiese que la cosa era ajena cuando la compró, en este caso el vendedor no estaría obligado tan solo a devolver al comprador el precio, sino que además

estará obligado a pagarle todos los daños y perjuicios que hubiese sufrido en razón de aquella venta que él hizo.

En la Ley XXXIII se contempla el caso en el cual el propietario de una cosa que ha sido vendida por otro, puede demandar al comprador que la tuviese; pero si el comprador llamase a aquel que se la vendió para que venga a defenderlo en juicio, de aquella cosa que él vendió, y a responder sobre ella al demandante, si el vendedor quiere entrar con el demandado en juicio para ampararla, obligándose a hacer derecho sobre ella, tal como si él la tuviese, entonces el demandante no tendrá razón de demandar al comprador, sino, más bien, deberá demandarla a aquel que se la vendió, y no perturbar al que la compró.

Pero si el vendedor no quisiera entrar en juicio con el demandante, sobre la cosa, entonces podrá demandarla al comprador, quedando a salvo el derecho del comprador para demandar al vendedor para que le restituya el valor de la cosa que él vendió (los términos utilizados en la Ley XXXIII son *faga sana*, cuyo significado más apropiado consideramos sería el antes mencionado).

Si el Rey vende o da a otro una cosa ajena como si fuera propia, pasa el señorío de la misma al comprador; pero de quien la hubiese tomado, puede pedir durante el plazo de cuatro años que él le dé el valor estimado de aquella cosa, y el Rey deberá pagársela si hasta cuatro años no pidiese la estimación, ya que en adelante no podría hacerlo.

De otro lado, si el Rey tuviese una cosa en común con otros, la puede vender toda en razón de aquella parte que tiene en ella, y pasa el señorío de aquella cosa, pero a pesar de todo esto, debe dar el valor estimado a cada uno de los otros copropietarios en razón de las partes que tenían en la referida cosa.

En la Ley LIV se establece que si un hombre vendiese a otro una cosa ajena en nombre de aquel que tuviese el señorío de la misma, si el propietario ratifica la venta después de hecha, esta vale y pasa el señorío de la cosa a aquel que

la compró, a pesar de que al comienzo este no hiciese la venta con otorgamiento del consentimiento, ni conocimiento de aquel de quien era la cosa.

Caso distinto es aquel en el cual el vendedor no la vendiese en nombre del señor de la cosa, sino en el suyo mismo. En este supuesto, si aquel que la compró sabía que no era la cosa de aquel que se la vende, entonces no pasará a él el señorío de la cosa, ni la podrá ganar por tiempo (prescripción), e inclusive el señor de la cosa la puede demandar.

Pero si el comprador tuvo buena fe en el momento en que compró la cosa, es decir, que no sabía que era ajena y creía que era de aquel que se la vendió, entonces podrá ganar su señorío por tiempo, y el vendedor de todos modos estará obligado a devolver el precio a quien era propietario de la cosa.

Un supuesto distinto es si un hombre vende alguna cosa ajena como si fuera propia, si después de hecha la venta se pierde la cosa o se muere (es obvio que se está refiriendo a los seres vivos), puede, si así lo quisiere el señor de la cosa, considerar la venta como firme y demandar el precio de la misma al vendedor, sea que haya sido hecha la venta en nombre del señor o no.

El contrato de compraventa, sin duda alguna el más importante y estudiado de los contratos civiles, tuvo una regulación legislativa desde muy antiguo. Como señala Modesto Falcón,¹⁵ las Leyes Romanas lo llamaron compraventa; las del Fuero Juzgo, *bendición*; y en las Partidas, se le titulaba *vendida*. Con uno o con otro nombre, siempre es un contrato bilateral que tiene por objeto la transmisión del dominio o de un derecho real por un precio.

Como hemos visto, en el Derecho Romano, en principio, los bienes que podían ser vendidos, eran aquellos que se encontraban dentro del comercio de los hombres, mas

no así los bienes que están fuera de él. En tal sentido, observamos en el Título XVIII del Digesto, diversos casos relativos a la compraventa de bienes que se encuentran dentro de aquella condición. Son los supuestos de la compraventa de bienes que han dejado de existir, total o parcialmente, al momento de la celebración del contrato; los bienes futuros; la compra de cosa total o parcialmente propia del comprador; la venta de bienes ajenos; y la compraventa de la herencia y de su acción. Estos temas fueron desarrollados de manera bastante coherente, clara y extensa, de modo tal que han servido de valiosa fuente de inspiración legislativa posterior, y de estudio doctrinario y jurisprudencial.

Sin duda alguna, estas normas recogidas en el Digesto, tuvieron una decidida influencia en el Derecho Español, lo que se manifiesta tanto en el Fuero Juzgo, como en la Ley de Partidas.

Como sabemos, el Fuero Juzgo es una compilación española de la Edad Media, que recopiló Leyes visigodas y romanas. Tuvo vigencia a partir del siglo VII, y prácticamente durante toda la Edad Media, pudiéndose decir de ella, que fue la más conocida e importante de las recopilaciones de Leyes de carácter municipal que tuvo España en dicho período de su Historia.

Como hemos visto, en el Fuero Juzgo, Libro V, numerales VIII y IX, se contempla lo relativo a la venta de cosas ajenas. No se sanciona expresamente su validez o prohibición, sino más bien se alude a las consecuencias que puede tener un pacto de tal naturaleza y al resarcimiento que deberán pagar y penas que deberán sufrir quienes efectúen, de manera consciente, pactos de esta naturaleza. Sin embargo, parece estar claro que el Fuero Juzgo no favorecía este tipo de convenios.

El Fuero Juzgo también menciona las distintas consecuencias que tendrán lugar en caso que quien compre o

¹⁵ FALCÓN, Modesto. *Op. cit.*, tomo IV, página 195.

venta el bien ajeno sea un hombre libre, uno franqueado o un siervo.

Cabe precisar que el Fuero Juzgo no varió el criterio romano, por el cual se consideraba válida la venta de la cosa ajena. También es importante señalar que en la regulación del particular se incluyen ya algunos supuestos muy propios de la Edad Media, lo que se manifiesta en una regulación distinta para determinados casos, en razón de quienes contraten.

Respecto de la venta de cosas ajenas, el Digesto era mucho más rico que el Fuero Juzgo, ya que aquel contemplaba supuestos más específicos que este.

Como hemos visto, el Fuero Juzgo también regula los casos de la compraventa de bienes sujetos a litigio; la compraventa de un hombre libre (que para el Derecho Español podía asumir, en cierta forma, similares consecuencias que en el Derecho Romano), y la compraventa de hijos por parte de los padres.

Es en la Ley de las Siete Partidas que encontramos una regulación más clara y consistente acerca de los bienes susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa en el Derecho Español.

Como hemos señalado, en la Ley de Partidas se trata al contrato de compraventa en razón de quiénes lo pueden celebrar y de los objetos que pueden ser susceptibles de estar comprendidos en este contrato.

Ya hemos visto que la regla general es que pueden comprar y vender quienes se pueden obligar recíprocamente, el uno al otro. Sin embargo, en la Ley XXII del Título V de la Quinta Partida, se contemplaba la excepción de contratar con los «enemigos de la fe», pero no respecto a cualquier bien, sino solo respecto de aquellos que, como las armas y otros, pudiesen representar una ventaja para éstos y un perjuicio para los pueblos de España. Sin duda alguna, el tratamiento de las Siete Partidas en relación a los bienes susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa, tras-

cendió con holgura a la vigencia de las mismas, tal como veremos más adelante.

La Ley V del Título V de la Quinta Partida, al tratar acerca de la compraventa de bienes futuros y las modalidades que puede conllevar este contrato, contempla los mismos casos que el Digesto Romano contenía en su numeral 18.1.8.1. Como hemos visto, se regulan los casos de la *emptio rei speratae* y la *emptio spei*, supuestos que se han conservado vigentes y presentes en el proceso codificador contemporáneo.

El Código Civil Español, sin embargo, no contempló expresamente estos supuestos, ni ningún otro relativo a los bienes susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa, ya que no trata sobre el particular en el Título relativo a este contrato, sino cuando regula a los contratos en general, y se refiere al objeto de los mismos; en sus artículos 1271, 1272 y 1273. Es justamente en el primero de los artículos citados, que se señala que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Es decir, que cabe celebrar un contrato de compraventa sobre bienes futuros.

Resulta necesario precisar que de la contratación sobre bienes futuros se excluye expresamente a la herencia futura, salvo aquellos pactos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal. En tal sentido, el Código permanece en la línea trazada por la Ley de las Siete Partidas, ya que esta, en la Ley XIII, señala como regla general, respecto de la herencia futura, que no puede ser objeto del contrato de compraventa, salvo en el caso que se haga con el consentimiento de la persona «de quien se tiene la esperanza de heredar».

El Código Civil de 1889 señala además que pueden ser objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (artículo 1271), pero que no pueden serlo las cosas o servicios imposibles (artículo 1272).

Según Modesto Falcón,¹⁶ a fines del siglo XIX, la doctrina seguía entendiendo que dentro de los bienes no susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa se encontraban las substancias venenosas y nocivas, o —como decía la Ley XVII del Título V de la Quinta Partida— «ponzoñas, yerbas o venenos con que un hombre pudiese matar a otro». Sin embargo, estas consideraciones fueron superadas con el Código de 1889.

A pesar de no estar comprendidos en el mencionado Código, no han dejado de tener importancia doctrinaria los supuestos de compra de cosa propia del comprador y de venta de cosa ajena del vendedor.

Como sabemos, estos casos fueron materia de tratamiento legislativo y jurisprudencial desde el antiguo Derecho Romano. En la recopilación justiniana, precisamente en el Digesto 18.1.16, se trata acerca de la compra de cosa propia, señalándose su invalidez; y en el Digesto 18.1.27 y 18.1.28, se regula lo relativo a la venta de cosa ajena, estableciéndose, en principio, su validez, derivada, a entender de la mayoría de comentaristas, del carácter meramente obligacional que tenía en Roma el contrato de compraventa.

En la Quinta Partida, Título V, Ley XVIII, también se sanciona con prohibición la compra de cosa propia, tal como vimos cuando se hizo la mención respectiva. En lo que concierne al contrato de venta de bien ajeno, la Ley XIX del mencionado Título V establece su validez como regla general; pero sin embargo, lo regula de modo minucioso y bastante casuístico, tal como observamos de la lectura de las Leyes XXXIII y LIV, anteriormente comentadas. Pero lo que debemos resaltar es que aquí prevaleció la tradición romana.

La carencia de mención alguna respecto a la venta de bienes ajenos en el Código Civil de 1889, trajo consigo una

¹⁶ FALCÓN, Modesto. *Op. cit.*, tomo IV, página 200.

sería polémica entre aquellos que consideraban que el referido contrato era válido y quienes creían lo contrario. Esto, sin duda, fue agudizado por la tendencia que se originó en Francia con la elaboración y redacción del artículo 1599 del Code, que contraviniendo los principios del Derecho Romano y Francés antiguo, la consideró nula.

Pocos años antes de la promulgación del Código Civil Español, algunos consideraban, como es el caso de Modesto Falcón,¹⁷ que para celebrar el contrato de compraventa, no bastaba tener la aptitud general para obligarse, sino además, tener el dominio de los bienes que han de ser objeto de la compraventa; porque este contrato es un título legal de adquisición de dominio para el comprador. Según dicha regla, no puede vender el que no tiene dominio. Es por ello que el mencionado tratadista considera que la venta de cosa ajena es nula, «porque nadie puede transmitir un dominio que no le pertenece».

Otros, como Clemente Fernández Elías,¹⁸ optan porque podrán comprar y vender todos aquellos que tengan la capacidad legal para hacerlo, y no tengan un impedimento expreso; vale decir, que no se requeriría ser propietario del bien vendido, al momento de la celebración del contrato.

Sin embargo, y a pesar de la regla general de la Ley XIX del Título V de la Quinta Partida, en el sentido que es válida la venta de la cosa ajena, encontramos alguna jurisprudencia que intenta delimitar lo más posible a esta figura, como es el caso de la Sentencia de fecha 21 de mayo de 1865,¹⁹ la misma que restringía esta figura a los efectos señalados en la citada Ley de las Partidas. Como vemos, el criterio adverso a esta modalidad del contrato de compraventa, generado en Francia, se fue extendiendo, llegando a variar por algún tiempo al criterio romano.

¹⁷ FALCÓN, Modesto. *Op. cit.*, tomo IV, página 197.

¹⁸ FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente. *Op. cit.*, tomo IV, página 254.

¹⁹ Citada por SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Op. cit.*, página 621.

Creemos conveniente puntualizar que a pesar de la constante que tuvo en España el criterio por el cual la venta de bien ajeno era válida, hubo una oportunidad, con el Fuero Real, en la que se estableció el criterio contrario, cuando señalaba que «*Ningún ome venda cosa, ni tierra, ni otra cosa, sin mandato o voluntad de su señor, e si alguno lo ficiere, no vala*» (Ley VI, Título X, Libro III).

Sin embargo, hoy en día no existe polémica al respecto, ya que ha vuelto a primar el criterio romano, que imperó en la mayor parte de la historia del Derecho Español. En tal sentido, Manuel Albaladejo²⁰ señala que: «La validez de la venta de cosa ajena, a pesar de las contundentes razones que la abonan, no ha sido, sin embargo, enjuiciada siempre con claridad por la jurisprudencia y la doctrina, que, a veces, por confusión de conceptos, la han rechazado. No obstante, actualmente prevalece la opinión que la admite [...]».²¹

²⁰ ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 17.

²¹ A continuación reproducimos los textos de aquellas normas legales del antiguo Derecho Español, a que hemos hecho referencia en las páginas precedentes:

FUERO JUZGO LIBRO V DE LAS AVENENCIAS DE LAS COMPRAS

VIII. Ley antigua. Si algún omne libre toma cosa que diz que es ayena.

Si algún omne libre toma cosa ayena, ó la compra, ó es dada, é la toma, sabiendolo que es aiena; si el sennor de la cosa lo pudiere mostrar á aquel que la tomara, péchela en tres duplos al sennor. Y si fuere omne franqueado, péchela en duplo; é si fuere siervo, é la tomare sin voluntad del sennor, peche la cosa, é recibe C azotes.

IX. De los que venden ó dan las cosas aienas

Si alguno vende ó da las cosas aienas el comprador non deve aver ninguna perdida mas aquel que la viende ó la da, piguela en duplo al sennor de la cosa, e demas pague el precio á aquel que la compre, é tod el provecho que a fiziera ás el juez, é faga que lo entregue á aquel que la diera, ó aquel que la vendiera. Otrosi dezimos si vendiere siervos, o otras cosas.

X. Ley nuevamientre emiendada. Que ninguno non venda nin déla cosa que es demandada

La cosa que es metida en contienda, quando alguno la comienza á demandar, ó si la pudiere demandar con razon, non la deve dar nenguno, nin vender, nin mudar dan lugar á otro.

XI. Ley antigua. Si el omne libre sufre quel vendan.

Si el omne libre sufre que lo vendan, et partir el precio con aquel quel vende, si quisiere despues seer libre, non deve seer; mas deve fincar por siervo; ca non es derecho que aquel sea libre, que quiso seer siervo. Mas si aquel que se vendió, ó se dexó vender, pudier pagar el precio por redimirse, ó sus padres lo pagaren por él á aquel que lo compró, el comprador deve recibir el precio, é aquel otro deve seer libre.

XII. De los que vienden los omnes é las mujeres libres.

Si el omne libre viendiere ó diere otro omne libre, el juez le deve prender man á mano, é fagal pechar C sueldos doro, é aquel que fué vendido sea tornado en su estado, si non oviere onde pague los C sueldos, reciba C azotes, é seal dado por siervo á aquel que fue vendido. E si el siervo vendiere omne libre ó mujer libre, reciba CC. azotes é sea sennalado en la frunte, é sea siervo daquel que fué vendido. Hy esto mandamos de las mujeres libres.

XIII. El Rey Don Rescindo

Que los padres non puedan vender los fijos, ni meter en poder dotri.

Los padres non puedan vender los fijos, ni dar, ni empennar; ni aquel que los recibiere non deve aver nengun poder sobrellos. Mas el que compra los fijos del padre pierda el precio: é si fueren empennados, pierda lo que dió sobrellos.

XIV. Ley antigua. De las vendiciones de los siervos.

Las cosas que son aienas non las puede nenguno vender sin voluntad de su sennor; é por ende la ley antigua que mandava desfazer las vendiciones de los siervos aienos non era sin danno de sus sennores. E por ende aquella ley antigua queremos tornar á derecho, ea meior es demandarla que de errar con aquellos que la fizieron. E por ende establescemos que si algun omne sabiendolo del siervo ó de la sierva aiena recibiere dellos casa, ó vinna, ó siervo ó possession, ó alguna vendición, ó en pennos, ó en alguna manera, tal fecho non vala, ni aquel que tomó el precio non sea tenuto de lo dar, é aquel que lo vendió sea dado por siervo é el precio; ea derecho es que pierda aquello que dió; ea derecho es que pierda aquello que dió, porque cuidó ganar lo ageno por cubdicia. Si el siervo ó la sierva vendiere alguna animalia, ó algunos ornamentos, ó otras cosas que eran de peguiar, ó ie las diera su sennor, ó otro omne pora vender, esta vendición deve valer, assique si el sennor del siervo ó de la sierva quisiere desfazer la vendición, é disier que la cosa es suya propia, é non era de peguiar del siervo, non se deve desfazer la vendición á menos de provar el sennor, ó por buenos testimonios, ó por su iuramiento que aquello no era peguiar del siervo, é que lo vendió sin voluntad del sennor. Hy esto devemos entender de las cosas viles é pequennas, ca las grandes cosas non se pueden vender sin voluntad del sennor.

LEY DE LAS SIETE PARTIDAS
TERCERA PARTIDA
TITULO XXVIII
DE COMO GANA HOME EL SEÑORIO EN LAS COSAS, ETC

LEY II

En quáles cosas puede home ganar el señorío et en quáles non.

Departimiento ha muy grande entre las cosas deste mundo; ca atales hi ha dellas que pertenescen á las aves, et á las bestias et á todas las otras criaturas que viven para poder usar dellas tambien como á los homes: et otras que pertenescen tan solamente a los homes: et otras son que pertenescen apartadamente al comun de alguna cibdat, ó villa, ó castiello ó de otro lograr qualquier do homes moren: et otras hi ha que pertenescen aun señaladamente á cada uno home para poder ganar ó perder el señorío dellas: et otras son que non pertenescen á señorío de ningunt home, nin son contadas en sus bienes, asi mostraremos adelante.

LEY III

Quáles cosas son que comunalmente pertenescen á todas las criaturas del mundo

Las cosas que comunalmente pertenescen á todas las criaturas (1) que viven en este mundo son estas: el ayre, et las aguas de la lluvia, et el mar et su ribera; ca qualquier criatura que viva puede usar de cada una destas cosas segunt quel fuere meester: et por ende todo home se puede aprovechar del mar (2), et de su ribera pescando, et navegando et haciendo hi todas las cosas que entendiere que á su pro serán. empero si en la ribera de la mar fallare casa ó otro edificio qualquier que sea de alguno (3), nol debe derribar ni usar dél en ninguna manera sin otorgamiento del que lo fizo ó cuyo fuere, como quier (4) que si lo derribase la mar, ú otri, ó se cayese él, que podrie quien quier facer de nuevo otro edificio en aquel mesmo lograr.

LEY VI

Cómo de los rios, et de los puertos, et de los caminos et de las riberas pueden usar todos los homes comunalmente.

Los rios (1), et los puertos (2) et los caminos (3) públicos pertenecen (4) á todos los homes comunalmente, en tal manera que tambien pueden usar dellos los que son de otra tierra extraña como los que moran et viven en aquella tierra do son. Et como quier que las riberas de los rios sean quanto al señorío de aquellos cuyas son las heredades á que estas ayuntadas, con todo esto todo home puede usar dellas ligando á los árboles que hi estan sus navios, et adobando sus velas en ellos, et poniendo hi sus mercaduras; et pueden los pescadores poner hi sus pescados et venderlos, et enxugar hi sus redes, et usar en las riberas de todas las otras semejantes destas que pertenescen al arte ó al meester por que viven.

LEY IX

De quáles cosas pertenescen el señorío et el uso dellas comunalmente á todos los homes de alguna cibdat ó villa.

Apartadamente son del comun (1) de cada una cibdat (2) ó villa las fuentes et las plazas do facen las ferias et los mercados, et los logares do se ayuntan á consejo, et los arenales que son en las riberas de los rios (3), et los otros exidos (4), et las correderas do corren los caballos, et los montes et las dehesas et todos los otros logares semejantes (5) destos que son establecidos (6) et otorgados para pro comunal (7) de cada una cibdat, ó villa, ó castiello ó otro lugar: ca todo home, que fuere hi morador puede usar de todas estas cosas sobredichas, et son comunales a todos también á los pobres (8) como á los ricos (9). Mas los que fuesen moradores en otro lugar (10) non podrien usar dellas contra voluntat et defendimiento de los que morasen hi.

LEY X

Quáles cosas pertenescen pa alguna cibdat, ó villa ó comun, et non puede cada uno dellos apartadamente usar de ninguna dellas.

Campos, et viñas, et huertas, et olivares, et otras heredades, ganados, et siervos et otras cosas semejantes que dan fruto de si ó renda, pueden haber las cibdades (1) et las villas, et como quier que sean comunales á todos los moradores de la cibdat ó de la villa cuyas fueren, con todo eso non puede cada uno (2) por sí apartadamente usar de tales cosas como estas. Mas los frutos et las rendas que salieren dellas deben seer metidas en pro comunal (3) de toda la cibdat ó villa cuyas fueren las cosas onde salen, asi como en labor de los muros, et de las puentes, et de las calzadas, ó en tenencia de los castiellos, ó en pagar los aportellados, ó en las otras cosas semejantes destas que pertenescen al pro comunal de toda la cibdat ó villa.

LEY XI

Cómo los almojarifadgos, et las rendas de los puertos, et las salinas et las mineras pertenescen á los reyes.

Las rendas de los puertos (1) et los portadgos (2) que dan los mercadores por razon de las cosas que sacan ó meten en la tierra, et las rendas de las salinas (3), et de las pesqueras (4), et de las ferrerías et de los otros metales (5), et los pechos et tributos (6) que dan los homes son de los emperadores et de los reyes. Et fuéronles otorgadas todas estas cosas porque hobiesen de que mantenerse (7) honradamente en sus despenzas, et con que podiesen amparar sus tierras et sus regnos et guerrear contra los enemigos de la fe, et porque podiesen excusar sus pueblos de echarles muchos pechos et facerles otros agravamientos.

LEY XII

Cómo de las cosas sagradas, et religiosas et santas non puede ningunt home ganar señorío.

Teda cosa (1) sagrada, ó religiosa ó santa que es establescida á servicio de Dios non es en poder de ningunt home el señorío della, nin puede seer contada entre sus bienes: et maguer los clérigos las tengan en su poder (2), non han el señorío dellas, mas tiénenlas así como guardadores et servidores. Et porque ellos han á guardar estas cosas et servir á Dios en ellas et con ellas, por ende les fue otorgado que de las rentas (3) de la egleſia et de sus heredades hobiesen de que vevir mesuradamente (4), et lo demas porque es de Dios (5) que lo despendiesen en obras de piedat, así como en dar á comer et á vestir á los pobres (6), et en facer criar los huérfanos, et en casar las vírgenes pobres (7) para desviarlas que con la pobreza non hayan á seer malas mugeres, et para sacar cativos et reparar las egleſias comprando cálices, et vestimentas, et libros et las otras cosas de que fueren menguadas, et en otras obras de piedat semejantes destas.

LEY XIII

Quáles cosas son sagradas.

Sagradas (1) cosas decimos que son aquellas que consagran los arzobispos et los obispos (2), así como las egleſias (3), et los altares (4) dellas, et las cruces, et los calices, et los encensarios, et las vestimentas, et los libros et todas las otras cosas que son establescidas para servicio de la egleſia: et destas cosas atales non se puede enagenar el señorío sinon en cosas señaladas, así como mostramos en la primera Partida deste libro en las leyes que fablan en esta razon. Otrosi decimos que maguer alguna egleſia sagrada se derribase (5), aquel lugar do fue fundada siempre finca sagrado: pero si alguna egleſia sagrada cayese en poder de los enemigos de la fe, luego que se apoderasen della non serie sagrada (7) en quanto la tovesen cativada; mas despues que la cobrasen los cristianos serie sagrada et tornarie en el primero estado en que era enante que se apoderasen los enemigos della, et habrie todos sus derechos libres et quitos, bien así como los habie enante.

LEY XIV

Qual lugar es dicho religioso.

Religioso (1) lugar decimos que es aquel do es soterrado algunt home, quier sea libre quier sea siervo, si es soterrado por nunca mudarlo (2) ende, et si yace hi todo el cuerpo ó á lo menos la cabeza (3): fueras ende si aquel que soterrasen hi fuese home á quien hobiesen justiciado (4) por algunt malfecho, ó si fuese desterrado á aquel lugar do yoguiese et lo hobiesen hi soterrado sin mandamiento del rey, ó si fuese probado que hobiese fecho traycion (5) contra su señor ó contra la tierra onde fuese natural.

LEY XV

Quáles cosas son llamadas santas, et qué pena meresce quien las quebranta.

Santas cosas son llamadas los muros (1) et las puertas de las cibdades (2) et de las villas: et por ende establescieron antiguamente los emperadores et los filósofos que ningunt home non los quebrantase rompiéndolos, ni forandándolos ni entrando sobre ellos por escaleras nin en otra manera ninguna que sea sinon por las puertas (3) tan solamente: et establescieron por pena á los que contra esto ficiesen que perdiesen las cabezas, porque quien así entrase en alguna cibdat ó villa non entrarie como home que ama pro et honra del lugar, mas como enemigo et como malfechor: et este establecimiento fizo Romulus que fue señor de Roma.

QUINTA PARTIDA TITULO QUINTO DE LAS VENDIDAS ET DE LAS COMPRAS LEY II

Quién puede facer vëndida et á quién.

Aquellos homes decimos que pueden comprar et vender que son atales que se pueden obligar (1) cada uno dellos el uno al otro, et por ende lo que vendiese el padre al fijo que tiene en su poder, ó el fijo al padre, non valdrie porque non puede facer obligación entre si; ca como a quier que sean dos personas segunt natura, segunt derecho son contados como por uno (2). Mas si el fijo hobiese ganado alguna cosa de aquellas ganancias que son llamadas castrense vel quasi castrense, segunt dixiemos en el titulo que fabla del poder que han los padres sobre sus fijos, de tales cosas como estas bien podrie facer vëndida á su padre.

LEY XI

De qué cosas puede seer fecha la vëndida.

Comprar et vender pueden los homes también de las cosas que non son (1) nin parescen, como de las cosas que son et que se pueden, mostrar: et esto serie como si un home vendiese á otro el fruto de alguna sier-va que estodiese preñada, ó de alguna bestia, ó de alguna viña ó tierra, ó de otra cosa semejante destas; ca como quier que la cosa non parece aun quando la venden, con todo eso vale la vëndida, pues que señalan aquella cosa onde debe salir el fruto (2) sobre que se face la vëndida; pero si aquella cosa sobre que es fecha la compra non diese (3) fruto ninguno (4) de si, entonces non serie tenudo el comprador de dar el prescio, fueras ende si la hobiese comprada á su ventura (5). Otrosi decimos que podrie home comprar la cosa que non fuese aun cierta; et esto serie como si á algunt home que pescase ó cazase dixiese otro alguno, darte he tanto prescio por la primera cosa que pescare (6) ó cazares; ca si el otro gelo otorga, como quier

que non sabe que es aquello que vende, valdrá la vëndida. Otrosi decimos que si el comprador dixiese que querie atender á su ventura, si sacare alguna cosa el pescador de la primera vez, ó si prisiese ó matase el cazador alguna cosa fasta hora cierta del día ó en todo el dia, entonce maguer non prenda ninguna cosa, tenuto es el comprador de darle el prescio quel prometió.

LEY XII

Cómo vale ó non la vëndida que es fecha de fruto de sierva, ó de yegua ó de otra semejante.

Engañosamente queriendo vender un home ó otro el fruto de alguna sierva, ó de yegua ó de otra cosa semejante, diciendo que era preñada, sabiendo él que era mañera, vale la vëndida, como quier que es fecha con engaño. Pero el vendedor tenuto es de dar al comprador la estimacion que podrie valer el fruto de la sierva ó de la yegua, et de refacerle todos los daños quel vinieren por esta razón. Eso mesmo decimos que serie si vendiese fruto de alguna viña, ó de algunos árboles ó de otra cosa semejante, sabiendo que non llevaba fruto, ó faciendo maliciosamente algunt engaño porque non lo llevase, ca tenuto es de darle la estimacion de los frutos con los daños quel venieron ende porque non los hobo.

LEY XIII

Cómo puede home vender el derecho que espera heredar en los bienes de otri.

Esperanza (1) han los homes á las vegadas de heredar los unos los bienes de los otros; et esta esperanza puede seer en dos maneras: la una es quando alguno ha fiuza de heredar los biens de algunt su pariente, seyendo tan propinco que haya derecho de heredarle si acaesciere que muera sin testamento: la otra es quando ha fiuza quel establecerá alguno por su heredero. Et porque hi ha algunos homes que quieren vender tal esperanza como esta sobredicha ó derecho que atienden haber, decimos que lo non pueden facer si non nombraren (2) las personas de aquellos que han fiuza de heredar, fueras ende si fecieren la vëndida con otorgamiento et con placer dellos mesmos (3), et que duren todavia en comun de algunt concejo, non se pueden vender nin enagenar. Et como quier que diximos desuso que la cosa sagrada, ó religiosa ó santa que non se puede vender, razon hi ha en que se podria facer vëndida dellas: et esto serie como si alguna aldea (4) ó otro logar vendiesen con todas sus pertenencias (5), ca maguer que la iglesia que fuese en aquella aldea, nin las cosas della non se podrien vender por si apartadamente, con todo esto pasan con las otras cosas et vale la vëndida, asi como diximos en la primera Partida deste libro en el titulo (6) que fabla de las cosas de la iglesia quáles se pueden enagenar et quáles non.

LEY XVI

De cómo marmol, ó pila, ó piedra, ó perla ó otra cosa qualquier que sea asentada en la casa non se debe arrancar para venderla.

Marmol, ó otra piedra, ó madera ó otra cosa qualquier que estodiese fincada (1) en alguna casa por pro ó por apostura della, non la deben ende tirar para vender, et si alguno la vendiese non debe valer la vëndida. Pero si alguno feciese contra esto vendiendo tal cosa, si aquella que asi vendiese pasare á poder (2) del comprador, debe fincar con él, mas tenuto es este que la compró de dar el prescio por que la habie comprada, á la corte del rey, con otro tanto de lo suyo; et si el prescio hobiese dado al vendedor debegelo tornar (3), et el que la vendió debel otrosi pechar otro tanto (4) de lo suyo quanto era el prescio por que vendió la cosa, otrosi decimos que ningunt home non puede vender su siervo que se le fuyese en quanto andodierefoido (5).

LEY XVII

Cómo ningunt home non debe vender pozon nin yerbas con que podiesen á otro matar.

Pozon (1), ó yerbas, ó venino ó otra cosa mala de aquellas con que podiesen home matar comiéndola ó bebiéndola, non las debe ninguno vender nin comprar. Pero especias hi ha algunas que han en si partes de venino que las puede vender et comprar, asi como la escamonia ó otras semejantes della, que maguer sean de tal natura, usan los homes dellas en las melecinas, porque aquella maldat que han en si puédengela facer perder mezclándolas (2) con otras cosas.

LEY XVIII

Cómo non vale la compra que home face de lo suyo mesmo.

La su cosa (1) mesma ningunt home non la puede comprar, et si por aventura la comprase non lo sabiendo, debe cobrar lo que dió por ella: esto se entiende quando la cosa es toda suya, mas si otro alguno hobiese parte en ella, valdrie la vëndida en tanta parte quanto es aquello que es ageno et non en lo suyo; pero si un home toviese en su poder et en su tenencia alguna cosa que fuese dotro, aquel que la propiedat et cuya es la cosa, bien podrie comprar la tenencia que el otro habie en ella, et valdrie tal vëndida. Eso mesmo decimos que serie si un home que fuese tenedor de alguna cosa comprase de otro algunt derecho ó servidumbre que hobiese en aquella cosa mesma de quél era tenedor, que valdrie otrosi tal vëndida.

LEY XIX

Cómo se puede vender la cosa agena.

Agena cosa vendiendo un home á otro valdrie la vëndida (1); pero aquel que tal compra face (2), ó sabe que aquella cosa que asi compra que non es

de aquel que gela vende, ó cree que es suya; et si sabe que es agena maguer gela torne despues perjuicio á aquel cuya es, non es tenuto el vendedor de tornarle el prescio (3), fueras ende si quando gela vendió se obligó (4) que la tornase, si aquel cuya era aquella cosa la demandase et la cobrase: mas si non sopiese el comprador que la cosa era agena quando la compró, entonces (5) non serie el vendedor tenuto tan solamente de pecharle el prescio, mas todos los daños et los menoscabos quel veniesen por razón de aquella vándida quel fizo.

LEY XXII

Cómo non deben vender armas de fuste nin de fierro á los enemigos de la fe.

Arma (1) ninguna de fuste nin de fierro non deben vender ni emprestar los cristianos á los moros nin á los otros enemigos de la fe. Otrosi defendemos que ninguno de nuestro señorío non les lieve (2) á la su tierra mientras guerreamos con nusco trigo (3), nin centeno, nin cebada, nin vino, nin olio nin ningunas de las otras viandas con que se podiesen amparar, nin gelo vendan nin gelo den en nuestro señorío para llevarlo á su tierra. Pero tenemos por bien que á los que venieren á nuestra corte en mensageria ó á pleyto, que les vendan la vianda (4) que hobieren meester para comer ó para beber mientras que hi moraren. Et si alguno contra esto feciere, mandamos que pierda por ende todo lo que hobiere, et que esté su cuerpo á mercet del rey; ca dar armas á los enemigos de la fe, ó facerles otra ayuda con que se puedan amparar, es como manera de traycion (5).

LEY XXXIII

Si la cosa agena fuere vendida, quel dueño della la puede demandar á aquel en cuyo poder la falla.

Cosa agena vendiendo un home á otro, aquel cuya fue puédela de mandar al comprador á quien la falla; pero si el comprador dixese á aquel que gela vendió que venga á defenderle (1) en juicio aquella cosa quel vendió, et á responder sobre ella al que la demanda, si el vendedor quiere (2) entrar con el demandador en juicio para ampararla, obligándose á facer derecho sobrella, bien asi como si la él toviere, entonces el demandador non ha razon de la demandar al comprador, ante decimos que la debe demandar á aquel que gela vendió, et dexar estar en paz al que la compró (3). Et si el vendedor non quisiere entrar en juicio con el demandador sobre la cosa, entonces puede la demandar al comprador: pero en salvo finca su derecho al comprador (4) de afincar por juicio al vendedor que le faga sana (5) la cosa quel vendió.

LEY LIII

De la vendida que face el rey de las cosas.

Vendiendo ó dando (1) el rey (2) cosa agena (3) como suya (4), pasa el

3. El concepto de bienes en la legislación civil peruana

No es fácil precisar cuál es el concepto de «bien» y mucho menos delimitarlo.

La legislación peruana no escapa a la regla. En ella, ninguno de los tres principales Códigos Civiles que han tenido vigencia, ha definido tal concepto. Lo que sí encontramos es una constante clasificación de los mismos.

El Código Civil de 1852 contemplaba la distinción de las cosas en su Libro Segundo, De las cosas, Del modo de ad-

señoro (5) da (6); pero aquel á quien la tomase puédele pedir quel dé la estimación de aquella cosa fasta quatro años, et el rey debe gela pagar et si fasta quatro años non pidiese la estimación, dende en adelante non podrie. Otrosi decimos que si el rey hobiese alguna cosa comunalmiente con otros, que la puede vender (7) toda ó dar (8) por razon de aquella parte que ha en ella, et pasa el señorío de aquella cosa al que la vende ó al que la da; mas con todo eso debe dar (9) la estimación á cada uno de los otros segunt las partes que habien en aquella cosa.

LEY LIV

De la vándida que es fecha de cosa agena en nombre del señor della, como debe valer.

Si un home vendiese á otro cosa agena en nombre de aquel que hobiese el señorío della, si aquel cuya es la cosa ha por firme (1) la vándida despues que es fecha, vale et pasa el señorío de la cosa á aquel que la compró, maguer de comienzo non ficiere este atal la vándida con otorgamiento nin con sabidoria de aquel cuya era la cosa. Mas si non la vendiese en nombre del señor della, mas en el suyo mesmo, si aquel que la compró sabe que non es la cosa de aquel que gela vende, entonces non pasaria á él el señorío della, nin la puede ganar por tiempo (2), ante decimos que aquel cuya es, que la puede demandar et la debe cobrar en todas guisas. Pero si este comprador atal hobo buena fe quando compró la cosa non sabiendo que era agena, mas cuidando que era de aquel que gela vendió, entonces puede ganar por tiempo el señorío della, et es tenuto el vendedor en todas guisas (3) de tornar el prescio á aquel cuya era la cosa. Otrosi decimos que vendiendo un hombre alguna cosa agena como suya, si despues que la vándida es fecha se pierde la cosa ó se muere (4), puede si quisiere el señor de la cosa haber la vándida por firme, et demandar (5) el prescio (6) della al vendedor, quier fuese fecha la vándida en nombre del señor ó non.

quirirlas, y De los derechos que las personas tienen sobre ellas, Sección Primera, De las Cosas, Título Primero. Concretamente, lo hace en sus artículos 454 y siguientes.

El artículo 454, las distingue en corporales, que son las que percibimos con los sentidos; e incorporeales. Estas últimas son definidas por exclusión de las corporales, señalando que «las demás son incorporeales, como los derechos y acciones».

Posteriormente, en su artículo 455 hace una segunda clasificación; pero esta vez se refiere solo a las cosas corporales. A estas las subdivide en dos categorías: Muebles, siendo estas las que sin alteración pueden ser llevadas de un lugar a otro; e inmuebles, las mismas que son definidas por exclusión, cuando se señala que «las demás son inmuebles».

Pero a la vez hace, entre los artículos 455 y 456, una enumeración de aquellas cosas, que además de las comprendidas en la mencionada clasificación, pertenecen a una u otra categoría, o precisa algunas de las ya comprendidas en dicha clasificación. Es así como en el artículo 455 señala que «las semovientes (ganado) se comprenden en los muebles» y el artículo 456 hace una enumeración de aquellas que considera como inmuebles.

El Código Civil de 1852 tiene, en su artículo 457, una norma de singular importancia, ya que podría entenderse que estaría efectuando una tercera clasificación un tanto *sui generis*.

Veamos el texto:

Artículo 457.- «Bajo la denominación simple de muebles, sin oposición a inmuebles, se comprende el menaje de una casa, pero no el dinero, alhajas, créditos, libros, ropa y demás objetos que no están destinados al adorno y comodidad de ella». (la cursiva es nuestra).

Pareciera que con esta redacción se quisiese establecer que los bienes comprendidos en el menaje de una casa son muebles, *pero esto no quiere decir que por ello no sean inmuebles*. Al decir «bajo la denominación simple de muebles», pareciera que se les está denominando así por hacerlo de al-

gún modo, pero que no por llamárseles muebles, sean de la misma categoría que ellos los bienes muebles de que tratan los artículos 455 y 456 del propio Código.

También se incluyen dentro de esta «nueva» categoría de «muebles» a aquellos objetos que están destinados al adorno y comodidad de una casa.

Y respecto del dinero, alhajas, créditos, libros, y demás objetos que no están destinados al adorno y comodidad de la casa, podemos deducir que no forman parte de esta nueva clasificación de «bienes muebles, sin oposición a los inmuebles». Pero además, por integración con la regla general del artículo 455 que establece que son cosas muebles las que pueden ser llevadas de un lugar a otro», podríamos encuadrar a las seis categorías nombradas al inicio de este punto (dinero, alhajas, etc.) dentro de la categoría de «bienes con oposición a los inmuebles».

Sin embargo, tan alambicada redacción, en criterio de la mayoría de sus intérpretes debía entenderse simplemente como que el dinero, las alhajas, los créditos, los libros, la ropa y demás objetos que no están destinados al adorno y comodidad de la casa, no están comprendidos dentro de lo que se denomina «menaje» de la misma. Pero aun así subsistiría el problema de interpretar si con la expresión «sin oposición a los inmuebles» se creó una nueva clasificación de éstos o era —simplemente— una frase de infeliz redacción.

Este problema se solucionó favorablemente en el Código Civil de 1936 con la redacción de su artículo 820.

Pero, además, el Código Civil de 1852 hacía —en su artículo 458— una cuarta división de los bienes entre fungibles y no fungibles.

Establece que «son fungibles las cosas que no se consumen con el uso». Respecto de este punto, M.A. Fuentes y M.A. de la Lama²² anotan que «parece más exacta la defini-

²² FUENTES, M.A. y DE LA LAMA, M.A. *Código Civil Peruano de 1852*, página 99. Imprenta del Estado: Calle de la Rifa número 58, Lima, 1870.

ción que dan casi todos los tratadistas: las cosas que se consumen con el primer uso».

Sin duda, el criterio del Código de 1852 era errado, ya que confundía el concepto de bienes consumibles con el de fungibles; estos últimos entendidos como aquellos en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y que pueden sustituirse los unos por los otros de la misma calidad y en igual cantidad.

No fungibles —para el cuerpo legal bajo comentario— son «Las que no se consumen, aunque se deterioren con el uso».

Por último, este Código Civil establecía una quinta división para las cosas, en Públicas, es decir, las que «pertenecen a una nación, y cuyo uso es de todos»; Comunes, «las que pertenecen colectivamente a una corporación legalmente reconocida»; De particulares, «las que pertenecen a una o más personas consideradas individualmente»; las Destinadas al culto, es decir, «las que sirven para el ejercicio de la religión del Estado (la Católica, Apostólica y Romana, de acuerdo al artículo 4 de la entonces vigente Constitución del año 1839)»; y las De ninguno, que son «las que no están en propiedad de nadie o se hallen vacantes» (estas podían hacerse de propiedad de los particulares, por el procedimiento establecido en los artículos 1387 y siguientes del entonces vigente Código de Enjuiciamientos Civiles del año 1852).

Por su parte, el Código Civil de 1936 hace, a su vez, una detallada clasificación de los bienes en su Libro Cuarto, De los Derechos Reales, Sección Primera, de los Bienes, Títulos I y II, De las Varias Clases de Bienes y De los Bienes del Estado y de los Particulares.

Una primera clasificación es la de inmuebles y muebles.

Los inmuebles están enumerados, mas no definidos, en el artículo 812.

Los bienes muebles se encuentran enumerados en el artículo 819, y podría considerarse que una definición genéri-

ca de los mismos es la contenida en el inciso 1 de dicho artículo. Como hicimos referencia al estudiar los bienes en el Código Civil de 1852, el numeral 820 soluciona el problema que plantea este cuerpo normativo en su artículo 457, al tocar lo referente a los bienes integrantes del menaje de una casa.

El artículo 820 tiene una clara redacción, pero no integran dicho menaje, sino aquellos bienes que están excluidos del mismo.

Una segunda clasificación es la que el Código de 1936 hace entre principales y accesorios.

Los accesorios se definen en el artículo 815, como todo lo que está aplicado permanentemente al fin económico del predio y se halla en una relación que responda a ese fin.

Además comprende en el artículo 816 como accesorios a «los árboles plantados, las semillas sembradas y los frutos mientras no están percibidos».

Por último, señala en su artículo 817, que los bienes accesorios, al igual que las partes integrantes de un bien, «siguen la condición de este, salvo los casos en que la ley o el contrato permiten su diferenciación».

El Código no define expresamente a los bienes principales, pero sin embargo, creemos que podríamos definirlos por exclusión, del artículo 815, es decir como aquellos bienes que no están aplicados permanentemente a los fines económicos de un predio y que no se hallen en una relación que responda a ese fin.

Una tercera clasificación es la que se hace entre los bienes de propiedad privada y los del Estado. Los bienes de propiedad privada son definidos en el artículo 821 como aquellos «de los particulares que tienen título reconocido por la ley»; en tanto que los bienes del Estado son los que se enumeran en el artículo 822.

Antes de analizar el tratamiento legislativo que se ha dado a los bienes en el Código Civil de 1984, creemos necesario hacer una rápida síntesis del Anteproyecto de la Comi-

sión Reformadora, del Doctor Jorge Avendaño Valdez, de 1980; de la Ponencia ante la Comisión Reformadora, de la Doctora Lucrecia Maisch von Humbolt de Portocarrero, del 16 de enero de 1981 y del Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984.²³

El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, del Doctor Jorge Avendaño Valdez, de 1980 planteaba en el artículo 2 una doble clasificación; una forzosa, entre registrados y no registrados y otra adicional, entre muebles e inmuebles, que pareciera no tener el carácter de forzosa, dada la redacción del artículo bajo comentario, que transcribimos a continuación:

Artículo 2.- «Los bienes se clasifican en registrados y no registrados; también pueden ser muebles e inmuebles».

Veamos detenidamente esta clasificación:

En primer término, y de acuerdo al Registro, se encontraban los bienes registrados, definidos como «aquellos que están incorporados a alguno de los Registros existentes en el país. Se rigen por lo dispuesto en el Código y en su propia legislación» (artículo 3); y los bienes no registrados, los mismos que no estaban definidos expresamente, pero podríamos hacerlo por exclusión del artículo 3, señalando que son «los no incorporados a alguno de los Registros existentes en el país».

En esta primera clasificación del Doctor Avendaño, encontramos un serio problema interpretativo, consistente en que ha dividido los bienes en registrados y no registrados, y que establece, adicionalmente, que son registrados los incorporados a alguno de los Registros existentes en el país, *vale decir, los que están inscritos*; de lo que se deducía que los no registrados son los que no están inscritos. Si esto fuese así, sería algo incongruente, ya que se estaría atribu-

yendo a un bien el cambiar de calidad o de características, haciéndolo variar de una clasificación a otra por el solo hecho de inscribirse en el Registro correspondiente. En todo caso, si se quiso optar por la clasificación respecto del registro, debió dividirse en *registrables y no registrables*, entendidos como aquellos que son susceptibles de ser registrados en uno de los Registros *legalmente existentes* y aquellos que no son susceptibles de inscripción, respectivamente.

La segunda clasificación del Doctor Avendaño, dividía a los bienes en muebles e inmuebles.

A los muebles, el Doctor Avendaño los clasifica como «los trasladables de un lugar a otro» (artículo 4).

Los inmuebles son «los predios y todo lo que se adhiere permanente o económicamente a ellos en una relación que responda a su fin» (artículo 4).

Por su parte, la Ponencia ante la Comisión Reformadora de la Doctora Lucrecia Maisch Von Humboldt de Portocarrero, del 16 de enero de 1981, hace una primera clasificación de los bienes en inmuebles y muebles.

Los inmuebles estaban contenidos en el artículo 33 y eran definidos del siguiente modo: «Son inmuebles *por afectación legal* los bienes que por disposición de este Código o por cualquier ley específica adquieran tal carácter». Además, posteriormente realizaba una enumeración taxativa de los mismos.

Los bienes muebles estaban contenidos en el artículo 36 y eran definidos del siguiente modo: «Son bienes muebles por afectación legal los que *por disposición de este Código o por cualquier otra ley específica* adquieran tal carácter».

A continuación, al igual que en el caso del artículo relativo a los bienes inmuebles, se establece una enumeración de ellos.

El problema que observamos en estos dos artículos de la Ponencia de la Doctora Maisch, estriba en que no define qué son bienes muebles y qué son bienes inmuebles; simplemente señala —en otras palabras— que son los que el Código u otra ley específica les den el carácter de tales, ha-

²³ MAISCH VON HUMBOLDT DE PORTOCARRERO, Lucrecia. En: REVEDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo I, páginas 856 y siguientes.

ciendo con posterioridad enumeraciones de los mismos. Este método nos parece por demás inconveniente, ya que en un mundo con tantos y tan rápidos avances científicos y tecnológicos, en que los descubrimientos e inventos están a la orden del día, no se puede cerrar la enumeración de la clasificación de los bienes, ni mucho menos esperar a la promulgación de una norma legal para que el bien recién descubierto o inventado se incorpore a cualquiera de estas dos categorías.

De otro lado, cabe recordar que el Proyecto de la Comisión Revisora de 1984, clasifica a los bienes en dos categorías. Una primera los divide en muebles e inmuebles.

Inmuebles son los enumerados en el artículo 886; en tanto que muebles son los especificados en el artículo 887.

La segunda los distingue en principales y accesorios, encontrándose contemplados en el artículo 889.

Para esta segunda clasificación son aplicables los argumentos que veremos más adelante al comentar el artículo 888 del Código Civil de 1984, ya que los textos del artículo 889 del Proyecto y del mencionado artículo 888 del Código son idénticos.

El Código Civil de 1984 contiene dos clasificaciones respecto de los bienes.

Una primera los divide en muebles e inmuebles.

Los inmuebles no son definidos, pero se enumeran en el artículo 885.

Aquí debemos anotar como un inconveniente, la ya aludida falta de definición y además el que la enumeración sea taxativa y que no deje abierta la posibilidad de incluir a nuevos bienes allí no mencionados, sujetándose así tal inclusión a posterior normatividad legal específica.

Los bienes muebles tampoco son definidos. Se enumeran en el artículo 886.

Al artículo 886 no podríamos hacerle similar crítica que la efectuada al 885, ya que con la redacción de sus incisos 9 y 10 se deja abierta la posibilidad de incluir a los bienes

no contenidos en la enumeración. Tiene con ello la ventaja de no requerir la existencia de una ley específica que les reconozca tal carácter.

Pero debemos anotar que la redacción del último inciso del artículo 886, podría traer serios inconvenientes respecto de bienes que por su naturaleza sean inmuebles, pero a los cuales ninguna norma legal les haya reconocido tal carácter, por lo que, al no estar comprendidos en ninguno de los supuestos del artículo 885, vendrían a estarlo dentro del inciso 10 del artículo 886 y serían calificados como muebles, contrariando su propia naturaleza.

Compartimos la crítica formulada por la Doctora Maisch Von Humboldt al Código Civil de 1984, cuando se refiere a la no inclusión en este de los artículos 821, 822 y 823 del Código Civil de 1936 que legislaban sobre los bienes del Estado y de los particulares, tema tratado por gran cantidad de Códigos Civiles en el mundo.²⁴

La segunda clasificación que hace el Código Civil de 1984 respecto de los bienes es aquella que los divide en principales y accesorios.

Los accesorios son definidos en el artículo 888 como aquellos «bienes que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto de otro [...]».

En tanto que los bienes principales no son definidos en el Código, pero lo podríamos hacer por exclusión de los accesorios.²⁵

²⁴ MAISCH VON HUMBOLDT DE PORTOCARRERO, Lucrecia. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo V, página 156.

²⁵ Consideramos de interés ilustrar al lector acerca de las normas en las que el Código Civil Peruano de 1984 trata acerca de la expresión «bien» o «bienes». Los artículos respectivos son los siguientes: artículo 47, artículo 49, artículo 50, artículo 51, artículo 52, artículo 54, artículo 56, artículo 57, artículo 69, artículo 82, artículo 99, artículo 101, artículo 104, artículo 109, artículo 125, artículo 128, artículo 129, artículo 139, artículo 156, artículo 167, artículo 181, artículo 188, artículo 195, artículo 199, artículo

4. Tratamiento de los bienes en la codificación civil contemporánea

4.1. Concepto o definición de bienes

Pocos son los Códigos Civiles que optan por dar una definición acerca de los bienes. En tal sentido, tenemos al siguiente grupo:

Código Civil Chileno (artículo 565), Código Civil Uruguayo (artículo 460), Código Civil Argentino (artículo 2311), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 253), Código Civil Nicagüense de 1903 (artículo 596), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 599), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 810), Código Civil Portugués de 1967 (artículo 202, literal A), Código Civil Colombiano (artículo 653), Código Civil Paraguay de 1987 (artículo 1872), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 442), Código Civil Austriaco de 1811 (artículo 285), Código Civil Ecuatoriano (artículo 602), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 324), Proyecto de Código Civil Argentino de 1936 (artículo 106).

La mayoría de los Códigos consultados opta por omitir una definición al respecto. En tal sentido tenemos a los siguientes Códigos:

Código Civil Francés, Código Civil Peruano de 1852, Código Civil Venezolano de 1880, Código Civil Italiano de 1865, Código Civil Español, Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón elaborado por G. Boissonade de 1890, Código Civil Japonés, Código Civil Alemán, Código Civil Suizo, Código Civil Brasileño, Segundo Anteproyecto de Código Civil Pe-

artículo 1939, artículo 1950, artículo 1952, artículo 1970, artículo 1971, artículo 1994 inciso 6, artículo 2008 inciso 7, artículo 2042, artículo 2043, artículo 2044, artículo 2058, artículo 2059, artículo 2061, artículo 2069, artículo 2071, artículo 2078, artículo 2080, artículo 2082, artículo 2088, artículo 2089, artículo 2090, artículo 2091, artículo 2100, artículo 2101, artículo 2105.

ruano de 1926, Código Civil Chino de 1930, Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, Código Civil Boliviano de 1976, Código Civil Mexicano de 1927, Proyecto de Código Civil Colombiano, Código Civil Venezolano de 1942, Código Civil Peruano de 1984, Proyecto de Código Civil Brasileño de 1984, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1987, Código Civil Boliviano de 1831, Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922, Código Civil Belga, Código Civil Cubano de 1988.

El Código Civil Chileno, en su artículo 565 establece que los bienes consisten en cosas corporales e incorporeales, siendo corporales las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, e incorporeales las que consisten en meros derechos.

El Código Civil Uruguayo, para definir qué son los bienes, establece que dentro de este concepto se comprende todo lo que tiene una medida de valor y puede ser objeto de propiedad. Además señala que éstos pueden ser corporales o incorporeales. Equipara el concepto de bienes al de cosas.

El Código Civil Argentino prescribe, en su artículo 2311, que se llaman cosas a los objetos materiales susceptibles de tener un valor. En el artículo 2312 señala que bajo el concepto de bienes se comprenden a las cosas y a los objetos inmateriales susceptibles de valor.

El Código Civil Colombiano, seguidor del Chileno y de su antecesor, el Proyecto del ilustre venezolano Don Andrés Bello, recoge en su artículo 653, textualmente los conceptos del artículo 565 de aquel.

El Código Civil Venezolano de 1880, si bien no contiene una definición expresa de lo que se entiende por bienes, deja entrever, dada la redacción de su artículo 437 que se consideran bienes a las cosas susceptibles de ser objeto de propiedad pública o privada.

El Código Civil Ecuatoriano, en la misma línea de los Códigos Chileno y Colombiano, contempla en su artículo

602, la definición de bienes ya comentada y contenida en estos dos últimos cuerpos legales.

El Código Civil Costarricense de 1888, considera que los bienes consisten en cosas que jurídicamente son muebles e inmuebles, corporales e incorpóreas.

El Código Civil Español establece que se considera como bienes todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación (artículo 333).

El Código Civil Nicaragüense de 1903 entiende por bienes a las cosas en cuanto procuran o sirven para procurar beneficios a las personas que tienen derechos que ejercitar sobre las mismas (artículo 596).

El Código Civil Hondureño de 1906, en su artículo 599, opta por idéntica definición que la otorgada por los Códigos Chileno, Colombiano y Ecuatoriano.

El Código Civil Panameño de 1917 establece que todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes (artículo 324).

El Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936, en su artículo 106, establece que se entiende por bienes a los objetos materiales o inmateriales susceptibles de valor. También establece que a los primeros se les llama cosas.

El Código Civil Venezolano de 1942 prescribe que las cosas que puedan ser objeto de propiedad pública o privada son bienes (artículo 525).

El Código Civil Italiano de 1942, en su artículo 810, establece que son bienes las cosas que pueden constituir objetos de derechos.

El Código Civil Portugués de 1967 llama cosa a todo aquello que puede ser objeto de relaciones jurídicas (artículo 202, inciso 1).

El Código Civil Guatemalteco de 1973 entiende por bienes a las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación (artículo 442).

El Código Civil Boliviano de 1976, comprende por bienes a las cosas materiales e inmateriales que pueden ser objetos de derechos (artículo 74, inciso 1).

El Código Civil Paraguayo de 1987, en su artículo 1872 considera que las cosas son los objetos corporales susceptibles de tener un valor.

En lo que se refiere a una primera distinción de los bienes, que pueda considerarse fundamental, los Códigos Civiles consultados optan por asumir los siguientes criterios:

El Código Civil Francés y el Código Civil Belga, en su artículo 516, establecen que todos los bienes son muebles o inmuebles.

El Código Civil Austriaco de 1811 establece en su artículo 291 que las cosas se dividen, de acuerdo a su naturaleza, en corporales e incorpóreas, muebles e inmuebles, consumibles y no consumibles y apreciables e inapreciables.

El Código Civil Boliviano de 1831 establece en su artículo 266, que todos los bienes son muebles e inmuebles.

El Código Civil Peruano de 1852 señala, en su artículo 454, que las cosas que están bajo el dominio del hombre son corporales e incorpóreas.

El Código Civil Chileno establece, en su artículo 565, que los bienes consisten en cosas corporales e incorpóreas.

El Código Civil Italiano de 1865, en su artículo 406, establece que todas las cosas son bienes muebles e inmuebles.

El Código Civil Uruguayo establece, en su artículo 460, segundo párrafo, que los bienes son corporales e incorpóreas.

El Código Civil Colombiano establece la misma clasificación que el Código Civil Chileno (artículo 653).

El Código Civil Venezolano de 1880 prescribe, en su artículo 437, que las cosas que pueden ser objeto de propiedad pública o privada son bienes muebles o inmuebles.

El Código Civil Ecuatoriano, en su artículo 602, establece la misma clasificación que los Códigos Chileno y Colombiano.

El Código Civil Costarricense de 1888 establece que los bienes jurídicamente son muebles o inmuebles, corporales o incorporeales (artículo 253).

El Código Civil Español, en su artículo 333, los clasifica en muebles e inmuebles.

El Código Civil Nicaragüense de 1903, en su artículo 597, establece que los bienes consisten en cosas que jurídicamente son muebles o inmuebles.

El Código Civil Hondureño de 1906, señala que los bienes consisten en cosas corporales e incorporeales.

El Código Civil Panameño de 1917 divide a los bienes en muebles e inmuebles (artículo 324).

El Proyecto de Código Civil Argentino de 1936 establece como primera clasificación de los bienes, la de materiales e inmateriales (artículo 106).

El Código Civil Venezolano de 1942 establece, en su artículo 525, una primera división de los bienes en muebles e inmuebles.

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, prescribe que las cosas se dividen por su naturaleza en inmuebles, muebles y semovientes (artículo 342).

El Código Civil Portugués de 1967 clasifica a las cosas en inmuebles o muebles, simples o compuestas, fungibles o no fungibles, consumibles o no consumibles, divisibles o no divisibles, principales o accesorias, presentes o futuras (artículo 203).

El Código Civil Guatemalteco de 1973 considera como primera clasificación de los bienes la de muebles e inmuebles.

El Código Civil Boliviano de 1976 establece, en su artículo 74, inciso 2, que todos los bienes son inmuebles o muebles.

El Proyecto de Código Civil Colombiano contempla como una primera división de las cosas la de materiales e inmateriales (artículo 156).

Cabe señalar, sobre lo antes expuesto, que los Códigos Civiles consultados presentan dos tendencias, al efectuar una primera distinción de los bienes. Así, tenemos a los Códigos de Austria, Perú (1852), Chile, Uruguay, Ecuador, Costa Rica, Honduras y los Proyectos Argentino de 1936 y Colombiano, que los distinguen en corporales e incorporeales; y de otro lado, distinguiéndolos en muebles e inmuebles, tenemos a los Códigos Civiles de Francia, Bélgica, Austria, Bolivia (1831), Italia (1865), Venezuela (1880), Costa Rica, España, Nicaragua, Panamá, Venezuela (1942), Portugal, Guatemala y Bolivia (1976). El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, si bien se enmarca dentro de esta última corriente, los divide en inmuebles, muebles y semovientes.

Podemos señalar que tales distinciones preliminares tienen por objeto, en la mayoría de los Códigos que las contienen, efectuar un primer alcance hacia lo que representa el contenido de los bienes, en muchos casos, a falta de una definición de los mismos.

4.2. Distinción de los bienes según su corporeidad

4.2.1. Bienes corporales

El Código Civil Austriaco de 1811, simplemente se limita a distinguir las cosas corporales, dentro de una división de las mismas desde el punto de vista de su naturaleza (artículo 251).

El Código Civil Peruano de 1852, en su artículo 455, establece que las cosas corporales, que son lo que percibimos con los sentidos, son muebles o inmuebles.

El Código Civil Chileno da un tratamiento orgánico a las cosas corporales. Luego de efectuar la división de los bienes en corporales e incorporeales, en virtud del artículo 565, y señalar que son las cosas que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, establece en un

apartado especial, el tratamiento de las cosas corporales, en los artículos 566 a 575. Además cabe señalar que el Código bajo comentario establece dentro del tratamiento de las cosas corporales, la división de las mismas en muebles e inmuebles, y aunque no se señala expresamente, a nuestro entender lo que busca es distinguir esta clasificación, por naturaleza, como privativa de las cosas corporales, sin perjuicio de una aplicación supletoria de la misma a las incorporales, tal como prescribe el artículo 580, norma que comentaremos en su oportunidad.

El Código Civil Uruguayo sigue, para estos efectos, al Código Civil Chileno, en el sentido que luego de dividir a los bienes en corporales e incorporales (artículo 460), establece un tratamiento especial para los bienes corporales en la Sección primera del Capítulo primero, correspondiente al Título primero del Libro II, relativo a los bienes y al dominio o propiedad. En los artículos 461 y siguientes trata acerca de los bienes corporales, haciendo primeramente una división de los mismos en muebles e inmuebles, existiendo también una norma de aplicación supletoria al tratamiento de los bienes incorporales, en lo relativo a los muebles e inmuebles (el artículo 474).

El Código Civil Argentino opta por considerar a los bienes corporales bajo la exclusiva denominación de cosas, estableciendo una división de las mismas en muebles e inmuebles (artículo 2313).

Los Códigos Civiles Colombiano y Ecuatoriano adoptan similar criterio legislativo que su fuente de inspiración, el Código Civil Chileno.

El Código Civil Boliviano de 1976 establece, en su artículo 74, inciso 1, la distinción de las cosas en materiales e inmateriales, correspondiendo la división en inmuebles y muebles para ambas categorías.

El Código Civil Paraguayo de 1987 establece en su artículo 1872, siguiendo al Código Civil Argentino, que se consideran cosas solo los objetos susceptibles de tener un valor.

El Código Civil Cubano de 1988 establece en su artículo 45.2, que por su objeto, las relaciones jurídicas pueden ser sobre bienes materiales, entre otros. Adicionalmente específica, en el artículo 46.1, que estas relaciones recaen directamente sobre cosas.

4.2.2. Bienes incorporales

El Código Civil Austríaco de 1811 trata acerca de los bienes incorporales, dentro de una clasificación de los mismos (artículo 251).

El Código Civil Peruano de 1852, en su artículo 454, da a entender, por exclusión de las cosas corporales, que las incorporales son aquellas que no percibimos con los sentidos, como los derechos y acciones.

El Código Civil Chileno otorga un tratamiento orgánico a las cosas incorporales, en sus artículos 576 a 581. Las cosas incorporales son definidas en la primera de las normas citadas como los derechos reales o personales.

El Código Civil Uruguayo establece un tratamiento respecto de las cosas incorporales, siguiendo similar esquema que el Código Civil Chileno, tratando acerca de aquellas en sus artículos 471 (donde son definidas) a 475.

Adicionalmente, podemos señalar que el Código Civil Argentino, considera a los objetos inmateriales susceptibles de valor, conjuntamente con los objetos materiales susceptibles de valor (cosas), dentro de la denominación de bienes (artículo 2312). No establece alguna otra norma al respecto.

Los Códigos Civiles Colombiano y Ecuatoriano contienen una regulación muy similar a la del Código Civil Chileno respecto de las cosas incorporales, estableciendo en sus artículos 664 y 613, respectivamente, idéntica relación de las mismas.

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, establece en el artículo 352, un tratamiento relativo a los derechos, dividiendo

a los mismos en reales y personales. Debe entenderse que esta constituye una clasificación adicional de los bienes dentro de dicho Anteproyecto, ya que está incluida en el Libro III, Título primero, Capítulo I, relativo a los bienes y su clasificación.

El Código Civil Boliviano de 1976, en su artículo 74, inciso I, considera a los bienes inmateriales que pueden ser objeto de derechos, como una parte de los bienes.

El Código Civil Paraguayo de 1873, establece que los objetos inmateriales susceptibles de tener valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes, copiando la primera parte del artículo 2312 del Código Civil Argentino.

El Proyecto de Código Civil Colombiano establece en su artículo 156, el reconocimiento de las cosas inmateriales, tales como las producciones de la inteligencia (obras del ingenio, inventos industriales).

De lo relativo a la división de los bienes en corporales e incorporeales, parece una constante, tal como fue señalado en páginas anteriores de este trabajo, que se realiza una identificación de las cosas corporales con aquellas que poseen materialidad. Tal vez los Códigos Civiles más claros en tal sentido, son el Peruano de 1852, el Chileno, el Uruguayo, el Argentino, el Colombiano, el Ecuatoriano, el Boliviano de 1976 y el Paraguayo de 1987, al señalar expresamente que las cosas corporales son aquellas que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos.

Si bien, por una serie de consideraciones esta no es privativa de las cosas corporales, los Códigos Civiles Austríaco, Peruano de 1852, Chileno, Uruguayo, Argentino, Colombiano y Ecuatoriano, tratan acerca de las cosas muebles e inmuebles, dentro de una clasificación de las cosas corporales. Pero como veremos más adelante, dicho criterio clasificatorio también puede extenderse a los bienes incorporeales.

Si bien la mayoría de Códigos consultados, no contiene una definición acerca de los bienes incorporeales, sí existe un grupo de Códigos que comprenden expresamente dentro

de éstos, a los derechos reales y personales. Se trata de los Códigos Civiles de Chile, Uruguay, Colombia, Ecuador y el Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943.

4.3. Distinción de los bienes según su movilidad

4.3.1. Bienes inmuebles

El Código Civil Francés y el Código Civil Belga regulan en sus artículos 517 a 526 el tratamiento relativo a los bienes inmuebles, estableciendo, en la primera de las normas citadas, una división de los mismos de acuerdo a su naturaleza, su destino o por el objeto al cual se aplican. Es así como en los artículos 518 a 523 se trata acerca de los bienes inmuebles por naturaleza; en los artículos 524 y 525, de los inmuebles por el objeto al cual se refieren; y en el artículo 526, de los inmuebles por el objeto al cual se aplican.

El Código Civil Austríaco de 1811 trata acerca de los inmuebles en el artículo 293, en el cual se establece por negación de los muebles, que serán aquellos que no pueden ser trasladados de un lugar a otro.

El Código Civil Boliviano de 1831 establece, en su artículo 267, que los bienes son inmuebles o por su naturaleza, o por su uso, o por el objeto a que se aplican. Su regulación continúa en los artículos 268 a 275.

El Código Civil Peruano de 1852 regula a las cosas inmuebles en los artículos 455 y 456. En el artículo 455 las define por oposición a las muebles, como aquellas que sin alteración no pueden ser llevadas de un lugar a otro. En el artículo 456 hace una enumeración de las mismas.

El Código Civil Chileno establece que los bienes inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y minas, y las que se adhieren permanentemente a ellas como los edificios, los árboles.

Además señala que las casas y heredades se llaman predios o fundos. En el artículo 570 trata acerca de los inmuebles por destino.

Este Código, además, establece en el artículo 580, que los derechos y acciones se reputan inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse, o que se debe. Así, el derecho de usufructo sobre un inmueble es inmueble; y la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, también lo es.

El Código Civil Italiano de 1865 trata acerca de los bienes inmuebles en el Capítulo I del Título I, del Libro II. Estos bienes no son definidos, pero sin embargo en el artículo 407 se establece una distinción de los mismos de acuerdo a su naturaleza, su destino o por el objeto al cual se refieren. Los bienes inmuebles por naturaleza son detallados en los artículos 408 a 412, los inmuebles por destino, en los artículos 413 y 414 y los inmuebles por su objeto, para este Código, comprenden a los derechos especificados en el artículo 415.

El Código Civil Uruguayo considera en su artículo 463, siguiendo al Código Civil Chileno, que los inmuebles o fincas o bienes raíces, son las cosas que no se pueden transportar de un lugar a otro, como las tierras, las minas y los edificios. En el artículo 465 trata acerca de los bienes inmuebles por destino.

El artículo 474 establece que los derechos y acciones se reputan inmuebles, si la naturaleza de la cosa que es su objeto, también lo es, en similares términos que el artículo 580 del Código Civil Chileno.

El Código Civil Argentino trata acerca de las cosas inmuebles en los artículos 2313 a 2317. En el artículo 2313 establece que las cosas son inmuebles por su naturaleza, por accesión, o por su carácter representativo. El artículo 2314 trata acerca de los inmuebles por naturaleza, señalando que están dentro de esta categoría las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas. El artículo 2315 señala que

son muebles por accesión las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con tal que esta adhesión tenga el carácter de perpetuidad. El artículo 2317 considera inmuebles por su carácter representativo a los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis.

Los Códigos Civiles Colombiano y Ecuatoriano establecen similar regulación al respecto que el Código Civil Chileno, ya citado.

El Código Civil Venezolano de 1880 trata acerca de los bienes inmuebles en sus artículos 438, 439 y 440, no incluyendo una definición de los mismos.

El Código Civil Español establece una enumeración taxativa de los bienes inmuebles en su artículo 334; sin embargo, no los define.

El Código Civil Nicaragüense de 1903 plantea una distinción de los bienes inmuebles, de acuerdo a su naturaleza, por accesión o por su carácter representativo (artículo 598). Este Código considera a los bienes inmuebles por su naturaleza como las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas. Las cosas inmuebles por accesión están definidas en el artículo 600, que señala que son aquellas que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión al suelo, con tal que esta adhesión tenga carácter de perpetuidad.

El Código Civil Suizo considera, en su artículo 656, que la propiedad territorial tiene por objeto los muebles, enumerando qué bienes se consideran de tal condición dentro de dicho cuerpo legal.

El Código Civil Brasileño regula en sus artículos 43 a 46 el tratamiento relativo a los bienes inmuebles, pudiendo observar nosotros una distinción entre los inmuebles de que trata el artículo 43 y aquellos de que trata el artículo 44. Los primeros son inmuebles por naturaleza, accesión o destino; los segundos, solo lo son para efectos legales.

Este Código no define a los bienes inmuebles.

El Código Civil Panameño de 1917 tampoco los define, limitándose, en su artículo 325, a hacer una enumeración de aquellos bienes que se reputan como tales.

En lo que respecta al Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922, el mismo no contiene ninguna norma al respecto, ya que con la abolición de la propiedad privada del suelo desapareció —por ser inútil— la distinción de las cosas en mobiliarias e inmobiliarias.

El Segundo Anteproyecto del Libro Cuarto del Código Civil Peruano de 1926, regula en su artículo 1 a los bienes inmuebles; mas no los define, sino que se limita a hacer una enumeración de ellos.

El Código Civil Mexicano de 1927, establece una regulación acerca de los bienes inmuebles, en sus artículos 727 y 728. Estos no son definidos. En el artículo 727 se realiza una enumeración de los mismos, estableciéndose, además de una serie de cosas materiales que tienen este carácter, que los derechos reales sobre inmuebles también lo son (inciso XII).

El Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 establece, en sus artículos 107 a 110, una regulación acerca de los bienes inmuebles. Trata sobre los bienes inmuebles por naturaleza en el artículo 107, señalando que son aquellos que se encuentran por sí mismos inmovilizados. Los inmuebles por accesión están regulados en el artículo 108; los inmuebles por destino, en el artículo 109; y los inmuebles por su carácter representativo, en el artículo 110.

Cabe precisar que para efectos de este Código, son inmuebles por su carácter representativo los instrumentos públicos en los que constare la adquisición de derechos reales sobre tales cosas, salvo los de hipoteca y anticresis.

El Código Civil Peruano de 1936 establece, en su artículo 812, una enumeración de los que se consideran bienes inmuebles. Estos no son definidos, pero sin embargo se incluyen en el inciso 8 del mencionado artículo —como inmuebles— a los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro de la propiedad.

El Código Civil Venezolano de 1942 regula en sus artículos 526 a 530 a los bienes inmuebles; distinguiéndolos por su naturaleza, por su destinación (destino) y por el objeto al que se refieren. Los inmuebles por su naturaleza son tratados en el artículo 527; los inmuebles por destino, en los artículos 528 y 529 y los inmuebles por el objeto al cual se refieren en el artículo 530.

Cabe precisar que dentro de este último rubro se comprenden a los derechos del propietario y los del enfiteuta sobre los predios sujetos a enfiteusis; las servidumbres prediales y la hipoteca; las acciones que tiendan a reivindicar inmuebles o a reclamar derechos que se refieran a los mismos.

El Código Civil Italiano de 1942 señala en su artículo 812 que son bienes inmuebles el suelo, los manantiales y las corrientes de agua, los árboles, los edificios y las demás construcciones, aun cuando estén unidas al suelo de modo transitorio, y en general todo lo que natural o artificialmente, está incorporado al suelo.

En el artículo 813, señala que salvo que de la ley resulte otra cosa, las disposiciones concernientes a los bienes inmuebles se aplican a los derechos reales que tienen por objeto bienes inmuebles y a las respectivas acciones.

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, no define a los bienes inmuebles, sino que efectúa en su artículo 343 una enumeración de aquellos que se reputan de tal condición, por su naturaleza, por su acción o por su uso.

El Código Civil Portugués de 1967 establece en su artículo 204 cuáles son las cosas inmuebles, mas no las define.

El Código Civil Boliviano de 1976 no define qué son bienes inmuebles, pero sin embargo establece como regla general, en su artículo 75, inciso I, que son bienes inmuebles la tierra y todo lo que está adherido a ella natural o artificialmente.

El Código Civil Peruano de 1984 opta por no definir qué se entiende por inmuebles, pero hace una enumeración

de los mismos en su artículo 885. Cabe destacar de dicha norma el hecho de que se incluya dentro de esta enumeración a los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro. En realidad se trata de una enumeración taxativa, lo que es ratificado por el inciso 11, cuando señala que son inmuebles los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad; de lo que se deduciría que para que un bien pueda ser considerado como inmueble, tiene, necesariamente, que estar comprendido en la enumeración del artículo 885, o tenerla en virtud de una ley distinta.

El Código Civil Paraguayo de 1987 hace una distinción entre los inmuebles por naturaleza, los inmuebles por accesión, los inmuebles por destino y los inmuebles por su carácter representativo; los que son detallados en los artículos 1874, 1875, 1876 y 1877, respectivamente.

Cabe señalar que se consideran inmuebles por su carácter representativo los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con excepción de la hipoteca.

El Proyecto de Código Civil Colombiano, en su artículo 159, establece que son inmuebles las cosas que no pueden transportarse de un sitio a otro, como las tierras, las corrientes de agua, los lagos, las minas.

El Código Civil Cubano de 1988 señala, en su artículo 46.2, que son inmuebles la tierra, los demás bienes incorporados a ella y los que se unen de manera permanente a los antes referidos para su explotación o utilización.

4.3.2. Bienes muebles

Los Códigos Civiles Francés y Belga, en el artículo 527, señalan que los bienes muebles lo son por su naturaleza o por la determinación de la ley.

Son bienes muebles por su naturaleza los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro (artículo 528).

El artículo 529 establece que son muebles por determi-

nación de la ley las obligaciones y acciones que tienen por objeto sumas exigibles o efectos mobiliarios, las acciones e intereses de las compañías financieras, de comercio o de industria, aunque los inmuebles dependientes de esas empresas pertenezcan a las compañías.

El Código Civil Austriaco de 1811 considera, en su artículo 293, que las cosas que sin daño a las mismas en su substancia puedan ser trasladadas de un lado a otro son muebles.

Según el Código Civil Boliviano de 1831, los bienes son muebles por su naturaleza o por disposición de la ley (artículo 276). Son bienes muebles por naturaleza los que pueden mudarse de un lugar a otro (artículo 277) y muebles por disposición de la ley, las obligaciones y acciones que tienen por objeto sumas exigibles o efectos mobiliarios las acciones o intereses en las compañías agrícolas, comerciales o industriales, aunque a las compañías pertenezcan bienes raíces o inmuebles relativos a las empresas.

El Código Civil Peruano de 1852 considera que son cosas muebles las que sin alteración pueden ser llevadas de un lugar a otro (artículo 455).

El Código Civil Chileno considera que son muebles las cosas que pueden ser llevadas de un lugar a otro (artículo 567); exceptuándose las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, de acuerdo al artículo 570.

Según el Código Civil Italiano de 1865, los bienes son muebles por naturaleza o por determinación de la ley (artículo 416).

Son muebles por su naturaleza los cuerpos que puedan transportarse de un lugar a otro (artículo 417); son muebles por determinación de la ley, los derechos, las obligaciones y las acciones —también hipotecarias— que tienen por objeto principal el dinero o los efectos muebles, las acciones o cuotas de participación en las sociedades de comercio o de industria, aunque a las mismas pertenezcan bienes inmuebles. En este último caso, tales acciones o cuotas de partici-

pación son reputadas muebles en resguardo de cada uno de los socios, y por el solo tiempo que dure la sociedad.

El Código Civil Uruguayo, respecto de los bienes muebles, recoge la misma definición que el Código Civil Chileno, en su artículo 567.

El Código Civil Argentino señala en el artículo 2313 que las cosas son muebles por su naturaleza, por accesión o por su carácter representativo. El artículo 2318 define a las cosas muebles como aquellas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por si mismas, sea que solo se mueven por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorios a los inmuebles.

El Código Civil Colombiano y el Código Civil Ecuatoriano asumen una definición de los bienes muebles similar a la del artículo 567 del Código Civil Chileno, en sus artículos 655 y 604 respectivamente.

El Código Civil Venezolano de 1880 considera a los bienes muebles por exclusión de los inmuebles, que son detallados en los artículos anteriores (artículo 441). En esta norma, se especifican, además, a los intereses o acciones en las sociedades de comercio o industria, aunque estas sociedades sean propietarias de bienes inmuebles.

El Código Civil Español, en su artículo 355, establece que se reputan muebles los bienes susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo que trata acerca de los bienes inmuebles; además de las rentas y pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectadas a una persona o familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de prestamos hipotecarios (artículo 336).

El Código Civil Español prescribe que son muebles las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por si mismas, sea que solo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorios a los inmuebles (artículo 604).

El Código Civil Suizo considera que la propiedad mobiliaria tiene por objeto las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, así como las fuerzas naturales que son susceptibles de apropiación y no están comprendidas en los inmuebles.

El Código Civil Brasileño trata acerca de los bienes muebles, en sus artículos 47 a 49, señalando, en el artículo 47, que son aquellos susceptibles de movimiento propio, o de remoción por fuerza ajena.

El artículo 48 establece que se consideran muebles —para los efectos legales— ciertos derechos ahí especificados.

El Código Civil Panameño de 1917 prescribe que se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el Capítulo relativo a los bienes inmuebles, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos (artículo 326).

En el artículo 327 se establece que se reputan muebles los derechos y obligaciones; y las acciones que tienen por objeto sumas de dinero o efectos muebles; las acciones y cuotas de participación en Compañías mercantiles o civiles, aun cuando las mismas posean inmuebles, y las rentas y pensiones.

El Segundo Anteproyecto del Libro Cuarto del Código Civil Peruano de 1926, señala en su artículo 10, que son bienes muebles los que pueden llevarse de un lugar a otro, y las fuerzas naturales susceptibles de apropiación, salvo los comprendidos en los artículos 1, 3 y 5.

Adicionalmente, el artículo 11 establece una enumeración de aquellos bienes que, sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, se consideran muebles.

De acuerdo al Código Civil Mexicano de 1927, los bienes son muebles por su naturaleza o por disposición de la ley (artículo 729). Los bienes muebles por naturaleza son los especificados en el artículo 730, y por determinación de la ley, los señalados en los artículos 731 y 732, relativos a las obli-

gaciones o derechos que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal; y las acciones que cada socio tiene en las asociaciones y sociedades, aun cuando a estas pertenezcan algunos bienes inmuebles.

El Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 no contiene una definición de bienes muebles, mas trata acerca de los mismos en sus artículos 111 a 113.

El Código Civil Peruano de 1936, enumera en su artículo 819 a los bienes muebles. Cabe precisar que dentro de esta enumeración, en el inciso 6, se incluyen a los derechos referentes a muebles, dinero, servicios e inmuebles, si no son los comprendidos en el inciso 8 del artículo 812; y las rentas de obligaciones emitidas conforme a ley, salvo lo que se establezca en las leyes de crédito público.

Según el Código Civil Venezolano de 1942, los bienes son muebles por su naturaleza, por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la Ley.

Son muebles por su naturaleza los que pueden cambiar de lugar, por sí mismos o movidos por una fuerza exterior (artículo 432).

Son muebles por el objeto al que se refieren o por determinación de la Ley, los derechos y obligaciones establecidos en el artículo 533, que tienen por objeto cosas muebles; y las acciones o cuotas de participación en las sociedades civiles y de comercio, aunque estas sociedades sean propietarias de bienes inmuebles.

El Código Civil Italiano de 1942 define a los bienes muebles por descarte respecto de los inmuebles, en el artículo 812. Además, en el artículo 813 establece que salvo que de la ley resulte otra cosa, las disposiciones concernientes a los bienes muebles se aplican a todos los otros derechos que no tengan por objeto bienes inmuebles y sus respectivas acciones.

El cuerpo legal bajo comentario establece que para el caso de los bienes muebles inscritos en los Registros Públi-

cos rigen las disposiciones que se refieren a ellos y, en su defecto, las relativas a los bienes muebles.

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, en su artículo 346, establece que son bienes muebles los susceptibles de ser trasladados de un punto a otro, sin más excepciones que las marcadas en la enumeración de los bienes inmuebles.

El Código Civil Portugués de 1967 señala en su artículo 205 que son muebles todas las cosas no comprendidas en el artículo que enumera a los bienes inmuebles. Además prescribe que a las cosas muebles sujetas a registro público es aplicable el régimen de las cosas inmuebles en todo lo que no esté especialmente regulado.

El Código Civil Boliviano de 1976 regula en su artículo 76 el concepto de bienes muebles, definiéndolos como aquellos que no están enumerados en el artículo relativo a los bienes inmuebles; incluyendo en esta definición las energías naturales controladas por el hombre.

Este Código Civil, además contiene una norma relativa a los bienes muebles sujetos a registro —el artículo 77—, la misma que establece que esta categoría de bienes se rigen por las disposiciones que les conciernen y, en su defecto, por las de los bienes muebles.

El Código Civil Peruano de 1984 no contiene una definición relativa a los bienes muebles, pero sí una enumeración de los mismos, en su artículo 885. Lo interesante de esta enumeración es que incluye a los demás bienes a los que la ley confiere tal calidad (inciso 11); y a los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro.

El Proyecto de Código Civil de Brasil de 1984 regula los bienes muebles en sus artículos 82 y siguientes, señalando en el artículo mencionado que son muebles los bienes susceptibles de movimiento propio, o de remoción por fuerza ajena, sin alteración de las substancias o del destino económico social. Pero a la vez, el artículo 83 señala ciertos bienes que se consideran muebles para efectos legales, tales

como las energías que tengan valor económico; los derechos reales sobre objetos muebles y las acciones correspondientes; y los derechos personales de carácter patrimonial y las respectivas acciones.

Los bienes muebles están regulados en el Código Civil Paraguayo de 1987 por los artículos 1878 y siguientes. Son definidos en la primera de las normas citadas como las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que solo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles.

El Código Civil Cubano de 1988 define por exclusión a los bienes inmuebles, en su artículo 46.2, como aquellos distintos a la tierra, los demás bienes incorporados a ella y los que se unen de manera permanente a los antes referidos para su explotación o utilización.

Como vemos, al tratar acerca de los bienes inmuebles, la mayoría de legislaciones opta por señalar que éstos son tales, en virtud de su naturaleza, destino, por el objeto al cual se aplican, uso, accesión o carácter representativo. Si hay un común denominador, este estriba en que la mayoría de Códigos consultados, tales como el Francés, Belga, Boliviano de 1831, Italiano de 1865, Argentino, Nicaragüense, Brasileño, el Proyecto Argentino de Reformas de 1936, Venezolano de 1942 y el Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, ponen énfasis en el elemento de la naturaleza de los propios bienes. Solo el Código Civil Paraguayo de 1987 omite hacer referencia a este elemento, tratando únicamente acerca de la accesión, destino y carácter representativo de los mismos.

En cuanto a la definición propia de los inmuebles, un buen número de Códigos consultados coinciden en señalar que estos bienes son aquellos que no pueden trasladarse de un lugar a otro, o que por sí mismos están inmovilizados (Austriaco, Chileno, Uruguayo, Colombiano, Ecuatoriano,

Nicaragüense, Proyecto Argentino de Reformas de 1936, Proyecto Colombiano y Cubano de 1988).

De otro lado, al referirse a los bienes muebles, y señalar en virtud de qué obtienen esta característica, los Códigos Civiles de Francia, Bélgica, Bolivia (1831), Italia (1865) y México, consideran que lo son en virtud de su naturaleza o por disposición de la Ley.

Respecto de una definición acerca de los bienes muebles, pareciera ser generalizada la que los considera como aquellos susceptibles de ser trasladados de un lugar a otro por movimiento propio o fuerza ajena. En tal sentido, tenemos a los Códigos de Francia, Bélgica, Austria, Bolivia (1831), Perú (1852), Chile, Colombia, Ecuador, Italia (1865), Uruguay, Argentina, España, Brasil, Panamá, Segundo Anteproyecto Peruano de 1926, Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943 y el Proyecto Brasileño de 1984.

4.4. Distinción de los bienes según su fungibilidad. Los bienes fungibles y los bienes no fungibles

El Código Civil Peruano de 1852, en su artículo 458, considera fungibles a los bienes que se consumen con el uso; y no fungibles los que no se consumen, aunque se deterioren con el uso.

El Código Civil Chileno considera, en su artículo 575, que las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. Señala que a las primeras pertenecen aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan. Puntualiza además que las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles.

El Código Civil Uruguayo señala en su artículo 470, que los bienes muebles son fungibles o no fungibles. A los primeros pertenecen aquellas cosas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza, sin que se consu-

man. Agrega que las especies monetarias son fungibles en cuanto perecen para el que las emplea como tales.

El Código Civil Argentino establece, en su artículo 2324, que son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y que pueden sustituirse las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad.

El Código Civil Ecuatoriano contiene una definición similar a la de los Códigos Civiles Chileno y Colombiano. El Código bajo comentario señala que las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. A las primeras pertenecen aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan. Las especies monetarias, en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son fungibles.

El Código Civil Español señala en su artículo 337 que los bienes muebles son fungibles o no fungibles. Fungibles son aquellos de que puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman; no fungibles, los demás.

El Código Civil Nicaragüense de 1903 señala que las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. Fungibles son aquellas en que todo individuo de la misma especie equivale a otro individuo de la misma especie y que pueden sustituirse las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad.

El Código Civil Brasileño señala en su artículo 50 que son fungibles los muebles que pueden, y no fungibles los que no pueden sustituirse por otros de la misma especie, calidad y cantidad.

El Segundo Anteproyecto de Libro Cuarto del Código Civil Peruano de 1926, establece en su artículo 14, que son fungibles las cosas que pueden sustituirse por otras de la misma especie, calidad y cantidad.

Para el Código Civil Mexicano de 1927, los bienes muebles son fungibles o no fungibles. Fungibles, los que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, calidad y

cantidad. No fungibles, los que no pueden ser sustituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad (artículo 739).

El Anteproyecto de Código Civil para Bolivia, elaborado por Angel Ossorio y Gallardo, de 1943, en su artículo 349, señala que los bienes muebles son fungibles o no fungibles. Fungibles, aquellos que pueden consumirse con el uso y ser sustituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad. No fungibles, los que no tienen esa condición.

El Código Civil Portugués de 1967 (artículo 207), señala que son fungibles las cosas que se determinen por su género, calidad y cantidad, cuando constituyan objeto de relaciones jurídicas.

El Código Civil Boliviano de 1976 establece, en su artículo 78, que son fungibles las cosas del mismo género que ordinariamente se determinan por peso, número o medida y pueden sustituirse unas por otras. Señala además que las cosas fungibles tienen entre sí el mismo valor liberatorio en el pago, salvo voluntad diversa.

El Código Civil Paraguayo de 1987 señala, en su artículo 1484, que son cosas fungibles aquellas en que una cosa equivale a otra de la misma especie, y en que pueden sustituirse unas por otras de la misma calidad e igual cantidad.

El Proyecto de Código Civil Brasileño de 1984 señala que son fungibles los muebles que pueden sustituirse por otros de la misma especie, calidad y cantidad (artículo 85).

Este es uno de los puntos en los cuales no ha existido unánime criterio. Como hemos podido apreciar de la glosa de Códigos Civiles respecto de los bienes fungibles y no fungibles, si bien la mayoría de ellos (Chile, Ecuador, Colombia, Uruguay, España, Nicaragua, Brasil, México, Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943 y el Proyecto Brasileño de 1984) coinciden y señalan expresamente que la clasificación antes mencionada es privativa de los bienes muebles, no existe

unanimidad de criterio respecto a una definición de los mismos. De un lado, los Códigos Civiles del Perú (1852), Chile, Ecuador, Colombia, Uruguay, España y el Anteproyecto Boliviano de 1943, señalan que son fungibles las cosas que se consumen con el uso (tal vez lo que se quiera dar a entender, sea «con el primer uso»); de otro lado tenemos a los Códigos Civiles de Argentina, Nicaragua, Brasil, Segundo Anteproyecto de Libro Cuarto de Código Civil Peruano de 1926, México, Bolivia (1976), Paraguay (1987) y el Proyecto Brasileño de 1984, que consideran que los bienes fungibles son aquellos en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y que pueden sustituirse los unos por los otros de la misma cantidad y calidad.

Nosotros consideramos, dentro de lo que representa una actual opinión generalizada, que el segundo de los criterios es el correcto, y que más bien el primero de ellos confunde el concepto de bienes fungibles con el de consumibles.

4.5. Distinción de los bienes según su consumo.

Los bienes consumibles y los bienes no consumibles

El Código Civil Argentino señala que son cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad. Son cosas no consumibles las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o de deteriorarse después de algún tiempo (artículo 2325).

Para el Código Civil Nicaragüense de 1903, son cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad. Son cosas no consumibles las que no dejan de existir por el uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o de deteriorarse después de algún tiempo.

El Código Civil Brasileño señala, en su artículo 51, que son consumibles los bienes muebles, cuyo uso importa la destrucción inmediata de la propia substancia, siendo también considerados como tales los destinados a enajenación.

El Segundo Anteproyecto de Libro Cuarto del Código Civil Peruano de 1926, en su artículo 15, señala que son consumibles aquellas cosas cuyo uso importa la destrucción inmediata de la propia substancia, y aquellas que por distinguirse en su individualidad perecen para quien se desprende de ellas.

Para el Código Civil Portugués de 1967, son consumibles las cosas cuyo uso regular importa su destrucción o su alimentación (artículo 208).

El Código Civil Boliviano de 1976 considera como consumibles a las cosas que se destruyen o desaparecen con el primer uso que se hace de ellas (artículo 79).

El Código Civil Paraguayo de 1987 establece, en su artículo 1885, que son cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso, y las que terminan para quien deja de poseerlas, por no distinguirse en su individualidad. Son cosas no consumibles las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o de deteriorarse después de algún tiempo.

Para el Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984, son consumibles los bienes muebles, cuyo uso importa destrucción inmediata de la propia substancia, siendo también considerados tales los destinados a enajenación.

Así, podemos apreciar que la definición mayoritariamente aceptada de los bienes consumibles, es la que contemplan los Códigos Civiles de Argentina, Nicaragua, Brasil, el Anteproyecto de Libro Cuarto de Código Civil Peruano de 1926, Portugal, Bolivia (1976), Paraguay y el Proyecto Brasileño de 1984, en el sentido que son aquellas cosas cuyo uso importa destrucción inmediata de la propia substancia.

4.6. Distinción recíproca de los bienes. Los bienes principales y los bienes accesorios

El Código Civil Argentino establece que son cosas principales las que pueden existir para sí mismas y por sí mismas (artículo 2327); y cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa, de la cual dependen, o a la cual están adheridas (artículo 2328).

El Código Civil Brasileño, al tratar acerca de los bienes recíprocamente considerados, señala que principal es una cosa que existe sobre sí, abstracta o concretamente; y accesorias, aquellas cuya existencia supone o depende de la principal.

Además otorga tratamiento al respecto en los cuatro artículos siguientes.

El Segundo Anteproyecto del Libro Cuarto del Código Civil Peruano de 1926, considera que son accesorios de un predio los muebles que, sin formar parte de él, están aplicados permanentemente al fin económico de la cosa y se hallan en una relación exterior que responda a este destino (artículo 7). Adicionalmente, en el artículo 12 se dice que tienen también el carácter de accesorios los frutos civiles, entendiéndose por tales las rentas que da una cosa o un derecho por virtud de una relación jurídica.

El Código Civil Peruano de 1936 señala en su artículo 815 que son accesorios del predio todo lo que está aplicado permanentemente a su fin económico y se halla en una relación que responda a ese fin. También se trata acerca de los bienes de este carácter en los artículos 816 y 817.

El Código Civil Italiano de 1942 regula en sus artículos 817 y 818 a las pertenencias, señalando, en la primera de las normas citadas, que son pertenencias las destinadas de un modo duradero al servicio o a la ornamentación de otra cosa. El destino se puede efectuar por el propietario de la cosa principal o por quien tiene un derecho real sobre la misma. Además se establece en el artículo 818 que los

actos y las relaciones jurídicas que tienen por objeto la cosa principal comprenden también las pertenencias, si no se ha dispuesto otra cosa. Se señala que las pertenencias pueden constituir objeto de actos o relaciones jurídicas separados; y que la cesación de la calidad de pertenencias no es oponible a los terceros que hayan obtenido posteriormente derechos sobre la cosa principal.

El Código Civil Peruano de 1984 señala, en su artículo 888 que son accesorios los bienes que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto de otro bien; además señala que la afectación solo puede realizarla el propietario del bien principal o quien tenga derecho a disponer de él, respetándose los derechos adquiridos por terceros.

El Código Civil Paraguayo de 1987 establece que son cosas principales las que pueden existir por sí mismas (artículo 1887); y que son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otras cosas de las cuales dependen o a las cuales están adheridas (artículo 1888).

El Proyecto de Código Civil Brasileño de 1984 señala que bien principal es el que existe sobre sí, abstracta o concretamente. Accesorio es aquel cuya existencia supone la del principal (artículo 92).

El artículo 93 señala que son pertenencias los bienes que no constituyendo partes integrantes, se destinen, de modo duradero, al uso, al servicio o al embellecimiento de otro.

De lo anotado puede concluirse en que los Códigos Civiles de Argentina, Brasil y Paraguay definen qué se entiende por principal. Pareciera ser que la definición del Código Civil Argentino, seguida por el Código Civil Paraguayo, es la más adecuada, ya que son cosas principales las que pueden existir para sí mismas y por sí mismas, y cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen o a la cual están adheridas. En buena cuenta, su naturaleza y existencia suponen la de la principal.

4.7. Distinción de los bienes según su divisibilidad.

Los bienes divisibles y los bienes indivisibles

Para el Código Civil Brasileño, cosas divisibles son las que se pueden partir en porciones reales y distintas, formando cada cual un todo perfecto (artículo 52). Este Código en el artículo siguiente señala que son indivisibles los bienes que no se pueden partir sin alteración de su substancia y aquellos que aun siendo naturalmente divisibles se consideran indivisibles por ley o por voluntad de las partes.

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, establece en su artículo 653, que los bienes de todas clases pueden ser divisibles. Son divisibles los que pueden separarse materialmente en dos o más partes formando cada una de ellas una *cosa distinta* pero de la misma calidad que el todo y llenando su mismo objeto; particularmente, las cosas que se cuentan por cantidad, peso o medida.

Son indivisibles las cosas que fraccionándose se destruyen, las que materialmente no pueden dividirse sin perder su valor o su utilidad, las que separadas se hacen inadaptables para el objeto a que se destinan y las que fraccionándose, aunque conserven sus condiciones anteriores, pierden su importancia o su valor.

Repútanse también indivisibles las cosas cuyo fraccionamiento está prohibido por la ley de manera absoluta o relativa.

Para el Código Civil Portugués de 1967, son divisibles las cosas que pueden ser fraccionadas sin alteración de su substancia, disminución de valor o perjuicio para el uso en que se destinan (artículo 209).

El Código Civil Boliviano de 1976 señala en su artículo 80, que son indivisibles las cosas que no pueden fraccionarse sin alterar su substancia con relación al todo. Considera también indivisibles a las cosas que no pueden fraccionarse por disposición de la ley o la voluntad humana, aunque de hecho sea posible su división.

El Código Civil Paraguayo de 1987 considera que son cosas divisibles aquellas que sin ser destruidas enteramente, pueden ser divididas en porciones reales, cada una de las cuales forma un todo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma (artículo 1886).

El Proyecto de Código Civil Brasileño de 1984 señala que bienes divisibles son los que se pueden fraccionar sin alteración de substancia, disminución considerable de su valor, o perjuicio del uso a que se destinan (artículo 87). En el artículo siguiente se señala que los bienes naturalmente divisibles pueden tornarse indivisibles por determinación de la ley o por la voluntad de las partes.

4.8. Distinción de los bienes según su singularidad.

Los bienes singulares y los bienes colectivos

El Código Civil Brasileño dedica cuatro artículos a las cosas singulares y colectivas. El artículo 54 establece que las cosas simples o compuestas, materiales o inmateriales, son singulares o colectivas. Se consideran singulares cuando aun estando reunidas se consideran de por sí, independientemente de las demás. Son colectivas o universales, cuando se consideran añadidas en todo.

Se señala además que en las colectivas, desapareciendo todos los individuos menos uno, se tiene por extinguida la colectividad (artículo 55). Además se señala que en la colectividad queda subrogado el individuo al respectivo valor y viceversa (artículo 56).

Se especifica que el patrimonio y la herencia constituyen cosas universales o universalidad y como tales consisten aunque no consten de objetos materiales (artículo 57).

El Código Civil Italiano de 1942, en su artículo 816, trata acerca de la universalidad de muebles, señalando que considera como tal la pluralidad de cosas que pertenecen a la misma persona y tienen un destino unitario; puntualiza además que las cosas singulares que componen la universa-

lidad pueden constituir objetos de actos y relaciones jurídicas separados.

El Código Civil Portugués de 1967, al tratar de las cosas compuestas, en su artículo 206, señala que se considera como cosa compuesta o universalidad de hecho, una pluralidad de cosas que, perteneciendo a la misma persona tienen un destino unitario. Señala además que las cosas singulares que constituyen una universalidad pueden ser objeto de relaciones jurídicas propias (artículo 206).

El Proyecto de Código Civil Brasileño de 1984, al tratar acerca de los bienes singulares y colectivos, señala que son singulares los bienes que aun reunidos, se consideran de por sí independientes de los demás (artículo 89).

Sostiene además que constituyen universalidad de hecho la pluralidad de bienes singulares que, pertenecientes a la misma persona, tengan destino unitario; y que los bienes que forman esa universalidad pueden ser objeto de relaciones jurídicas propias (artículo 90).

Para este Código constituye universalidad de derecho el complejo de relaciones jurídicas de una persona, dotadas de valor económico (artículo 91).

4.9. Distinción de los bienes de acuerdo a su comerciabilidad. Los bienes que están dentro y los bienes que están fuera del comercio de los hombres

El Código Civil Argentino señala que están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública (artículo 2336).

Señala además que las cosas están fuera de comercio, o por su inenajenabilidad absoluta o por su inenajenabilidad relativa. Considera que son absolutamente inenajenables las cosas cuya venta o enajenación fueren expresamente prohibidas por la ley y aquellas cuya enajenación se hubiere prohi-

bido por acto entre vivos y disposiciones de última voluntad en cuanto este Código permita tales prohibiciones (artículo 2337).

Para el Código Argentino son relativamente inenajenables las que necesitan una autorización previa para enajenación (artículo 2338).

El Código Civil Brasileño considera que son cosas fuera de comercio las no susceptibles de aprobación y las legalmente inalienables (artículo 69).

El Código Civil Mexicano de 1927 señala que pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio (artículo 724). Además señala que esta exclusión puede deberse a la naturaleza de las cosas o porque así lo disponga la ley (artículo 725). Están fuera del comercio —por su naturaleza— las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente y por disposición de la ley las que ella declara irreductibles a propiedad particular (artículo 726).

El Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 señala que están fuera del comercio las cosas cuya enajenación fuere expresamente prohibida por la ley, o por actos jurídicos, en cuanto el presente Código autorice tales restricciones (artículo 116).

El Código Civil Portugués de 1967 establece en su artículo 202, inciso primero, que se denomina cosa a todo aquello que puede ser objeto de relaciones jurídicas. En el inciso segundo del mencionado artículo se establece que se consideran fuera del comercio todas las cosas que no pueden ser objeto de derechos privados, tales como las que se encuentran en el dominio público y las que, por su naturaleza, no son susceptibles de apropiación individual.

El Código Civil Paraguayo de 1987 considera que están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuera expresamente prohibida, o no dependiese de una autorización pública (artículo 1896). Las cosas se consideran fuera del comercio por inenajenabilidad absoluta o relativa, siendo

absolutamente inenajenables las cosas cuya venta o enajenación fuere expresamente prohibida por la ley y las cosas cuya enajenación se hubiere prohibido por acto entre vivos o disposiciones de última voluntad, en cuanto este Código permita tales prohibiciones.

Según el artículo bajo comentario, son relativamente inenajenables las cosas que necesitan una autorización previa para su enajenación (artículo 1897).

4.10. Distinción de los bienes de acuerdo a su pertenencia

Los Códigos Civiles Francés y Belga distinguen a los bienes en sus relaciones con quienes los poseen, en aquellos de particulares, los de dominio público y los comunales.

El Código Civil Austriaco de 1811 los clasifica en bienes privados; de nadie, públicos y del Estado; comunes y de la Monarquía.

El Código Civil Boliviano de 1831 distingue a los bienes en de particulares, del dominio público, vacantes y comunales.

El Código Civil Peruano de 1852 los clasifica en públicos, comunales, de particulares, destinados al culto, y de ninguno.

El Código Civil Italiano de 1865 los distingue en bienes del Estado o de provincias o de las Comunidades o de las Instituciones Públicas y otros Cuerpos Morales o de los Privados (particulares).

El Código Civil Uruguayo señala que los bienes son de propiedad nacional o particular.

El Código Civil Argentino establece que las cosas son bienes públicos del Estado General que forma la Nación, o de los Estados particulares de que ella se compone, según la distribución de los poderes hecha por la Constitución Nacional o son bienes privados del Estado General y los Esta-

dos Particulares (artículo 2339). También trata acerca de los bienes de los particulares (artículo 2347).

El Código Civil Venezolano de 1880 señala en su artículo 442 que los bienes pertenecen a la Nación, a los Estados y a sus secciones, a los establecimientos Públicos y otras personas jurídicas y a los particulares.

El Código Civil Español expresa que los bienes son de dominio público y privado (artículo 338).

El Código Civil Nicaragüense de 1903 establece que las cosas o bienes con relación a las personas a quienes su propiedad pertenezca o que de ellas puedan aprovecharse libremente, se llaman públicas, comunes o particulares (artículo 610).

El Código Civil Brasileño, en su artículo 65, anota que los bienes son públicos y particulares.

Para el Código Civil Panameño de 1917, los bienes son de uso público o de propiedad privada (artículo 328).

El Código Civil Mexicano de 1927 establece en su artículo 740 que los bienes son del dominio del poder público o de los particulares.

El Código Civil Nicaragüense de 1903 establece que las cosas o bienes con relación a las personas a quienes su propiedad pertenezca o que de ellas puedan aprovecharse libremente, se llaman públicas, comunes o particulares (artículo 610).

El Código Civil Peruano de 1936 establece que los bienes son de propiedad privada (artículo 821) y del Estado (artículo 822).

Según el Código Civil Venezolano de 1942, los bienes pertenecen a la Nación, a los Estados, a las Municipalidades, a los establecimientos públicos y demás personas jurídicas y a los particulares (artículo 538).

Para el Código Civil Italiano de 1942, los bienes son del patrimonio del Estado, de las provincias y de los municipios (artículo 830), de las entidades eclesiásticas (artículo 831), del dominio público (artículo 322) y de los particulares.

Ángel Ossorio y Gallardo, en su Anteproyecto de Código Civil Boliviano de 1943, señala que los bienes se clasifican en aquellos de la sociedad (artículo 355), del dominio público (artículo 382), del dominio comunal (artículo 389), del dominio privado (artículo 392) y de nadie (artículo 395).

El Proyecto de Código Civil Brasileño de 1984 trata acerca de los bienes públicos, en sus artículos 98 y 99.

El Código Civil Paraguayo de 1987 divide a los bienes en aquellos de dominio público del Estado (artículo 1900), municipales, de la Iglesia Católica (artículo 1905) y de particulares (artículo 1906).

4.10.1. Bienes de propiedad de los particulares

Los Códigos Civiles Francés y Belga establecen en el artículo 537 que los particulares tienen libre disposición de los bienes que les pertenecen, con las modificaciones establecidas por las leyes.

El Código Civil Austríaco de 1811 señala que los bienes privados pertenecen a personas individuales o a personas morales, sociedades o comunidades totales (artículo 286).

El Código Civil Boliviano de 1831 establece que los particulares tienen la libre administración de sus bienes, bajo las modificaciones que las leyes establecen.

El Código Civil Cubano de 1988 señala en su artículo 459 que son particulares las cosas que pertenecen a una persona, consideradas individualmente.

El Código Civil Italiano de 1865 señala que todos los bienes que no sean del Estado, o de las provincias o de las Comunidades o de las Instituciones Públicas y otros cuerpos morales, es decir los no indicados en los artículos 425 a 434, pertenecen a los particulares (artículo 435).

El Código Civil Uruguayo, en su artículo 485, señala que los bienes que no fueren de propiedad nacional serán de propiedad de particulares, sin hacerse distinciones de las

personas que tengan la propiedad de ellos, aunque sean personas jurídicas.

El Código Civil Argentino, en su artículo 2347, establece que las cosas que no fuesen del Estado o de los Estados, de las Municipalidades o de las Iglesias son bienes particulares, sin distinción de las personas que sobre ellas tengan dominio, aunque sean personas jurídicas.

El Código Civil Español establece en su artículo 345 que son bienes de propiedad privada, además de los patrimoniales del Estado, de las Provincias y del Municipio, los pertenecientes a particulares, individuales o colectivos.

El Código Civil Nicaragüense de 1903 establece que son particulares las cosas cuya propiedad pertenece a personas naturales o jurídicas y que nadie puede beneficiarse sino aquellas personas u otras por las mismas autorizadas (artículo 613).

El Código Civil Brasileño establece que son bienes particulares todos aquellos que no sean del dominio nacional, sea cual fuere la persona a quien pertenecen (artículo 65).

El Código Civil Panameño de 1917, en su artículo 334, señala que son bienes de propiedad privada, además de los patrimoniales del Estado y Municipios, los pertenecientes a particulares, individual o colectivamente.

El Código Civil Mexicano de 1927, señala que son bienes de propiedad de los particulares todas las cosas cuyo dominio les pertenecen legalmente, y de los que no pueda aprovecharse ninguno sin consentimiento del dueño o autorización de la ley (artículo 748).

El Código Civil Peruano de 1936 en su artículo 821, señala que son bienes de propiedad privada los de particulares que tienen título reconocido por la ley (artículo 748).

El Código Civil Venezolano de 1942 señala que las disposiciones del mismo se aplicarán también a bienes del dominio privado, en cuanto no se opongan a las leyes especiales respectivas (artículo 544).

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, establece que son bienes de dominio privado todos los que pertenecen a las personas individuales y colectivas y a las entidades de derecho público pero no están incluidos entre los de dominio público (artículo 392).

El Código Civil Paraguayo de 1987, señala que los bienes que no pertenezcan al Estado ni a las Municipalidades, son bienes particulares, sin distinción de las personas físicas o jurídicas de derecho privado que tengan dominio sobre ellos (artículo 1906).

El Proyecto de Código Civil Brasileño de 1984, señala que son bienes de particulares todos aquellos que no forman parte del dominio nacional ni pertenecen a personas jurídicas de derecho público interno.

4.10.2. Bienes estatales

Los Códigos Civiles Francés y Belga regulan en sus artículos 538 a 541 lo relativo a los bienes estatales. Estos se denominan bienes del dominio público; y en general comprenden a todos aquellos bienes o porciones de territorio francés o belga que son susceptibles de propiedad privada. Dentro de esta categoría de bienes se comprenden a los mostrencos y vacantes (artículo 539).

El Código Civil Austriaco de 1811, en su artículo 287, trata acerca de las cosas de nadie, de los bienes públicos y de los bienes del Estado.

El Código Civil Boliviano de 1831 trata acerca de los bienes del dominio público en sus artículos 284 a 286; y comprende dentro de esta definición a todas las partes del territorio nacional que no son susceptibles de una propiedad particular (artículo 284). Dentro de esta categoría de bienes se comprenden a los bienes mostrencos y vacantes, de igual forma que el Código Civil Francés (artículo 285).

El Código Civil Peruano de 1852 establece, en su artículo 459, que son públicas las cosas que pertenecen a la Nación y cuyo uso es de todos.

El Código Civil Italiano de 1865 distingue a los bienes del Estado en aquellos de dominio público y los bienes patrimoniales (artículo 426). Considera dentro del dominio público a las vías nacionales, las orillas de los mares y otros (artículo 427). Este Código establece expresamente que cualquier otra especie de bienes pertenecientes al Estado forman parte de su patrimonio (artículo 428).

Los bienes del dominio público son por su naturaleza inalienables. Aquellos que son patrimonio del Estado no pueden ser enajenados sino en conformidad de las leyes que los regulan (artículo 430).

Similar tratamiento se da hacia los bienes de las provincias y las comunidades respecto de la distinción en bienes de uso público y patrimoniales (artículo 432).

El Código Civil Uruguayo, al hablar de los bienes de propiedad nacional los subdivide en aquellos de uso público y aquellos privados del Estado.

Los bienes de propiedad nacional, cuyo uso pertenece a todos los habitantes del Estado, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes del Estado. Los bienes de propiedad nacional, cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes privados del Estado o bienes fiscales (artículo 477).

Los bienes nacionales de uso público son tratados en los artículos 481 a 483. Son preponderantemente bienes fiscales todas las tierras que estando situadas dentro del límite del Estado, carecen de otro dueño (artículo 481). Se incluyen dentro de esta última categoría a los bienes vacantes (artículo 482).

De acuerdo al Código Civil Argentino, en su artículo 2339, las cosas son bienes públicos del Estado general que forma la Nación o de los Estados particulares de que ella se compone, según la distribución de los poderes hecha por la

Constitución nacional; o son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares.

Los bienes públicos están comprendidos en el artículo 2340; los bienes privados del Estado General o de los Estados particulares, en el artículo 2342.

El Código Civil Venezolano de 1880 clasifica, en su artículo 443, a los bienes de la Nación y de los Estados y sus secciones, como del dominio público o patrimoniales. Considera como bienes del dominio público a los caminos, los lagos, los ríos, las murallas, los fozos, los puentes de las plazas de guerra y demás bienes semejantes.

Señala además que todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales carecen de otro dueño, pertenecen al dominio privado de la Nación (artículo 446).

Este Código puntualiza que los bienes de dominio público son inalienables y que los bienes patrimoniales no pueden ser enajenados sino de conformidad con las leyes que les conciernen (artículo 447).

El Código Civil Español divide a los bienes del Estado en aquellos que son de dominio público y aquellos de propiedad privada. Dentro de los bienes del dominio público se comprende a los destinados al uso público y a los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional (artículo 339). Todos los demás bienes pertenecientes al Estado, en que no concurren las circunstancias expresadas en el artículo anterior tienen el carácter de propiedad privada (artículo 340).

Similar tratamiento se sigue respecto de los bienes de las provincias y de los pueblos, los cuales también se dividen en aquellos de uso público y los de uso patrimonial (artículo 343).

Para el Código Civil Nicaragüense de 1903 son públicas las cosas naturales o artificiales, apropiadas o producidas por el Estado o corporaciones públicas, y mantenidas bajo su administración, de las cuales es lícito a todos, individual

o colectivamente, utilizar con las restricciones impuestas por la ley o por los reglamentos administrativos (artículo 611).

Son bienes del Estado, todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales carecen de otro dueño (artículo 614).

El Código Civil Brasileño trata acerca de los bienes públicos en sus artículos 65 a 68.

Son bienes del dominio nacional los pertenecientes a la Unión, a los Estados y Municipios (artículo 65).

Los bienes públicos son de tres clases: los de uso común del pueblo como los mares y ríos; los de uso especial, como los edificios destinados al servicio Federal y los *dominicais*, o bienes patrimoniales (artículo 66).

El uso común de los bienes públicos puede ser gratuito, o retribuido, conforme a las leyes de la Unión, de los Estados o de los Municipios, a cuya administración pertenecieren (artículo 68).

El Código Civil Panameño de 1917 considera que los bienes pertenecientes al Estado se dividen en bienes de dominio público y bienes patrimoniales. Los bienes del dominio público son los destinados al uso público; los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional y el aire (artículo 329). Todos los demás bienes pertenecientes al Estado en que no concurren las circunstancias expresadas en el artículo anterior, tienen el carácter de propiedad privada (artículo 330).

Los bienes de los Municipios siguen similar clasificación, estando divididos en bienes de uso público y bienes patrimoniales (artículo 331).

El Código Civil Mexicano de 1927 considera que son bienes del poder público los que pertenecen a la Federación, a los Estados o a Municipios (artículo 741); y se dividen (artículo 743) en bienes de uso común, los cuales son inalienables e imprescriptibles (artículo 744); aquellos bienes

destinados a un servicio público, que también son inalienables e imprescriptibles y los bienes propios (artículo 740).

Para el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936, los bienes del dominio público son inalienables e imprescriptibles (artículo 117); siendo éstos detallados en el artículo siguiente.

Este Código además trata acerca de los bienes privados de la Nación o de las provincias (artículo 119); y de los bienes Municipales, entendiéndose por tales los que la Nación o las Provincias hubieren puesto bajo el dominio de las comunas, pudiendo estos enajenarse en el modo y forma que determinen las leyes respectivas (artículo 121).

El Código Civil Peruano de 1936 trata acerca de los bienes del Estado en su artículo 822, comprendiendo dentro de aquellos a los bienes de uso público, al mar territorial y sus playas y la zona anexa que señala la ley de la materia; los bienes que le corresponden por título legal, no comprendidos entre los otros mencionados, las tierras públicas, las fuentes nacionales de riqueza, etc.; los monumentos históricos y los objetos arqueológicos; y las rentas nacionales.

El Código Civil Venezolano de 1942 considera que los bienes de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades son del dominio privado; entendiéndose del dominio público a los caminos, ríos y demás bienes semejantes (artículo 3539), siendo de uso público o de uso privado de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades (artículo 540). Se consideran de dominio privado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño (artículo 542).

El artículo 543 establece que los bienes de dominio público son inalienables; y que los del dominio privado pueden enajenarse, de conformidad con las leyes que le conciernen.

El Código Civil Italiano de 1942 divide a los bienes pertenecientes al Estado en aquellos de dominio público, como la costa, la playa, los puertos, etc. (artículo 822) y aquellos de patrimonio del Estado, de las Provincias y de los Municipi-

pios, los que constituyen patrimonio indisponible de los mismos (artículo 826).

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, trata acerca de los bienes de la sociedad, comprendiendo en ellos a los bienes naturales en cuya creación no haya intervenido la mano del hombre, como la tierra (artículos 356 a 363), las minas (artículos 370), las aguas públicas (artículo 374) y el aire (380). Estos bienes pertenecen a la sociedad representada por el Estado y no podrán ser objeto de propiedad privada.

Además trata de los bienes de dominio público, considerando dentro de este rubro a los bienes del Estado, de los Departamentos, de los Municipios y de las entidades estatales autónomas destinados al uso público, como los caminos, calles, etc.; los que pertenezcan privativamente a las mismas sin ser de uso común y estén destinados a un servicio público o al fomento de la riqueza general; todas las obras públicas de servicio general; y la riqueza artística, científica y literaria, conservada en laboratorios, museos, archivos y bibliotecas.

El Código Civil Paraguayo de 1987 divide a los bienes del Estado en aquellos de dominio público, enumerados en el artículo 1898; y aquellos de dominio privado del mismo, detallados en el artículo 1900.

Similar clasificación utiliza respecto de los bienes municipales, los cuales son clasificados en públicos y privados, en el artículo 1903.

El Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 trata acerca de los bienes públicos en sus artículos 98 y 99, señalando que son públicos los bienes del dominio nacional pertenecientes a personas jurídicas de Derecho público interno (artículo 98). Seguidamente divide a los bienes públicos en aquellos de uso común del pueblo; de uso especial; y *dominicais* o patrimoniales (artículo 99).

4.10.3. Bienes mostrencos y vacantes

El Código Civil Peruano de 1852 señala en su artículo 459 que son de ninguno las cosas que no están en propiedad de nadie o se hallen vacantes.

El Código Civil Uruguayo prescribe que los bienes vacantes y los de las personas que mueren sin dejar heredero, pertenecen al Fisco (artículo 482).

El Código Civil Argentino considera a los bienes vacantes o mostrencos, y a los de las personas que mueren sin dejar herederos, como bienes privados del Estado General o de los Estados Particulares, de acuerdo al artículo 2342, inciso 3.

El Código Civil Nicaragüense de 1903, en su artículo 614, considera dentro de los bienes del Estado a todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales carecen de otros dueños.

El Código Civil Mexicano de 1927, en sus artículos 750 a 764 regula lo relativo a los bienes mostrencos y vacantes. En la primera de las normas citadas define a los bienes mostrencos como aquellos muebles abandonados y los bienes perdidos cuyos dueños se ignore.

En el artículo 760 señala que son bienes vacantes los inmuebles que no tienen dueño cierto y conocido.

El Proyecto de Código Civil Argentino de 1936, considera en su artículo 119, inciso 2, dentro de los bienes privados de la Nación o de las provincias, a los bienes vacantes o mostrencos y los de los que fallecieron sin dejar herederos.

El Código Civil Peruano de 1936, en su artículo 822, relativo a los bienes pertenecientes al Estado señala en su inciso 4, que pertenecen a esta categoría las tierras públicas que no han tenido dueño y las que han sido abandonadas por el dueño que tuvieron.

El Código Civil Paraguayo de 1987, trata dentro de los bienes del dominio privado del Estado, a los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren intestadas

o sin herederos, según las disposiciones de dicho Código.

4.10.4. Bienes destinados al culto

El Código Civil Peruano de 1852 señala en su artículo 459 que son destinadas al culto las cosas que sirven para el ejercicio de la religión del Estado (la Católica, Apostólica, Romana, según el artículo 4 de la Constitución entonces vigente).

El Código Civil Italiano de 1865 regula en sus artículos 433 y 434 a los bienes destinados al culto. En el artículo 433 señala que los bienes de los Institutos Eclesiásticos pertenecen a ellos mismos, en cuanto las leyes del Reino les reconozcan la capacidad de adquirir y poseer. En el artículo 434 se señala que los bienes de los Institutos Eclesiásticos se hayan sujetos a las leyes civiles y no pueden ser enajenados sin autorización del Gobierno.

El Código Civil Argentino establece que en los Templos, las cosas sagradas y religiosas corresponden a las respectivas iglesias o parroquias, y están sujetas a las disposiciones de los artículos 33 y 41 de dicho Código. Se señala además que estos bienes pueden ser enajenados en conformidad a las disposiciones de la Iglesia Católica respecto de ellos y las leyes que rigen el patronato nacional. En virtud del artículo siguiente se establece que los templos y las cosas religiosas de las Iglesias disidentes, corresponden a las respectivas corporaciones, y pueden ser enajenados en conformidad a sus estatutos.

El Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 señala en su artículo 122 que los templos y las cosas sagradas y religiosas del culto católico, podrán ser enajenadas conforme a los cánones de la Iglesia y a las leyes que rigen en el patronato nacional los de comuniones, con arreglo a su estatuto.

El Código Civil Italiano de 1942 prescribe en su artículo 831, relativo a los bienes de Entidades Eclesiásticas de cul-

to, que los bienes de las referidas entidades están sujetos a las normas del presente Código en cuanto no está dispuesta otra cosa por las leyes especiales que se refieren a ellas. Se señala además que los edificios destinados al ejercicio público del culto católico aun cuando pertenezcan a particulares no pueden ser sustraídos a su destino ni siquiera por efecto de su enajenación hasta tanto que dicho destino no haya cesado de conformidad a las leyes relativas al mismo.

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, señala en su artículo 388, que las iglesias, capillas, monasterios y conventos, se regirán por los cánones de la Iglesia, pero en lo relativo al orden público y las ordenanzas Municipales estarán atendidos a las leyes ordinarias. Se establece además que por ningún motivo se podrá prohibir el acceso a tales edificios de las autoridades Civiles.

El Código Civil Paraguayo de 1987 señala en su artículo 1905, que pertenecen a la Iglesia Católica y a sus respectivas parroquias, los templos, lugares píos o religiosos, cosas sagradas y bienes temporales muebles e inmuebles afectados al servicio del culto. Se establece además que su enajenación está sujeta a las leyes especiales sobre la materia.

Los templos y bienes de las comunidades religiosas no católicas corresponden a las respectivas corporaciones y pueden ser enajenados en conformidad a sus estatutos.

4.10.5. Bienes de los institutos civiles

El Código Civil Italiano de 1865 señala en su artículo 433 que los bienes de los Institutos Civiles o Eclesiásticos y de otros Cuerpos Morales pertenecen a ellos mismos, en cuanto las leyes del Reino les reconozcan la capacidad de adquirir y de poseer.

4.10.6. Bienes de la Monarquía o Reino

Algunos Códigos Civiles otorgan un tratamiento especial a los bienes que pertenecen a la monarquía o al reino que impere en dichos países.

En tal sentido, el Código Civil Austriaco de 1811, en su artículo 289 trataba acerca de los bienes de la monarquía. Este artículo en la actualidad, por razones obvias, está derogado.

El Código Civil Español señala —en su artículo 342— que los bienes del Patrimonio Real se rigen por su ley especial; y en lo que en ella no se halle previsto, por las disposiciones generales que sobre la propiedad particular se establecen en dicho Código.

4.10.7. Bienes comunales

Los Códigos Civiles Francés y Belga, en el artículo 542, definen a los bienes comunales como aquellos sobre cuya propiedad o productos tienen derecho adquirido los habitantes de uno o varios Municipios.

El Código Civil Boliviano de 1831 señala, en su artículo 287, que los bienes comunales son aquellos en cuya propiedad o producto tienen un derecho adquirido los habitantes de uno o más pueblos.

El Código Civil Español establece que son bienes de uso público en las provincias y los pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos o provincias (artículo 344).

El Código Civil Brasileño señala en su artículo 66 que los bienes de uso común del pueblo son los mares, ríos, estradas, calles y plazas, etc.

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943, al hablar acerca de los bienes de dominio comunal, señala en su artículo 389,

que son bienes comunes aquellos en cuya propiedad o producto tienen un derecho adquirido los habitantes de uno o más pueblos, o de cualesquiera circunscripciones territoriales y los tenidos del mismo modo por las corporaciones.

Señala además que pertenecen también a esta clase los tenidos por agrupaciones indígenas en comunidad, ya de la propiedad de la tierra, ya de su explotación, ya de los pastos.

El Código Civil Austríaco de 1811 trata acerca de los bienes comunes en su artículo 288.

El Código Civil Peruano de 1852 establece en su artículo 459 que son comunes las cosas que pertenecen colectivamente a una corporación legalmente reconocida.

El Código Civil Nigaragüense de 1903 establece que son comunes las cosas naturales o artificiales no apropiadas individualmente de las cuales es únicamente permitido aprovecharse conforme documentos administrativos, a los individuos comprendidos en ciertas circunscripciones administrativas o que forman parte de determinada corporación pública (artículo 612).

El Código Civil Mexicano de 1927 señala que los bienes de uso común forman parte de aquellos bienes de dominio del poder público (artículo 743). Prescribe además que son inalienables e imprescriptibles, pudiendo aprovecharse de ellos todos los habitantes, con las restricciones establecidas por la ley; pero para aprovechamientos especiales se necesita concesión otorgada con los requisitos que prevengan las leyes respectivas (artículo 744).

En lo que respecta a la clasificación de los bienes de acuerdo a su pertenencia, podemos señalar algunas conclusiones.

En principio, pareciera ser que son o tienen la categoría de bienes solo aquellos, corpóreos o incorpóreos a los que la ley les otorga ese carácter. En tal sentido, no necesariamente, todos los objetos materiales o ficciones inmateriales podrán ser considerados como tales.

De aquellos bienes a los que la ley ha reconocido tal carácter, conforme a las legislaciones que hemos tenido a la vista, todos tienen una asignación, si hiciéramos un cuadro clasificatorio en razón de su pertenencia. En tal sentido, pensamos que podríamos efectuar una primera gran distinción, en aquellos: de propiedad de particulares; de propiedad del Estado, de los Estados Regionales y de los Municipios; de propiedad de la Iglesia, por estar destinados al culto; de propiedad de la Monarquía o Reino; y de propiedad comunal.

Pero sin embargo, esta clasificación no estaría completa, si dejásemos de hacer una salvedad, en el sentido que determinados bienes, ya no de acuerdo a su pertenencia, sino de acuerdo al uso que tienen, pueden ser dominio público, o de dominio particular, clasificación que no es incompatible, sino más bien complementaria a la anterior.

Cabe resaltar, que con el paso de los años, las clasificaciones de los bienes de acuerdo a su pertenencia, se han ido limitando cada vez más, llegando a circunscribirse, básicamente, en aquellos de propiedad de particulares y aquellos de propiedad estatal, distinguiendo dentro de estos últimos a aquellos de dominio público, y los que pertenecen al patrimonio del Estado.

5. Nuestro concepto de bienes

Sin duda alguna nos enfrentamos a uno de los puntos más controvertidos del Derecho Civil. No existe unanimidad de criterio respecto del alcance de la palabra «bien» en la acepción jurídica, que es la que nos interesa para efectos de esta parte de nuestro trabajo.²⁶

²⁶ Seguramente por esta confusión de ideas es que la mayoría de Códigos Civiles consultados opta por no definir propiamente a los bienes.

Es el caso de los siguientes Códigos:

Código Civil Francés, Código Civil Peruano de 1852, Código Civil Venezolano de 1880, Código Civil Italiano de 1865, Código Civil Español, Pro-

yecto de Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade de 1890, Código Civil Japonés, Código Civil Alemán, Código Civil Suizo, Código Civil Brasileño, Segundo Anteproyecto de Libro Cuarto del Código Civil Peruano de 1926, Código Civil Chino de 1930, Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Peruano de 1936, Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Angel Ossorio y Gallardo, de 1943, Código Civil Boliviano de 1976, Código Civil Mexicano de 1927, Proyecto de Código Civil Colombiano, Código Civil Venezolano de 1942, Código Civil Peruano de 1984, Proyecto de Código Civil Brasileño de 1984, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1987, Código Civil Boliviano de 1831, Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922, Código Civil Belga, Código Civil Cubano de 1988.

De los Códigos Civiles consultados, los siguientes optan por dar una definición de bienes:

Código Civil Chileno (artículo 565), Código Civil Uruguayo (artículo 460), Código Civil Argentino (artículo 2311), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 253), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 596), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 599), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 810), Código Civil Portugués de 1967 (artículo 202, literal A), Código Civil Colombiano (artículo 653), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 1872), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 442), Código Civil Austriaco de 1811 (artículo 285), Código Civil Ecuatoriano (artículo 602), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 324), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 106).

Los textos de los referidos artículos son los que consignamos a continuación:

— *Código Civil Chileno:*

Artículo 565.- «Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales.

Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporeales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas».

— *Código Civil Uruguayo:*

Artículo 460.- «Bajo la denominación de bienes o de cosas se comprende todo lo que tiene una medida de valor y puede ser objeto de propiedad.

Los bienes son corporales o incorporeales».

— *Código Civil Argentino:*

Artículo 2311.- «Se llama cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor.

Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación».

— *Código Civil Costarricense de 1888:*

Artículo 253.- «Los bienes consisten en cosas que jurídicamente son muebles o inmuebles, corporales o incorporeales».

— *Código Civil Nicaragüense de 1903:*

Artículo 596.- «Las cosas en cuanto procuran o sirven para procurar bene-

ficios a las personas que tienen derechos que ejercitar sobre la misma, se llaman bienes».

— *Código Civil Hondureño de 1906:*

Artículo 599.- «Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales.

Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos. Incorporeales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas».

— *Código Civil Italiano de 1942:*

Artículo 810.- «(Noción) Son bienes las cosas que pueden constituir objetos de derecho».

— *Código Civil Portugués de 1967:*

Artículo 202, literal A):

«1.- Se llama cosa todo aquello que puede ser objeto de relaciones jurídicas.

2.- Se considera, no obstante, fuera del comercio todas las cosas que no pueden ser objeto de derechos privados, tales como las que se encuentran en el dominio público y las que son por su naturaleza, no susceptibles de apropiación individual».

— *Código Civil Colombiano:*

Artículo 653.- «Los bienes consisten en cosas corporales e incorporeales.

Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporeales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas».

— *Código Civil Paraguayo de 1987:*

Artículo 1872.- «Se llama cosas en este Código, los objetos corporales susceptibles de tener un valor».

— *Código Civil Guatemalteco de 1973:*

Artículo 442.- «Son bienes las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación, y se clasifican en inmuebles y muebles».

— *Código Civil Austriaco de 1811:*

Artículo 285.- «Todo aquello que pueda ser distinguido por la persona y que pueda servir a la costumbre del hombre, se denominará, en sentido jurídico, como cosa».

— *Código Civil Ecuatoriano:*

Artículo 602.- «Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales.

Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporeales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas».

— *Código Civil Panameño de 1917:*

Artículo 324.- «Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes, muebles o inmuebles».

— *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936:*

Artículo 106.- «El conjunto de bienes y obligaciones de una persona, constituye su patrimonio. Entiéndese por bienes, los objetos materiales o inmateriales susceptibles de valor. A los primeros, se les llama cosas en este Código».

No pretendemos hacer un estudio detenido y detallado acerca de los bienes. Lo que buscamos es efectuar algunas precisiones de carácter teórico, para relacionarlo con la legislación nacional.

La Real Academia de la Lengua Española²⁷ define el bien como «aquello que en sí mismo tiene el complemento de la perfección en su propio género, o lo que es objeto de la voluntad, la cual ni se mueve ni puede moverse sino por el bien, sea verdadero o aprehendido falsamente como tal».

En realidad este concepto no nos otorga mayores elementos para efectos de nuestros objetivos. En tal sentido, recurriremos a la definición que Guillermo Cabanellas otorga al respecto:²⁸ «Cosa que puede ser objeto de apropiación o base de un derecho. En este aspecto, el de mayor importancia en esta obra, aunque cabe hablar de un bien mueble, inmueble o incorporeal, el tecnicismo prefiere emplear el plural (bienes) para referirse a cuanto puede constituir objeto de un patrimonio; [...]».

Con la definición de Cabanellas encontramos un primer criterio, el cual es compartido por algunas legislaciones, en el sentido de identificar los bienes con los objetos corporales susceptibles de apropiación por el hombre, es decir, equiparar el concepto de «bien» al de «cosa».

Por ello, consideramos pertinente abordar como primer punto de estudio, y para ir deslindando posiciones, el significado de la palabra «cosa», para luego retomar el del término «bienes».

Para la Real Academia de la Lengua Española,²⁹ «cosa» dentro de un significado general, es «todo lo que tiene enti-

dad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta»; también se le considera «ser inanimado, en contraposición a los seres animados».

Además, se le otorgan tres significados jurídicos. El primero de ellos considera a la «cosa» «en contraposición a persona o sujeto, el objeto de las relaciones jurídicas». El segundo, considera a la «cosa» como «el objeto material, en oposición a los derechos creados sobre él y a las prestaciones personales». Un tercer y último significado que la Real Academia otorga a la palabra «cosa», es el de «bien».

Como podemos apreciar, una de las acepciones otorgadas por la Real Academia a la palabra «cosa», es aquella por la cual se distingue los objetos materiales en oposición a los derechos creados sobre ellos y a las prestaciones personales. De acuerdo a esta definición, obtendríamos un primer elemento de distinción entre la «cosa» y el «bien», ya que dentro del significado del primero de los términos citados, no estarían comprendidos los derechos. Pero este posible camino se cierra con la tercera acepción de la palabra «cosa», por la cual se la identifica con los bienes.

Hemos querido empezar el tratamiento de las cosas efectuando este breve análisis de lo que la Real Academia entiende por tales, para de este modo tener la prueba más palpable de que no estamos —precisamente— ante un tema de meridiana claridad.

Para abordar el problema de la distinción de los términos dentro del Derecho, consideramos apropiado recoger la opinión de Enneccerus, Kipp y Wolff³⁰ sobre el particular. Los mencionados profesores alemanes consideran que solo son cosas en sentido legal los objetos corporales, definiendo a estos últimos como parte de la naturaleza no libre y dominable que rodea al hombre, que tienen sustantividad propia, una denominación especial y un valor en la vida del tráfico,

²⁷ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Op. cit.*, tomo I, página 191.

²⁸ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, tomo II, página 477. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1982.

²⁹ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Op. cit.*, tomo I, página 389.

³⁰ ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Op. cit.*, tomo I, volumen I, páginas 532 a 536.

siendo en consecuencia reconocidas como objetos de derecho independientes. En otras palabras, Enneccerus, Kipp y Wolff solo consideran como cosas a los objetos materiales. Además, establecen las características que en su criterio deben reunir las cosas para ser consideradas como tales:

- (a) Para considerar a un objeto corporal o no, esta determinación se efectuará de conformidad con las concepciones del tráfico y no según las doctrinas físicas.
- (b) El concepto de cosa requiere que se lleve en su corporalidad una existencia separada, individualizada.
- (c) La identidad de una cosa solo desaparece en virtud de una transformación, si de conformidad con las concepciones del tráfico aparece como una cosa completamente distinta y nueva.
- (d) Solo son cosas en sentido jurídico las susceptibles de dominación por el hombre.

Consideramos que la definición y características otorgadas por Enneccerus, Kipp y Wolff a la palabra «cosa», son acertadas. Si queremos ir más allá en el estudio de la relación entre cosa y bien, debemos en primer lugar establecer, tal como lo han hecho los mencionados profesores, y en los términos de Cabanellas,³¹ que «cosa» es un objeto material valorable.

Sin embargo, a lo anteriormente señalado debemos precisar que para que una cosa sea considerada como tal, debe —necesariamente—, serle reconocida esta característica por el Derecho. Esto nos podrá llevar a la conclusión de que no todos los objetos materiales apropiables por el hombre, pueden considerarse como cosas; lo que a la vez nos llevaría a considerar, precisamente, que el referido carácter de apropiación debe tener una acepción más amplia que aquella de

simple índole material, es decir, que debería contener el elemento del reconocimiento jurídico.

Si bien para el Derecho no es muy clara la definición del concepto de «cosa», a nuestro entender sí se llega a considerar válida aquella precisión por la cual las cosas están comprendidas dentro de los bienes. Pero en este punto nos enfrentamos a la vez con una diversidad de opiniones respecto al alcance de esta inclusión y de las razones que pueden llevarnos a considerarlas válidas. Sin embargo, la más difundida de las opiniones al respecto, es la que recoge Josserand.³² Este autor comprende dentro del concepto de bienes a las cosas y a los derechos, entendiéndose por estos últimos a los bienes incorpóreos. El considera que los bienes, en el sentido jurídico de la palabra, son todos los elementos activos del patrimonio. Considera que los «bienes verdaderos» en la acepción jurídica de esta expresión, es decir, los valores económicos, son, o los objetos materiales, que caen generalmente bajo los sentidos o los derechos ordinariamente establecidos sobre dichos objetos.

Compartimos el criterio señalado, en virtud del cual, en términos generales, bajo la denominación de «bienes» debiéramos comprender a aquellos objetos o cosas corporales y a los derechos. Cabe señalar que dentro del sistema adoptado por el Código Civil Francés, cuyo texto comenta Josserand, se parte de la división aceptada por la doctrina, de bienes corporales e incorpóreos, términos y conceptos que no recogen necesariamente otros cuerpos legales, pero que constituyen una importante corriente legislativa. Así lo sostienen Planiol y Ripert,³³ y otros tratadistas. Para nosotros esta concepción adquiere gran relevancia, si consideramos que la tendencia legislativa en la historia de la codificación civil peruana, se adscribe a la misma, tal como veremos más adelante.

³¹ CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo III, página 393.

³² JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, tomo I, volumen III, páginas 3 y 4.

³³ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo III, página 54.

Sin embargo, y a pesar de ser la mayoritaria, algunos tratadistas, como es el caso de Francesco Messineo,³⁴ consideran que la distinción entre bienes y cosas puede no ser tan clara. El citado autor señala que si para algunos, la relación conceptual entre cosa y bien se concibe como de especie a género, algunos otros conciben esta relación en sentido inverso, lo que pone en evidencia, según él, que en la materia reina una notable falta de certeza de ideas.

Sin embargo, Messineo sostiene que para la diferenciación entre cosa y bien se debe poner como criterio el que la cosa es por sí entidad extrajurídica; es, en cierta manera, un bien en estado potencial, y se convierte en tal cosa para dar cumplimiento a una determinada función económica y social, objetivamente considerada; por tanto, bien en sentido jurídico sería una cosa idónea para dicha función.

Tal vez, para aclarar los conceptos vertidos por Messineo, sería conveniente señalar que dentro de la línea de pensamiento citada por el mencionado autor, «cosa» es todo objeto valioso que no ha sido incorporado por apropiación a un patrimonio, mientras que «bien» sería toda cosa que es poseída por apropiación, tal como señala el comentarista argentino Armando V. Silva.³⁵ Dicho en otras palabras, en los términos de Cabanellas,³⁶ dentro de los objetos materiales se distingue entre lo que no ha sido materia de posesión o apropiación por el hombre y lo que figura ya en su patrimonio o en su mera tenencia: aquello constituye cosa; ésto bien, pues en uno y otro sentido lo es para el hombre, por útil, grato o necesario. Dentro de esta posición, lo primero integra lo poseíble, mientras que lo segundo, lo poseído.

³⁴ MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, tomo II, páginas 258 y 259.

³⁵ SILVA, Armando V. En: *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, tomo II, página 393. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955.

³⁶ CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo II, página 393.

Vemos que dentro de este criterio, el concepto de «cosa» constituiría el género, mientras que el de «bien» constituiría la especie.

Como señalamos en páginas anteriores, asumimos como válida la distinción efectuada por Josserand, la misma que citáramos oportunamente y que consistía en comprender dentro del concepto de bienes, tanto a los objetos materiales, como a los incorpóreos (derechos).

El Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, expresa su preocupación respecto a si el bien que es objeto de la prestación, puede ser corporal o incorpóreo.³⁷

³⁷ El Doctor De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa*, páginas 36 y 37), expresa los siguientes conceptos:

«Sin embargo, los bienes se clasifican en corporales e incorpóreos, siendo los primeros las cosas y los segundos los derechos. Tal como dicen COLIN y CAPITANT, los derechos, tanto los reales como los personales, son bienes incorpóreos. Por ello, según ARIAS-SCHREIBER, el Código Civil vigente no emplea la clásica denominación de cosas y utiliza la de bienes, que incluyen los derechos y, en general, tanto los elementos incorpóreos como los objetos corporales.

Esta clasificación ha pasado frecuentemente inadvertida y, por ello, gran número de autores no se cuestionan si el bien materia de la venta es la cosa o el derecho sobre la misma. Constituye una excepción ALBALADEJO quien dice: «Casi se podría decir que la compraventa lo es siempre de derechos, ya que cuando se vende una cosa, se trata —al menos tendencialmente— de transmitir la propiedad de la misma, es decir, un derecho sobre ella; razón por la que la compraventa tendería en todo caso —como ya ha puesto de relieve incluso algún Código moderno (el italiano, art. 1.470)— al cambio de un derecho (de propiedad o de otra clase) por un precio».

Esta atingencia es particularmente pertinente al Código Civil peruano, cuyo artículo 1529 establece, como se ha visto, que por la compraventa el vendedor se obliga a *transferir la propiedad de un bien*. En el contrato de compraventa de un bien corporal —por ejemplo, un cuadro— en realidad el bien materia de la venta no es el cuadro sino el derecho de propiedad sobre el cuadro.

Ello resulta aún más claro en el artículo 1470 del Código Civil italiano, según el cual la venta es el contrato que tiene por objeto *la transferencia de la propiedad de una cosa o la transferencia de otro derecho*. Se pone de esta manera de manifiesto que lo que se transfiere es el derecho de propie-

En nuestra opinión, el contrato de compraventa puede recaer sobre cosas y otros derechos incorporeales, que también sean considerados bienes. Sin embargo, es claro que el contrato materia de estudio solo puede recaer sobre la transferencia de propiedad de bienes y no sobre otros derechos distintos al de propiedad.

En este sentido coincidimos con lo expresado por De la Puente.³⁸

No obstante ello, debemos expresar nuestra preocupación, en el sentido que dada la regulación que tiene el tema de la cesión de derechos en el Código Civil Peruano de 1984, habría algunos casos en los cuales no esté clara la línea divisoria entre la compraventa y la cesión de derechos. Un caso típico es aquel en el cual el objeto del contrato está constituido por la alicuota (derecho de copropiedad) que el vendedor tiene sobre un bien. Estimamos que en estos casos el ordenamiento legal peruano admitiría denominar el contrato como compraventa o cesión de derechos.³⁹

dad, tan es así que se habla a continuación de la transferencia de *otro* derecho, que es distinto del de propiedad.

La Comisión Revisora tuvo muy presente que el concepto de bien comprende tanto el derecho como la cosa. Al observar que en el artículo 1556 del Proyecto de la Comisión Reformadora se consignaba que, 'por la compraventa el vendedor se obliga a *transferir al comprador la propiedad de un bien, u otro derecho*', con lo cual se sustituía la palabra 'cosa' mencionada en el artículo 1470 del Código Civil italiano por la palabra 'bien' utilizada en el artículo 1556 del Proyecto, consideró que se estaba comprendiendo la transferencia de la propiedad de una cosa o de un derecho, con lo cual resultaba superflua la expresión 'o la transferencia de otro derecho' consignada en el Código italiano».

³⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, páginas 37 y 38.

³⁹ La preocupación anotada por el Doctor De la Puente respecto a las diferencias entre la cesión de derechos y el contrato de compraventa (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, páginas 38 y 39), puede ser apreciada en las siguientes expresiones:

«También en puridad de principio y aplicando la teoría del título y el modo que informa el Código Civil peruano, tratándose de la compraventa de una cosa, el contrato de compraventa es el título de adquisición y la entrega (cosas muebles) o la concurrencia del artículo 949 del Código Civil

6. Bienes materia de los contratos en general en el Código Civil Peruano

Como se recuerda, al efectuar un análisis de la clasificación de los bienes en el Derecho Romano, encontramos una serie de criterios por los cuales éstos podrían ser agrupados. Para efectos del punto bajo tratamiento, nos interesa aquella división de los bienes de acuerdo a su comerciabilidad.

Es así como encontramos dos grandes grupos. El primero de ellos, conformado por los bienes *extra commercium*, que eran, como su nombre lo indica, los que estaban sustraídos al comercio de los hombres. Aquellos tenían —a su

(cosas inmuebles) es el modo de adquirir, y tratándose de la compraventa de un derecho, el contrato de compraventa es el título de adquisición y la cesión de derechos contemplada en el artículo 1206 del Código Civil es el modo de adquirir.

Ello es posible por cuanto el artículo 1529 del Código Civil, al definir la compraventa, se refiere a la transmisión de la propiedad de un bien, concepto que, como se ha visto, comprende tanto la cosa como el derecho, cuidando el artículo 1206 del mismo Código de precisar que la 'cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto'.

En Derecho peruano no es aplicable, pues, la opinión de SPOTA quien sostiene que si se trata de un crédito y el acreedor se obliga a transmitir a una persona, quien a su vez se obliga a pagarle un precio en dinero, dicho crédito que tiene contra su deudor, esa transmisión es cesión de derecho pero no compraventa, aun cuando se apliquen a esta convención las normas de la compraventa. Esta opinión se basa en que según la tesis del Código Civil argentino sólo existe compraventa cuando alguien se obliga a conferir, por un precio cierto en dinero, la propiedad sobre una cosa.

Empero, dice el autor español GARCÍA CANTERO que, en su opinión, no debe olvidarse que 'la más clara comprensión de las reglas sobre compraventa se adquiere cuando su objeto consiste en una cosa corporal, y que los propios autores extranjeros que usan la terminología de la transferencia del derecho de propiedad, vienen a reconocer que en la indicación de la cosa está implícita la referencia a la propiedad de la misma, por lo cual en el lenguaje técnico esta terminología puede ser utilizada sin excesivas preocupaciones. Ello no obsta que en la eventual reforma del Código Civil español se adopte la terminología legal más moderna y se diga que la compraventa tiene por objeto la transferencia del derecho de propiedad.'.

vez— una subdivisión que los clasificaba en *divini iuris* (y que comprendían a los bienes sagrados, religiosos y santos); y *humani iuris* (que comprendían a los comunes, públicos y de corporaciones, o *res universitatis*).

El segundo gran grupo de bienes en el Derecho Romano, es aquel conformado por los bienes *in commercium*, que eran las cosas que podían constituir objeto de contratos o de transacciones comerciales entre los particulares. Estos eran denominados como *singulorum, pecuniae* o *res privatae*.

Sin duda alguna, tal clasificación contenida en el Libro II, Título I de las Instituciones de Justiniano, constituía un elemento muy importante para determinar sobre qué bienes estaba permitido a los particulares celebrar contratos.

Las bondades de esta clasificación repercutieron en el proceso codificador de los siglos XIX y XX. Concretamente, para el caso del Derecho Peruano, el mismo recibió dicha influencia a través del Derecho Español. Nos referimos a la Ley de las Siete Partidas. En la Tercera Partida, Título XXVIII, relativo a cómo gana el hombre el señorío de las cosas, en la Ley II, encontramos una síntesis de la clasificación de las cosas, según su pertenencia, pudiendo distinguir aquellas cosas comunes a todas las criaturas (Ley III); las cosas comunes a todos los hombres (Ley VI); las cosas que pertenecen apartadamente al común de alguna ciudad o villa (Ley IX); las cosas que no pertenecen al señorío de ningún hombre, dentro de las que encontramos a las sagradas, religiosas y santas (Leyes XII, XIII, XIV y XV); y las cosas que pertenecen a cada hombre en particular y de las cuales este hombre puede ganar o perder su señorío. Estas cosas no están definidas explícitamente, y respecto de ellas no se hace mayor mención. Pensamos que podríamos definir las por exclusión, respecto de todas las otras cosas sobre las cuales los hombres pueden contratar, ya que, como se señala en la Ley II del comentado Título XXVIII, sobre ellas, el hombre puede ganar o perder su señorío.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, en el Capítulo III del Título I, Libro II, referido a los bienes con relación a los que poseen, efectúa una clasificación de los mismos en sus artículos 295 y siguientes. En los artículos 296 a 298 trata acerca de los bienes pertenecientes al dominio público; en el artículo 299 se ocupa de los bienes comunes o comunales; y en el artículo 295, de los bienes de los particulares, señalándose que estos últimos tienen la libre administración de sus bienes bajo las modificaciones que las leyes establecen.

El Código Civil de 1852, en su artículo 459 establece una división de las cosas en públicas, comunes, destinadas al Culto y las de particulares.

El Código Civil de 1936 efectúa una división de los bienes en aquellos de propiedad privada, los cuales son definidos en el artículo 821 como «de los particulares que tienen título reconocido por la ley»; y los del Estado, que se encuentran enumerados en el artículo 822.

Consideramos necesario señalar que las clasificaciones efectuadas por los Códigos Civiles Peruanos hasta el de 1936, se enmarcan dentro de la tradición justinianeana antes citada. Sin embargo, debemos precisar que clasificaciones de esta naturaleza tienen el inconveniente de poder acarrear algunos equívocos. Toda clasificación de los bienes de acuerdo a su pertenencia estaría incompleta para efectos de nuestro trabajo si es que dejásemos de hacer una salvedad, en el sentido que determinados bienes, ya no de acuerdo a su pertenencia, sino de acuerdo al uso que tienen, pueden ser de dominio público o de dominio particular, clasificación que no es incompatible, sino más bien complementaria a la anterior.

Cabe puntualizar que con el paso de los años, las clasificaciones de los bienes de acuerdo a su pertenencia se van limitando cada vez más, llegando a circunscribirse, en algunas legislaciones (dentro de las que encontramos al Código Civil Peruano de 1936), básicamente, en aquellos de propiedad de particulares y aquellos de propiedad estatal, pero se hace ne-

cesario distinguir —dentro de estos últimos— los de uso público o común y los que pertenecen al patrimonio del Estado.

La ventaja de incluir dentro de un Código Civil una clasificación de los bienes de acuerdo a su pertenencia, estriba en brindar mayores elementos para delimitar el marco de los bienes sobre los cuales los particulares pueden contratar. En tal sentido, compartimos la crítica formulada por la Doctora Lucrecia Maisch von Humboldt al Código Civil de 1984,⁴⁰ cuando se refiere a la no inclusión del mencionado criterio clasificatorio en dicho Código.

El Código Civil vigente no incluye además, norma alguna en el sentido de especificar cuáles son aquellos bienes sobre los que se puede contratar. Así, podríamos considerar que los particulares pueden contratar sobre cualquier bien, siempre y cuando su naturaleza material o jurídica y su pertenencia lo permitan; y que la ley no lo prohíba.

El marco que establece el Código Civil Peruano al respecto, no es del todo completo. Tal vez hubiera sido preferible que al igual que una serie de Códigos Civiles de otros países⁴¹ se señalara como regla general respecto de los bienes que pueden ser materia de los contratos, el que éstos estén dentro del comercio de los hombres.

El Código Civil Peruano de 1984 no se manifiesta en tal sentido, pero consideramos que este principio general también resulta aplicable a nuestra legislación. Esto era respaldado por el artículo 128 de la Constitución Política del Perú de 1979, cuando señalaba que los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no son objeto de derechos privados.

La Carta Política de 1993 también incluye un precepto sobre el tema. Nos referimos al numeral 73, de texto siguiente: «Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser con-

cedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico».

Como complemento, podríamos anotar que a manera de precisión sobre casos específicos, el Código Civil de 1984 señala en su artículo 1403, que los bienes objeto de la prestación en que consiste la obligación, deben ser posibles; estableciendo además, en el artículo 1409, que estos bienes pueden ser futuros, salvo las prohibiciones establecidas por la ley; ajenos; afectados en garantía; o sujetos a litigio por cualquier otra causa.

7. Características que debe reunir el bien materia de los contratos en general y del contrato de compraventa, en particular

En primer lugar, debemos señalar que el Código Civil Peruano de 1984 no es el que precise de una manera más adecuada, en lo que respecta al objeto del contrato, las condiciones que debe tener el mismo cuando estemos frente a obligaciones con prestaciones de dar. Esta situación, que depende exclusivamente del criterio legislativo adoptado, difiere (sin que esto implique una valoración) de manera considerable, del seguido por legislaciones extranjeras.⁴²

De este conjunto de Códigos, un buen número de ellos hace mención específica a que el bien materia de las prestaciones derivadas de obligaciones contractuales tiene que ser de aquellos que se encuentran dentro del comercio,⁴³ otro

Uruguayo (artículo 1282), Venezolano de 1880 (artículo 1067), Español (artículo 1261), Nicaragüense de 1903 (artículo 2473), Hondureño de 1906 (artículo 1562), Panameño de 1917 (artículo 1122), Belga (artículo 1128), Francés (artículo 1128), Italiano de 1865 (artículo 1116).

⁴² Para estos efectos, remitimos al lector a la nota número 12 del Capítulo Unico de la Primera Parte, Páginas 49 a 61, de nuestra obra «El Bien Materia del Contrato de Compraventa».

⁴³ Los Códigos que hacen expresa referencia a que el bien materia de las prestaciones derivadas de obligaciones contractuales tiene que ser de aquellos que se encuentran dentro del comercio, son los siguientes:

⁴⁰ MAISCH VON HUMBOLDT DE PORTOCARRERO, Lucrecia. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo V, página 156.

⁴¹ Así tenemos a los siguientes Códigos Civiles:

grupo (que no excluye necesariamente al anterior) hace alusión al elemento de la determinabilidad del bien,⁴⁴ y, por último, un grupo considera importante el elemento de la posibilidad, al señalar que no pueden ser objeto de presta-

Código Civil Francés (artículo 1128), Código Civil Belga (artículo 1128), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 719), Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1249), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1216), Código Civil Chileno (artículo 1461), Código Civil Uruguayo (artículo 1228), Código Civil Colombiano (artículo 1518; y además en el artículo 1521, inciso 1, considera que hay un objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1067), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1504), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 629), Código Civil Español (artículo 1271), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2473), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1562), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1122), Código Civil Mexicano de 1927, Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1223), Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1059).

El Código Civil Salvadoreño de 1860 no considera expresamente que solo los bienes que están dentro del comercio de los hombres pueden ser materia de los contratos, pero señala, sin embargo, que «pueden venderse todas las cosas corporales o incorporeales cuya enajenación no esté prohibida por la ley».

⁴⁴ Dentro de los Códigos Civiles que señalan que el bien objeto de la prestación materia de una obligación derivada de un contrato debe ser determinado, por lo menos en cuanto a su género o especie, están los siguientes:

Código Civil Francés (artículo 1129), Código Civil Belga (artículo 1129), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 720), Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1251), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1219), Código Civil Chileno (artículo 1461), Código Civil Uruguayo (artículo 1283), Código Civil Argentino (artículo 1170), Código Civil Colombiano (artículo 1518), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1068), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1504), Código Civil Español (artículo 1273), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2475), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1563), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1124), Anteproyecto Bibiloni de 1929 (artículo 25), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1225), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 807), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1538), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 692), Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1059).

Los siguientes son los Códigos Civiles que consideran expresamente que el bien materia de la prestación derivada de una obligación contractual debe tener una cantidad que al menos sea determinable:

ciones derivadas de obligaciones contractuales, las cosas imposibles.⁴⁵

Esto, en lo que respecta a la legislación extranjera.

Ahora nos corresponde realizar un análisis exegético y doctrinario del problema, que en buena cuenta se centrará en el análisis de los tres elementos que hemos considerado como importantes hasta este momento: la posibilidad de existencia, la determinabilidad y la comerciabilidad.

Código Civil Francés (artículo 1128), Código Civil Belga (artículo 1128), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1219), Código Civil Chileno (artículo 1461), Código Civil Uruguayo (artículo 1283), Código Civil Argentino (artículo 1170), Código Civil Colombiano (artículo 1518), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1067), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1504), Código Civil Español (artículo 1273), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2475), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1563), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1124), Anteproyecto Bibiloni de 1929 (artículo 25), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1225), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 807), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 778), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1538), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 692), Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1060).

Los siguientes son los Códigos Civiles que consideran simplemente que el objeto de la prestación materia de la obligación contractual debe ser determinado o determinable:

Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927, Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1155), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1346), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 485).

El Proyecto Boissonade de 1890 establece solo que el objeto debe ser cierto o determinado y del cual las partes tengan la disposición.

El Código Civil Mexicano de 1927 señala que las cosas objeto de contrato deben ser determinadas o determinables en cuanto a su especie; mientras que el Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937, establece que la cosa incierta será indicada al menos por su género y su cantidad.

El Código de las Obligaciones de Suiza en su artículo 19 señala que el objeto de un contrato puede ser libremente determinado, dentro de los límites de la ley; nada más, al igual que el Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937.

⁴⁵ Los siguientes son los Códigos Civiles que señalan expresamente que las cosas imposibles no pueden ser objeto de prestaciones derivadas de obligaciones contractuales:

7.1. Que el bien exista o sea susceptible de existir

Cuando nos referimos a la posibilidad, lo hacemos en virtud de la anteriormente citada disposición de los artículos 140, inciso 2 y 1403 segundo párrafo del Código Civil Peruano, que establecen este requisito para los bienes que son objeto de prestaciones derivadas de obligaciones contractuales.

Pero lo que nos corresponde en este punto, es determinar cuáles son los alcances de «la posibilidad» como característica indispensable para que un bien sea objeto de una prestación.

Adicionalmente a lo expresado en páginas anteriores cuando empezamos a analizar cada una de las características que debe reunir un bien para tales efectos, podríamos esbozar algunas ideas.

En primer lugar, debemos establecer si el requisito materia de análisis es o no sinónimo de alguno de los otros, es decir: la determinabilidad y la comerciabilidad.

La «posibilidad», si es que nos estamos refiriendo a la prestación y no al objeto de la misma, estaría íntimamente ligada con las otras dos características que acabamos de estudiar, ya que si el bien no estuviese determinado ni fuera determinable, o si sobre él no se pudiera comerciar en los términos deseados en el contrato que se pretendiese celebrar, entonces, estaríamos frente a un contrato que contendría una prestación de carácter imposible, es decir, frente a un

Código Civil Español (artículo 1272), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2474), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1123), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 1657), Anteproyecto Babiloni de 1929 (artículos 28 y 29), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1224), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículos 810 y 811), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1155), Código Civil Italiano de 1942 (artículos 1346 y 1347), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1538), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 485), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1403), Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1062).

contrato nulo. En este supuesto, la prestación imposible comprendería a aquellos objetos no comerciables, no determinables y, hasta, como veremos más adelante, aquellos no posibles. Cuando hablamos de prestación imposible, lo estamos haciendo, naturalmente, respecto de una imposibilidad absoluta de su cumplimiento por parte del deudor. Una opinión muy interesante al respecto es la de Enneccerus.⁴⁶

Pero si a lo que estamos haciendo referencia no es a la prestación en sí como «posible», sino respecto del bien que constituye el objeto de la misma, tendríamos, forzosamente, que desligar el concepto de «posible» de aquellos de «determinable» y «comerciable», ya que no estaríamos en planos distintos (como ocurriría en el primer supuesto), en los que uno podría comprender al otro, sino al mismo nivel. Es decir, que, consideramos, es aquel el plano en que nos debemos situar.

Para ello, entonces, deberíamos partir efectuando una precisión necesaria: la de establecer que para hablar del requisito de la posibilidad, el bien que es objeto de la prestación, tendrá que ser «determinable» o «no determinable» y «comerciable» o «no comerciable», ya que, como lo venimos diciendo, no buscamos ni pretendemos mezclar o interferir las tres características materia de estudio.

Así las cosas, consideramos pertinente formularnos una pregunta: ¿Si la «posibilidad» no está relacionada con la «comerciabilidad» ni con la «determinabilidad», entonces, estamos frente a un sinónimo de la existencia o posibilidad de existencia del bien?

Consideramos que una vez que hemos hecho la distinción entre el plano de la prestación y el del objeto y cuando nos hemos situado en este último, podemos llegar a la provisoria conclusión de que la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, ya que es la única opción (si descar-

⁴⁶ ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, páginas 154, 155 y 156.

tamos la comerciabilidad y la determinabilidad), que quedaría en pie y que sería susceptible de tomarse en cuenta como integrante de las características necesarias de todo bien objeto de una prestación derivada de una obligación contractual.

A lo que estamos haciendo referencia, concretamente, es a la situación de que el bien debe existir al momento de la celebración del contrato o tener la posibilidad de existencia, es decir, ser susceptible de existir. En este punto no nos detendremos a cuestionar todos los problemas que puede plantear el tema, ya que, por razón de prioridades, hemos preferido hacerlo, cuando analicemos el contrato de compraventa de bienes futuros.

No obstante, consideramos pertinente citar en este punto la opinión del tratadista italiano Domenico Barbero,⁴⁷ quien al respecto sostiene lo siguiente:

En orden a una determinada relación jurídica el objeto puede ser presente o futuro. En general, estas calificaciones del objeto se ponen a base de una distinción de las cosas: y precisamente se habla de cosas presentes o cosas futuras. Pero esto es totalmente inexacto, no sólo ni tanto porque las cosas no agotan el ámbito de los objetos jurídicos, sino que constituyen solamente una especie de ellos (como lo veremos inmediatamente), cuanto y porque el ser presente o futuro no es más que un aspecto ontológico del 'bien' en sí (el bien futuro no es un bien actual), sino que es un aspecto funcional del 'objeto' en orden a la dinámica de la relación jurídica.

Ahora bien, precisamente el objeto de la relación jurídica puede ser actual y puede considerárselo como de existencia futura: por ejemplo, se negocia hoy sobre los frutos de la estación venidera o sobre el producto de una pesca que está por emprenderse o habrá de emprenderse.

⁴⁷ BARBERO, Domenico. *Sistema del Derecho Privado*, tomo I, página 283. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967.

Coincidimos plenamente con lo expresado en la Exposición de Motivos de la Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984,⁴⁸ cuando al respecto señala los siguientes conceptos:

[...] el artículo 1532 establece que debe tratarse de 'bienes existentes o que puedan existir' con lo cual necesariamente se deja de lado aquellos bienes que han perdido existencia, que existieron en el pasado, pero ya no en el momento de la celebración del contrato, por cuanto en ese caso se estaría ante un contrato nulo por falta de objeto, tal como señala el inciso 3 del artículo 219 del Código Civil. Siendo que la propiedad, como derecho real, se extingue con la destrucción o pérdida total o consumo del bien, de acuerdo a lo señalado por el inciso 2 del artículo 968 del mismo Código, carece de sentido la obligación de transferirla.

No es este el caso de la pérdida, destrucción o consumo parcial del bien, anterior a la compraventa, pues a ello se refiere el artículo siguiente. Tampoco se refiere el artículo al perecimiento del bien, después de la celebración del contrato y antes de la transferencia de la propiedad, pues este tema es desarrollado a propósito del problema del riesgo del contrato.

Si el íntegro del bien ha dejado de tener existencia al momento de la celebración del contrato, el mismo es nulo por cuanto el objeto de la prestación materia de la obligación surgida del contrato es físicamente imposible.

Cuando el artículo señala a los bienes que puedan existir, se está refiriendo a los bienes futuros, respecto de los cuales las partes están de acuerdo que aún no tienen existencia, en el momento de la celebración del contrato, pero en el entendido que están destinados a tenerla. Por lo tanto, el acuerdo de las partes, está orientado a lograr que dichos bienes efectivamente adquieran existencia, aún cuando ello sea exclusiva responsabilidad de uno solo de los contratantes, conforme se

⁴⁸ COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. BIGIO CHREM, Jack. *Exposición de Motivos Oficial del Código Civil*, página 5.

apreciará más adelante cuando se trate de los artículos 1534, 1535 y 1536. Debe, en suma, tratarse de bienes que tienen posibilidad de existencia.

Cuando hacemos referencia al requisito de que el bien exista o sea susceptible de tener existencia, estamos tratando acerca de un requisito, casi diríamos, obvio o evidente del bien materia de la prestación.

Cuando dos partes contratantes celebran una compraventa, resulta claro que una de ellas, el comprador, tiene la intención de recibir la propiedad y el bien (físicamente) de cuya propiedad se trata, y que la otra, el vendedor, busca recibir el dinero que le entregará el comprador como contraprestación.

Para los autores causalistas franceses y quienes los siguieron, la obligación de cada uno de ellos sería la causa de la otra. En términos de los causalistas, la obligación del comprador de pagar el dinero al vendedor, carecería de causa.

Esto como ejemplo, ya que esta teoría, como sabemos ha resultado superada hace muchos años.

Pero cuando estamos frente al contrato de compraventa, este tiene dos elementos fundamentales: el bien y el precio, sin los cuales no puede formarse.

Sin bien que se venda, la obligación del vendedor carecerá de objeto, por lo que el contrato será nulo. Esto, naturalmente, en el supuesto en que el contrato de compraventa verse sobre un bien que no es susceptible de tener existencia, vale decir, de un bien que nunca ha existido, que ya no existe, o que nunca podrá ser susceptible de tener existencia.

Pero en la medida en que el bien exista o sea susceptible de existir, la obligación del vendedor no carecerá de objeto.

Tal como hicimos mención cuando analizamos lo relativo a la existencia del bien materia de los contratos en general, hay muchos aspectos por analizar en lo relativo al término «existencia» y a la problemática que engendra, pero,

por una razón de sistemática, los hemos reservado para tratar cuando analicemos lo relativo al contrato de compraventa de bienes futuros.

Los términos y conceptos expresados respecto a la necesidad de existencia o posibilidad de existencia del bien, cuentan con el respaldo de la mayoría de la doctrina consultada.⁴⁹

Antes de concluir con el análisis de este rubro, debemos subrayar la importancia que tiene el tema de la posibilidad de existencia futura de un bien, frente a los avances tecnológicos que plantea el mundo moderno.

Planiol citaba como ejemplo de un pacto nulo al contrato por el cual alguien se obligaba a llevar a otro a la Luna. Resulta evidente que al momento en el cual el citado profesor expresaba estas palabras, era inimaginable la llegada del hombre a la Luna, hecho que recién se produjo en el año 1969. Sin duda, si el ejemplo fuese propuesto hoy en día, no estaríamos frente a un acto físicamente imposible.

En lo que respecta a la posibilidad de existencia futura de los bienes, cada vez con mayor frecuencia tenemos algunos que van saliendo del rubro de aquellos de existencia físicamente imposible, para ingresar dentro de conjunto de bienes cuya posibilidad de existencia física es factible.

Sólo por citar un ejemplo actual, diríamos que si en 1990 se hubiera celebrado una compraventa cuyo objeto consistiese en la transferencia de propiedad de un mamífero clonado de otro, ese acto, en cualquier parte del mundo hubiese sido calificado como de objeto físicamente imposible. Resulta evidente que si hoy se celebrara ese contrato, su objeto sería físicamente posible, debido a que los experimentos cuyo objeto era la

⁴⁹ En tal sentido, pueden apreciarse las opiniones de Alessandri y Somarriva (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Op. cit.*, tomo IV, página 370), Laurent (LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XVI, páginas 104 y 105), De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, página 206) y Wayar (WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, página 187).

clonación de mamíferos, han tenido éxito, desde la clonación de la ya famosa oveja Dolly, en Edimburgo, Escocia.

7.2. Que el bien sea determinado o determinable

Para el caso de la determinabilidad, debemos comenzar señalando que no estamos refiriéndonos de ninguna manera a la obligación, ya que esta es un vínculo jurídico abstracto nacido del contrato, y que nada cabe determinar en ella que no lo esté en el contenido del contrato; tampoco estamos hablando de la prestación, ya que si tenemos un contrato con varias prestaciones y no se ha determinado cuál de ellas va a ser ejecutada por el deudor frente al acreedor, sólo podremos estar frente a los supuestos de obligaciones con prestaciones alternativas o facultativas, lo que por su naturaleza, escapa al tema de nuestro tratamiento, ya que en estos casos, estamos frente a la indeterminación de la prestación misma, y no necesariamente de su contenido. Como es de suponer, a lo que nos estamos refiriendo cuando aludimos a la determinabilidad, es al objeto de la prestación, a aquellas prestaciones que el Código Peruano contempla en el artículo 1142, como de bienes inciertos, señalando que éstos deben indicarse, cuanto menos, por su especie y cantidad.

Este requisito exigido por la legislación, es indispensable para un bien objeto de una prestación materia de una obligación contractual. Lo que se busca cuando las partes contratan sobre cualquier materia, es, fundamentalmente, que ese acto revista toda la seriedad que corresponde a un acto jurídico. Y evidentemente, el primer elemento necesario para que un acto sea serio consiste en que el bien que es materia de la prestación de una de las obligaciones derivadas del contrato, sea perfectamente identificable, es decir, determinado. Lo ideal es que dicho bien esté determinado, pero sin embargo, basta con que sea susceptible de determinación, es decir, con que en el contrato se establezcan las

reglas necesarias y suficientes para que con posterioridad al momento de la celebración del contrato, las partes o un tercero puedan determinar, identificar el bien que una de ellas se ha obligado a entregar.

Esto significa que el principio es que todo bien que sea objeto de una prestación esté determinado en cuanto a su especie y que esté determinado o sea determinable en cuanto a su cantidad.

En tal sentido, podemos citar a Demante y Colmet de Santerre,⁵⁰ quienes sostienen que

la obligación sería inútil si la cosa debida no pudiese ser reconocida. De este modo el objeto de la obligación debe ser cierto. Siempre el carácter puede existir sin que el contrato contenga la determinación precisa de la cosa debida, basta que la determinación ulterior sea posible. Ella no lo sería, si el contrato no designase al menos la especie de la cosa; pero, lejos que se exija una designación individual, tampoco es absolutamente necesario que la cantidad esté determinada, si ahí hay elementos de determinación. [...].

Baudry-Lacantinerie,⁵¹ expresa que «la cosa que forma el objeto de la obligación debe ser determinada o determinable». Es necesario, en base al artículo 1129, que la obligación tenga por objeto una cosa al menos determinada en cuanto a su especie. La cantidad de la cosa puede ser incierta, con tal que ella pueda ser determinada.

Este texto no es sino un desarrollo del artículo 1108, cuarto párrafo, que exige que la obligación tenga un objeto cierto, un objeto que la convención determina de una manera suficiente para que el deudor esté ligado seriamente».

⁵⁰ DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. *Op. cit.*, tomo V, páginas 51 y 52.

⁵¹ BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, página 45.

Igualmente, Planiol⁵² hace referencia al punto, cuando anota que

[...] el vínculo obligatorio no se forma cuando el objeto de la obligación no está determinado.

Si la indeterminación recae sobre la naturaleza del objeto, no se sabe cuál cosa o cuál hecho puede ser reclamado al deudor. Aquel que habría prometido un 'animal' no habría en realidad prometido nada, pues él podría liberarse suministrando a su acreedor un insecto insignificante. Si la indeterminación recae sobre la cantidad, la cosa estando determinada en su especie, el deudor podría aun liberarse ofreciendo al acreedor una prestación irrisoria: si él ha prometido trigo o vino, sin precisar nada, su obligación podría reducirse a una gota de vino o a un grano de trigo, y la acreencia sería vana.

[...] Basta, para la validez de la obligación, que la cosa que constituye el objeto esté determinada en su género y en su cantidad, sin serlo en su individualidad.

Como hemos comprobado, esta es una opinión generalizada. Si el objeto de la prestación no es al menos determinable, no hay vínculo.

Respecto de la determinación de la especie y la cantidad, también existe en doctrina criterio unánime.

En lo referente a la determinación de la especie, una primera y excelente opinión es la de Demante y Colmet de Santerre,⁵³ quienes establecen lo siguiente:

Observemos que el término 'especie' está puesto aquí, por oposición al término 'individuo', por una parte del género; lo que parecería excluir las obligaciones de género, pero lo que no excluye verdaderamente sino las obligaciones de un género ilimitado. En efecto, todo género limitado puede ser considerado como especie de género ilimitado.

⁵² PLANIOL, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, página 345.

⁵³ DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. *Op. cit.*, tomo V, páginas 52 y 53.

Además, el gran principio en esta materia, es que la indeterminación no debe jamás ser tal, que ella reduzca casi a nada al objeto de la prestación.

[...] La obligación es un vínculo; no hay obligación cuando el pretendido deudor no está ligado, él no está ligado cuando tiene con relación al objeto debido una libertad tal que puede, sin salir de los términos de la convención, entregar una cosa inútil y sin valor. Tal es la idea general del artículo 1129 (del Código de Napoléon), de donde debe deducirse la interpretación de las expresiones un poco vagas que contiene.

[...] El objeto debido debe estar determinado, pero esta determinación tiene grados. En su más alto grado, ella especializa el objeto debido, ella lo precisa individualmente, de tal suerte que él no puede ser reemplazado por algún otro, aun similar. [...]

Pero sin estar designado de una manera individual, y excluyendo de la obligación todos los seres de la misma naturaleza, el objeto de la obligación puede incluso estar más o menos determinado para satisfacer las exigencias del artículo 1129. Es imposible, en efecto, prohibir las convenciones que tengan por objeto un caballo, dos hectolitros de trigo, una hectárea de pradera; en todos estos casos, bien que el deudor tenga una más grande libertad para operar la prestación debida, sin embargo esta prestación lo privará siempre de un valor y procurará siempre una cierta ventaja al acreedor. Es a estas prestaciones, especialmente menos determinadas, que el artículo hace alusión por estas palabras: al menos determinada en cuanto a su especie. No habría aquí que vincular a la palabra 'especie' el sentido técnico que ella puede tener en las clasificaciones de los naturalistas: la ley ha entendido ciertamente este término en el sentido de clase o categoría de seres de la misma naturaleza; ella ha querido decir que el objeto de la prestación podría estar determinado solamente por la indicación de la clase de seres a la cual él pertenece. Ella lo ha opuesto al término 'individuo' o 'cuerpo cierto'. Pero si el término 'especie', en el lenguaje de las clasificaciones, es opuesto al término 'individuo', él se opone también al término 'género', colección más entendida que se compone de diferentes especies, y como las distinciones de género y de especie

son necesariamente arbitrarias, que ellas dependen del punto de vista en el cual se ubica el clasificador, es imposible pensar que la ley ha querido encontrar en estas distinciones el fundamento de una regla de derecho. La decisión del artículo debe ser entendida en base a la finalidad que nosotros le hemos asignado.

Aquí no hay obligación cuando la vaguedad en la determinación del objeto permite al deudor liberarse dando una cosa sin valor y sin utilidad. Se trata de que los tribunales aprecien si la clase de seres a la cual pertenece el objeto debido es tan vasta que el pretendido deudor no se encuentra obligado a una prestación seria, como si él hubiese prometido un animal, una piedra, un cuadrúpedo.

Baudry-Lacantinerie al respecto establece⁵⁴ que «si el deudor pudiese liberarse haciendo una prestación irrisoria, la obligación sería nula. Esto es igual en los dos casos siguientes: 1° el objeto de la obligación no está determinado sino en cuanto a su género, por ejemplo, el deudor se ha obligado a entregar un animal, sin decir de cuál especie; el deudor puede entonces, sin salirse de los términos de la convención, entregar al acreedor un animal de ningún valor; 2° la cosa objeto de la prestación, siendo de aquellas que no pueden ser útiles sino en la condición de ser suministradas en cierta cantidad, el contrato no contiene ninguna base para determinar la cantidad a entregar; por ejemplo, el deudor ha prometido trigo o vino, sin decir cuánto; él puede, siempre permaneciendo dentro de los términos de la convención, liberarse entregando cantidades insignificantes de trigo o de vino.

Pero no es necesario que la cosa prometida sea determinada con una precisión absoluta, que ella sea un cuerpo cierto, por ejemplo tal casa o tal barrica de vino que está en mi bodega. Una determinación mucho menos precisa puede bastar, sea en cuanto a la cantidad de la cosa, sea en cuanto a su naturaleza».

⁵⁴ BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, página 45.

La cantidad debe ser al menos determinable. Así lo establece en forma unánime la doctrina consultada. Es el caso de Demante y Colmet de Santerre⁵⁵ quienes sostienen que «[...] no basta determinar la naturaleza de la cosa debida, si la convención no fija la calidad o la cantidad de la cosa prometida, el deudor gozará aun de una libertad verdaderamente destructiva del vínculo. Ejemplo: Si se le ha prometido trigo, o vino, aceite; el deudor podría liberarse haciendo una prestación insignificante. Es por tanto necesario sustraer al capricho del deudor la calidad o la cantidad de la cosa a pagar. Lo que podría darse de dos maneras, sea por una determinación inmediata, 10,000 francos, 100 hectolitros de vino. Sea indicando los elementos de una fijación ulterior. Ejemplos: El carbón necesario a la fábrica de un acreedor durante un año; la suma necesaria para pagar los gastos de tal proceso».

Compartimos la opinión de Baudry-Lacantinerie,⁵⁶ cuando afirma que «De este modo yo puedo válidamente obligarme a entregarle a usted el heno necesario para la alimentación de vuestro caballo o el carbón necesario para el consumo de vuestra fábrica durante un año. Acá la cantidad a prestar no está indicada numéricamente; pero el contrato suministra un elemento cierto para su determinación: se sabe aproximadamente lo que consume un caballo, y se puede saber aproximadamente lo que requiere vuestra fábrica. En cuanto a la naturaleza del objeto. De este modo yo puedo válidamente obligarme a entregar un caballo, sin decir cuál. Acá el objeto de la obligación no está solamente determinado en cuanto a su género, como se produciría si yo hubiese dicho un animal, pero también 'en cuanto a su especie', lo que basta en base al artículo 1129. Puede haber allí, sin duda, una variación considerable de valor entre tal

⁵⁵ DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. *Op. cit.*, tomo V, página 52.

⁵⁶ BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, página 45.

y tal caballo; la intención de las partes, revelada por los términos del acto y a falta por las circunstancias, permitirá, casi siempre, circunscribir la obligación del deudor dentro de un círculo bastante estrecho. Sobre todo, la especie que no es otra cosa que una limitación de género, debe estar bastante precisa para que el vínculo de la obligación aparezca serio: este es un punto de hecho a apreciar por el juez».

En tal sentido, resulta unánime el parecer de la doctrina consultada.⁵⁷

7.3. Que su enajenación no esté prohibida por ley

Esta condición se refiere expresamente a que el bien materia de la prestación tenga una situación jurídica compatible con la del acto del cual va a formar parte. Vale decir, que quienes estén contratando sobre el mismo, puedan hacerlo respecto de aquel; en otras palabras, que no exista nada que prohíba o impida su contratación.

Para ello resulta útil, en cierta medida, una clasificación de los bienes, ausente en nuestro Código Civil de 1984, que los divida, en aquellos que se encuentran dentro del comercio y aquellos que están fuera del comercio de los particulares.

Sin embargo, estos criterios resultan insuficientes para el análisis que venimos haciendo, tal como lo iremos demostrando.

⁵⁷ En tal sentido pueden apreciarse las opiniones de la Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984 (COMISION REVISORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984. BIGIO CHREM, Jack. *Op. cit.*, página 5), De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, página 206), Murlon (MOURLON, Frédéric. *Op. cit.*, tomo III, página 235), Lafaille (LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, tomo II, página 37), Jossierand (JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 8), Alessandri y Somarriva (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Op. cit.*, tomo IV, página 371) y Enneccerus, Kipp y Wolff (ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 17).

Desde el Derecho Romano se ha tratado acerca de la comerciabilidad de los bienes, aunque no dentro de una rigurosa clasificación de los mismos, tal como se han visto en su oportunidad. Esto es ratificado por Planiol y Ripert.⁵⁸

Desde el Código Napoleón, hasta nuestros días, son numerosos los cuerpos legislativos y Proyectos de Códigos que han regulado o contemplado la distinción de los bienes entre aquellos que están dentro y aquellos que están fuera del comercio de los hombres. De igual modo, son numerosos los autores de varios países que han tratado, en el tema del objeto de los contratos, acerca de los bienes que están dentro y aquellos que están fuera del comercio humano. Pero lamentablemente, lo que ocurre es que muy pocos se han detenido a analizar a profundidad en qué consiste esta disquisición, y de ellos, solo uno o dos, a nuestro entender, se han acercado conceptualmente a la raíz del problema. Muchos han desviado su atención hacia rubros equivocados.

Cuando estamos frente al problema de la comerciabilidad de los bienes, nos enfrentamos, en primer lugar, a ser fieles al criterio que hemos asumido respecto de los mismos, por el cual consideramos como bien todo aquello que es susceptible de apropiación por el hombre, de valoración económica, con individualidad propia reconocida por el Derecho, comprendiendo tanto a los objetos corporales como a los incorporales.

En segundo lugar, debemos definir qué entendemos por el término «comercio». Para ello, utilizaremos la opinión de Marcel Planiol —que compartimos en términos generales— refiriéndose al artículo 1128 del Código Napoleón:⁵⁹

El artículo 1128 nos previene que 'sólo las cosas que están dentro del comercio pueden ser objeto de las convenciones'.

⁵⁸ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo VI, página 307.

⁵⁹ PLANIOL, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, página 348.

La expresión 'dentro del comercio' no hace alusión a aquello que se llama 'el comercio' en el lenguaje jurídico moderno: el comercio que constituye el objeto del derecho comercial, es la especulación sobre los muebles de toda naturaleza, materias primas y productos fabricados, que los comerciantes compran en la esperanza de revenderlos a un precio mayor de aquél que han pagado por ellos. En el artículo 1128 este término tiene un sentido diferente, más amplio y vecino al latín '*commercium*', designa la posibilidad para una cosa de servir de objeto a un acto jurídico. De tal suerte que cuando la ley nos dice que las cosas que están en el comercio son las únicas que pueden constituir el objeto de las convenciones, esto no nos aporta algo ya que, si ellas están dentro del comercio, es justamente porque pueden servir de materia a los contratos.

En tercer lugar, debemos tratar de establecer los patrones por los cuales debemos introducir a nuestra discusión el aspecto de la comerciabilidad de los bienes.

Veámos.

Exista o no en la legislación civil de un país, expresamente establecida, la clasificación de los bienes en aquellos que están dentro del comercio y aquellos que no lo están, no hemos podido identificar una definición precisa de en qué consiste precisamente esa condición que dividiría a unos y otros.

Como hemos señalado, el Código Civil Peruano de 1984 no contempla esta clasificación de los bienes. La misma que contiene es aquella que los divide en muebles e inmuebles (artículos 885 y 886).

Por esta razón, hemos tratado de encontrar, en primer lugar, dentro del mencionado Código Civil, algún elemento que nos sirva para distinguir a los bienes en comerciables y no comerciables. Y el primer artículo que se nos vino a la mente es el 882, que establece que «No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita». Pero en realidad, en esta parte de nuestro análisis esta norma no nos aporta mayores elemen-

tos, ya que si bien nos deja en claro que no se puede establecer por pacto, salvo que la ley lo permita, el celebrar determinados contratos sobre bienes, no nos dice cuáles son aquellos bienes sobre los que no se puede establecer dicha prohibición de contratar.

De modo tal que, si no salimos por un momento del Código Civil, no podremos avanzar en el tema.

La segunda fuente legislativa que se nos ocurrió consultar, fue la Constitución Política del Perú del año 1979, hoy derogada; en el Título III, Del Régimen Económico, Capítulo III, De la Propiedad. Dentro de estas normas, ubicamos el artículo 127, que nos dice que «La ley puede, por razón de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por su naturaleza, condición o ubicación».

Este precepto constitucional tampoco despejaba del todo nuestro problema, pero nos daba mayores luces sobre el particular. Estas consistían, fundamentalmente, en que se establecía que si se considerase necesario, por ley se podrá restringir o prohibir la realización de determinados actos jurídicos sobre determinados bienes, teniendo en consideración cualquiera de los tres elementos que ahí se mencionaban, es decir:

- Naturaleza,
- Condición,
- Ubicación.

Pero, es evidente, que cuando el artículo 127 de la Constitución de 1979 hacía esta salvedad acerca de probables restricciones o prohibiciones en lo que respecta a la contratación sobre esos bienes, se estaba refiriendo a bienes que forman parte de aquellos que se encuentran dentro del comercio de los hombres, ya que, de lo contrario (si se estuviese refiriendo a aquellos que se encuentran fuera del comercio de los hombres), cualquier prohibición o restricción que se pudiera establecer en el futuro sobre los mismos, re-

sultaría inútil, ya que los particulares, en principio, no pueden celebrar actos sobre éstos (salvo los que veremos más adelante).

En realidad la norma que nos daba mayores luces en lo que respecta a la clasificación de los bienes en aquellos que están y aquellos que no están dentro del comercio de los hombres, era el artículo 128 de la Constitución Política de 1979. Esta norma, a la letra, establecía lo siguiente:

Artículo 128.- «Los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no son objeto de derechos privados».

Aquí ya teníamos una primera gran restricción respecto de los bienes. La propia Constitución señalaba que existe una categoría de los mismos, que denominaba públicos, cuyo uso corresponde a todos (se entiende a todos los habitantes del país), y que sobre esta categoría de bienes, no se pueden constituir derechos privados.

Como la norma del artículo 128 era una de carácter restrictivo, podíamos, amparados por los conceptos de dos grandes tratadistas, François Géný y François Laurent,⁶⁰ utilizar el argumento a contrario, y sostener que aquellos bienes a los que no se hacía referencia en el artículo 128 de

⁶⁰ Respecto al argumento «a contrario», los tratadistas mencionados, considerando que no se permite la aplicación del mismo salvo en puntos que técnicamente sea permisible hacerlo, establecen los requisitos para su utilización.

François Géný señala lo siguiente:

«Pero como todos nuestros maestros hacen notar acertadamente, sólo se justifica el empleo de esto, cuando se funde la conclusión, por exclusión negativa, en disposiciones legales que positivamente pugnen con los principios generales, o al menos cuando la fórmula del texto legal, en los casos por ella previstos, lleve consigo una solución a todas luces restrictiva. Esta necesaria reserva hace muy peligroso el manejo del argumento a contrario, y desde luego limita considerablemente el campo de su aplicación legítima».

Y Laurent expresa:

«Por sí mismo, el silencio del legislador no prueba nada...Es lo que en el lenguaje de la escuela se conoce como la argumentación 'a contrario' (sensu). Nada más peligroso, puesto que se arriesga de hacer decir al legislador aquello que no ha querido decir [...]».

la Constitución de 1979, son aquellos bienes que se encuentran dentro del comercio de los hombres.

Entonces, de acuerdo al Derecho Peruano (durante la vigencia de la Constitución de 1979), habría una gran clasificación de los bienes en aquellos que están dentro del comercio de los hombres y aquellos que no lo están. Pero tenemos algunos elementos adicionales de sumo interés. El primero de ellos consiste en que, si observamos bien, este criterio asumido por la Constitución de 1979, no está íntimamente ligado (como hemos señalado anteriormente cuando empezamos el análisis general de este punto) con la propiedad de los bienes, ya que ocurre lo siguiente:

- (a) Dentro de los bienes que están fuera del comercio de los hombres, según la Constitución de 1979, es decir, aquellos «públicos, cuyo uso es de todos», el 100% de los mismos son bienes de propiedad estatal, llámense parques, playas, ríos, carreteras, puentes, caminos, aeropuertos, etc.
- (b) Pero no todos los bienes que se encuentran fuera de esta categoría, son bienes de propiedad privada, ya que el Estado también actúa, dentro de su actividad y desarrollo diario o cotidiano, como un particular más, como es el caso de las empresas públicas. Es decir, que dentro de esta categoría de bienes (los que están dentro del comercio de los hombres en el Perú), tenemos a bienes de propiedad estatal y a bienes de propiedad de particulares.

Ahora nos corresponde analizar la validez o invalidez de ambas categorías de bienes.

En lo que respecta a los bienes que estarían dentro de aquellos fuera del comercio, vamos a analizar, aquellos elementos que nos brinda la doctrina.

En primer lugar, la doctrina señala que habrían bienes fuera del comercio de los hombres por varias causas. La pri-

mera de ellas, es por ser de utilidad pública, dentro de los que se menciona, por lo general, a los bienes públicos. Este es el caso de Planiol,⁶¹ Baudry-Lacantinerie,⁶² Demante y Colmet de Santerre,⁶³ Demolombe,⁶⁴ Colin y Capitant⁶⁵ y Josserand,⁶⁶ entre otros. Aquella (la causa de utilidad pública), es la contemplada por el artículo 128 de la Constitución Peruana de 1979, antes transcripto.

Otra causa que señala la doctrina para colocar a un bien fuera del comercio de los hombres, es el mandato de la ley. Este mandato de la ley, estaba contemplado, en el caso peruano, expresamente, por el artículo 127 de la Constitución Política de 1979, y como hemos señalado anteriormente, se puede basar en su naturaleza, condición o ubicación.

Sobre este particular, el Doctor Manuel de la Puente y Laval⁶⁷ advierte el problema, recordando que el artículo 822 del Código Civil de 1936 establecía que son del Estado los bienes de uso público, agregando en su artículo 823 que los bienes de uso público son inalienables e imprescriptibles.

Señala que por razones que según la Exposición de Motivos de la Comisión Reformadora no son fáciles de explicar, el Código Civil vigente ha suprimido toda referencia a los bienes del Estado, de tal manera que no menciona los bienes de uso público ni, consecuentemente, prohíbe su enajenación.

Sin embargo —anota—, el artículo 73 de la Constitución Política de 1993 establece que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, agregando que

⁶¹ PLANIOL, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, página 348.

⁶² BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, página 45.

⁶³ DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. *Op. cit.*, tomo V, página 51.

⁶⁴ DEMOLOMBE, C. *Cours de Code Napoléon*, tomo XXIV, página 302. Auguste Durand y L. Hachette et Cie. Libraires, Paris, 1870.

⁶⁵ COLIN, Henri y CAPITANT, Ambroise. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, tomo II, página 294.

⁶⁶ JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, página 88.

⁶⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa*, páginas 43 y 44.

los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

En criterio compartido por nosotros, De la Puente señala que este artículo puede ser entendido, a falta de mejor explicación, de igual manera que lo dispuesto por el artículo 128 de la Constitución Política de 1979, según el cual los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no son objeto de derechos privados; de lo que resultaría que de acuerdo con el artículo 73 de la Constitución Política de 1993, los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, pero su uso puede ser concedido a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

Respecto de esta causa de extracción de la comerciabilidad de un bien, la doctrina se ha pronunciado en numerosas oportunidades. Es el caso de muchos tratadistas franceses y españoles del siglo pasado o comienzos de este siglo, que señalaban dentro de los bienes que estaban fuera del comercio de los hombres por disposición expresa de la ley (inclusive en la Ley de Partidas se establecía esta prohibición), como dice Planiol,⁶⁸ a «ciertos productos u objetos peligrosos, cuyo tráfico está prohibido o estrechamente vigilado: sustancias venenosas (Ley del 19 de Julio de 1845); animales atacados de enfermedades contagiosas (Ley del 21 de Julio de 1881, artículo 13, etc.(...)). Demante y Colmet de Santerre,⁶⁹ incluso, llegan a comprender dentro de estos bienes prohibidos en la Francia de la primera mitad del siglo pasado a los granos verdes; pero no es del caso seguir citando estos ejemplos, la mayoría de los cuales han pasado a ser historia.

Debemos establecer qué bienes se mantienen en el Perú como fuera del comercio de los hombres.

⁶⁸ PLANIOL, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, página 345.

⁶⁹ DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. *Op. cit.*, tomo V, página 51.

Los supuestos que si nos parece resultarían dentro de aquellos bienes que están fuera del comercio de los hombres, son, en primer lugar, el contemplado en el artículo 1405 del Código Civil Peruano, relativo a la prohibición de los pactos sucesorios, es decir, «el contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora». Pero, como veremos más adelante, esta prohibición solo resulta relativa, ya que se refiere a esta modalidad de contratación y en determinadas circunstancias, ya que en otras, dichos bienes pueden ser enajenados por su propio dueño o ser objeto de prestaciones derivadas de obligaciones surgidas de cualquier otro contrato.

En igual condición están y similares comentarios haríamos acerca de los bienes comprendidos dentro de los contratos prohibidos por el artículo 1406 del Código Civil Peruano relativos a la disposición «sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro».

Los dos casos anteriores, nos hacen pensar que la situación de extracomerciabilidad de un bien o de varios bienes, puede ser absoluta o relativa. Para ello, vamos a tomar la opinión de Baudry-Lacantinerie, quien hace una excelente apreciación al respecto. Baudry-Lacantinerie sostiene⁷⁰ que «No hay sino un muy pequeño número de cosas que están de una manera absoluta fuera del comercio y que no pueden con este título constituir el objeto de ninguna convención. Muchas cosas, por el contrario, están fuera del comercio de una manera relativa».

Es la situación en la que se hallan determinados bienes la que los hace estar dentro o fuera del comercio de los hombres, pero solo de un modo temporal, y nosotros agregaríamos, que inclusive, dentro de ese tiempo en el cual dichos bienes están fuera del comercio de los hombres, lo están con

respecto solo de ciertos actos o contratos (como los señalados anteriormente, pero no respecto de otros, de los que pueden constituirse en objeto de prestaciones obligacionales).

De lo antes señalado, podríamos concluir que en lo que respecta a los bienes sobre los que pesa una disposición legal que impide su comercio, nunca esta prohibición llega a límites tales que lo impida del todo y para siempre, vale decir, que cualquier prohibición en este sentido, y por las razones antes expuestas, es relativa. En términos generales el bien en sí mismo no está fuera del comercio, sino que la ley lo pone fuera en razón de las personas.

Respecto de los bienes públicos, cuyo uso es de todos, es decir, los contemplados por el artículo 73 de la Constitución Política del Perú de 1993, tenemos serias reservas en lo referente a un supuesto carácter de absoluta extracomerciabilidad.

En principio, la prohibición de la Constitución Peruana para el establecimiento de cualquier derecho privado sobre los mismos parecería muy clara y tajante, pero no lo es tanto.

Resulta evidente que sobre los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no se pueden realizar actos de disposición (como la compraventa de los mismos entre particulares —ya que sí pueden ser transferidos por el Estado a éstos—), o de afectación en garantía (como pignorarlos o hipotecarlos, según cada caso; o, inclusive, embargarlos), pero existen determinados actos o contratos que sí pueden celebrar los particulares con el Estado en los cuales dichos bienes constituyan el objeto de la prestación de una o varias de las obligaciones surgidas de aquellos. Es el caso de los frecuentes contratos de concesión celebrados entre las Municipalidades y los particulares a fin de que éstos se establezcan durante un tiempo determinado en una plaza o lugar públicos para instalar quioscos de venta de refrescos, o de diarios y revistas, o inclusive, para la realización de las diversas ferias escolares que se realizan en muchos Distritos de

⁷⁰ BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, página 44.

Lima durante los meses de marzo y abril de cada año. También es el caso de los campos feriales, en donde se han agrupado a antiguos vendedores ambulantes, del Centro de la Ciudad de Lima.

En apoyo de la tesis antes esbozada, citaremos a Baudry-Lacantinerie y Lafaille.⁷¹

Baudry-Lacantinerie señala que la mayoría de las cosas que tienen un destino de utilidad pública se prestan a ciertas convenciones. De este modo la Administración autoriza, mediante una renta anual, el establecimiento sobre la orilla del mar de construcciones temporales, principalmente cabinas destinadas a los bañistas. Igualmente un particular puede ser autorizado a establecer un túnel o un acueducto bajo una ruta nacional. Estas diversas concesiones tienen un carácter precario respecto del concedente, pero la jurisprudencia las considera como constitutivas de verdaderos derechos respecto de terceros.

Lafaille sostiene que no cabe prescindir, a pesar de ello, de un texto tan categórico como el del artículo 1501 (del Código Civil Argentino), que permite dar en arrendamiento los bienes del dominio público, aunque con restricciones explicables, que por otra parte se consignan dentro de la nota. Reservándonos tratar más directamente el tema al considerar la mencionada figura, no debemos atribuir mayor importancia a un precepto aislado, como que no sea una de las tantas incursiones del Código en el orden administrativo, lo cual no es tan criticable cuando se contemplan las circunstancias en que se promulgó aquella ley, las peculiaridades del régimen jurídico vigente y la falta de un ordenamiento adecuado para tan vasta perspectiva, deficiencia de que padecemos hasta el día.

Solo cabría preguntarnos si es que realmente existen bienes que estén fuera del comercio de manera absoluta en razón de su naturaleza. Podríamos pensar, ya citando un ejemplo extremo, que hay bienes como es el caso del aire que no forman parte del comercio de los hombres, pero como se industrializa y comercializa aire comprimido para uso humano, esta excepción destruye la regla que aparentemente quedaba en pie. Como hasta el aire puede ser comercializado (y lo es, en efecto), no imaginamos ningún bien que por su naturaleza pueda dejar de estar dentro del comercio de los hombres.

En este punto, algunas personas podrían preguntarse acerca de cómo quedarían aquellos bienes que están aparentemente fuera del alcance de los hombres, como es el caso de las piedras de otros planetas, o bienes de similar condición. En realidad, si nos referimos a este tipo de bienes, solo podríamos decir que son «bienes» aquellos sobre los cuales el hombre ha hecho apropiación (léase de los planetas ya explorados por el ser humano y de los cuales se han extraído muestras), mas no de aquellos planetas a los cuales el hombre no ha llegado ni directa ni indirectamente (a través de satélites exploradores). Y respecto de las muestras obtenidas de dichos planetas o satélites, en especial de la Luna y de Marte, si bien no se encuentran dentro del comercio de los hombres, es por efecto de las disposiciones legales de los Estados Unidos de América o de otros países, y no por la naturaleza de las piedras o muestras mismas.

Por último, debemos decir que también se considerarán dentro del comercio aquellos bienes que aún no existan, que reúnan todas las características antes mencionadas, pero que, dentro de los términos que serán analizados por nosotros cuando veamos el tema del contrato de compraventa sobre bienes futuros, sean susceptibles de existir.

Consideramos que esto es lo que podríamos decir sobre un tema que abre muchas perspectivas de investigación,

⁷¹ BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, páginas 44 y 45; LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil*, tomo VIII, volumen I, página 190.

pero que sin embargo, no es nuestra intención agotar en este trabajo.

En conclusión, los bienes, sean éstos aparentemente de la condición que fueren, no puede hablarse que estén absolutamente fuera del comercio de los hombres, ya que cualquier restricción o prohibición, al fin de cuentas, resulta relativa, a menos que la ley exprese firmemente y de manera explícita que no se puede celebrar indefinidamente ningún acto o contrato sobre determinados bienes. Pero aun así, si bien esta prohibición resultaría aparentemente definitiva y del todo amplia, no lo sería en el ámbito temporal necesariamente, ya que con otra ley similar se podría levantar dicha prohibición.

Con todo lo expuesto, consideramos queda bastante mellada la clasificación de los bienes que los divide en aquellos que están dentro y los que están fuera del comercio de los particulares.

En las páginas siguientes analizaremos lo relativo a la tercera característica que debe reunir un bien para ser objeto de una prestación contractual: la posibilidad.

La doctrina nacional se pronuncia de manera unánime en torno a este requisito.⁷²

Fuera del caso del Patrimonio Familiar, de que trata el Doctor Héctor Cornejo Chávez,⁷³ la única causa por la cual un bien no puede ser comercializado en el Perú, es porque la ley haya prescrito en tal sentido, tal como hace referencia el artículo 1532 del Código Civil de 1984.

⁷² A este respecto pueden consultarse las opiniones de De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, página 206), Arias-Schreiber (ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, página 40), la Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984 (COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. BIGIO CHREM, Jack. *Op. cit.*, página 5) y León Barandiarán (LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo I, página 6).

⁷³ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, tomo III, página 287. Octava edición, Librería Studium, Lima, 1983.

Nuestro Código, en dicha norma al expresar que no pueden venderse los bienes cuya enajenación esté prohibida por la ley, está dejando escapar al grueso de los bienes que no pueden formar parte de un contrato de esta naturaleza. Nos referimos a los bienes del dominio público, aquellos cuyo uso es de todos y que están regulados por la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 73. Estos son, por esencia, en lo que respecta al contrato de compraventa, bienes fuera del comercio, con las salvedades y precisiones que hiciéramos cuando analizamos el particular en lo referente al bien materia de los contratos en general.

Respecto del requisito de la comerciabilidad, este es desde antaño, tema de comentario de numerosos tratadistas extranjeros. Algunos de ellos, hacen mención a las dos clases de bienes que resultan inenajenables, es decir, aquellos que están fuera del comercio de los hombres por ser bienes públicos, y aquellos que lo están en virtud de una prohibición legal expresa. Otros, solamente hacen mención de aquellos que lo están en virtud de la ley. Resulta interesante (en algunos casos como supuestos que ya pertenecen a la historia del tema) apreciar las opiniones de tratadistas de diversos países, especialmente de Francia y España, comentando las leyes y prohibiciones vigentes en sus respectivos territorios.⁷⁴

En ocasión anterior⁷⁵ efectuamos una enumeración, meramente enunciativa, de los casos que a la fecha de cul-

⁷⁴ AUBRY, C. Y RAU, C. *Op. cit.* tomo IV, página 353; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, página 352; PLANIOL, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, página 467; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, página 28; COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, tomo II, página 425; JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, páginas 8 y 9; FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente. *Op. cit.*, tomo II, páginas 255 y 256; FALCÓN, Modesto. *Op. cit.*, tomo IV, página 199; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAINAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, páginas 68 y 69.

⁷⁵ CASTILLO FREYRE, Mario. *El Bien Materia del Contrato de Compraventa*, páginas 127 a 142.

minación de esa obra (septiembre de 1992) eran los más importantes supuestos de prohibición o restricción a la venta o comercio de bienes en el Derecho Peruano.

En el presente trabajo no vamos a realizar algo similar, fundamentalmente debido a que sería imposible efectuar una enumeración completa de dichas hipótesis restrictivas o prohibitivas; además de que la normatividad al respecto cambia con mucha frecuencia, situación que haría que nuestras apreciaciones perdieran vigencia con excesiva rapidez.

Por otra parte, ello devendría en inútil, ya que ante un caso concreto de duda, el interesado podría conocer fácilmente la respuesta en virtud de la utilización de los modernos auxilios informáticos con que se cuenta en el mundo del Derecho.

Podríamos resumir todo ello, reiterando la famosa frase de Baudry-Lacantinerie, quien decía, en su Tratado de Derecho Civil, que la regla general es que una cosa puede ser vendida; la excepción, que ella no puede serlo; por lo que agregaba, que para que la venta de una cosa sea posible, no es necesario que un texto de ley lo permita; basta que ninguna ley lo prohíba.

Por consiguiente, no podrán ser vendidos todos los bienes cuya enajenación la ley prohíba de manera expresa. Y aquellos para los cuales la ley establezca procedimientos especiales para su venta, deberán seguir dicho procedimiento.

8. Jurisprudencia peruana del artículo 1532

Respecto al tema tratado encontramos una Resolución Suprema, que señalaba lo siguiente:

El vendedor está obligado a entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad o al uso del bien vendido, salvo pacto distinto.

Se puede vender bienes existentes o que pueden existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por ley.⁷⁶

Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1532

Este artículo podría ser derogado.

Fundamento

Resulta reiterativa la disposición general (aplicable a todo contrato) contenida en el artículo 140 del Código Civil, además de las normas referidas al objeto del contrato.

⁷⁶ Resolución Suprema de fecha 25 de julio de 1997. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisprudencia Actual*, tomo I.

COMPRAVENTA DE BIEN PASADO

Artículo 1533.- «Si cuando se hizo la venta había perecido una parte del bien, el comprador tiene derecho a retractarse del contrato o a una rebaja por el menoscabo, en proporción al precio que se fijó por el todo».

Fuentes nacionales del artículo 1533

El Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, trató sobre el particular en su artículo 11: «Si al tiempo de entregarse la cosa, estuviere enteramente destruida, no vale la venta.— Si ecsistiese alguna parte, se procederá sobre ella á un nuevo contrato, si los interesados lo tuvierén por conveniente»; en tanto el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, lo hizo en el artículo 1019: «Si en el momento de venderse la cosa perece toda ella, la venta será nula: pero si no perece más que una parte, el comprador tiene la elección de apartarse del contrato, o de pedir la parte que existe, haciéndola tasar»; el Código Civil de 1852, en el artículo 1325: «Si cuando se hizo la venta había perecido la cosa vendida, no hay venta.- Si sólo había perecido una parte, tiene el comprador derecho á retractarse del contrato ó á una rebaja, por el menoscabo, proporcional al precio que se fijó al todo»; el Proyecto de Código Civil de 1890, señalaba en su artículo 1695, lo siguiente: «Cuando se descubre que la cosa vendida

estaba destruida en parte el día de la venta, es libre el comprador para retractarse del contrato, ó para exigir por el menoscabo rebaja del precio, en proporción al que se fijó por el todo».

De otro lado, podemos mencionar que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, abordaba el particular en su artículo 1325: «Si cuando se hizo la venta había perecido la cosa vendida, no hay venta. Si sólo había perecido una parte, tiene el comprador derecho á retractarse del contrato ó á una rebaja, por el menoscabo, proporcional al precio que se fijó al todo»; en tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, de la Comisión Reformadora de 1926, lo hacía en el numeral 383: «Si cuando se hizo la venta había perecido la cosa vendida, no hay venta.- Si sólo había perecido una parte, tiene el comprador derecho a retractarse del contrato o a una rebaja por el menoscabo, proporcional al precio que se fijó al todo»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1379: «Si cuando se hizo la venta había perecido la cosa vendida, no hay venta, y si sólo había perecido una parte, tiene el comprador derecho a retractarse del contrato, o a una rebaja por el menoscabo, proporcional al precio que se fijó por el todo»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1390: «Si cuando se hizo la venta había perecido la cosa vendida, no hay venta, y si sólo había perecido una parte, tiene el comprador derecho a retractarse del contrato, o a una rebaja por el menoscabo, proporcionada al precio que se fijó por el todo».

Ya dentro del proceso de reforma del Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, tocaba el punto en el artículo 7: «Si el bien que se consideró como existente hubiera dejado de existir al celebrarse la compraventa, no hay contrato.- Si sólo una parte del bien hubiera dejado de existir, el comprador puede optar entre dejar sin efecto el contrato o reclamar la parte que continúe

existiendo, reduciéndose el precio en la proporción que tuviera esta parte con la cosa o el derecho entero»; mientras el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hacía en el artículo 1563: «Si el bien que se consideró como existente hubiera dejado de existir al celebrarse la compraventa, no hay contrato.- Si sólo una parte del bien hubiera dejado de existir, el comprador puede optar entre dejar sin efecto el contrato o reclamar la parte que continúe existiendo, reduciéndose el precio en la proporción que tuviera esta parte con la cosa o el derecho entero»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en su artículo 1496: «Si cuando se hizo la venta había perecido una parte, el comprador tiene derecho a retractarse del contrato o a una rebaja por el menoscabo, en proporción al precio que se fijó por el todo».

Análisis

1. Los bienes pasados, presentes y futuros Precisiones necesarias

Aunque el tema de la contratación sobre bienes futuros y el contrato de compraventa sobre dichos bienes será analizado posteriormente, creemos necesario anticipar que uno de los puntos que por lo general se obvia cuando se trata acerca de los bienes en cualquier legislación civil, es aquel relativo a los bienes según su presencia en el tiempo, lo que podría llevarnos a efectuar una clasificación de los mismos en pasados, presentes y futuros.

Tampoco tratan los autores acerca de la existencia de los bienes, ni de si los conceptos de existente y presente son equivalentes entre sí, o si no lo son, razones por las cuales, nosotros incursionaremos en este campo.

El tema de los contratos sobre bienes futuros está presente desde el Derecho Romano. Según lo señalado por

Arangio Ruiz¹ y Alfredo Calonge,² el Derecho Romano, tal como podemos apreciar en el Digesto, recoge dos supuestos, que aunque se discute su rigidez y fidelidad históricas, se han mantenido casi inalterables con el paso de los siglos:

- (a) El primero de ellos es la compraventa de cosa futura, propiamente dicha, denominada *emptio rei speratae*. Este contrato se caracteriza porque su eficacia depende del evento consistente en que la cosa venga a ser y de la medida en que esto suceda, vale decir, que es un contrato sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia.
- (b) El segundo es la denominada *emptio spei*, conocida comunmente como compraventa de esperanza incierta. En este contrato, se discute si el objeto es la cosa futura, o las probabilidades que se presentan respecto al sí y al cuánto de su producción. Según Alfredo Calonge es el germen de los contratos aleatorios.

Esta división es, sin lugar a dudas, la que ha llegado a nuestros Derechos Civiles nacionales. Específicamente, la influencia ha pasado a través del Código Civil Francés, el mismo que señala, en su artículo 1130, que las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación.

El Código Francés, sin embargo, no contenía ninguna norma específica en el Título relativo al contrato de compraventa, respecto de los bienes futuros. No obstante ello, la casi totalidad de la doctrina de ese país, específicamente la Escuela Exegética del Código Napoleón —al tratar acerca del bien futuro como susceptible de ser objeto de las obliga-

¹ RUIZ, Arangio. *La Compraventa en Derecho Romano*.

² CALONGE, Alfredo. *La Compraventa Civil de Cosa Futura desde Roma a la Doctrina Europea Actual*. Talleres Gráficos, Imprenta Núñez, Salamanca, 1963.

ciones— menciona, con insistencia, los supuestos de la *emptio rei speratae* y *emptio spei* del Derecho Romano.

Esto lo podemos advertir al revisar los Compendios de Jurisprudencia Dalloz y los Códigos anotados de la misma Casa Editorial, correspondientes a los primeros cincuenta años de vigencia del Código Francés.

Pero en realidad el interés demostrado por la Escuela Exegética respecto del tema de los contratos sobre bienes futuros, es escaso. Resulta sorprendente ver como autores de la talla de Baudry-Lacantinerie, en su Tratado de Derecho Civil Francés, obra cumbre del Derecho, sólo dedica unas líneas sobre el particular; como Jacques de Maleville,³ uno de los primeros comentaristas del Código (su obra data de 1822) a la vez que coautor del mismo, nada dice al respecto; y más aún, que en la propia Comisión que elaboró el Código Civil Francés, al aprobar el mencionado artículo 1130, no se haya siquiera discutido un ápice el particular, como consta en las actas de las respectivas sesiones de los años 1803 y 1804. Moulon, Duranton, Marcadé, Colmet de Santerre, Guillaud, Foignet, Laurent, Huc, Mazeaud, Josserand, Planiol y Ripert y otros autores, tampoco son más explícitos al respecto.

Lo que venía ocurriendo era que se produjo —desde el Derecho Romano— una constante reiteración de conceptos que, asumidos como válidos, eran pasados por alto, sin mayor discusión.

Sin embargo, existen algunas valiosas excepciones. Es el caso de Troplong, quien en su Tratado de Derecho Civil, de 1856, efectúa comentarios realmente interesantes al respecto.

Haciendo igualmente un análisis superficial, vemos en el Código Civil Peruano, que cuando se trata en el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, Sección Primera, Contratos en

³ DE MALEVILLE, Jacques. *Op. cit.*

General, Título III, Objeto del Contrato, artículo 1409, acerca de la prestación materia de la obligación creada por el contrato, se señala en el inciso segundo de este artículo, que ella puede versar sobre «bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley».

Adicionalmente, en el mencionado Título III, el artículo 1410 señala 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». Señala además que «Si la falta de entrega obedece a causas imputables al obligado, el acreedor puede recurrir a los derechos que le confiere la ley».

Como hemos podido apreciar de una revisión de las normas que acerca de los contratos sobre bienes futuros contienen diversos Códigos nacionales y extranjeros, el Código Civil Peruano de 1984 no es el único ni el primero en dar una regulación específica en el Título relativo a la Parte General de Contratos. Dentro de la línea de nuestro Código se inscriben el Francés, el Belga, el Boliviano de 1831, el Peruano de 1852, el Italiano de 1865, el Uruguayo, el Argentino, el Colombiano, el Venezolano de 1880, el Ecuatoriano, el Español, el Nicaragüense de 1903, el Hondureño, el Panameño de 1917, el Proyecto de Reforma Argentino de 1936, el Italiano de 1942, el Anteproyecto Ossorio de 1943, el Guatemalteco de 1973 y el Paraguay de 1987, entre otros.

Pero si bien es cierto que existe una tendencia legislativa a comprender, casi unánimemente, a los bienes futuros como susceptibles de ser objeto de prestaciones derivadas de obligaciones contractuales, también lo es que casi la totalidad de la atención de la doctrina acerca de la contratación sobre bienes futuros, se centra en lo relativo al contra-

to de compraventa de bien futuro y al llamado contrato de compraventa de esperanza incierta.

Sin embargo, como podemos apreciar de la legislación a nuestro alcance, la contratación sobre bienes futuros tiene un ámbito mucho más amplio, y podríamos decir que se extiende a todos aquellos contratos susceptibles de contener por lo menos una obligación que consista en una prestación de dar un bien que tenga el carácter de futuro.

El Código Civil Peruano de 1984, siguiendo la línea de otros Códigos, delimita, aunque más claramente que muchos otros, en su artículo 1410, las dos modalidades básicas que puede revestir la contratación sobre bienes futuros, vale decir, los contratos conmutativos sobre bienes futuros, o sea, cuando el compromiso de entrega del bien queda subordinado a su existencia posterior; y los casos de contratos aleatorios, llamados sobre «esperanza incierta».

Este esquema se traduce íntegramente para el caso del contrato de compraventa.

En la Sección Segunda, Contratos Nominados, del Título relativo al contrato de compraventa, en el Capítulo Segundo, referente al bien materia de la venta, se establece como norma general el artículo 1532, en el que se señala que «Pueden venderse los bienes existentes o que puedan existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por la ley». Vale decir, que dentro de los tres requisitos que señala el Código para que un bien sea susceptible de constituir el objeto de la prestación en una compraventa, está el que exista o que sea susceptible de existir.

En este punto quisiéramos hacer una precisión. Como hemos señalado, es evidente que el Código Civil Peruano de 1984 intenta, en el Título relativo al contrato de compraventa, repetir el esquema ensayado cuando trata acerca del objeto materia de la prestación. En el artículo 1409, inciso 2, hace referencia a los bienes futuros, en contraposición a los bienes presentes (ya que en este caso, presente vendría a

ser el antónimo de futuro, al no estar permitida la contratación —pues el contrato sería nulo por falta de objeto; y en lo que respecta al contrato de compraventa tenemos el artículo 1533 sobre perecimiento parcial del bien vendido— sobre bienes que ya dejaron de existir, a los que —tomándonos una licencia— podríamos denominar como «pasados»), mientras que cuando trata acerca del bien materia de la venta hace alusión a los bienes existentes y a los bienes que puedan existir.

Vale decir, que de acuerdo al esquema que ha seguido el Código Civil Peruano, a los bienes «presentes» del objeto de la prestación, equivaldrían los bienes «existentes» del bien materia de la venta; y a los bienes «futuros» del objeto de la prestación, equivaldrían los bienes «que puedan existir» del bien materia de la venta. Por nuestra parte, agregamos a los bienes «pasados», vale decir, aquellos que ya dejaron de existir y que no podrán existir más, porque lo que ha dejado de existir nunca podrá existir como tal, a pesar de que con su materia se pueda elaborar nuevamente uno similar.

Gráficamente esto se expresaría de la siguiente forma:

Pasado : que ha dejado de existir.

Presente : existente.

Futuro : que puede existir o que es susceptible de existir.

Recurriremos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, para tratar de esclarecer algunos de estos conceptos.

El término presente, significa, dentro de la acepción que nos interesa: «Dícese del tiempo en que actualmente está uno cuando refiere una cosa».⁴

⁴ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Op. cit.*, tomo II, página 1100.

Existente, es aquello «que existe», mientras que «existir» significa, «Tener una cosa ser real y verdadero. Tener vida. Haber, estar, hallarse».⁵

Futuro, es aquello «Que está por venir».⁶

De lo que se concluiría en que al bien «que pueda existir» podríamos darle el significado de «aquel que podría tener un ser real y verdadero; aquel que podría tener vida; o de aquel que podría haber, estar o hallarse».

Resumiendo, dentro del esquema del Código Civil Peruano, «pasado» sería el bien que ya dejó de existir, «presente» sería aquel «que existe», mientras que «futuro» sería aquel «que está por venir». Respecto del bien futuro debemos entender que probablemente el bien tenga existencia real actual, pero que jurídicamente hablando no la tiene.

2. Compraventa de un bien que ha perecido totalmente al momento de la celebración del contrato

El Código Civil Peruano no regula este supuesto, a diferencia de otros Códigos,⁷ como el Argentino, que declara a

⁵ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Op. cit.*, tomo I, página 619.

⁶ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Op. cit.*, tomo I, página 669.

⁷ Los siguientes son los Códigos Civiles que regulan el caso de la compraventa de un bien que ha perecido totalmente al momento de la celebración del contrato:

Código Civil Francés, Código Civil Belga, Código Civil Boliviano de 1831, Código Civil Peruano de 1852, Proyecto de Código Civil de Andrés Bello, Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853, Código Civil Chileno, Código Civil Salvadoreño de 1860, Código Civil Italiano de 1865, Código Civil Uruguayo, Código Civil Argentino, Código Civil Colombiano, Código Civil Venezolano de 1880, Código Civil Ecuatoriano, Código Civil Costarricense de 1888, Código Civil Español, Proyecto Boissonade de 1890, Código Civil Nicaragüense de 1903, Código Civil Hondureño de 1906, Código Civil Panameño de 1917, Proyecto Franco Italiano de Obligaciones

dicho contrato sin efecto alguno, en su artículo 1328, norma concordante con el numeral 1172, ubicado en la Parte General de Contratos, el mismo que prescribe que «Son nulos los contratos que tuviesen por objeto la entrega de cosas como existentes, cuando éstas aún no existan, o hubieren dejado de existir; y el que hubiese prometido tales cosas indemnizará el daño que causare a la otra parte. Tal vez la razón fundamental que haya llevado al legislador peruano a no regular el particular, es que se entiende, por demás claramente, que un contrato en el cual el bien ya ha perecido, carece de objeto, ya que la prestación del vendedor se habrá tornado en imposible, por la inexistencia absoluta y perpetua del objeto de la misma (el bien). Este criterio puede ser apreciado en la Exposición de Motivos de la Comisión Revisora del Código Civil de 1984,⁸ cuando señala que: «Si el íntegro del bien ha dejado de tener existencia al momento de la celebración del contrato, el mismo es nulo por cuanto el objeto de la prestación materia de la obligación surgida del contrato es físicamente imposible».

Como hemos podido apreciar de la relación de Códigos que regulan expresamente el caso de que el bien vendido haya perecido totalmente al momento de la celebración del contrato, podemos decir que todos ellos coinciden en que ese contrato no puede producir efecto alguno. Sin embargo, existen tres corrientes terminológicas en cuanto a dicha consecuencia, que podrían suscitar diversas interpretacio-

y Contratos de 1927, Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930, Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Peruano de 1936, Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937, Código Civil Venezolano de 1942, Código Civil Guatemalteco de 1973, Código Civil Boliviano de 1976, Proyecto de Código Civil Colombiano, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987.

⁸ COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. BIGIO CHREM, Jack. *Op. cit.*, página 5.

nes que hagan perder la uniformidad a la conclusión. Estas son las siguientes:

- (a) La que opta por considerar que el contrato es nulo, iniciada por el Código Civil Francés y seguida por numerosos cuerpos legislativos.⁹
- (b) La que opta por considerar al contrato sin efecto alguno, iniciada por el Proyecto Bello.¹⁰
- (c) La que opta por señalar que no hay venta, iniciada por el Código Civil Peruano de 1852.¹¹

Sin embargo, consideramos que para la legislación peruana, la solución al problema es clara, ya que en virtud de lo prescrito por el artículo 140, inciso 2, del Código Civil, este acto jurídico carecería de un objeto físicamente posible, situación que determina, conforme al artículo 219, inciso 3, del propio Código Civil, que dicho acto sea absolutamente nulo.

En tal sentido, la doctrina consultada tiene unánime parecer al considerar nulo este contrato.¹²

⁹ Código Civil Belga, Código Civil Boliviano de 1831, Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853, Código Civil Italiano de 1865, Código Civil Uruguayo, Código Civil Argentino, Código Civil Venezolano de 1880, Código Civil Costarricense de 1888, Proyecto Boissonade de 1890, Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927, Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937, Código Civil Boliviano de 1976.

¹⁰ Código Civil Salvadoreño de 1860, Código Civil Chileno, Código Civil Colombiano, Código Civil Ecuatoriano, Código Civil Español, Código Civil Nicaragüense de 1903, Código Civil Hondureño de 1906, Código Civil Panameño de 1917, Código Civil Mexicano de 1927, Código Civil Guatemalteco de 1973, Proyecto de Código Civil Colombiano.

¹¹ Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926, Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Venezolano de 1942.

¹² Así, pueden apreciarse las opiniones de GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, tomo III,

3. Compraventa de un bien que ha perecido solo parcialmente al momento de la celebración del contrato

Este supuesto, a diferencia del anterior, sí es regulado por el Código Civil Peruano de 1984. Como hemos dicho, está contenido en el artículo 1533, que a la letra, dice lo siguiente:

Artículo 1533.- «Si cuando se hizo la venta había perecido una parte del bien, el comprador tiene derecho a retractarse del contrato o a una rebaja por el menoscabo, en proporción al precio que se fijó por el todo».

En este sentido, el Código Civil Peruano sigue una tendencia mayoritaria de los Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica.¹³

página 373. Imprenta de la Sociedad Tipográfica Editorial, Madrid, 1852; DEMOLOMBE, C. *Op. cit.*, tomo XXIV, página 297; LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XVI, página 105; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAINAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XII, página 297; tomo XIX, páginas 73, 74 y 75; FOIGNET, René. *Op. cit.*, tomo II, página 15; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, primera parte, página 24; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. *Curso de Derecho Civil*, tomo II, página 369. Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1921; COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, tomo II, página 437; LAFAILLE, Hector. *Curso de Contratos*, tomo II, página 35; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Op. cit.*, tomo IV, página 370; COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955, tomo IV, página 104; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, página 110; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo I, página 6; DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, página 206; WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, página 188; SPOTA, Alberto G. *Op. cit.*, volumen IV, páginas 95 y 96; y MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, tomo I, página 150. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.

¹³ Los siguientes son los Códigos Civiles que regulan el supuesto de que el bien vendido haya perecido solo en parte, al momento de la celebración del contrato:

Código Civil Francés, Código Civil Belga, Código Civil Boliviano de 1831, Código Civil Peruano de 1852, Proyecto de Código Civil de Andrés

Respecto de la solución que dan los Códigos consultados al supuesto en que sólo una parte del bien hubiese perecido, no existe unanimidad de criterios, pero sin embargo casi todos ellos dan a optar al comprador entre «abandonar», «apartarse», «rescindir», «desistir», «dejar sin efecto» o «resolver» el contrato y solicitar se le entregue la parte subsistente, con una reducción proporcional del precio de la misma o con un nuevo precio que resultaría de la tasación del bien.

Sin embargo, consideramos interesante establecer las corrientes legislativas que hemos esbozado en el párrafo anterior, por las consecuencias doctrinarias que conllevan:

3.1. Si el comprador opta por no quedarse con lo que queda del bien:

3.1.1. Que abandone el contrato

3.1.2. Que se aparte del contrato

3.1.3. Que se retracte del contrato. Esta es la posición del Código Peruano

Bello, Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853, Código Civil Chileno, Código Civil Salvadoreño de 1860, Código Civil Italiano de 1865, Código Civil Uruguayo, Código Civil Argentino, Código Civil Colombiano, Código Civil Venezolano de 1880, Código Civil Ecuatoriano, Código Civil Costarricense de 1888, Código Civil Español, Proyecto Boissonade de 1890, Código Civil Nicaragüense de 1903, Código Civil Hondureño de 1906, Código Civil Panameño de 1917, Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926, Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927, Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930, Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Peruano de 1936, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936, Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937, Código Civil Venezolano de 1942, Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Angel Ossorio y Gallardo de 1943, Código Civil Guatemalteco de 1973, Código Civil Boliviano de 1976, Código Civil Peruano de 1984, Proyecto de Código Civil Colombiano.

3.1.4. Que se desista del contrato

3.1.5. Que deje sin efecto el contrato. Esta es la posición del Código Argentino

3.1.6. Que resuelva el contrato

3.2. Si el comprador opta por seguir obligado al vendedor podrá solicitar la entrega del bien:

3.2.1. Pagando el precio que resulta de la tasación que se hace del bien

3.2.2. Pagando un precio reducido proporcionalmente

3.3. Poniéndose de acuerdo las partes y comunicando tal acuerdo a los Tribunales¹⁴

¹⁴ Todas las soluciones legislativas a que hemos hecho referencia, se traducen en la práctica, de la siguiente manera:

(1) Si el comprador opta por no quedarse con lo que queda del bien. En este caso, se dan las siguientes soluciones:

(1.1) Que abandone el contrato.

Esta solución fue planteada legislativamente por primera vez en el Código Civil Francés y seguida por los siguientes Códigos: Código Civil Belga, Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927, Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937.

(1.2) Que se aparte del contrato.

Esta solución, dada por primera vez (hasta donde tenemos conocimiento) por el Código Civil Boliviano de 1831, fue seguida por los siguientes Códigos Civiles: Código Civil Venezolano de 1880, Código Civil Costarricense de 1888.

(1.3) Que se retracte del contrato de compraventa.

Esta solución fue adoptada por primera vez por el Código Civil Peruano de 1852 y el Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853, y seguida por los siguientes Códigos Civiles:

Código Civil Italiano de 1865, Proyecto Boissonade de 1890, Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de

1926, Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Peruano de 1936, Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Angel Ossorio y Gallardo de 1943, Código Civil Peruano de 1984.

(1.4) Que se desista del contrato.

Esta solución fue adoptada por primera vez por el Proyecto Bello y el Código Civil Chileno, y seguida por numerosos Códigos Civiles, entre los cuales se encuentran los siguientes:

Código Civil Salvadoreño de 1860, Código Civil Uruguayo, Código Civil Colombiano, Código Civil Ecuatoriano, Código Civil Español, Código Civil Hondureño de 1906, Código Civil Panameño de 1917, Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930, Código Civil Venezolano de 1942, Código Civil Guatemalteco de 1973, Proyecto de Código Civil Colombiano.

(1.5) Que deje sin efecto el contrato.

Esta solución es adoptada por el Código Civil Argentino y el Código Civil Nicaragüense de 1903.

(1.6) Que resuelva el contrato.

Esta solución es adoptada por el Código Civil Boliviano de 1976.

(2) Si el comprador opta por seguir obligado al vendedor podrá solicitar la entrega del bien:

(2.1) Pagando el precio que resulte de la tasación que se efectúe al bien.

Esta solución es adoptada por primera vez por el Código Civil Francés y seguida por los siguientes Códigos Civiles:

Código Civil Belga, Código Civil Boliviano de 1831, Código Civil Chileno, Código Civil Salvadoreño de 1860, Código Civil Uruguayo, Código Civil Colombiano, Código Civil Venezolano de 1880, Código Civil Ecuatoriano, Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927, Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937, Código Civil Venezolano de 1942, Proyecto de Código Civil Colombiano.

(2.2) Pagando un precio reducido proporcionalmente.

Esta solución, también mayoritaria, fue adoptada por primera vez por el Código Civil Peruano de 1852 y por el Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853, y seguida por los siguientes Códigos Civiles:

Código Civil Italiano de 1865, Código Civil Argentino, Código Civil Costarricense de 1888, Código Civil Español, Proyecto Boissonade de 1890, Código Civil Nicaragüense de 1903, Código Civil Hondureño de 1906, Código Civil Panameño de 1917, Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926, Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930, Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Guatemalteco de 1973, Código Civil Peruano de 1984. Cabe señalar que el Código Civil Boliviano de 1976 y el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987 señalan que el precio

4. Magnitud de la pérdida

Uno de los primeros problemas que nos plantea el tema bajo análisis y en especial el artículo 1533 del Código Civil Peruano de 1984, es el relativo a de qué magnitud debe ser la pérdida del bien para que el comprador pueda «retractarse» (término que analizaremos posteriormente) del contrato. El Código Peruano vigente, a nuestro entender, ha hecho mal al no señalar algo acerca de la magnitud de dicha pérdida, para que pueda servir de elemento de juicio a las partes, en primer término, y a los magistrados, en segundo.

Como hemos podido comprobar, una corriente legislativa acertada es la que planteó el Proyecto Bello, en el sentido de considerar expresamente que el comprador sólo podrá apartarse del contrato si la parte perecida es considerable.¹⁵

5. Posiciones de la doctrina

Debemos anotar que respecto a este tema las opiniones están divididas en la doctrina consultada. En adelante, las corrientes más representativas al respecto:

que deberá abonar el comprador optante de esta alternativa será uno reducido, sin especificar que esa reducción será proporcional.

(2.3) Poniéndose de acuerdo las partes y comunicando tal acuerdo a los Tribunales.

Esta solución es adoptada solamente por el Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Angel Ossorio y Gallardo de 1943.

¹⁵ Los Códigos Civiles que consideran expresamente que el comprador solo podrá apartarse del contrato si la parte perecida es considerable, son los siguientes:

Código Civil Chileno, Código Civil Salvadoreño de 1860, Código Civil Colombiano, Código Civil Ecuatoriano, Proyecto de Código Civil Colombiano.

5.1. La pérdida debe ser de la mayor parte del bien o de una parte considerable del mismo

Este criterio es compartido por Rogron,¹⁶ Colin y Capitant,¹⁷ Enneccerus¹⁸ y Spota.¹⁹

5.2. Basta que la pérdida recaiga sobre una parte del bien

Son de esta opinión, entre otros, García Goyena²⁰ y Aubry y Rau.²¹

5.3. Debe apreciarse la intención de las partes contratantes

Este criterio fue esgrimido por Demolombe.²²

5.4. Debe verse cada caso concreto

Si bien resultará necesario que la pérdida no sea insignificante, también lo será que, de acuerdo al contenido integral del contrato celebrado se deduzca que la parte perdida era realmente necesaria o de fundamental interés para los fines que buscaba el comprador al momento de la celebración del contrato. En tal sentido podremos estar frente a las

¹⁶ ROGRON, J.A. Citado por GARCÍA GOYENA, Florencio. *Op. cit.*, tomo III, página 373.

¹⁷ COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, tomo II, página 437.

¹⁸ ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, página 157.

¹⁹ SPOTA, Alberto G. *Op. cit.*, volumen IV, página 96.

²⁰ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Op. cit.*, tomo III, página 373.

²¹ AUBRY, C. y RAU, C. *Op. cit.*, tomo II, página 335.

²² DEMOLOMBE, C. *Op. cit.*, tomo XXIV, página 297.

más diversas situaciones, ya que una pérdida de porcentaje minoritario podría ser fundamental, como en el caso del corte de tela adquirido por el comprador para hacerse un terno; o que un porcentaje mayor pueda o no resultar de fundamental interés, como en el caso de un embarque de 10,000 toneladas de trigo, de las que se pierda el 15%. Todo esto deberá ser apreciado por el Juez, en razón del acto jurídico celebrado, considerándolo integralmente. Creemos que establecer una regla específica (con porcentajes, por ejemplo) sobre el particular resultaría en extremo peligroso.

6. Criterios de valoración de la parte subsistente del bien

Otro de los temas que debate la doctrina al tratar el punto materia de análisis, es el relativo a en base a qué criterios es que se debe hacer (cuando el comprador decide conservar la eficacia de la relación jurídica) la valorización de aquello que debe pagar como contraprestación por el bien que ha sufrido un menoscabo, pero que a pesar de ello desea recibir.

7. Posiciones de la doctrina

A este respecto, como hemos visto, las legislaciones que expresamente abordan el tema, sólo adoptan dos posiciones que en nada ayudan a nuestro análisis. La primera, que sostiene que el comprador debe pagar el precio que resulta de la tasación que se hace del bien; y la segunda, que establece que debe pagarse un precio reducido proporcionalmente.

Por ello, resulta natural que la doctrina también plante algunas posiciones disímiles al respecto, ya que pocas veces se ha tratado de precisar la materia.

Hemos hallado hasta tres posiciones sobre el particular:

7.1. El precio se reduce en relación a la parte del bien que se perdió

Esta posición es sostenida, entre otros, por Luis María Rezzónico y Ernesto Clemente Wayar.²³

7.2. Debe efectuarse una justa tasación del bien

El presente criterio es planteado por Baudry-Lacantinerie y Saignat²⁴ y Barros Errázuriz.²⁵

7.3. La reducción del precio debe tener estricta relación con la integridad del bien, sin considerar el valor de la parte subsistente

Sobre el particular debemos decir que esta constituye la posición mayoritaria en doctrina.

En tal sentido se manifiestan Aubry y Rau,²⁶ Machado²⁷ y Planiol y Ripert.²⁸

Pero de todas las opiniones de autores que abonan esta tesis, es de resaltar la de Manuel de la Puente,²⁹ quien sostiene que para la reducción del precio debe distribuirse el precio pactado entre la parte perecida y la conservada, quedando siempre vigente el contrato celebrado entre las partes.

²³ WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 189 y 190.

²⁴ BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, página 351; y BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, página 76.

²⁵ BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. *Op. cit.*, tomo II, páginas 369 y 370.

²⁶ AUBRY, C. y RAU, C. *Op. cit.*, tomo IV, página 335.

²⁷ MACHADO, José Olegario. *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*, tomo IV, página 14. Félix Lajouane Editor, Buenos Aires, 1889.

²⁸ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, página 24.

²⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, página 206.

Esta opinión es ratificada por la Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984,³⁰ cuando señala lo siguiente:

Es conveniente aclarar que la proporción a que se refiere el párrafo final del artículo, es un porcentaje que no necesariamente tiene que corresponder a la parte material del bien no perdida. Es decir, si el 50% se ha perdido, eso no significa que el precio deba ser reducido también en un 50%, por cuanto podría ocurrir que la parte perdida sea la menos (o la más) valiosa.

Reiteramos nuestra opinión en el sentido de que la posición asumida por el Doctor De la Puente y recogida por la Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984 es la más acertada.

8. Naturaleza jurídica

Por último, nos resta analizar cuál es la naturaleza jurídica de un contrato de compraventa celebrado sobre un bien que ya ha perecido en parte.

Hemos podido comprobar que antes de la promulgación del Código Civil Francés se consideraba a este contrato como nulo en cuanto a la parte pericida y válido en cuanto a la parte conservada del mismo, tal como lo expresaban Demogue³¹ y Baudry-Lacantinerie y Saignat.³²

Como se recuerda, el artículo 1533 del Código Civil Peruano establece que en el contrato de compraventa de un bien parcialmente pasado, el comprador puede «retractarse del contrato».

³⁰ COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. BIGIO CHREM, Jack. *Op. cit.*, página 6.

³¹ DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en Général*, tomo II, página 551. Librairie Arthur Rousseau et Cie., París, 1923.

³² BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, página 76.

Como vimos anteriormente, los Códigos Civiles consultados para efectos de denominar esta posibilidad que se concede al comprador afectado, utilizan diversos términos. Algunos señalan «abandonar el contrato»; otros, «que deje sin efecto el contrato»; otros, «que resuelva el contrato»; y, por último, un grupo señala «que se retracte del contrato», dentro de los que se encuentra el Código Civil Peruano de 1984 y su artículo 1533, bajo comentario.

De todas las opciones señaladas, la única que establece con propiedad la acción a que tiene derecho el comprador es el Código Civil Boliviano de 1976, justamente el que hace mención a la resolución del contrato, mas sin embargo, esta solución la consideramos absolutamente falta de técnica, ya que para que se pueda resolver un contrato, el vicio que lo afecte debe haberse producido con posterioridad al momento de la celebración del mismo. Y este no es el caso.

En la Exposición de Motivos Oficial de la Comisión Revisora del Código Civil Peruano vigente se señala³³ respecto del artículo 1533, que los términos «retractarse del contrato» y «rescindir el contrato» resultan equivalentes. Esto se precisa del siguiente modo:

Finalmente, queda por establecer la naturaleza jurídica de la retractación a que alude este artículo. No se trata de un caso de nulidad ni de anulabilidad, ya que el contrato no padece de ninguna causal que se pueda incluir dentro de los alcances de los artículos 219 y 221 del Código Civil. Tampoco puede ser entendido como caso de resolución, pues no se está ante una causal sobreviniente a la celebración del contrato, ya que tiene su origen en una causa más bien previa a la celebración del mismo y sus efectos, por consiguiente, si son retroactivos al momento de la formación de éste.

³³ COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. BIGIO CHREM, Jack. *Op. cit.*, página 6.

Por lo tanto, se puede concluir que tiene causas y efectos similares a los de la rescisión, aun cuando el legislador haya preferido denominarla 'retractación'.

Consideramos que efectivamente, en lo que se pensó al redactar la norma del artículo 1533 fue, en que tal contrato era rescindible, pero también creemos que dicha solución es antitécnica, ya que la que corresponde en casos similares es la acción de anulabilidad del acto jurídico celebrado, por causal de error o dolo, según sea el caso. Al haberse señalado la retractación, resulta evidente que se quiere referir el Código a alguna acción distinta a la de anulabilidad antes mencionada, ya que por regla general, en materia de contratos, cuando el acto resulta anulable, el Código Peruano no menciona acción alguna. Todo lo contrario ocurre cuando lo que quiere establecer es una acción distinta, como es el caso de la resolución o de la rescisión. Sin embargo en este caso, pensamos, al igual que en el de la compraventa de bienes total o parcialmente ajenos (artículos 1539, 1540 y 1541), que el Código yerra al contemplar para los mismos la acción de rescisión, en vez de la de anulabilidad del acto celebrado o —lo que resultaría equivalente— guardar silencio al respecto.³⁴

9. Venta de un conjunto de bienes, alguno(s) de los cuales ha(n) perecido

Para finalizar el análisis del artículo 1533 del Código Civil Peruano de 1984, debemos señalar que podría entenderse comprendido dentro de sus alcances el supuesto de cuando se venden varios bienes en un solo contrato, seña-

³⁴ Véanse también nuestros anteriores trabajos (CASTILLO FREYRE, Mario. *Los Contratos Sobre Bienes Ajenos*, especialmente las páginas 172 a 181 y CASTILLO FREYRE, Mario. *El Bien Materia del Contrato de Compraventa*, páginas 178 a 191).

lando un precio general para dicha venta, y, al momento de la celebración del contrato, alguno o algunos de ellos hubiesen perecido.

Lo que buscamos saber es si resulta aplicable la opción otorgada al comprador para que demande la rescisión de dicho contrato o la reducción del precio convenido.³⁵

10. Posiciones de la doctrina y la legislación

Respecto al problema expuesto hemos encontrado, básicamente, dos soluciones doctrinarias, las mismas que pasamos a describir a continuación:

10.1. El contrato es rescindible porque el precio global confiere una unidad al objeto del acto

Este criterio es sostenido por Baudry-Lacantinerie y Saignat, Salvat, Borda y Rezzónico.³⁶

10.2. Debe apreciarse la intención de los contratantes, lo que equivale a decir que se estará a un adecuado arbitrio judicial

Esta segunda posición, planteada, entre otros autores, por Aubry y Rau³⁷ y Planiol y Ripert,³⁸ considera que en realidad da lo mismo si se trata de una venta que recae sobre muchos objetos, de los cuales unos han perecido, si los unos no hubiesen sido comprados sin los otros.

³⁵ Sobre este particular, resultan interesantes las expresiones de Wayar (WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, página 191) y Spota (SPOTA, Alberto G. *Op. cit.*, volumen IV, página 96).

³⁶ REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, página 82.

³⁷ AUBRY, C. y RAU, C. *Op. cit.*, tomo IV, página 335.

³⁸ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, página 25.

Esto equivale a decir —en buena cuenta— que habrá que apreciar en cada caso concreto la intención de los contratantes.

Sobre este particular, Wayar³⁹ utiliza un ejemplo bastante *ilustrativo*, el mismo que reproducimos a continuación:

Así, cuando se venden 10 animales vacunos, 10 equinos y 10 porcinos por un precio total de \$ 1'000,000 la operación es una sola, aunque en el contrato se especifique que por los vacunos se pagaron \$ 500,000, por los equinos \$ 400,000 y por los porcinos \$ 100,000.

En estos casos, ¿qué ocurre cuando al tiempo de cumplimiento los porcinos murieron? Pensamos que en ese supuesto queda constituida una pérdida que abre, a favor del comprador, la opción de rescindir el contrato o de exigir la entrega de los animales que aún quedan, pagando un precio reducido. Siempre, claro está, habrá que tener en cuenta si el derecho del comprador no se ejerce abusivamente, pues, en tal caso, su pretensión no podría prosperar.

La solución que proponemos es una consecuencia de considerar esa operación como venta única, funcionando lo dispuesto en el artículo 1328 del Código Civil. En cambio, si se considerara que en esa operación hay tres compraventas, la pérdida de los porcinos no autorizaría al comprador a optar, pues debe estimarse que la venta de esos animales quedó sin efecto (por falta de objeto), pero que las otras dos eran plenamente válidas, pues a ellas no les afecta lo anterior.

Determinar cuándo una operación de varias cosas constituye una sola venta o, si por el contrario, se trata de varias ventas acumuladas o sumadas, es una cuestión de hecho que debe ser resuelta, llegado el caso, por el Juez.

³⁹ WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 191 y 192.

Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1533

Este artículo podría ser derogado.

Fundamento

Pensamos que resulta suficiente con las normas referidas a la Teoría General del Acto Jurídico, en especial las causales atinentes a la anulabilidad por error o dolo.⁴⁰

⁴⁰ En nuestra obra *El Bien Materia del Contrato de Compraventa* (CASTILLO FREYRE, Mario. *El Bien Materia del Contrato de Compraventa*, página 435), proponíamos modificar el artículo bajo tratamiento, de la manera siguiente: *Artículo 1533.- «Si cuando se hizo la venta había perecido la totalidad del bien, el contrato es nulo. Si solo había perecido una parte del mismo, y el comprador no tenía conocimiento de esta situación, podrá demandar la anulación del contrato o solicitar una rebaja por el menoscabo, en proporción del porcentaje que la parte destruida representaba respecto del precio que se fijó por el todo, si es que sin la parte perecida el comprador no hubiese celebrado el contrato.*

Esta norma también es de aplicación cuando se venda, en virtud de un solo contrato, un conjunto de bienes, parte de los cuales ha perecido y parte mantiene su existencia, siempre que sea distinguible el precio de los bienes perecidos y de los que continúan existiendo».

Como fundamento señalábamos que el supuesto en el cual la totalidad del bien hubiese desaparecido o dejado de existir, resulta fácil de solucionar, ya que acarrearía la nulidad del contrato celebrado, por tratarse de un acto con objeto físicamente imposible, careciendo del requisito establecido por el artículo 140, inciso 2, del Código, situación que de acuerdo a lo previsto por el artículo 219, inciso 3, del mismo, acarrea la nulidad del acto. Este supuesto no está regulado en el Código de manera expresa, aunque su solución resulta fácil, en virtud de las normas citadas. Sin embargo, para completar la figura, tal como es tratada por la doctrina, habíamos optado por incluir este caso en nuestra propuesta de modificación legislativa.

El segundo supuesto, esta vez sí regulado por el Código, es el contemplado en el artículo 1533 del mismo, por el que se regula el contrato de compraventa de un bien que ha perecido solo parcialmente al momento de la celebración del contrato.

La norma antes citada, a nuestro criterio, resultaba incompleta por los siguientes motivos:

- Porque no establece si el derecho del comprador para «retractarse» del contrato celebrado puede ser ejercido aun si hubiese conocido la real situación del bien al momento de la celebración del acto.
- Porque no establece qué debemos entender por dicha retractación.
- Porque no establece con precisión, cuál es el criterio para aplicar la rebaja del precio.
- Porque no establece qué características debe revestir la pérdida parcial para que el comprador esté habilitado a proceder en el sentido que se le faculta.

Considerábamos necesario explicitar que el comprador solo tendría derecho a «retractarse» del contrato si desconocía la situación de pérdida parcial al momento de la celebración del acto; y si es que sin la parte perecida no lo hubiese celebrado.

De otro lado, creíamos, como fue señalado en su momento, que la retractación aludida por el artículo 1533 es un supuesto de rescisión, pero que más propiamente, y de acuerdo a la naturaleza de los hechos que pueden viciar el acto celebrado, la acción que correspondería aplicar sería la de anulabilidad del acto jurídico.

Y también considerábamos que si el comprador optara por mantener los efectos del contrato celebrado, y desease solicitar una reducción del precio pagado o a pagar, debería hacerse esta reducción en proporción del porcentaje que la parte destruida representaba respecto del precio que se fijó por el todo, criterio que nos parece el más acertado de los esgrimidos por la doctrina en tal sentido.

Por último, creíamos necesario incluir un precepto, en la segunda parte de nuestro artículo 1533, en el sentido de que la norma del mismo también es aplicable cuando se venda, en virtud de un solo contrato, un conjunto de bienes, parte de los cuales han perecido y parte de ellos mantienen su existencia, siempre que sea distinguible el precio de los objetos perecidos y de los que continúan existiendo.

COMPRAVENTA CONMUTATIVA DE BIEN FUTURO O EMTIO REI SPERATAE

Artículo 1534.- «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».

Fuentes nacionales del artículo 1534

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana, de 1836.

El Código Civil de 1852, en cambio, sí trató la materia en el artículo 1342: «Puede así mismo venderse las cosas futuras, ántes de que existan en especies, como los frutos de una heredad ántes de ser cosechados, los animales por nacer, y cosas semejantes».

El Proyecto de Código Civil de 1890 señalaba en el artículo 1706, inciso 3°, que pueden ser vendidos «Los bienes futuros, como los frutos de una heredad antes de ser cosechados, los animales por nacer, y demás semejantes».

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea de 1925, abordó el tema en el artículo 1342: «Puede así mismo venderse las cosas futuras, ántes de que existan en especies, como los frutos de una heredad ántes de ser cosechados,

los animales por nacer, y cosas semejantes»; mientras el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, lo hacía en el artículo 391: «Puede así mismo venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie; como los frutos de una heredad antes de ser cosechados, los animales por nacer y cosas semejantes»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el numeral 1384: «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también una esperanza incierta.— Igualmente, puede venderse la cosa litigiosa, si se instruye al comprador del pleito sobre ella»; y el Código Civil de 1936, en su artículo 1395: «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también una esperanza incierta.— Igualmente, puede venderse la cosa litigiosa, si se instruye al comprador del pleito sobre ella».

Ya dentro del Proceso de Reforma del Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, trató la materia en el artículo 8: «En la venta de un bien que los contratantes consideran como futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia»; en tanto el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, lo hizo en su artículo 1564: «En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el numeral 1497: «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».

Análisis

1. Generalidades y precisiones necesarias

Como vimos oportunamente, el Código Civil Peruano de 1984 establece de manera expresa, dentro del Título III de

la Sección relativa a los Contratos en General, es decir, en lo que respecta al Objeto del Contrato, en su artículo 1409, inciso 1, que el objeto de la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley.

Vale decir, aparentemente, en el planteamiento inicial, el Código Peruano estaría considerando dos conceptos distintos: uno, el referido a los bienes futuros propiamente dichos; y otro, relativo a la esperanza incierta de que aquellos existan. En otros términos: el Código Civil Peruano de 1984 no estaría comprendiendo dentro del término «bienes futuros» a ambas categorías, sino exclusivamente a la primera de las citadas, consideraciones que trataremos más adelante.

Esta opinión es reforzada cuando damos lectura al artículo 1410 del mencionado Código, norma que nos dice 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. Agrega este artículo que si la falta de entrega obedece a causas imputables al obligado, el acreedor puede recurrir a los derechos que le confiere la ley. Del artículo que acabamos de citar, también resulta apreciable, muy claramente, la distinción que el Código Peruano efectúa entre el concepto de «bienes futuros» y el de «la esperanza incierta de que existan dichos bienes futuros», lo que no equivale a decir que el Código considere los dos conceptos relativos a objetos distintos del contrato de compraventa, ya que si efectuamos una lectura más detenida de ambos, podríamos llegar a una provisoria impresión (que más tarde nos encargaremos de señalar como definitiva) en el sentido de que el objeto de la prestación del vendedor en ambos contratos son los bienes futuros, ya que el propio Código, al señalar que en un supues-

to, dicho objeto son los bienes futuros, y en el otro, se refiere a la esperanza incierta de que existan dichos bienes futuros, está, implícitamente, admitiendo que en el segundo de ellos el objeto del contrato son dichos bienes futuros, y que lo que difiere del primero es la modalidad en que se ha contratado sobre ellos.

Otra de las distinciones que deseamos hacer en esta parte del Capítulo es aquella que considera a la *emptio rei speratae* como el contrato que versa sobre los bienes que se espera existan, y que la compraventa de la llamada *emptio spei* o esperanza incierta, es aquel contrato que versa sobre bienes sobre los cuales no se tiene la certeza de que existirán.

Nada más falso y erróneo, ya que cuando estamos frente a supuestos de bienes futuros, de bienes que no existen (no necesariamente en el aspecto físico, sino tal como han sido considerados para el contrato, tal como vimos anteriormente en este trabajo), nunca podremos tener la certeza, de que estos existirán, es decir, de que llegarán a tener existencia, pues esta venida a existencia puede llegar a frustrarse por efectos de cualquier evento que esté o no en las manos del hombre.

Por tal motivo, es que creemos que esta sería una razón más, y en tal sentido adelantamos opinión, para considerar que no se trata de supuestos diametralmente opuestos y más aún, de que este sea uno de los factores de distinción de los mismos.

Como veremos posteriormente, lo que distingue a la primera, de la segunda de las modalidades de contratación sobre bienes futuros es, precisamente, el hecho de que en el primer caso estamos ante un contrato conmutativo, es decir, que solo producirá sus efectos cuando el bien llegue a tener existencia, lo que no implica que la llegue a tener (si no la tuviera, nunca producirá efectos, ya que nunca se habrá producido la condición suspensiva a la que está sujeto) y el segundo supuesto es uno de compraventa pura y simple, que

surtirá sus efectos, llegue o no llegue a tener existencia el bien, caso, el de esta última modalidad, en el que tampoco se sabrá si es que el bien existirá o no. Consideramos que estos conceptos desarticulan aquellos de cosa esperada y esperanza incierta.

No obstante, y para distinguir ambas modalidades de contratación sobre bienes futuros, en algunas partes de este trabajo, denominamos el contrato aleatorio de compraventa de bienes futuros como «compraventa de esperanza incierta», por la fuerza de la costumbre, mas no por la del rigor jurídico.

Sin embargo, resulta necesario subrayar lo anotado por De la Puente,¹ quien manifiesta que, es indispensable que en el contrato se exprese la inexistencia actual del bien y la posibilidad de que cobre existencia.

Recuerda las expresiones de Larroumet, quien considera que si al momento de celebrarse el contrato el comprador ignorara que el bien todavía no existía, habría lugar para admitir la nulidad del contrato por falta de objeto de la obligación del vendedor.

De la Puente piensa que en esta hipótesis el contrato, a semejanza de lo que ocurre en la venta de bien ajeno, sería rescindible solo a solicitud del comprador debido al mayor riesgo que existe en adquirir el bien dada su futuridad, desde que es necesario contemplar la eventualidad de que el comprador pueda continuar interesado en la adquisición del bien aun cuando éste sea futuro.

Dentro de una perspectiva novedosa y muy interesante sobre el tema podríamos citar la opinión de María Isabel Vásquez Villacorta,² para quien la futuridad de un contrato puede referirse tanto a los objetos autónomos de derechos

¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa*, página 49.

² VÁSQUEZ VILLACORTA, María Isabel. Trabajo monográfico titulado «Contratos a Futuro», el mismo que presentara como parte del curso de Co-

de goce como a situaciones jurídicas en concreto que se realizarán o concretarán *a posteriori*.

En ese sentido, anota que son dos las formas a través de las cuales se puede celebrar contratos futuros o a futuro:

- (a) Que uno contrate respecto de un bien actualmente inexistente, pero susceptible de llegar a existir. Contratos respecto de bienes que aun cuando no ofrecen existencia real, la tienen en potencia.
- (b) Cuando uno conviene en preparar y asegurar situaciones jurídicas para el futuro, comprometiendo a las partes a la formalización o ejecución de un contrato posterior; cumpliendo una función de garantía o aseguramiento contractual. Es el caso de los contratos preparatorios.

En cuanto al primer punto, señala que si el propósito fuera que la prestación se ejecute inmediatamente o antes de que el bien existiera, ahí el bien inexistente no puede ser materia de un contrato.

Lo contrario se presenta cuando las partes se ponen de acuerdo en contratar sobre un bien futuro y en que la prestación sea ejecutada cuando el bien exista. En ese caso, desaparece todo inconveniente al respecto.

Lo trascendental en un contrato sobre bienes futuros, es que debe haber la posibilidad razonable de que el bien llegue a existir, o sea que el bien sea susceptible de tener existencia.

En ese sentido, atendiendo a la posibilidad de existencia de dichos bienes, se pueden apreciar dos tipos de contratación sobre los mismos, según que el contrato quede subordinado a la futura existencia del bien o que el contrato

mercio Exterior en la Maestría de Derecho Civil y Comercial de la Escuela de Post Grado de la Universidad Particular San Martín de Porres, diciembre de 1999, páginas 14 a 23.

sea válido aunque el bien no llegue a existir (las denominadas *emptio rei speratae* o venta de cosa esperada y *emptio spei* o venta de una expectativa, esperanza o *chance*).

En cuanto a aquellos contratos por los que las partes quedan obligadas a celebrar en el futuro un nuevo contrato, denominado definitivo o principal, apunta Vásquez Villacorta que la futuridad está dada en la celebración del contrato definitivo; y, utilizando las palabras de Manuel de la Puente,³ agrega que los contratos preparatorio y definitivo, no pueden darse simultáneamente, ya que en tal caso, el contrato preparatorio carecería de razón de ser; sin embargo, la necesaria futuridad del contrato definitivo no puede durar indefinidamente; así, junto a la idea de futuridad está en juego la de transitoriedad, entendida en el sentido de temporalidad racional y breve.

En el Capítulo Segundo del Título relativo al Contrato de Compraventa, el Código Civil Peruano de 1984 incluye tres normas: los artículos 1534, 1535 y 1536 en los que se hace mención a los bienes futuros.

Vale decir que el Código Civil Peruano, siguiendo una tendencia legislativa mayoritaria⁴ regula la contratación sobre bienes futuros en la Parte General de Contratos y en lo

³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, tomo IV, página 32.

⁴ Hemos identificado al siguiente grupo de Códigos Civiles que regulan el tema de la contratación sobre bienes futuros, la compraventa de bienes futuros y/o el contrato de compraventa de esperanza incierta; y lo hacen de la siguiente manera:

— *Código Civil Francés*:

Artículo 1130.- «Las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación.

Sin embargo, no cabe renunciar a una sucesión no abierta ni hacer ninguna estipulación sobre semejante sucesión, ni siquiera con el consentimiento de aquel de cuya sucesión se trate».

— *Código Civil Belga*:

Artículo 1130.- «Las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación.

Sin embargo, no cabe renunciar a una sucesión no abierta ni hacer ninguna estipulación sobre semejante sucesión, ni siquiera con el consentimiento de aquel de cuya sucesión se trate».

— *Código Civil Boliviano de 1831:*

Artículo 721.- «Las cosas futuras pueden ser objeto de las obligaciones, como los frutos por nacer, o un derecho litigioso».

— *Código Civil Peruano de 1852:*

Artículo 1249.- «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que están en el comercio de los hombres, sean corporales, o incorporeales, presentes o futuras».

Artículo 1342.- «Puede asimismo venderse las cosas futuras, antes de que existan en especies, como los frutos de una heredad antes de ser cosechados, los animales por nacer, y cosas semejantes».

Artículo 1343.- «Se puede vender una esperanza incierta; como si un pescador vende una redada antes de echarla».

— *Código Civil Chileno:*

Artículo 1461.- «No sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género».

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público».

Artículo 1813.- «La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte».

— *Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853:*

Artículo 1220.- «La cosa futura puede ser objeto de una obligación».

No se puede renunciar a una sucesión todavía no abierta, ni hacer alguna estipulación sobre la misma sucesión, ni con el asentimiento de aquel de cuya sucesión se trata, salvo lo dispuesto por el artículo 1187».

— *Código Civil Salvadoreño de 1860:*

Artículo 1617.- «La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte».

— *Código Civil Italiano de 1865:*

Artículo 1118.- «Las cosas futuras pueden constituir objeto de un contrato».

No se puede renunciar sin embargo a una sucesión aún no abierta ni hacer alguna estipulación en torno a la misma sea respecto de la herencia o sea con terceros aunque interviniese el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate.

El inventario, se regula de acuerdo a todo lo que viene establecido por la renuncia de la herencia, o por la aceptación de la misma con beneficio

del inventario, en el capítulo 'De las disposiciones comunes a las sucesiones' y bajo la pena allí estipulada».

— *Código Civil Uruguayo:*

Artículo 1283.- «No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas a lo menos en cuanto a su género».

La cantidad puede ser incierta con tal que el contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Los hechos han de ser posibles, determinados y en su cumplimiento han de tener interés los contrayentes».

Artículo 1671.- «La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir; salvo que se estipule lo contrario o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte».

— *Código Civil Argentino:*

Artículo 1168.- «Toda especie de prestación, puede ser objeto de un contrato, sea que consista en la obligación de hacer, sea que consista en la obligación de dar alguna cosa; y en este último caso, sea que se trate de una cosa presente, o de una cosa futura, sea que se trate de la propiedad, del uso, o de la posesión de la cosa».

Artículo 1173.- «Cuando las cosas futuras fueren objeto de los contratos, la promesa de entregarlas está subordinada al hecho 'si llegasen a existir', salvo si los contratos fuesen aleatorios».

Artículo 1327.- «Pueden venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos, aunque sean cosas futuras, siempre que su enajenación no sea prohibida».

Artículo 1332.- «Cuando se venden cosas futuras, tomando el comprador sobre sí el riesgo de que no llegaran a existir en su totalidad, o en cualquier cantidad, o cuando se venden cosas existentes, pero sujetas a algún riesgo, tomando el comprador sobre sí ese peligro, la venta será aleatoria».

— *Código Civil Colombiano:*

Artículo 1518.- «No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género».

Artículo 1869.- «La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte».

— *Código Civil Venezolano de 1880:*

Artículo 1069.- «Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato».

Sin embargo, no se puede renunciar a una sucesión aún no abierta, ni celebrar ninguna estipulación sobre esta sucesión, sea con aquel de cuya sucesión se trata, sea con terceros, aun con su consentimiento».

— *Código Civil Ecuatoriano:*

Artículo 1504.- «No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una de-

claración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

Artículo 1779.- «La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte».

— *Código Civil Costarricense de 1888:*

Artículo 629.- «Toda obligación tiene por objeto dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa, y puede referirse a todas las cosas que están en el comercio de los hombres, aun las futuras como los frutos por nacer».

Artículo 1059.- «La venta de cosas futuras se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que el comprador tome a su cargo el riesgo de que no llegaren a existir».

— *Código Civil Español:*

Artículo 1271.- «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras».

Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1056.

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las Leyes o a las buenas costumbres».

— *Código Civil Nicaragüense de 1903:*

Artículo 2473.- «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras».

Sobre la herencia futura no se podrá sin embargo celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1358.

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres».

Artículo 2566.- «Pueden venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos, aunque sean las cosas futuras, siempre que su enajenación no sea prohibida».

Artículo 2571.- «Cuando se vendan cosas futuras, tomando el comprador sobre sí el riesgo de que no llegaran a existir en su totalidad, o en cualquiera cantidad, o cuando se venden cosas existentes, pero sujetas a algún riesgo, tomando el comprador sobre sí ese peligro, la venta será aleatoria».

Este Código regula en forma independiente al contrato de compra de esperanza, en el Capítulo V, del Título XX, De los contratos aleatorios:

Artículo 3648.- «Se llama compra de esperanza la que tiene por objeto los

frutos futuros de una cosa o los productos inciertos de un hecho que pueda estimarse en dinero».

Artículo 3649.- «El vendedor que ejecuta por sí solo y sin convenio previo con el comprador, el hecho cuyo producto se espera, sólo tiene acción para cobrar el precio, obtenido que sea el producto».

Artículo 3650.- «Si el vendedor ejecuta el hecho por convenio con el comprador, tendrá acción para cobrar el precio, obténgase o no el producto, siempre que la ejecución del hecho se haya verificado en los términos convenidos».

— *Código Civil Hondureño de 1906:*

Artículo 1562.- «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras».

— *Código Civil Panameño de 1917:*

Artículo 1122.- «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras».

Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 912.

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres».

— *Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926:*

Artículo 391.- «Puede así mismo venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie; como los frutos de una heredad antes de ser cosechados, los animales por nacer y cosas semejantes».

Artículo 392.- «Se puede también vender una esperanza incierta».

Artículo 1655.- «Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento».

— *Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927:*

Artículo 26.- «Las cosas futuras pueden ser el objeto de un contrato».

No se puede sin embargo renunciar a una sucesión no abierta, ni hacer ninguna estipulación sobre una sucesión similar, aun con el consentimiento de aquel de cuya sucesión se trata».

— *Anteproyecto Bibiloni de 1929:*

Artículo 30.- Sustituir el artículo 1173 por el siguiente:

«La prestación de cosas futuras puede ser objeto de los contratos».

Cuando su existencia dependa de la industria del promitente, la obligación se considerará pura y simple.

Cuando dependa de fuerzas naturales, en todo, o en parte, se considerará subordinado al hecho de si llegasen a existir, a menos que la convención fuese aleatoria».

— *Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930:*

Artículo 1223.- «Objeto de contratos; qué podrá ser.— Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras».

Contratos sobre herencias futuras.— Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1009.

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

— *Código de las Obligaciones de Polonia de 1935:*

Artículo 295.- «La venta puede tener por objeto incluso derechos futuros».

— *Proyecto de Código Civil Peruano de 1936:*

Artículo 1384.- «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también una esperanza incierta.

Igualmente, puede venderse la cosa litigiosa, si se instruye al comprador del pleito sobre ella».

— *Código Civil Peruano de 1936:*

Artículo 1395.- «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también una esperanza incierta.

Igualmente, puede venderse la cosa litigiosa, si se instruye al comprador del pleito sobre ella».

— *Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937:*

Artículo 123.- «Cosas futuras.— Las cosas futuras pueden ser el objeto de un contrato.

No se puede, sin embargo, renunciar a una sucesión, aun con el consentimiento del de cujus. Cuando, la ley subordina la validez del contrato a la observación de una cierta forma, esta última se aplica igualmente a la promesa de contratar».

Artículo 815.- «Venta de cosas futuras. La venta de cosas que no existen, pero que se espera deban existir, será reputada hecha bajo la condición de su existencia ulterior, salvo que lo contrario no esté expresado o que ello no resulte de la naturaleza del contrato que se va a aceptar el álea».

— *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936:*

Artículo 812.- «La prestación de cosas futuras puede ser objeto de contrato. Si la existencia de ellas dependiere de la industria del que se comprometió a suministrarlas, la obligación será considerada pura y simple. Cuando estuviere sujeta en todo o en parte a fuerzas naturales, el contrato se reputará subordinado al hecho de que llegaren a existir, excepto si la convención fuese aleatoria».

Artículo 910.- «Pueden venderse los bienes presentes, y también los futuros que estén en el comercio».

— *Código Civil Venezolano de 1942:*

Artículo 1156.- «Las cosas futuras pueden ser objeto de los contratos, salvo disposición especial en contrario.

Sin embargo, no se puede renunciar una sucesión aún no abierta, ni celebrar ninguna estipulación sobre esta sucesión, ni aun con el consentimiento de aquel de cuya sucesión se trate».

— *Código Civil Italiano de 1942:*

Artículo 1348.- «Cosas futuras.— La prestación de cosas futuras puede establecerse en el contrato, salvo las prohibiciones particulares de la ley».

Artículo 1472.- «Venta de cosas futuras.— En la venta que tiene por objeto una cosa futura, la adquisición de la propiedad se verifica tan pronto como la cosa llega a tener existencia. Si el objeto de la venta son los árboles o los frutos de un fundo, la propiedad se adquiere cuando los árboles son cortados o los frutos son separados.

Cuando las partes no hayan querido concluir un contrato aleatorio, la venta es nula si la cosa no llega a tener existencia».

— *Anteproyecto de Código Civil para Bolivia elaborado por Angel Ossorio y Gallardo de 1943:*

Artículo 777.- «Pueden ser objeto de las obligaciones, las cosas, los derechos, los trabajos y los servicios tanto presentes como futuros, siempre que sean posibles y que no se opongan a la moral ni a las leyes ni al orden público».

Artículo 1048.- «La venta de cosas futuras e inexistentes se entenderá subordinada a la condición de que lleguen a existir. Para ello se señalará el plazo prudencial que sea necesario y si dentro de él no existiera la cosa, se tendrá la venta por no hecha».

— *Código Civil Guatemalteco de 1973:*

Artículo 1538.- «(Objeto del contrato) No solo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Los hechos han de ser posibles, determinados y en su cumplimiento han de tener interés los contratantes».

Artículo 1805.- «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie, y también una esperanza incierta.

Igualmente pueden venderse las cosas o derechos litigiosos, o con limitaciones, gravámenes o cargas, siempre que el vendedor instruya previamente al comprador, de dichas circunstancias y así se haga constar en el contrato».

— *Código Civil Boliviano de 1976:*

Artículo 488.- «(Cosas futuras).

Las cosas futuras pueden ser objeto de los contratos, excepto en los casos prohibidos por la ley».

Artículo 594.- «(Venta de cosa futura o de derecho futuro).

I.- Si el objeto de la venta es una cosa futura o un derecho futuro, la adquisición de la propiedad o el derecho tiene lugar cuando una u otro llega a tener existencia.

II.- A menos que el comprador haya asumido el riesgo y las partes hayan concluido un contrato aleatorio, la venta es nula si la cosa o el derecho no llega a existir».

— *Código Civil Peruano de 1984*:

Artículo 1409.- «La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre:

- 1.- Bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley.
- 2.- Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa».

Artículo 1410.- «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».

Artículo 1532.- «Pueden venderse los bienes existentes o que puedan existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por la ley».

Artículo 1534.- «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».

Artículo 1535.- «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».

Artículo 1536.- «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».

— *Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984*:

Artículo 483.- «La compraventa puede tener por objeto cosa actual o futura. En este caso, quedará sin efecto el contrato si la cosa no llegase a existir, salvo si la intención de la parte era la de concluir un contrato aleatorio».

— *Código Civil Paraguayo de 1987*:

Artículo 695.- «La prestación de cosas futuras puede ser objeto de los contratos. Si la existencia de ellas depende de la industria del promitente, la obligación se considerará pura y simple. Si la existencia de ellas dependiere en todo o en parte de fuerzas naturales, se considerará subordinada a la eficacia del contrato al hecho de que llegasen a existir, a menos que la convención fuese aleatoria».

— *Proyecto de Código Civil Colombiano*:

Artículo 627.- «La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte».

— *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987*:

Artículo 1327.- «Si se vende cosa futura el vendedor debe realizar las ta-

relativo al contrato de compraventa. De los Códigos y Proyectos consultados, un grupo numeroso regula, en general, la contratación sobre los bienes futuros⁵ y también resulta

reas y esfuerzos que resulten del contrato o de las circunstancias para que ésta llegue a existir en el tiempo y condiciones convenidas.

El comprador puede asumir el riesgo de que la cosa no llegue a existir sin culpa del vendedor».

— *Código Civil de la Provincia de Québec*:

Artículo 1061.- «Las cosas futuras pueden ser el objeto de una obligación. (Mod., 1980, c. 39, a 43.) No se puede sin embargo renunciar a una sucesión no abierta, ni hacer ninguna estipulación sobre una sucesión similar, aun con el consentimiento de aquel de cuya sucesión se trate».

Sin embargo, hemos identificado un pequeño grupo de Códigos Civiles que no trata acerca del particular. Estos son los siguientes:

Código Civil Japonés, Código Civil Alemán, Código Civil Brasileño, Código Civil Chino de 1930.

⁵ Los siguientes Códigos Civiles regulan expresamente la contratación en general sobre bienes futuros, permitiéndola:

Código Civil Francés (artículo 1130), Código Civil Belga (artículo 1130), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 721), Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1249), Código Civil Chileno (artículo 1461), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1220), Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1118), Código Civil Uruguayo (artículo 1283), Código Civil Argentino (artículo 1168), Código Civil Colombiano (artículo 1518), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1069), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1504), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 629), Código Civil Español (artículo 1271), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2473), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1562), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1122), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 1655), Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 26), Anteproyecto Bibiloni de 1929 (artículo 30), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1223), Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937 (artículo 123), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 812), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1156), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1348), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 777), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1538), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 488), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1409, inciso 1), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 695), Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1061).

El Código Civil Argentino contempla expresamente en la Parte General de Contratos el contrato aleatorio sobre cosas futuras (artículo 1173), al

mayoritario el grupo de los mismos que legisla sobre el contrato de compraventa de bien futuro,⁶ al igual de los que le-

igual que el Anteproyecto Bibiloni de 1929 (artículo 30), el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 812) y el Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1409, inciso 1).

⁶ Los siguientes son los Códigos Civiles consultados que regulan expresamente el contrato de compraventa de bien futuro:

Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1342), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1813), Código Civil Chileno (artículo 1813), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1617), Código Civil Uruguayo (artículo 1671), Código Civil Argentino (artículo 1327), Código Civil Colombiano (artículo 1869), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1779), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1059), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2566), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 391), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1384), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1395), Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 (artículo 295), Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937 (artículo 815), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 910), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1472), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1048), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1805), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 594), Código Civil Peruano de 1984 (artículos 1532 y 1534), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 483), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 627), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987 (artículo 1327).

Un caso particular es el del Código Civil Portugués de 1967, que si bien no contempla expresamente una regulación acerca de la contratación sobre bienes futuros, en el Libro Segundo, De las Obligaciones, Título Primero, De las Obligaciones en General, Capítulo II, Fuentes de las Obligaciones, Sección Primera, Contratos, Sub-Sección Primera, Disposiciones Generales, trata acerca de las cosas futuras cuando se regula lo relativo a los contratos con eficacia real, de la siguiente forma:

Artículo 408.- «(Contratos con eficacia real)

- 1.- La constitución o transferencia de derechos reales sobre cosa determinada se da por el mero efecto del contrato, salvo las excepciones previstas en la ley.
- 2.- Si la transferencia se refiere a una cosa futura o indeterminada, el derecho se transfiere cuando la cosa fue adquirida por el enajenante o determinada con conocimiento de ambas partes, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de obligaciones genéricas y del contrato de empresa; se pueden respetar los frutos naturales o las partes componentes o integrantes, la transferencia sólo se verifica en el momento de la cosecha o separación».

gislan sobre el llamado contrato de compraventa de esperanza incierta.⁷

La contratación sobre bienes futuros y en especial, la compraventa de bien futuro, han sido admitidas, como hemos visto, desde el Derecho Romano, e invariablemente en el proceso codificador de los siglos XIX y XX. Creemos interesante apuntar que autores de las más diversas épocas han opinado favorablemente respecto de la contratación sobre bienes futuros en general (comprendiendo, para estos efectos, dentro de los bienes futuros a la llamada «esperanza incierta de que existan»).

El Código que acabamos de mencionar también contiene una norma muy especial, el artículo 893, que remite el tratamiento de la venta de bienes ajenos al régimen de la venta de bienes futuros, si las partes los considerasen de esta calidad:

Artículo 893.- «(Bienes ajenos como bienes futuros) La venta de bienes ajenos, no obstante, queda sujeta al régimen de la venta de bienes futuros si las partes los considerasen de esta calidad».

⁷ Los siguientes son los Códigos Civiles que regulan el contrato de compraventa de esperanza incierta:

Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1343), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1813), Código Civil Chileno (artículo 1813), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1617), Código Civil Uruguayo (artículo 1671), Código Civil Argentino (artículo 1332), Código Civil Colombiano (artículo 1869), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1779), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1059), Código Civil Nicaragüense de 1903 (este Código regula en forma independiente el contrato de compra de esperanza, en el Capítulo V, del Título XX, De los contratos aleatorios, artículos 3648, 3649 y 3650), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 392), Anteproyecto Bibiloni de 1929 (artículo 30), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1384), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1395), Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937 (artículo 815), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1472), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1815), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 594, inciso II), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1536), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 483), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 627).

⁸ En este sector de la doctrina, se inscriben, entre otros autores DURANTON. *Op. cit.*, tomo VI, página 108 y tomo IX, página 68; MARCADÉ, V. *Op. cit.*, tomo IV, página 375; TROPONG, C. *Op. cit.*, tomo

2. Deslinde doctrinal entre la denominada «compraventa de bien futuro» y la llamada «compraventa de esperanza incierta»

Al iniciar el tratamiento del contrato de compraventa de bienes futuros en general, debemos abordar el problema previo de si cuando estamos hablando de la compraventa de esperanza incierta o *emptio spei*, lo estamos haciendo respecto de un contrato de compraventa de bien futuro o no.

En realidad, lo que interesa es ver si el contrato de compraventa moderno tiene la suficiente elasticidad como

I, página 273; DEMOLOMBE, C. *Op. cit.*, tomo XXIV, página 286; MOURLON, Frédéric. *Op. cit.*, tomo II, página 570; LAROMBIÈRE, M.L. *Théorie et Pratique des Obligations. Ou Commentaire des Titres III et IV, Livre III du Code Civil*, tomo I, página 248. Editeurs Libraires de la Cour d'Appel et de l'ordre des Avocats, Paris, 1885; LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XVI, página 105; y tomo XXIV, página 103; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XII, páginas 297, 298 y 300; tomo XIX, páginas 73 y 74; GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 187; FOIGNET, René. *Op. cit.*, tomo II, página 15; PLANIOL, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, página 466; DEMOGUE, René. *Op. cit.*, tomo II, páginas 564, 565 y 566; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo VI, primera parte, páginas 304 y 305; y tomo X, primera parte, páginas 25 y 26; COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, tomo II, página 438; JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, páginas 86 y 87; tomo II, volumen II, página 7; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Op. cit.*, tomo IV, página 370; LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil*, tomo VIII, Contratos, volumen I, página 192; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo I, página 6; REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, páginas 107 y 108; MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, tomo V, página 63; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, página 207; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, página 68 y *Exégesis*, tomo II, página 43; WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, página 235.

Debemos mencionar que si bien hemos transcritto la relación anterior, no todos los autores citados, al mencionar la compraventa de bienes futuros están haciendo una distinción frente a la compraventa de esperanza incierta. Solo queríamos sostener la idea de la vigencia y aceptación del criterio por el cual es reconocida la contratación en general, sobre bienes futuros, y en particular, la venta de los mismos.

para comprender en su seno una modalidad de elevado grado de aleatoriedad sin que dicho contrato se desvirtúe. Señala Rogel Vide⁹ que la *spes* no es un bien ni un derecho; es solo un mero elemento de hecho, lo que nos lleva a pensar que siendo la *emptio spei* un tipo contractual distinto de la compraventa, las normas relativas a esta última le serán aplicables solo analógicamente y no por vía directa.

Agrega Rogel Vide que es aquí donde surgen los obstáculos que Rubino considera insalvables para incluir a la *emptio spei* dentro de la compraventa de cosa futura. En primer lugar, si la compraventa tiene por objeto un derecho, ¿cómo podría admitirse que el contrato está completo cuando no existe el objeto, el derecho que ha de transferirse? Se responde que el objeto existe ya y es la *spes*, el álea. No es convincente tal argumentación. Por la misma definición legislativa —artículo 1470 Código civil italiano— la compraventa tiene por objeto un derecho, mientras que la *spes*, por el contrario, es un mero elemento de hecho. En segundo lugar, y por su propia naturaleza, la compraventa es un contrato conmutativo.

Expresa que «En consecuencia, y para el sector doctrinal que Rubino representa, la *emptio spei* no puede configurarse como venta de cosa futura con cláusula aleatoria, constituyendo un contrato aleatorio con perfiles propios e independientes, contrato, por otra parte, con obligaciones recíprocas: la obligación del vendedor que, cuando mantiene siempre un contenido negativo —no impedir que el derecho surja y sea adquirido por el comprador— mas puede tener también contenido positivo, interviene en el sinalagma en contraposición al precio. Si el vendedor no cumple con su obligación, el comprador tiene derecho a la resolución del contrato».

Pero contrapuesta con esta posición está aquella que considera que la compraventa de cosa futura es una figura

⁹ ROGEL VIDE, Carlos. *La Compraventa de Cosa Futura*, páginas 85 y siguientes. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.

unitaria y que resulta inútil la distinción tradicional entre la *emptio rei speratae* y la *emptio spei*. Esta corriente¹⁰ es recogida por la doctrina italiana en base a la regulación que sobre el particular otorga el Código Civil de 1942 de dicho país. Según Rogel, en opinión de Provenza, «el Código vigente no ha previsto la existencia de dos diversos tipos de venta, considerando a la *emptio spei* como una venta autónoma y distinta de la *emptio rei speratae*. Por el contrario, las partes toman en consideración a la cosa y la hacen objeto de la venta, en cuanto ha de tener existencia, el contrato solamente será eficaz si las partes hubiesen querido concluir un contrato aleatorio. Se daría entonces una cláusula añadida, un pacto que se suma —por voluntad de las partes— al contrato de compraventa y en virtud del cual el comprador se obliga a pagar el precio aun cuando falte la cosa futura. Único es, por consiguiente, el tipo negocial, aun cuando sea hipotizable como elemento accidental del contrato, el de la asunción del riesgo de la no venida a existencia de la cosa por parte del comprador».

Agrega que «El autor, abonando la solución que propone, afirma que ésta pone punto final a la tormentosa cuestión que se debate, y que, por su simplicidad, tiene la virtud de mostrar el justo camino a seguir por la investigación jurídica, sin recurrir a construcciones artificiosas».

En opinión nuestra, lo que ocurre es que la regulación otorgada al particular por el Código Civil Italiano de 1942 difiere sustancialmente de la otorgada por el Código Civil Peruano de 1984.

El Código Civil Peruano sí distingue ambas figuras contractuales, por lo que deberíamos desechar la teoría que considera a los dos supuestos como una figura unitaria.

Pero esto no quiere decir, a nuestro entender, que en el caso de la *emptio rei speratae* el objeto de la prestación del

vendedor sea un bien futuro y en el caso de la *emptio spei* sea algo distinto. Consideramos que ambos supuestos recaen sobre bienes futuros. Sin embargo, resulta indispensable anotar, en términos de Rogel Vide¹¹ —que compartimos plenamente— la distinción fundamental entre ambos:

Cuando yo compro la cosecha futura de un fundo, como cuando quiero adquirir los peces que caerán en las redes de Ticio (sean muchos, pocos o ninguno), invariablemente pago porque pretendo adquirir la propiedad de dichos bienes. Es así que por cuanto se refiere al objeto, no existe diferencia alguna entre ambas especies de compraventa de cosa futura.

Por consiguiente, han de considerarse incorrectas las teorías según las cuales la *emptio spei* se distingue nitidamente de la compraventa de cosa futura, en cuanto venta de cosa presente cuyo objeto idóneo viene identificado unas veces con el álea, otras con la esperanza y otras más con la actividad del vendedor o con la garantía del comprador.

[...]

Una vez considerados los supuestos de compraventa de «bien futuro» y de «esperanza incierta» como dos supuestos distintos, pero que recaen ambos sobre bienes futuros, vamos a proceder al estudio de cada uno de ellos en la doctrina y en la legislación nacional y extranjera.

El contrato de compraventa de bien futuro propiamente dicho o *emptio rei speratae* se encuentra regulado por el artículo 1534 del Código Civil Peruano.

Nos corresponde analizar cuál es su naturaleza jurídica.

3. Naturaleza jurídica

Mucho se ha discutido en doctrina acerca de la naturaleza jurídica del contrato de compraventa de bien futuro propiamente dicho o *emptio rei speratae*.

¹⁰ Esto, a decir de Rogel Vide (ROGEL VIDE, Carlos. *Op. cit.*, página 95).

¹¹ ROGEL VIDE, Carlos. *Op. cit.*, página 136.

Alfredo Calonge¹² efectúa un exhaustivo análisis acerca de las principales posiciones teóricas de la doctrina moderna sobre la naturaleza jurídica de la *emptio rei speratae*.

A continuación vamos a presentar una síntesis de lo sostenido por Calonge:

3.1. Se trata de una compraventa condicional

Un gran sector de la doctrina ha creído ver en la compraventa de cosa futura, *emptio rei speratae*, un negocio condicionado. La validez del contrato de compraventa, en este caso, estaría supeditada, bajo condición suspensiva, a la existencia de la cosa. En este sector de la doctrina, cuya posición viene a ser una continuación de la concepción romana de la institución, que se ha mantenido a lo largo de toda una tradición histórico-jurídica posterior, cabe señalar a la gran mayoría de los autores italianos, que han tratado el tema, anteriores al Código Civil de 1942, Castelbolognesi, Cuturi, Gianturco, Chironi, Tartufari, Barassi, Consolo, Pacifici-Mazzoni, De Ruggiero y Gasca, entre otros; gran parte de la doctrina francesa: junto con Pothier y Troplong, otros entre los que cabe destacar a Duranton, Larombière, Thiry, Baudry-Lacantinerie y Barde, Planiol, Aubry y Rau, Colin y Capitant y el belga Dekkers; entre los principales de la doctrina alemana Puntschart, Oertmann, Enneccerus-Lehmann y Larenz. Señala Calonge que también en España la generalidad de los tratadistas han optado por la solución de la condicionalidad de tal tipo de venta; así, entre otros, Clemente de Diego, Bonet Ramón, Espín Cánovas, Borrell Soler, Rafels Persiva y Castán Tobeñas.

Nosotros agregaríamos que a esta posición se suma la inmensa mayoría de civilistas que ha tratado acerca de la *emptio rei speratae*. Prueba de ello es que la casi totalidad

¹² CALONGE, Alfredo. *Op. cit.*, páginas 192 y siguientes.

de aquellos que hemos consultado optan por esta posición: la de considerar a la *emptio rei speratae* como un contrato de compraventa sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener la existencia esperada por las partes.

Además, debemos remarcar que de la lectura del artículo 1534 del Código Civil Peruano, y como es señalado por la Exposición de Motivos Oficial de la Comisión Revisora del mismo, dicho cuerpo legislativo se adscribe a esta posición doctrinaria, sin duda mayoritaria y prevaleciente.

Como se recuerda, el texto del artículo 1534 es el siguiente:

Artículo 1534.- «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».

En tal sentido, podríamos sostener que los elementos de este supuesto son los siguientes:

- (a) Se ha celebrado un contrato de compraventa;
- (b) Ambas partes saben que el bien materia de la prestación del vendedor, es un bien futuro;
- (c) Dicho pacto está sujeto a la condición suspensiva de que el bien materia de la prestación del vendedor llegue a tener existencia.

Como hemos apuntado, la mayoría de autores consultados señalan que el contrato de compraventa de bien futuro propiamente dicho, vale decir, aquel en el cual el comprador no asume ningún riesgo, es un contrato sujeto a condición suspensiva, vale decir, que se adscriben a la teoría bajo comentario.¹³

¹³ TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, páginas 273 y 274; DEMOLOMBE, C. *Op. cit.*, tomo XXIV, página 286; LAURENT, François. *Op. cit.*, Tomo XXIV, página 104; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, página 42; PLANIOL, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, página 347; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo VI, página 306; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. *Op. cit.*, tomo II, página 370; COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Cours*

En este punto debemos recordar aquello que establece al respecto la Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984:¹⁴

Pactada una compraventa bajo condición suspensiva, todos los efectos del contrato se hallan suspendidos, y por consiguiente, sus consecuencias no son seguras. Mientras el acontecimiento puesto como condición se encuentre pendiente, la ley quiere que los intereses de los contratantes sufran el menor perjuicio posible. En esa medida las partes están autorizadas a ejercitar acciones conservativas de su derecho.

Cuando, por ejemplo, se vende conforme a esta modalidad un departamento en planos, un automóvil no fabricado, pero que está diseñado, la mercadería aún no producida, todo el contrato se halla subordinado a la existencia de dichos bienes. Por el contrario, si se pacta que una de las partes pague el precio en forma adelantada (es decir antes de la existencia de la cosa), no se está propiamente ante una compraventa de bien futuro, pues sólo se estaría postergando el cumplimiento de las obligaciones por parte del vendedor, esto es, la de transferir propiedad y de entregar el bien, pero no las obligaciones a cargo del comprador.

Para que se configure una venta de cosa futura, en los términos señalados en el artículo 1534, se requiere que todos los efectos del contrato se hallen subordinados a la existencia del evento colocado como condición, cual es, que el bien llegue a tener existencia.

Por nuestra parte, debemos señalar que si bien compartimos las expresiones de la Comisión Revisora en el sen-

Élémentaire de Droit Civil Français, tomo II, página 438; LAFAILLE, Héctor. *Curso de Contratos*, tomo II, página 47; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Op. cit.*, tomo IV, página 371; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo I, páginas 13 y 14; REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, páginas 109 y 110; SPOTA, Alberto G. *Op. cit.*, volumen III, página 54; y volumen IV, página 100; BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, página 93.

¹⁴ COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. BIGIO CHREM, Jack. *Op. cit.*, página 8.

tido que la compraventa de bien futuro en estricto está sujeta a la condición suspensiva de la llegada a existencia del bien, no creemos que el hecho de que se pague el precio por adelantado desnaturalice un contrato de estas características, pues ello podría ocurrir por las más diversas circunstancias, pero no implicaría que el comprador esté dispuesto a perder dicho precio, si el bien nunca llegara a tener la existencia deseada.

En este caso podrían plantearse dos eventualidades distintas.

Una primera, consistente en que el bien llegue a tener la existencia esperada, caso en el cual, al verificarse la condición, el vendedor tendría derecho a quedarse con el precio recibido, en tanto el comprador, correlativamente, tendría derecho a exigir que el vendedor le entregue el bien.

La segunda eventualidad pasible de ocurrir consistiría en que el bien nunca llegase a tener la existencia esperada, situación que haría que la condición no se haya producido y, por tanto, que el acto o contrato nunca pueda surtir efectos. Dentro de tal orden de ideas, si el comprador hubiera pagado el precio por adelantado, tendría derecho a que se le devuelva íntegramente, ya que el vendedor estará imposibilitado —por razones obvias— de entregarle el bien.

Es así que discrepamos de lo afirmado por la Comisión Revisora del Código Civil, cuando señala que en este caso no estaríamos en presencia de una compraventa de bien futuro conmutativa, pues la circunstancia analizada resulta indiferente.

Ahora bien, si nos remitimos al campo de la codificación, gran cantidad de los cuerpos legislativos consultados condicionan la existencia del contrato de compraventa de bienes futuros al hecho de que los bienes materia de la prestación de la obligación del vendedor, lleguen a existir,¹⁵

¹⁵ Los siguientes Códigos Civiles condicionan la existencia del contrato de

la que constituye una razón adicional, y —a nuestro entender— definitiva, en el sentido de que esta es la posición o teoría preponderante en la legislación y doctrina de nuestra tradición jurídica.

Según Calonge, la teoría bajo comentario y a la que se adscriben los autores citados, «ha sido especialmente criticada en Italia a partir del nuevo Código civil que, como hemos visto, parece configurar de distinta manera la venta de cosas futuras en su artículo 1472. El punto común de toda esta crítica puede señalarse en considerar la condición como elemento accidental del negocio; para que ésta se dé es necesario un negocio constituido con todos sus elementos esenciales. En la compraventa de cosa futura falta uno de ellos, el objeto, y precisamente la condición miraría al nacimiento de la cosa, a la producción del objeto del contrato, a un elemento esencial requerido por la ley para la existencia del negocio».

Agrega que descansa «esta posición crítica frente a la construcción de la compraventa de cosa futura como condicional en una concepción dogmático-voluntarista —legado del Pandectismo— del negocio jurídico, actualmente en crisis y en vías de renovación tras los trabajos y estudios de Betti y Cariota Ferrara. Por otro lado [...] la cosa futura cons-

compraventa de bienes futuros al hecho de que los bienes materia de la prestación de la obligación del vendedor lleguen a existir:

Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1813), Código Civil Chileno (artículo 1813), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1617), Código Civil Uruguayo (artículo 1671), Código Civil Colombiano (artículo 1869), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1779), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1059), Anteproyecto Bibiloni de 1929 (artículo 30: si es que su existencia depende de fuerzas naturales, en todo, o en parte), Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937 (artículo 815), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1472), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1048), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 594, inciso II), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1534), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 483), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 627).

tituye, por disposición de la ley, objeto lícito de contrato y cuya aparición condiciona el traslado de propiedad de la misma. De no producirse éste faltará la entrega de la cosa no el objeto al contrato».

3.2. Se trata de una compraventa sometida a una *conditio iuris*

Esta posición, según Calonge, es recogida por un sector de la doctrina en el que cabe contar a Windscheid, Unger, Scialoja, Butera, Attolico, y en el que también parecen encontrarse, Cariota Ferrara y Perlingieri.

Esta teoría, en criterio de Calonge que compartimos plenamente, debe ser desestimada, ya que no cabe considerar la venta de cosa futura, *emptio rei speratae*, sometida a una *conditio iuris*, pues en ninguno de los ordenamientos jurídicos que él ha contemplado en su estudio y tampoco en ninguno de los que nosotros hemos consultado en el nuestro, aparece, de manera expresa, considerada la existencia de la cosa como requisito legal del contrato, sino que, por regla general, vienen a poner como uno de los requisitos del contrato un objeto posible, dentro del cual se encuentran las cosas futuras.

En el Perú, Max Arias-Schreiber, a pesar de adscribirse a la teoría de la condición suspensiva¹⁶ señala que ésta es sinónimo de *conditio iuris*.

En opinión de Calonge, «más acertado que el criterio de la *conditio iuris* estaría el ver en la *emptio rei speratae*, por la especial configuración del negocio, una tácita *conditio*, que se daría siempre que las partes no expresaran su voluntad de realizar el negocio a todo riesgo, es decir, siempre que las partes no quisieran realizar un contrato aleatorio».

¹⁶ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, página 43.

3.3. Se trata de una promesa de venta

Esta posición, que según Calonge, es sostenida primero por P. Gabra, seguido por C. F. Gabba, puede considerarse una teoría aislada que no ha encontrado eco en la moderna doctrina. Lo que ocurrió fue que P. Gabra, distingue dos tipos de cosas futuras: uno, que él denomina «bienes futuros en el derecho», correspondiente a aquellas cosas que todavía no están en germen en el momento en que se contrata; otro, que denomina «bienes futuros en la posesión», «sobre los que el vendedor tiene ya un derecho de propiedad, pero o todavía no es perfecto o el ejercicio de éste no le es posible a causa de la existencia de una condición o de un término».

Así las cosas, Gabba considera que los bienes que no existen *in rerum natura* cuando constituyen la prestación en un contrato, hacen que se trate de una promesa de venta y no de una venta, lo que, hoy en día, evidentemente, no es posible ni acertado sostener.

3.4. Se trata de una compraventa imperfecta

Según refiere Calonge, es esta la teoría que para la naturaleza de la *emptio rei speratae* fue propuesta por De Visscher y que acogió Ramella para el Derecho Italiano anterior al Código Civil de 1942.

Refiere que señala De Visscher cómo, únicamente a través de la doctrina de los riesgos contractuales en la venta, puede ponerse luz en la verdadera naturaleza jurídica de la institución, y dar una explicación de los efectos de la *emptio spei* y de la *emptio rei speratae*. A través de la teoría del *periculum rei venditae*, viene a concluir que la *emptio rei speratae* es venta imperfecta de cosa futura en oposición a la *emptio spei*, venta perfecta. La imperfección del contrato, que es lo que revela la *emptio rei speratae*, depende, o de la indeterminación de la cosa, o del precio, o del hecho de la adición a la venta de una condición. Por último, señala que

para Ramella, igualmente, la *emptio rei speratae* sería venta imperfecta por diversas causas, ya que crea entre las partes solamente relaciones obligatorias y debe ser perfecta para hacer pasar los riesgos al comprador.

Comentando el particular, Calonge señala que «no existe un riguroso sentido técnico-jurídico de la *emptio perfecta* y aún menos de la *emptio-imperfecta* ni en el Derecho romano ni en el Derecho actual. No obstante, en éste, a través de sus codificaciones, y en lo que a la venta se refiere, se ha trazado un esquema de contrato perfecto, que si bien no responde, posiblemente, a su genuina configuración, es el único a que podemos acogernos. Calificar, pues, a la compraventa de cosa futura de imperfecta, en un sentido técnico, resulta insuficiente para el Derecho romano e inaceptable para el Derecho actual».

3.5. Se trata de una compraventa en período de constitución

Según Calonge, el iniciador de esta teoría fue De Marsico, al que, posteriormente, se unieron Gorla y Rubino, ampliándola. De lo que entendemos a través de la lectura de Calonge, pareciera que De Marsico tomase muy en consideración lo relativo a la transferencia de la propiedad del bien para derivar de este elemento el que se trate de una compraventa en período de constitución, ya que señala que su momento de perfección coincidiría con la inscripción, en el caso de venta de inmuebles, o con la *traditio*, en caso de muebles, y sería una venta en vía de constitución desde el momento en que la cosa no existe en su individualidad.

Al igual que Calonge, consideramos que resulta inaceptable esta teoría, ya que la noción de futuridad de nuestra institución debe verse a través de la cosa, no del derecho de propiedad que se ha de adquirir.

Una concepción de estas características resulta absolutamente absurda desde el momento en que la legislación ex-

tranjera y nacional contempla, en forma unánime (hasta donde tenemos conocimiento) la licitud de la contratación sobre bienes futuros, y específicamente, el contrato de compraventa de bien futuro.

3.6. Se trata de un futuro contrato de compraventa

Según Calonge, Salis, el autor de esta teoría, indica que en la compraventa de cosa futura no es posible decir que el acuerdo sobre la cosa y el precio hagan perfecto el contrato en tanto éstos sean indeterminados, así como tampoco puede decirse que la transferencia de la propiedad sobre la cosa tenga lugar en el momento en que el contrato debe entenderse formado. Distingue, pues, Salis dos momentos en la compraventa de cosa futura: conclusión y perfección. En opinión de Calonge, llegada a este punto, la construcción de Salis se desvía: todo lo anterior —señala—, no quiere decir que la ejecución del contrato y el paso de la propiedad vengán diferidos, sino que es la misma compraventa la que no puede surgir por falta de un elemento esencial, independiente de la voluntad de los contratantes, por lo que concluye, no es un propio contrato de compraventa, sino un «contrato de compraventa futura».

Esta conclusión no se deduce de las premisas planteadas por el propulsor de esta teoría, quien hace mal en considerar a la compraventa de cosa futura como un negocio sin objeto existente.

3.7. Se trata de una compraventa meramente obligatoria

Sostienen esta teoría, según Calonge, De Ruggiero y Messineo, que la presentan junto con la de condicional; y Degni y Gazzara, entre un nutrido grupo de autores.

Dicha teoría pareciera querer volver al origen de la compraventa romana, que era meramente obligacional y que no

transmitía propiedad (como vimos cuando analizamos el punto correspondiente).

Esta teoría no es acertada para nuestros tiempos y para la concepción que ha adquirido el contrato de compraventa en la actualidad; y, en palabras de Calonge, no lo es, porque,

la compraventa sigue siendo traslativa de la propiedad pero cuando tenga por objeto una cosa futura los efectos reales se difieren, se aplazan a un momento posterior, al de nacimiento de la cosa futura. En este momento, sin necesidad de ningún acto posterior, automáticamente, surgen los efectos reales del contrato [...].

Por nuestra parte, tampoco creemos en esta teoría, pero por razones distintas a las de Calonge.

Consideramos que en el Derecho Peruano la compraventa es meramente obligacional, y nunca tendrá —como contrato en sí— efectos reales, sino que la transferencia de la propiedad será la consecuencia de ejecutar la respectiva obligación nacida de ese contrato.¹⁷

Y, finalmente, al discrepar del parecer predominante de la doctrina italiana en cuanto a la naturaleza de la compraventa, sostenemos esta posición como una excepción a la compraventa tal como es entendida por el Derecho Peruano y nosotros.¹⁸

¹⁷ Véase OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, páginas 454 a 456.

¹⁸ Sin embargo, en nuestro medio comparte esta posición doctrinaria el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa*, páginas 56 a 58), en expresiones que nos permitimos transcribir seguidamente:

«Acota ROGEL VIDE que la naturaleza jurídica de la compraventa de cosa futura es una cuestión, y esto viene unánimemente reconocido, que ha sido y es siempre controvertida. No existe ciertamente, en el tema, una prevalencia absoluta de esta o aquella interpretación, y ni siquiera es posible señalar una sucesión cronológica de las posiciones doctrinales o de las

tendencias seguidas por la jurisprudencia; éstas, en efecto, antes que sucederse en el tiempo, se encuentran y se oponen en las mismas épocas, sin que ninguna, en verdad, haya logrado jamás conquistar una posición verdaderamente victoriosa y tranquila.

Este es exactamente el panorama que tuvo ante sí la Comisión Reformadora. A esta perplejidad se suma el plazo sumamente breve dentro del cual dicha Comisión se vio forzada a elaborar el Anteproyecto del contrato de compraventa, por lo cual no hubo materialmente tiempo para una reflexión mesurada.

En lo relativo a la compraventa de bien futuro, resultó necesario respetar lo dispuesto en el artículo 53 del Anteproyecto sobre Contratos en General del doctor Max ARIAS-SCHREIBER —ya aprobado por la Comisión Reformadora— según el cual la obligación creada por el contrato puede versar sobre cosas futuras, antes de que existan en especie y también la esperanza incierta de que existan.

Es así como se propusieron los artículos 8 y 10 del primer Anteproyecto del contrato de compraventa, que versan, respectivamente, sobre la venta de una cosa o un derecho que los contratantes consideran como futuro (*emptio rei speratae*) y sobre la asunción por el comprador del riesgo de la existencia de la cosa (*emptio spei*).

En el caso del artículo 8, la Exposición de Motivos pertinente, refiriéndose al concepto de cosa futura, expresó que se entiende por cosas o derechos futuros aquellos que no existen en el momento de celebrarse el contrato, pero que pueden existir. En esta venta los contratantes prevén, con un cierto grado de incertidumbre incorporado al contrato, que existirán físicamente en un futuro. Obsérvese la influencia de LOPEZ de ZAVALIA en esta redacción.

En cuanto a la naturaleza de la *emptio rei speratae*, el artículo 8 destaca que el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que la cosa llegue a tener existencia. Tuve serias dudas sobre la propuesta de la teoría del contrato condicional, pero finalmente me incliné por ella debido, principalmente, al abrumador respaldo que entonces recibía de la doctrina. La prudencia aconsejó no introducir innovaciones hasta que fuesen exhaustivamente estudiadas y aprobadas.

Si tuviera hoy que adoptar una decisión sobre la teoría más sostenible pienso que me inclinaría por la teoría del contrato obligacional, por las siguientes razones:

- a).- De acuerdo a nuestro ordenamiento legal, el contrato de compraventa no tiene efectos reales sino meramente obligacionales. Al respecto el artículo 1529 del Código Civil dispone que por la compraventa el vendedor se *obliga* a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.
- b).- No existe, en principio, inconveniente conceptual alguno para que el vendedor se obligue a transferir al comprador la propiedad de un bien que aún no existe, pero que hay razonable certidumbre de que llegará a existir. En efecto, si bien el vendedor está obligado a transferir la

4. Grado de intervención de las partes para que el bien llegue a tener existencia

En realidad, la regulación que los Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica otorgan al tema de la compraventa de bien futuro, está referida, fundamentalmente, al supuesto en el cual la venida a existencia del bien futuro no depende —en lo absoluto— de la actividad de las partes contratantes, o que si dependiera, lo fuese en una ínfima medida.

propiedad, puede no cumplir inmediatamente esta obligación sino una vez que el bien cobre existencia.

- c).- Las mismas razones que han llevado al codificador a admitir la compraventa de bien ajeno, que descansa en la separación entre la obligación de transferir la propiedad y la ejecución de la prestación de dar mediante la cual se cumple tal obligación, son aplicables a la *emptio rei speratae*.

El sistema del título y del modo brinda la posibilidad de comprometerse a transferir, aun cuando dicha transferencia no sea todavía factible, y ello sin salir del molde de la compraventa ni condicionar la eficacia del contrato.

- d).- Téngase presente que en esta modalidad de venta existe una razonable certidumbre de que el bien va a cobrar existencia en el futuro, de tal manera que es también razonablemente previsible que el vendedor podrá cumplir su obligación de transferir al comprador la propiedad del bien, cuando ello ocurra.
- e).- Si el bien llega efectivamente a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos, quedando el vendedor obligado a transferir la propiedad del bien al comprador y éste quedará obligado a pagar su precio.
- f).- Si por alguna razón el bien no llega a tener existencia, la obligación de transferir su propiedad se habrá convertido en imposible, lo que dará lugar a que la compraventa, por ser un contrato con prestaciones recíprocas, quede resuelta de pleno derecho, por aplicación del artículo 1431 del Código Civil. En tal caso, el comprador no estará obligado a pagar el precio ni el vendedor a indemnizar al comprador por la falta de existencia del bien, a no ser que tal falta de existencia le sea imputable.

Debo advertir que en la *emptio rei speratae* el comprador sólo tiene la obligación de pagar el precio si todo el bien, considerando su cantidad y calidad, llega a tener existencia. Si cuando esto suceda el bien no tiene las características estipuladas en el contrato, el comprador queda liberado del pago del precio.

Este supuesto casi no ha sido planteado, como regla general, ni por la doctrina, ni por la legislación, pero existe un país que constituye la excepción. Se trata de la Argentina.

Como sabemos, el Código Civil Argentino (artículo 1173) condiciona el contrato al hecho de que los bienes lleguen a tener existencia. Por otra parte, el Anteproyecto Bibiloni de 1929 propone sustituir el artículo mencionado por uno que considere una obligación pura y simple cuando la existencia de los bienes futuros dependa de la industria del promitente; y que considere el acto subordinado al hecho de si llegaren a existir, cuando la existencia dependa de fuerzas naturales, en todo, o en parte, a menos que la convención fuese aleatoria. En igual sentido que el Anteproyecto Bibiloni se pronuncia el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 812).

Respecto de este punto se pronuncia también la doctrina de ese país. Un ejemplo, es el caso de Lafaille,¹⁹ quien sostiene lo siguiente:

Como lo declaró entre nosotros la Reforma de 1936, un precepto como el examinado, sólo cuadra cuando el cumplimiento de la prestación dependa de circunstancias ajenas al obligado, pues de otro modo sería una deuda pura y simple.

Este es un punto no tratado por nuestro Código Civil en el Título referente al Contrato de compraventa y consideramos hubiera sido inútil hacerlo, ya que su solución resulta obvia, en virtud a lo señalado en el artículo 172 del propio Código, precepto que establece que cuando se hubiera celebrado un acto jurídico cuyos efectos estén subordinados a una condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor (condición potestativa), el acto es nulo, lo que no implica que pueda celebrarse un contrato de tales características, pero sin sujetarlo a condición alguna.

¹⁹ LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil*, tomo VIII, volumen I, página 192.

No obstante lo señalado, el mencionado contrato será nulo única y exclusivamente en caso se hubiese pactado de modo condicional o condicionado, lo que equivale a decir que no lo será en la medida que estemos en presencia de una compraventa de bien futuro en la que el vendedor asuma la obligación —por ejemplo— de construir una casa o un edificio de departamentos o una escultura.

Más allá de la discusión existente de si nos encontraríamos frente a un contrato de compraventa de bien futuro o ante un contrato de obra,²⁰ sería claro que cualquiera de los contratos mencionados no estaría sujeto a condición potestativa alguna. Entender lo contrario resultaría un absurdo, pues a lo que se están obligando dichos deudores es a transferir la propiedad de los bienes que previamente se han obligado a construir. Se trataría de obligaciones de dar que impliquen un hacer, o, si se quiere ver desde esta otra perspectiva, de obligaciones de hacer que concluyan en un dar.

Queda claro también que en estos casos de compraventa no resultarán de aplicación las normas establecidas en los artículos del Código Civil relativos a la compraventa de bienes futuros, en ninguna de sus modalidades (numerales 1409, 1410, 1534, 1535 y 1536), sino todas las disposiciones generales relativas al Derecho de Obligaciones, afirmación de la que se puede derivar el hecho de que si el deudor incumpliese con la obligación asumida, mediando causa imputable (culpa leve, culpa inexcusable o dolo), le serán de

²⁰ Véase Spota (SPOTA, Alberto G. *Op. cit.*, volumen III, páginas 55 a 57). En su más reciente obra, el Doctor Manuel de la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa*, página 67), llega a la conclusión de que la clave para distinguir entre el contrato de compraventa de bien futuro y el contrato de obra, es conjugar estos criterios de tal modo que el juez deberá ponderar el interés del comitente en el proceso de elaboración del bien, la relación que guarden entre si la importancia del trabajo y el valor de la obra y la medida en que el contratista labore o transforme la materia, para determinar, a su juicio, la naturaleza del contrato.

aplicación las consecuencias establecidas por los artículos relativos al Título de inejecución de obligaciones del Código Civil Peruano, en especial lo previsto por los numerales 1321 y 1322.

Sobre el particular encontramos una Resolución Suprema que señala que: «En la acción que se refiere al cumplimiento de un contrato que versa sobre cosa futura, no es exigible la presentación del recibo de pago del Impuesto al patrimonio predial no empresarial».

Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1534

Este artículo podría ser derogado.

Fundamento

Creemos que basta con lo dispuesto por los numerales 1409, inciso 1, y 1410 del propio Código, al regular el tema de la contratación sobre bienes futuros, en general.

COMPRAVENTA CONDICIONAL DE BIEN FUTURO CON LA ASUNCIÓN DE ALGUNOS RIESGOS

Artículo 1535.- «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 su precio».

Fuentes nacionales del artículo 1535

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; así como tampoco en el Código Civil de 1852.

El Proyecto de Código Civil de 1890, señalaba en el numeral 1692, lo siguiente: «Cuando se venden bienes futuros, tomando el comprador sobre si el riesgo de que no lleguen á existir, ó de que sólo existan en parte y cuando se venden cosas que ya existen, pero sujetas á riesgo, tomándolo el comprador sobre sí, la venta es aleatoria.— En el primer caso, el vendedor tiene derecho á todo el precio, aunque la cosa no llegue á existir, si de su parte no ha mediado dolo, ni culpa.— En el segundo caso, tiene derecho á todo el precio, aunque la cosa llegue á existir en parte; pero si no llega

á existir, no hay venta por falta de objeto, y el vendedor debe restituir el precio que hubiere recibido.— En el tercer caso, el vendedor tiene derecho á todo el precio, aunque la cosa haya dejado de existir total ó parcialmente el día del contrato».

Asimismo, señala en el numeral 1693 que: «La venta aleatoria puede ser anulada por causa de dolo, si la parte perjudicada prueba que la otra no ignoraba el resultado del riesgo á que estaba sujeta la cosa».

El tema no registra antecedentes en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; ni en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, de la Comisión Reformadora de 1926; así como tampoco en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936.

El Código Civil de 1936 sí trató sobre el particular en el artículo 1395: «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también una esperanza incierta.— Igualmente, puede venderse la cosa litigiosa, si se instruye al comprador del pleito sobre ella»; en tanto el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle del año 1981, lo hacía en el artículo 9: «Si en el caso del artículo anterior el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien, el contrato queda igualmente sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia.— Empero, si la cosa o el derecho llega a existir el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos cualquiera que sea la cuantía y calidad del bien, debiendo el comprador pagar íntegramente el precio»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, abordaba la materia en el artículo 1565: «Si en el caso del artículo anterior, el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien, el contrato queda igualmente sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia.— Empero, si la cosa o el derecho llega a existir el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos cual-

quiera que sea la cuantía y calidad del bien, debiendo el comprador pagar íntegramente el precio»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el numeral 1498: «Si el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien, 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».

Análisis

El artículo 1535 del Código Civil Peruano plantea una variación respecto de la compraventa de bien futuro propiamente dicha, condicional o *emptio rei speratae*, regulada por el Código en el artículo 1534, antes comentado.

En tal sentido, los elementos que plantea el artículo 1535 son los siguientes:

- (a) Se ha celebrado un contrato de compraventa;
- (b) El bien materia de la prestación del vendedor es un bien futuro;
- (c) El comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien, mas no el de su existencia;
- (d) El contrato está sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia;
- (e) Si el bien llegase a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos;
- (f) Para que el contrato produzca sus efectos bastará que el bien llegue a existir, no interesando la cuantía y calidad que presente al momento de su venida a existencia;
- (g) Una vez exista el bien, en cualquier cuantía y calidad, el comprador deberá pagar el íntegro del precio pactado.

Este supuesto, no regulado antes en nuestra codificación civil, venía siendo contemplado en doctrina desde hace muchos años.¹

A nuestro entender, el artículo 1535 del Código Civil Peruano de 1984 es un supuesto de compraventa sobre bienes futuros bastante peculiar, ya que no se encuadra dentro de lo que habitualmente la doctrina y la legislación han considerado como los dos casos clásicos de contratación sobre bienes futuros, vale decir: la *emptio rei speratae* y la *emptio spei* (la primera condicional y conmutativa y la segunda pura, simple y aleatoria).

El artículo 1535 es, sin lugar a dudas, un contrato sujeto a condición suspensiva (la de que el bien vendido llegue a tener existencia), pero sin embargo, este contrato tendrá un elemento de aleatoriedad, consistente en cuál será la cuantía y/o calidad del bien que hubiese llegado a existir, las que, lleguen a revestir las características que revistieren (siempre y cuando el bien hubiese llegado a tener existencia), harán que el comprador esté en la obligación de cancelar el íntegro del precio pactado.

Siuviésemos que resumir nuestro parecer respecto del artículo 1535, diríamos que se trata, recogiendo los acertados términos de De la Puente, de un contrato condicional con relación a la existencia del bien, pero puro y simple, y por tanto, aleatorio, respecto a la cuantía del bien cuando este exista.²

¹ Sobre el particular recomendamos al lector la consulta de BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, página 75; MACHADO, José Olegario. *Op. cit.*, tomo IV, páginas 15 y 16; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 16; LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil*, tomo VIII, volumen I, página 192; SPOTA, Alberto G. *Op. cit.*, volumen IV, página 100; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, páginas 207 y 208; y COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. BIGIO CHREM, Jack. *Op. cit.*, página 7.

² Sin embargo, en un trabajo posterior (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Ma-

nuel. *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa*, páginas 64 a 66), el Doctor De la Puente expresa un cambio respecto a su posición de origen relativa al artículo 1535 del Código Civil Peruano.

En adelante sus expresiones:

«Existen dudas respecto a la naturaleza jurídica de esta venta, ya que si bien, a diferencia de la *emptio rei speratae*, el comprador asume el riesgo de la calidad y cantidad del bien, también se distingue de la *emptio spei* en que dicho comprador no asume la obligación de pagar el precio si el bien no llega a existir.

Para quienes, como LÓPEZ DE ZAVALÍA, opinan que la *emptio rei speratae* es una compraventa condicional y la *emptio spei* es una compraventa aleatoria, el contrato contemplado en el artículo 1535 del Código Civil peruano constituye un caso intermedio entre ambas hipótesis. «En este caso, —dice dicho autor—, la venta es condicional bajo un aspecto y aleatoria bajo el otro. La condición reside en esto: que alguna cosa debe llegar a existir, pues si no ‘no habrá venta por falta de objeto, y el vendedor restituirá el precio si lo hubiese recibido’. Y el aspecto aleatorio radica en esto: que llegando a existir las cosas futuras, no interesa su cantidad, pues con tal que se produzca la existencia, aunque sea en cantidad inferior a la esperada, el vendedor tiene derecho a todo el precio’.

La Exposición de Motivos del artículo 1535 del Código Civil elaborada por la Comisión Reformadora sigue tal línea de pensamiento pues expresa que el caso regulado en este artículo difiere del contemplado en el artículo 1534, pues si bien hay certidumbre respecto de que el bien existirá, resulta incierto no sólo el momento en que el bien llegue a tener existencia sino también la cuantía y calidad que tendrá cuando exista. Por lo tanto, si el bien no llega a existir, el contrato, al igual que en el caso contemplado en el artículo 1534, queda sin efecto alguno. En cambio, si el bien llega a tener existencia, el contrato produce sus efectos desde ese momento, esto es que el vendedor queda obligado a transferir al comprador la propiedad del bien y el comprador a pagar íntegramente el precio, cualquiera que sea la cuantía y calidad del bien.

Así pensaba yo cuando redacté el Anteproyecto del contrato de compraventa. Ahora, que opino que la *Emptio rei speratae* no es realmente una venta condicional sino una obligacional con carácter conmutativo, posiblemente redactaría el artículo 1534 diciendo:

Artículo 1534.— En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el comprador se obliga a pagar el precio pactado cuando el bien llegue a existir con la calidad y cuantía convenidas. Si el bien no llegara a existir con estas características el contrato es ineficaz.

Asimismo, modificaría el artículo 1535 para que quedara con el siguiente texto:

Artículo 1535.— Si el comprador asume el riesgo de cuantía y calidad del bien futuro, deberá pagar al vendedor el precio pactado cualquiera que fuera la cuantía y calidad del bien, cuando este llegue a existir.

1. Semejanzas y diferencias con la compraventa de bien futuro meramente conmutativa (artículo 1534) y la compraventa de bien futuro meramente aleatoria (artículo 1536)

Sin lugar a dudas, el artículo 1535 del Código Civil plantea un supuesto bastante especial que, como ha sido dicho al analizarlo, difiere de los comprendidos en los numerales 1534 y 1535, además de configurar un supuesto legal ajeno a la regulación del tema de la compraventa de bienes futuros dentro de nuestra tradición jurídica.

La semejanza fundamental existente entre el artículo 1535 y el artículo 1534 se basa en que en ambos casos el contrato se encuentra sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia (que el bien futuro llegue a ser presente).

Ahora bien, dicha existencia no necesariamente guardará las mismas características, ya que en el supuesto del artículo 1534 estaríamos hablando de una existencia plena, vale decir en la que el bien existe con todas las características de cuantía y calidad que han pactado las partes. Ello significa que si el bien —físicamente hablando— llegara a existir, pero fallase algún rasgo característico de cuantía y/o calidad, se considerará —jurídicamente hablando— que el bien no ha llegado a existir.

De otro lado, resulta necesario mencionar que los supuestos bajo comentario (artículos 1534 y 1535 del Código Civil) se asemejan en que en ambos casos el bien debe llegar a existir para que el contrato surta efectos, a pesar de que la existencia planteada por el artículo 1535, para que el contrato surta efectos, no es la óptima, es decir aquella que desearían las partes para el bien futuro.

De igual manera, comentaría dicho artículo diciendo que el contrato resulta conmutativo con relación a la existencia del bien y aleatorio respecto a la cuantía y calidad del bien cuando exista».

Es necesario hacer referencia a que la conmutatividad que comparten ambos supuestos, se va a ver alterada en la medida que las partes hayan pactado elementos de aleatoriedad en relación a la cuantía y/o calidad del bien.

Pensamos que los principales problemas que se plantearían dentro del análisis del artículo 1535 serían el de estimar cual es la existencia física mínima para que tenga lugar la existencia jurídica (ya que se debe tener presente el aforismo romano de que en Derecho «casi nada es igual a nada»).

Entonces será posible que en la eventualidad que las partes no hubieran establecido con precisión los términos de la existencia (cuantía), ante una mínima existencia física los contratantes pudiesen discutir acerca de si el bien ha llegado a tener existencia jurídica.

El parecido entre el supuesto del artículo 1535 y aquel del artículo 1536 del Código Civil se basa, fundamentalmente, en el hecho de que ambos admiten aleatoriedad en cuanto a la cuantía y calidad del bien. Sin embargo, el artículo 1535 no admite aleatoriedad alguna respecto a la existencia del bien, a diferencia del numeral 1536 que constituye un supuesto completamente aleatorio.

Como ha sido dicho en su oportunidad, el artículo 1535 constituye un supuesto que bien podría calificarse de intermedio entre la compraventa conmutativa (la *emptio rei speratae* del artículo 1534) y la compraventa enteramente aleatoria (la *emptio spei* del artículo 1536).

2. Alcances de la asunción del riesgo de cuantía, pero no de la calidad ni de la existencia del bien

Si solo se hubiera asumido el riesgo de cuantía pero no los relativos a calidad y existencia del bien, no habiéndose especificado la magnitud necesaria para que se considere existente dentro del plano jurídico, el bien tendrá que llegar a existir en una cantidad mínima, pero suficientemente

apreciable como para que no se diga que es casi nada, pues ello equivaldría a la nada.

Sin embargo, la cantidad del bien que llegue a existir deberá tener la calidad en los términos exactos en los que fue prevista en el contrato.

3. Alcances de la asunción del riesgo de calidad, pero no de cuantía ni existencia del bien

En este caso, para que el bien se considere existente, en términos jurídicos, deberá tener una existencia física cuya magnitud sea equivalente al íntegro de la calidad pactada; caso contrario, se considerará que no ha llegado a existir el bien.

Respecto a lo que llegue a existir, ello podrá tener variaciones en cuanto a su calidad, naturalmente dentro de los márgenes que las partes hayan convenido al respecto. Creemos que el principal problema de este supuesto se presentará cuando el bien tenga una calidad tan mala que se pudiera cuestionar que por tal hecho, el bien ni siquiera exista, en la medida que se podrá sostener que esa ausencia total de calidad torna al bien en inexistente. No obstante, asumimos que este criterio resulta discutible.

4. Alcances de la asunción de los riesgos relativos a cuantía y calidad, pero no de la existencia del bien

Este será el supuesto en el cual se considere jurídicamente existente el bien por el solo hecho de que llegue a tener una existencia lo suficientemente apreciable como para que equivalga a algo. Si así fuese, habiéndose asumido los riesgos relativos a la cuantía y calidad, resultará indiferente cuáles terminen siendo ellos, naturalmente con las salvedades que en relación a la calidad efectuamos en el punto anterior.

5. Posibilidad de combinar la asunción del riesgo

Si bien es cierto que hemos desarrollado hasta este momento el esquema clásico que plantea el artículo 1535 del Código Civil Peruano, debe dejarse en claro que dicha norma, dada su amplitud, permitiría efectuar innumerables combinaciones con la asunción de dichos riesgos.

Inclusive debemos señalar que el riesgo, contrariamente a lo establecido por los Mazeaud como regla general, podría ser asumido en exclusividad por uno solo de los contratantes y no por ambos, en la medida que la manera en que ellos se hubiesen obligado hiciera que ese riesgo solo lo corra uno de los contratantes.

6. Importancia de una razonable presunción de que el bien llegará a existir

Consideramos que el juego de la aplicación legal de los artículos 1534, 1535 y 1536 del Código Civil Peruano en relación al tema de la venta de bien futuro, no va de la mano con el grado de certeza que las partes tengan, al momento de celebrar el contrato, sobre la llegada a existencia del bien futuro.

Ya ha sido dicho en su oportunidad que nadie es dueño del futuro, razón por la cual resulta absolutamente imposible que uno o ambos contratantes tengan al momento de celebrar el acto, la certeza de que dicho bien existirá en el futuro. Nada podría asegurar esa certidumbre.

De ahí que no resulta necesario —en ninguna de las tres grandes modalidades de compraventa de bien futuro reguladas por el Código Civil Peruano— que las partes tengan una razonable presunción de que el bien llegará a existir. Dentro de tal orden de ideas, podría haber similar o diverso grado de certidumbre, tanto si las partes contrataran de conformidad al artículo 1534, al 1535 o al 1536.

Podría llegarse, incluso, al caso extremo de que los contratantes celebren un acto completamente aleatorio, en base al artículo 1536 y sin embargo conozcan que el bien materia del contrato tenga un mayor grado de posibilidad de existencia que otro bien respecto al cual se contratará en términos absolutamente conmutativos (conforme al artículo 1534 del Código Civil).

Finalmente, sobre el particular hacemos mención de una Resolución Suprema de 1873³ que dictaminó que: «La venta de la cosa litigiosa requiere que el vendedor instruya al comprador de la existencia del pleito».

Asimismo, una Ejecutoria Suprema de 1906⁴ señaló que: «El que compra derechos litigiosos sobre inmuebles cuyo deslinde se ha demandado, debe seguir el juicio en la misma vía ordinaria, aunque por razones particulares, anteriores a la venta, se hubiera pactado que todo asunto entre dicho comprador y los demandantes del deslinde se debe solucionar por arbitraje».

Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1535

Este artículo podría ser derogado.

Fundamento

Estimamos resulta suficiente la regulación que al respecto otorgan los numerales 1409 y 1410 del propio Código.

³ ANALES JUDICIALES. Año 1873, página 38. En: GUZMÁN FERRER, Fernando. *Op. cit.*, tomo III, página 1591.

⁴ ANALES JUDICIALES. Año 1906, página 428. En: GUZMÁN FERRER, Fernando. *Op. cit.*, tomo III, página 1593.

COMPRAVENTA ALEATORIA DE BIEN FUTURO O EMPTIO SPEI

Artículo 1536.- «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».

Fuentes nacionales del artículo 1536

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano, de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.

En cambio, el Código Civil de 1852 sí abordó el tema en su artículo 1343: «Se puede vender una esperanza incierta; como si un pescador vende una redada antes de echarla».

El Proyecto de Código Civil de 1890 señalaba en el artículo 1706, inciso 4° que puede venderse «un bien posible o esperanza incierta, como si un pescador vende una redada antes de cogerla».

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trató la materia en su artículo 1343: «Se puede vender una esperanza incierta; como si un pescador vende una redada antes de echarla»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto

de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 392: «Se puede también vender una esperanza incierta»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el numeral 1384: «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también una esperanza incierta.— Igualmente, puede venderse la cosa litigiosa, si se instruye al comprador del pleito sobre ella»; y el Código Civil de 1936, en su artículo 1395: «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también una esperanza incierta.— Igualmente, puede venderse la cosa litigiosa, si se instruye al comprador del pleito sobre ella».

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, abordó la materia en el artículo 10: «Si en los casos de los dos artículos precedentes el comprador asume el riesgo de la existencia del bien, el vendedor tendrá derecho a la totalidad del precio aunque el bien no llegue a existir»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1566: «Si en los casos de los dos artículos precedentes el comprador asume el riesgo de la existencia del bien, el vendedor tiene derecho a la totalidad del precio aunque el bien no llegue a existir»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1499: «En los casos de los artículos 1497 y 1498, 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».

Análisis

1. Estudio de los elementos constitutivos de este contrato

Podríamos señalar que el contrato bajo análisis, regulado en el artículo 1536 del Código Civil Peruano, presenta los siguientes elementos:

- (a) Que se haya celebrado un contrato de compraventa (ya que hace referencia a los artículos 1534 y 1535 que le preceden y tratan acerca de la compraventa de bienes futuros) en el cual el objeto de la prestación del vendedor sea un bien futuro.
- (b) Que el comprador haya asumido el riesgo de la existencia del bien (entiéndase, no sólo de su cuantía y calidad, sino de la existencia en sí del bien mismo).
- (c) Que, llegue o no a existir el bien, el comprador estará obligado a pagar el íntegro del precio pactado al vendedor.

Nótese, del primero de los elementos, que el Código Civil Peruano está considerando a la llamada «compraventa de esperanza incierta» como una modalidad del contrato de compraventa de bienes futuros; ésto, contrariamente a la impresión que daría una lectura somera del citado numeral.

2. Concepto de álea, *chance*, suerte, azar, esperanza y riesgo

El profesor español Carlos Rogel Vide¹ efectúa un minucioso análisis de los conceptos álea, *chance*, suerte, azar, esperanza y riesgo.

¹ Rogel Vide (ROGEL VIDE, Carlos. *Op. cit.*, páginas 102 y siguientes), expresa lo siguiente:

«Como ya ha quedado señalado, a decir de los Mazeaud, sólo es verdaderamente aleatorio un contrato cuando existe una 'chance'. Mas, ¿qué ha de entenderse por tal? Para Bénabent, es correcta la definición en virtud de la cual se afirma que la 'chance' es una de las maneras de producirse un evento aleatorio. Su sentido propio es imparcial. Habiendo 'chance', ésta puede ser buena o mala. En este sentido, equivale al azar (aplicando estas ideas al lenguaje castellano, equivale a la suerte buena o mala suerte).

Ante el azar, el Derecho ha adoptado distintas posturas.

En primer lugar, una actitud de reserva, que se prolonga hasta el siglo XIX, una actitud de ignorancia-exclusión si bien admitiendo la inserción

convencional de azar en el campo jurídico: tal es el caso de los contratos aleatorios.

En éstos, la incertidumbre sería la causa de la obligación. Incertidumbre que ha de existir para todos los contratantes (no puede concebirse el que la 'chance' sea unilateral, diría Mazeaud). Puesto que el contrato aleatorio es una suerte de combate, en el sentido de que la ganancia de una parte entraña necesariamente una pérdida que la otra ha de experimentar, es necesario partir con armas iguales, es necesario partir de una situación de igualdad de las partes en la incertidumbre.

El siglo XX se caracteriza por una tendencia a la integración del azar en el campo jurídico que se manifiesta en una ampliación del campo de los contratos aleatorios, determinada quizá en función de una cierta familiarización con el azar como resultado de un desarrollo de las ciencias probabilísticas.

Efectivamente, 'chance', que en singular es azar, ha de traducirse, en plural por probabilidades. Ahora bien, lejos de constituir una ambivalencia, la doble definición nos muestra en sus términos la naturaleza misma del fenómeno; a saber, que la 'chance', inaccesible en el plano individual, puede ser abarcada y controlada en grandes números. Las 'chances' se calculan. De aquí la difusión, señalada de los contratos aleatorios. Pues bien, apoyándome en las sugerencias de Bénabent, creo lo siguiente: 'chance' no es, ni más ni menos que una de las maneras de producirse un evento aleatorio. Imparcial, neutral, equivale a buena o mala suerte, equivale al azar. Evento aleatorio es aquel que puede resolverse favorablemente: con buena suerte o desfavorablemente: con mala suerte. Esta alternativa que se compendia en el álea, hace que cada una de las partes, respectivamente, tenga la esperanza de una buena 'chance', mas también que, en función de la misma, esté dispuesto a correr el riesgo de una 'chance' desfavorable.

Es así que tanto el 'tener una esperanza' como el 'correr un riesgo' son comunes a ambas partes, no siendo más que situaciones, actitudes anímicas. Y no se diga que el riesgo es asumido solamente por aquella parte cuya prestación, determinada desde el momento de la conclusión del contrato, se enfrenta con otra prestación indeterminada, que puede no producirse incluso, pues cuando sucediese contrariamente, esto es, deviniendo cierta, determinada, y plenamente exigible la prestación que inicialmente no lo era, nos encontraremos con que el montante económico de la misma, el sacrificio económico que implica, siendo rotundamente superior al de la determinada inicialmente —dado el aspecto de la especulación informante del contrato— hará que el riesgo de la 'chance' desfavorable se concrete recayendo precisamente sobre la parte cuya prestación aparecía inicialmente determinada, no sólo cuantitativa, sino también cualitativamente.

De nuevo, a modo de estribillo, la frase de Mazeaud: 'no puede concebirse el que la 'chance' sea unilateral'.

Respecto de la *emptio spei* las ideas expuestas anteriormente pueden clarificarse mediante la exposición de dos ejemplos: uno clásico, el otro presente en nuestros días.

Así, en la hipótesis del *iactus missilium*, el comprador pretendía asegurarse, a cambio de una cantidad fija, todos los objetos que una persona experta y seleccionada pudiera obtener, en la esperanza de que su valor fuese muy superior al precio fijado de antemano, mas corriendo el citado riesgo de una acentuada disparidad entre el precio y los objetos escogidos, se cubriría contra la hipótesis de no recoger ninguno.

No obstante, podría suceder que siendo el precio estipulado el de 100 monedas, los objetos valiesen 1000; en este caso, ¿de quién es el riesgo? mejor dicho ¿sobre quién repercute desfavorablemente el evento aleatorio al resolverse la incertidumbre que pesaba sobre él?: evidentemente, sobre el vendedor.

Lo mismo sucedería en la hipótesis posible hoy, de la *emptio spei*, de una cosecha futura, cuando, venida a existencia ésta, su valor fuese muy superior al precio pactado.

Dos supuestos, pues, que demuestran la independencia entre el riesgo y la indeterminación de la prestación, que evidencian que el riesgo no es más que un ingrediente, común a ambas partes del contrato aleatorio.

En la misma línea de ideas se encuentra Pelaggi al afirmar que, si bien en el lenguaje corriente no se hace la distinción entre riesgo y álea, y ambos términos vienen usados indistintamente tanto para indicar aquella situación en la que da la posibilidad de un evento desfavorable y la probabilidad de un evento favorable, la ciencia del lenguaje y la ciencia jurídica han precisado que, mientras el término 'riesgo' sirve para referirse a una situación en la que se produce la pura probabilidad de un perjuicio, el término 'álea' designa, más propiamente, la probabilidad de un perjuicio.

En su opinión, la objeción en virtud de la cual no es exacto hipotizar la existencia de las dos situaciones anteriormente indicadas, dado que solamente existe aquella en la cual puede constatarse contemporáneamente la probabilidad de un beneficio (pues si se habla en términos de 'posibilidad' de un evento determinado, esto quiere decir que se excluye la incertidumbre del mismo, y por consiguiente se admite la posibilidad de un evento contrario, o al menos, la no producción del primero con las mismas consecuencias) aun cuando sea parcialmente cierta, no justifica el afirmar, como hacen algunos, que toda distinción entre 'riesgo' y 'álea' es arbitraria y se resuelve en una mera sutileza terminológica.

Efectivamente, tal distinción no sólo es inútil en el plano económico-social, sino que es oportuna en el plano jurídico.

Por lo que al álea específicamente se refiere, la posibilidad de un evento favorable con la inherente de uno desfavorable en que esta consiste, puede no interesar al derecho, permaneciendo en un plano prejurídico o de simple hecho o, por el contrario, interesando vanamente. Así, se distingue entre una noción empírica y una noción jurídica de álea, y, dentro de ésta, en función de la progresiva importancia asignada, han de distinguir-

En conclusión, el citado profesor establece que el riesgo —como decían los Mazeaud— siempre lo corren ambas partes contratantes.

Sin embargo, a pesar de admitir que esa es la regla general, pensamos que podrían pactarse supuestos de excepción, en los cuales el riesgo sólo sea asumido o por el comprador o por el vendedor, pudiendo establecerse además en estos casos una amplia gama de posibilidades, tal como lo permite el artículo 1535 del Código Civil Peruano, antes desarrollado.

3. Naturaleza jurídica del objeto de este contrato

Igualmente ha sido materia de discusión doctrinaria, el tema de la naturaleza jurídica del objeto de la prestación del vendedor en este contrato.

Seguidamente analizaremos las posiciones existentes.

Una primera posición sostiene que el objeto de la prestación del vendedor es el álea.

Esta opinión es compartida, entre otros autores, por León Barandiarán² y Barbero;³ pero es rebatida de manera contundente por otro sector de la doctrina, el mismo que considera que el objeto de este contrato no es el álea, sino el propio bien futuro. Sustentan esta posición profesores tan importantes como Messineo⁴ Gorla⁵ y Wayar.⁶

En lo personal, compartimos plenamente este segundo criterio, por las razones expuestas en su oportunidad.

se distintas especies que, precisamente, señalarán el límite entre y el paso de los contratos conmutativos a los aleatorios.

[...].

² LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo III, página 13.

³ BARBERO, Domenico. *Op. cit.*, tomo I, página 284.

⁴ MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, tomo V, páginas 64 y 65.

⁵ Citado por WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 238 y 239.

⁶ WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 238 y 239.

4. Naturaleza jurídica de este contrato

Respecto del contrato de compraventa aleatoria de bien futuro, o contrato de compraventa de esperanza incierta, Calonge⁷ recoge y analiza las teorías que a lo largo de la historia de nuestra tradición jurídica han tratado de explicar su naturaleza jurídica.

Véamos un resumen de lo expuesto por Calonge:

4.1. Se trata de una compraventa condicional

Según Calonge,

algunos autores, entre los que cabe contar a Windscheid y Bechmann, no presentan una distinción en la naturaleza jurídica de la *emptio spei* con respecto a la que señalan para la *emptio rei speratae*. Para Windscheid, por tanto, ambas compraventas estarían sometidas a una *conditio iuris* (por tanto no propiamente condicional). Para Bechmann la *emptio spei* no sería sino una forma particular de la venta de cosa futura (cuya naturaleza es para él condicional) pero con la particularidad que produce en el negocio la existencia de una cláusula especial por la que el comprador asume los riesgos de la venida a existencia de la cosa, el peligro de no cumplirse la condición. El contrato, para Bechmann, permanecería siempre imperfecto, subordinado a la condición de la existencia de la cosa. La diferencia que presenta el autor respecto al juego de la condición en la *emptio spei* y *emptio rei speratae* es la siguiente: en la primera, la condición sólo mira a la obligación del vendedor que estaría obligado a la entrega de la cosa en el solo caso de su existencia; por el contrario, en la *emptio rei speratae*, la condición afectaría a todo el contrato, tanto a la obligación del comprador de pagar el precio como a la del vendedor de entregar la cosa. Esta teoría, forzada para una

⁷ CALONGE, Alfredo. *Op. cit.*, páginas 205 y siguientes.

solución unitaria de la venta de cosa futura, no resulta en modo alguno convincente.

El mencionado profesor español critica a esta teoría, señalando que «la categoría de *conditio iuris* no puede ser aplicada a la *emptio rei speratae* como en su momento vimos, pero aún menos a la *emptio spei*, figura de naturaleza esencialmente aleatoria. La solución, más aguda, de Bechmann, no puede tampoco ser admitida. No es posible considerar el negocio condicionado y a la vez existente cuando falte la condición. La estructura de la *emptio spei* como contrato puramente aleatorio se halla en el polo opuesto a la del negocio condicional.

4.2. Se trata de una compraventa perfecta

Es una teoría sostenida por De Visscher y Ramella y se opone a la anterior.

Supone esta teoría que es una venta pura y simple, perfecta desde el momento inicial del contrato. Pero la misma no resulta acertada, ya que ambos autores, a decir de Calonge, «entienden por *emptio spei*, no propiamente tal, sino la *emptio rei speratae* contratada a todo riesgo que, por tanto, se convierte en contrato aleatorio por voluntad de las partes. En la *emptio spei* se da una aleatoriedad necesaria, no convenida, cuyo objeto es no una cosa futura, sino una cosa probable, la probabilidad misma, el puro azar».

4.3. Se trata de una compraventa de un derecho eventual de crédito

Según Calonge, esta teoría ha sido planteada por un reducido sector de la doctrina, entre los que se encuentran Cohn y Braun. No la considera acertada, a pesar de ser una figura próxima a la *emptio spei*, porque, antes de caracterizar a la *emptio spei*, por un proceso totalmente inverso, ha

sido la *emptio spei*, por analogía, la que ha llevado a configurar esta institución que propiamente sería una *emptio spei obligationis*.

4.4. Se trata de una compraventa de una determinada actividad

Sostiene Calonge que ha sido ésta una antigua teoría propuesta a principios del siglo XX por Fubini. Argumenta Fubini que se excluye que el álea sea el verdadero objeto del negocio, pues en tal caso se separaría del verdadero contenido económico del negocio para dar paso a una ficción jurídica y dado que la *emptio spei* no puede ser considerada más que como contrato de venta, la determinación de las obligaciones de las partes se presentaría clarísima, siempre que se considere como objeto del negocio una actividad determinada, actividad que debe ser dejada al arbitrio de las partes.

Esta teoría no ha encontrado eco en la doctrina.

4.5. Se trata de un arrendamiento de servicios

Según Calonge, esta teoría ha surgido de vez en vez en la historia del pensamiento jurídico. Los supuestos romanos del *iactus retis* y del *iactus missilium* suponían en la espiritualización del objeto en la compraventa el último grado. Ante la dificultad de esta figura, y al ver que, aparentemente, el precio dado por el comprador no era por la posibilidad de que algo saliera en la red o de que algo se cogiera en el tumulto, sino que era para que se lanzara la red o para que se intentara coger los *missilia*, se pensó que lo que se adquirió por el precio no era una esperanza, sino los servicios de una persona.

Sin embargo, esta posición es criticable, por cuanto, a decir del propio Calonge, en criterio que compartimos, a pesar de ser indudable que la *emptio spei* presenta una cierta

analogía con el arrendamiento de servicios, no puede confundirse con él, ya que la figura viene delineada o determinada desde Roma como *emptio*; resulta así que en Derecho Romano, si el vendedor no quiere lanzar la red o no quiere entregar lo capturado responde por la acción de compra, *ex emptio*, además de que no en todos los supuestos de *emptio spei* el vendedor debe realizar una actividad.

4.6. Se trata de una compraventa aleatoria

Esta posición resulta, sin lugar a dudas, la más difundida en la doctrina de los últimos dos siglos. Es también, como hemos visto, la que ha sido recogida por nuestra codificación civil anterior y por el propio Código Civil Peruano de 1984. Ocurre, a decir de Calonge, que la configuración romana como *emptio spei* o *emptio aleae* denota su naturaleza de compraventa aleatoria.

Esta es la teoría que ha sido asumida por la casi totalidad de autores consultados. Así, en primer lugar, unos autores contemplan la licitud de una compraventa de esperanza incierta y la distinguen de la compraventa de bien futuro conmutativa; y veremos también que otros la consideran un contrato aleatorio.

4.6.1. La compraventa de esperanza incierta es un contrato con caracteres propios (contrato de compraventa aleatoria de bien futuro)

Esta posición es asumida por un grupo numeroso de autores.⁸

⁸ BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, página 43; TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, página 274; DURANTON. *Op. cit.*, tomo VI, página 108; GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 187; LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XVI, página 105; tomo XXIV, página 104; LAROMBIÈRE, M.L. *Op. cit.*, tomo I, páginas 246 y 247; DEMOLOMBE, C.

4.6.2. La llamada «compraventa de esperanza incierta» es un contrato aleatorio

En lo que respecta a considerar a la llamada compraventa de esperanza incierta como un contrato aleatorio, encontramos que la mayoría de autores consultados coincide en señalar como válido este criterio.⁹

Debido a la naturaleza de contrato aleatorio, en el caso de la llamada «compraventa de esperanza incierta», el comprador estará obligado a pagar el precio bajo cualquier circunstancia, inclusive si el bien no llegase a existir, ya que se celebró un contrato enteramente aleatorio.

Esta opinión es compartida por la doctrina consultada.¹⁰

Op. cit., tomo XXIV, página 287; WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, página 237; LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil*, tomo VIII, volumen I, página 192; LAFAILLE, Héctor. *Curso de Contratos*, tomo II, página 48.

⁹ BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, página 43; DURANTON. *Op. cit.*, tomo VI, página 108; LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XVI, página 105; tomo XXIV, página 104; LAROMBIÈRE, M.L. *Op. cit.*, tomo I, página 247; COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, tomo II, página 438; DEMOLOMBE, C. *Op. cit.*, tomo XXIV, página 287; BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, página 93; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo III, página 13; REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, páginas 110 y 111; DEMOGUE, René. *Op. cit.*, tomo II, página 573; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo VI, página 306; VALVERDE y VALVERDE, Calixto. *Op. cit.*, tomo III, página 360; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Op. cit.*, tomo IV, página 371.

¹⁰ Véase MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, página 110; COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, tomo II, página 438; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo III, página 13; WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, página 237; MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo V, páginas 63 y 64; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, páginas 16 y 17; VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Op. cit.*, tomo III, página 360; LAFAILLE, Héctor. *Curso de Contratos*, tomo II, página 48; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, página 208; COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. BIGIO CHREM, Jack. *Op. cit.*, página 8.

En este punto, consideramos pertinente recordar las expresiones del

Doctor Manuel de la Puente y Lavalle (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa*, páginas 62 y 63), quien señala lo siguiente:

«El artículo 1536 del Código Civil habla de la asunción del riesgo por el comprador. Concediendo la expresión 'riesgo' el significado que realmente le corresponde, o sea la pura probabilidad de un perjuicio, lo que asume el comprador es la probabilidad de pagar la totalidad del precio aunque el bien futuro no llegue a existir. Este riesgo viene a ser el albur de perder que mencionan los Mazeaud pero recayendo únicamente en el comprador.

De otro lado, siendo la esperanza una actitud o un estado anímico en el cual se nos presente como posible lo que deseamos (primera acepción de la voz 'esperanza' del Diccionario de la Lengua Española), resulta prácticamente imposible que la esperanza sea materia de una compra, o sea de la adquisición de su propiedad. Para que el contrato de compraventa cumpla su verdadero rol se requiere que recaiga sobre la propiedad de un bien (cosa o derecho) y la esperanza no es un bien. Al respecto dice DEgni que el álea no puede ser objeto de la obligación del vendedor, porque a la compraventa, aunque sea considerada como contrato obligatorio esencial la obligación de dar una cosa, y ésta es la que el comprador quiere adquirir, y no el álea'.

Puede aceptarse, por lo tanto, que la *emptio spei*, por estar incluida en el Capítulo Segundo del Título I de la Sección Segunda del Libro VII del Código Civil, es una compraventa aleatoria, en la cual el álea está constituida por la probabilidad de que el comprador deba cumplir sus obligaciones como tal aun en el caso que el bien materia del contrato no llegue a existir.

Surge la dificultad técnica relativa a que la compraventa es un contrato esencialmente conmutativo, en el sentido que la entidad de las prestaciones es establecida al momento de celebrarse el contrato, de tal manera que las partes conocen desde este momento cuál es el contenido de sus respectivas obligaciones.

Esto, desde luego, no ha pasado desapercibido a la doctrina. Sobre el particular MESSINEO dice que parece fundada, a primera vista, 'la objeción de que, en cuanto la venta es contrato conmutativo, una venta aleatoria sería una especie de entidad contradictoria, pero, en último análisis, de tal premisa no se saca una suficiente construcción práctica, que justifique la opinión; en efecto, la única consecuencia de hacer de la *emptio spei* un contrato aleatorio, y no una venta, sería que las normas sobre la venta pueden ser aplicadas por analogía y no por relación directa. Lo que, como se ve, no resolvería la afirmada incompatibilidad entre los dos términos 'venta aleatoria', ya que al menos algunas reglas de la venta serían igualmente aplicables a la *emptio spei*, no obstante la afirmada diversidad de su naturaleza jurídica respecto a la venta ordinaria.'

Concluye MESSINEO diciendo, en opinión que participo plenamente que la *emptio spei* por su estructura y por los efectos que comparta, confirma, pues, su carácter de venta aleatoria».

Pero, a decir de Calonge, la original solución de configurar como *emptio* la institución, llevaba en sí, juntamente con la naturaleza de compraventa puramente aleatoria, el germen de una categoría nueva: los contratos aleatorios.

Es justamente en tal sentido que Messineo se ocupa de remarcar la contradicción que existiría en este supuesto en relación al contrato de compraventa, cuando señala que si la compraventa es un contrato conmutativo, la expresión «venta aleatoria» sería una especie de contradicción.

A decir de Messineo, citado por Calonge, de esto se seguiría la consecuencia de aplicar por analogía las normas de la compraventa —si la *emptio spei* se construye como contrato aleatorio— y no por relación directa.

Es por ello, según Calonge, que la *emptio spei*, por su estructura y efectos, confirma su carácter de venta aleatoria. Por tal razón, señala, no debe parecer extraño que una figura nacida como *emptio* mantenga ciertos caracteres propios de la compraventa, como no debe extrañar tampoco que por su especial naturaleza aleatoria no le sean aplicables otros, como responsabilidad por evicción y garantía de vicios ocultos.

4.7. Se trata de un contrato aleatorio

Calonge,¹¹ respecto de esta posición, elabora un interesante planteamiento que, por tratar de que llegue completo a nuestro lector, preferimos transcribirlo íntegro a continuación:

«En esta posición se encuentra el más nutrido grupo de autores (se refiere a los italianos). La doctrina italiana aun se ha planteado el problema de si la *emptio spei* debe ser considerada como un contrato aleatorio típico o por el contrario constituye un contrato aleatorio atípico, innominado. Estudiaremos, pues, estas dos soluciones separadamente:

¹¹ CALONGE, Alfredo. *Op. cit.*, páginas 209 y 210.

4.7.1. Contrato aleatorio atípico o innominado

Mantienen, entre otros, esta tesis Salis, Degni y Lipari. Salis presenta una complicada y profunda construcción de la *emptio spei*. Ante todo comienza por puntualizar que no es posible una distinción *emptio spei-emptio rei speratae* si no es atendiendo a la *voluntas contrahentium*. Sólo cuando el comprador se haya obligado al pago del precio en todo caso podrá decirse existente la *emptio spei* y esto siempre que la cosa no venga a la existencia pues si la cosa se produce, aun con la existencia de tal cláusula, el contrato resulta una *emptio rei speratae*. Aun añade Salis que la *emptio spei* aparece con un nomen iuris absolutamente inexacto del cual tradicionalmente están revestidas las más varias especies y figuras de contratos, que, presentándose originariamente bajo la forma de verdaderos y propios contratos de compraventa, pierden después tal característica por la falta de un elemento esencial. Características de la *emptio spei* son, para el autor, las siguientes: se presenta como cláusula adjunta a un contrato de compraventa, la cosa objeto del contrato debe ser aleatoria, finalmente, la cosa objeto del contrato no debe venir a la existencia. Sólo en esta hipótesis el contrato puede ser considerado autónomo: contrato atípico o innominado de naturaleza aleatoria.

No consideramos preciso refutar punto por punto la opinión de Salis a este respecto, que por otra parte presentamos en un escueto resumen suprimiendo todas las falsas deducciones que le llevan a tal solución. Carece su estudio de una visión histórica-jurídica del problema y la terminología propugnada adolece de falta de suficiente rigor técnico. La *emptio spei* queda en Salis recortada y desvirtuada. Propiamente no sería sino una *emptio rei speratae* contratada a todo riesgo y en el supuesto de no existencia de la cosa.

4.7.2. Contrato aleatorio típico

Son representantes caracterizados de esta postura en la doctrina italiana Gazzara y Rubino. Opina Gazzara que no hay razón para negar autonomía a la *emptio spei* y su carácter de contrato nominado encuadrado en una disposición legislativa (artículo 1472 del Código Civil Italiano). Y análogamente al anterior expresa su parecer Rubino.

Hasta aquí las palabras de Alfredo Calonge.

Por nuestra parte, debemos reiterar el parecer —ya expresado en ocasiones anteriores— en el sentido que la denominada *emptio spei* es un contrato aleatorio típico, pero no un contrato aleatorio típico distinto del contrato de compraventa.

Simple y llanamente se trata de una compraventa celebrada de manera aleatoria, conclusión a la que ha sido lenta y difícil la llegada de la doctrina de nuestra tradición jurídica, en la medida que se consideraba que era carácter esencial del contrato de compraventa el ser conmutativo y no se concebía su aleatoriedad.

De esta forma, cualquier idea que pretendiera relacionar a la compraventa con un eventual carácter de aleatoriedad, era visto con muchas suspicacias, y la generalidad de la doctrina intentó siempre elaborar las más diversas teorías, que conducían —todas ellas— a tratar de explicar que este acto no era una compraventa, y que —más allá de las disposiciones legales que le fueren aplicables— se trataba de un contrato distinto a la compraventa, precisamente por ser aleatorio.

Pero hoy sabemos que no es otra cosa que una compraventa que —excepcionalmente— tiene rasgos de aleatoriedad, supuesto que en relación al bien materia de este contrato abrió el camino para que luego la propia doctrina admitiese la existencia de otras compraventas aleatorias, como son algunos supuestos de venta de bien litigioso o de venta de bien en peligro de dejar de existir.

En conclusión, opinamos que hoy en día, y dentro de nuestro propio ordenamiento jurídico, la *emptio spei* es una compraventa aleatoria.

5. Formas de resolver el problema en caso existieran dudas acerca de si el contrato de compraventa celebrado es uno conmutativo, aleatorio o un acto que comparte rasgos de conmutatividad y aleatoriedad

Existe la posibilidad de que al encontrarnos frente a un contrato de compraventa de bien futuro, no tengamos claramente definido si se trata de una modalidad conmutativa o una modalidad enteramente aleatoria, o, incluso, que sea un supuesto conmutativo en cuanto a la existencia del bien, pero aleatorio en lo que respecta a su cuantía y/o calidad.

En tal sentido, la doctrina ha ideado diversos criterios destinados a resolver este problema, siendo los más importantes aquellos que pasamos a mencionar a continuación:

5.1. De acuerdo a las circunstancias que rodean a la celebración del contrato

Esta posición sostiene que para arribar a una conclusión se tendrán que apreciar las circunstancias que rodean a la celebración del contrato respectivo; y cuenta entre sus partidarios a Baudry-Lacantinerie y Saignat,¹² Barros Errázuriz,¹³ Planiol y Ripert¹⁴ y Rezzónico.¹⁵

¹² BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XII, página 299.

¹³ BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. *Op. cit.*, tomo II, páginas 370 y 371.

¹⁴ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, página 26.

¹⁵ REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, página 114.

5.2. De acuerdo al empleo de expresiones en sentido condicional

Dentro de esta posición, si se utilizan expresiones en sentido condicional, estaremos en presencia de una compraventa conmutativa; caso contrario será una compraventa aleatoria.

Este criterio es sostenido, entre otros autores, por Favre, Voët, Duranton, Pardessus y Troplong.¹⁶

5.3. De acuerdo al monto del precio

De conformidad a esta posición si el precio pactado es acorde al valor real del bien en el mercado, entonces estaremos frente a un contrato conmutativo; en cambio, si fuese notablemente inferior, se tratará de un contrato aleatorio.

Esta posición es compartida por numerosos autores, entre los cuales podemos citar a Mourlon,¹⁷ Guillaouard,¹⁸ Baudry-Lacantinerie y Saignat¹⁹ y Rezzónico.²⁰

5.4. De acuerdo a si se trata de una compraventa *ad mensuram* o *ad corpus*

Como veremos en nuestro estudio de los artículos 1574 a 1579 del Código Civil, el contrato de compraventa puede ser pactado ya sea sobre medida (*ad mensuram*) o en bloque (*ad corpus*).

En este sentido, si estuviésemos frente a un supuesto de compraventa de bien futuro, ello será fundamental para

¹⁶ TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, páginas 75, 76 y 275.

¹⁷ MOURLON, Frédéric. *Op. cit.*, tomo II, página 570 y tomo III, página 235.

¹⁸ GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 187.

¹⁹ BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XII, página 299.

²⁰ REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, página 114.

determinar si se trata de un acto conmutativo o de uno aleatorio.

La doctrina consultada²¹ coincide en señalar que si se estipuló un tanto por unidad o medida de extensión o cabida, se tratará de una compraventa conmutativa de bien futuro, en la medida que el precio a pagar será el resultado de la multiplicación del precio asignado a cada unidad de extensión o cabida, por el total de unidades que tenga el bien materia del contrato.

5.5. De acuerdo a si se estipuló comisión para un intermediario

René Demogue²² anota que en este caso si se hubiera estipulado comisión para un intermediario, entonces se tratará de una compraventa condicional (por lo tanto, conmutativa) de bien futuro.

5.6. De acuerdo al grado de conocimiento que se tenga de la probable futura existencia del bien

Como ha sido dicho anteriormente, resulta imposible predecir el futuro; en tal sentido, similares expresiones se extienden al hecho de si un bien va a llegar o no a tener existencia.

En tal virtud, Demogue²³ recuerda las palabras del profesor F. de Visscher, y considera que el carácter conmutativo o aleatorio del contrato de compraventa de bien futuro, dependerá de la situación de que se tenga una mayor o menor certeza (o grado de certeza) de que el bien realmente va a llegar a tener una existencia en el futuro. Dentro de tal orden de ideas, cuanto menor sea el grado de certeza, estare-

mos ante una compraventa aleatoria; y en tanto dicho grado sea mayor, se tratará de una compraventa conmutativa.

5.7. De acuerdo a si se ha convenido el pago íntegro del precio ante cualquier eventualidad

A decir de Lino Salis,²⁴ sólo cuando las partes hubiesen convenido que el comprador está obligado al pago del precio incluso en la hipótesis en la cual el bien no haya venido a tener existencia, se tratará de una compraventa aleatoria; en los demás casos, será una compraventa conmutativa.

5.8. Supuesto de duda insoluble

La doctrina francesa, basándose en lo establecido en el artículo 1602, segundo párrafo, del Código Napoléon, norma que establece que el vendedor está obligado a expresar con claridad a lo que se obliga; y cualquier punto oscuro o ambiguo se interpreta contra el vendedor, coincide en señalar que en la duda insoluble, debe decidirse contra el vendedor, vale decir que se trata de una compraventa de carácter conmutativo.²⁵

Pero también encontramos adhesiones a esta corriente de opinión en la doctrina argentina²⁶ y en la doctrina peruana.²⁷

²¹ Duranton (DURANTON. *Op. cit.*, tomo VI, página 108 y tomo IX, página 68) y Demogue (DEMOGUE, René. *Op. cit.*, tomo II, página 573).

²² DEMOGUE, René. *Op. cit.*, tomo II, páginas 874 y 875.

²³ DEMOGUE, René. *Op. cit.*, tomo II, página 875.

²⁴ SALIS, Lino. Citado por LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo III, páginas 14 y 15.

²⁵ En tal sentido pueden apreciarse las opiniones de Demolombe (DEMOLOMBE, C. *Op. cit.*, tomo XXIV, página 287), Larombière (LAROMBIÈRE, M. L. *Op. cit.*, tomo I, página 247) y Baudry-Lacantinerie y Saignat (BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XII, página 299).

²⁶ Rezzónico (REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, páginas 114 y 115) y Wayar (WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 241 y 242) son de este parecer.

²⁷ José León Barandiarán (LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo III, páginas 14 y 15) también era de esta opinión.

5.9. Nuestra posición

A pesar de no haber sido contemplado en nuestra legislación civil el principio establecido por el artículo 1602 del Código Civil Francés (lo que nos parece correcto), consideramos de plena aplicación esa regla, pero por razones totalmente diversas.

Dado que el contrato de compraventa es, fundamentalmente, conmutativo y no aleatorio, en la duda extrema, y luego de haber tratado de despejarla utilizando todos los criterios (que sean aplicables al caso concreto) contenidos en la enumeración anterior, debe entenderse que se trata de una compraventa conmutativa de bien futuro, y no de una compraventa aleatoria de bien futuro, o de «esperanza incierta».

Respecto de la interpretación de la duda, debemos decir, para culminar el análisis del punto, que todos los criterios esgrimidos anteriormente son válidos, pero deben ser aplicados, en el caso del Derecho Peruano, de conformidad con lo establecido por los artículos 168 a 170 del Código Civil, en especial por el 169, que establece que «las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras» y por el 170, que prescribe que las «expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto».²⁸

²⁸ Sobre este particular coincide con nuestra conclusión el doctor Manuel de la Puente, cuyas expresiones transcribimos (DE LA PUENTE Y LALLAVE, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa*, páginas 63 y 64):

«La línea que separa la *emptio rei speratae* de la *emptio spei* no es muy definida, de tal manera que, cuando los contratantes no son muy precisos en determinar la modalidad de la venta de cosa futura, pueden surgir, y surgen con frecuencia, dudas, frente a un caso concreto, respecto de la modalidad de que se trata.

La mayoría de los autores sostienen que se trata de una cuestión de interpretación para conocer la verdadera voluntad común de los contratantes. En efecto, la doctrina más extendida proporciona cuatro elementos para la interpretación de la ley, que suelen ser los mismos que los de in-

6. La venta de bien futuro, el caso fortuito, la fuerza mayor y la diligencia ordinaria requerida

Un tema digno de estudio es el relativo a si tendrían alguna relevancia las causales exoneratorias de responsabilidad reguladas por el Código Civil Peruano, vale decir si el incumplimiento se produce u origina por caso fortuito, fuerza mayor o si el deudor incumple a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias; todo ello, naturalmente, referido a la compraventa de bien futuro.

En otras palabras, buscamos expresar la inquietud en el sentido de si el hecho de que el bien no llegue a tener existencia, si se derivara de alguna de estas tres causas, traería como correlato la liberación del vendedor, incluso en el supuesto de compraventa de bien futuro enteramente aleatorio (la *emptio spei* del artículo 1536).

Podría pensarse que el contrato de compraventa de bien futuro aleatorio sólo está circunscrito a determinados riesgos que podríamos calificar como «atendibles». En este sentido, tenemos la opinión del Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, quien considera que de producirse un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor que condujera a que el bien no llegue a tener la existencia deseada, el caso fortuito

interpretación del acto jurídico, que son: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.

Si pese a esta labor hermenéutica no se pudiera establecer aún la modalidad de la venta, la doctrina aconseja que debe presumirse que se trata de una *emptio rei speratae* por ser un contrato conmutativo y, por ello, más conforme con la naturaleza del contrato de compraventa.

Pienso que este planteamiento es correcto, ya que si se ha llegado a la conclusión que la *emptio rei speratae* es un contrato obligacional de carácter conmutativo, es plausible que se prefieran los efectos de este contrato antes que los del contrato aleatorio, como es la *emptio spei*, que coloca al comprador en una posición de desventaja debido a la incertidumbre sobre su obligación de pagar el precio».

o fuerza mayor estaría excluyendo la responsabilidad al comprador de pagar, aunque el bien no llegue a existir.

Por nuestra parte, nos permitimos discrepar de la opinión del citado profesor, ya que consideramos que en el tema de la compraventa de bien futuro aleatorio no tienen relevancia el caso fortuito, la fuerza mayor, así como tampoco si el deudor incumplió a pesar de que actuó con la diligencia ordinaria requerida.

Creemos que el caso de la compraventa de bien futuro plantea, de por sí, la exclusión de la aplicación de los supuestos tradicionalmente exoneratorios de responsabilidad, ya que al tratarse de una modalidad contractual enteramente aleatoria, ello implica que las partes celebren el acto «a todo riesgo», vale decir ateniéndose a las consecuencias que se deriven sobre el bien futuro, sean cuales fueran las causas de las mismas. Ilustramos el tema con el clásico ejemplo de la cosecha; poco importará (dentro de una compraventa aleatoria) si dicha cosecha no llega a tener existencia en virtud de falta de diligencia del vendedor (culpa leve, culpa inexcusable o dolo) o si la misma no llega a existir por caso fortuito, fuerza mayor o a pesar de que el vendedor empleó toda la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

7. Compraventa de bienes existentes, pero en peligro de dejar de existir

El contrato de compraventa de bienes existentes pero en peligro de dejar de existir, es un supuesto ignorado por la inmensa mayoría de legislaciones, incluyendo la peruana, pues en ninguno de los Códigos Civiles que han regido en nuestro país se ha regulado el particular.

En realidad sólo hemos logrado ubicar dos Códigos Civiles que tratan sobre el tema: el Argentino y el Nicaragüense de 1903.

En efecto, el Código Civil Argentino contiene el artículo 1332, segunda parte, y los artículos 1406 y 1407 (todos ellos relativos al contrato de compraventa), que —a la letra— establecen lo siguiente:

Artículo 1332.- «Cuando se venden cosas futuras, tomando el comprador sobre sí el riesgo de que no llegaran a existir en su totalidad, o en cualquier cantidad, o cuando se venden cosas existentes, pero sujetas a algún riesgo, tomando el comprador sobre sí ese peligro, la venta será aleatoria».

Artículo 1406.- «Si fuese aleatoria por haberse vendido cosas existentes, sujetas a algún riesgo, tomando el comprador ese riesgo el vendedor tendrá igualmente derecho a todo precio, aunque la cosa hubiese dejado de existir en todo, o en parte en el día del contrato».

Artículo 1407.- «La venta aleatoria del artículo anterior, puede ser anulada como dolosa por la parte perjudicada, si ella probase que la otra parte no ignoraba el resultado del riesgo a que la cosa estaba sujeta».

Similar regulación que la del artículo 1406 antes transcripto, adopta el Código Civil Nicaragüense de 1903 en su artículo 2571:

Artículo 2571.- «Cuando se vendan cosas futuras, tomando el comprador sobre sí el riesgo de que no llegaran a existir en su totalidad, o en cualquiera cantidad, o cuando se venden cosas existentes, pero sujetas a algún riesgo, tomando el comprador sobre sí ese peligro, la venta será aleatoria».

Este caso nos coloca, paradójicamente, frente a un supuesto de contrato de compraventa de naturaleza aleatoria, que no es el tradicional de la esperanza incierta, ya analizado por nosotros en su oportunidad. Es decir, dicha compraventa sería un supuesto que vendría a romper la regla —siempre tenida como cierta— de que el contrato de compraventa es un contrato conmutativo cuando el bien objeto de la prestación del vendedor es un bien existente.

Respecto de la regulación que sobre el particular da el Código Civil Argentino, se pronuncian diversos tratadistas

de este país, como es el caso de Lafaille²⁹ y Rezzónico,³⁰ quien cita como ejemplo de esa situación el caso en que se venden los animales que una persona posee en un campo afectado por una inundación, una sequía o una peste, expuesto por ello a perecer; o cuando se compran mercaderías que deben llegar a Europa atravesando una zona minada, y el comprador asume tales riesgos (evidentemente el supuesto de Rezzónico se encuadraba en el marco de la Segunda Guerra Mundial).

Al comentar que esta venta aleatoria puede ser anulada como dolosa por la parte perjudicada, si ella probara que la otra parte ignoraba el resultado del riesgo a que la cosa estaba sujeta, expresa que esto quiere decir que si el vendedor sabía a la fecha del contrato que el riesgo había ya producido como resultado la pérdida total o parcial de la cosa vendida, su mala fe se castiga con la anulación de la venta, y la devolución del precio si estuviera pagado. Además, con la indemnización de los daños y perjuicios que sufra el comprador por consecuencia del dolo del vendedor, conforme a las normas generales sobre inejecución dolosa de las obligaciones.

Para Borda,³¹ bien entendido es que para que este resultado se produzca, resulta indispensable que el comprador tenga conocimiento del riesgo y lo asuma; si por el contrario, solamente el vendedor lo conocía, su ocultamiento configura dolo y es suficiente para demandar la nulidad del contrato. Y si el riesgo dependiera de un vicio oculto que tampoco el vendedor conocía, el comprador tendrá derecho a las acciones derivadas de los vicios redhibitorios.

Estima Borda que no es indispensable que el comprador asuma expresamente el riesgo; basta que se pruebe que

compró la cosa con pleno conocimiento del peligro y que pagó el precio sin ninguna observación sobre el punto, para tenerlo por asumido tácitamente.

Finalmente diremos que Spota³² y Wayar³³ también se pronuncian sobre el tema.

Resulta importante subrayar lo expresado por este último profesor, cuando afirma que para que estos contratos sujetos a riesgo produzcan plenos efectos, se requiere que el riesgo asumido por el comprador no haya provocado, al momento de cerrar el contrato, la destrucción total o parcial de la cosa; o, que habiendo provocado la pérdida o deterioro, esta circunstancia sea ignorada por la parte.

Nosotros, independientemente de la opinión de la doctrina argentina, consideramos que el artículo 1407 del Código Civil de ese país debe ser interpretado en el sentido de que se refiere a un caso en el cual el bien desaparezca luego de celebrado el contrato y que, al momento de la celebración del mismo una de las partes (por lo general será el vendedor) hubiera sabido que el bien correría, inexorablemente, esa suerte.

De lo contrario, si interpretásemos que el artículo 1407 se refiere a un supuesto en el cual el bien haya perecido antes o al momento mismo de la celebración del contrato, el acto no sería anulable por dolo, sino nulo por carecer de objeto.

De otro lado, debemos señalar que el Código Civil Italiano de 1942, con su artículo 1488, también trata, de manera distinta, pero con similares efectos, el caso materia de comentario.

La norma en mención señala lo siguiente:

Artículo 1488. - «Efectos de la exclusión de la garantía.— Cuando se excluye la garantía, no se aplican las disposicio-

²⁹ LAFAILLE, Héctor. *Curso de Contratos*, tomo II, página 48.

³⁰ REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, páginas 113 y 114.

³¹ BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, página 196.

³² SPOTA, Alberto G. *Op. cit.*, volumen IV, página 101.

³³ WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 240 y 241.

nes de los artículos 1479 y 1480; si se verifica la evicción, el comprador puede pretender del vendedor solamente la restitución del precio pagado y el reembolso de las costas.

El vendedor está exento también de esta obligación cuando la venta se ha convenido a riesgo y peligro del comprador».

Messineo³⁴, nuestro más conocido comentarista del Código Civil Italiano, señala al respecto lo siguiente:

Otro caso, similar (alude al contrato de compraventa de esperanza incierta o *emptio spei*), está constituido por la venta a riesgo o peligro del comprador, a que se refiere expresamente el párrafo del artículo 1488 [...]. La asunción del riesgo y peligro, por parte del comprador, la cual modifica el contenido de la obligación del vendedor, se resuelve en exonerar *ex lege* a ese vendedor de las consecuencias de la evicción (artículo 1488, párrafo) [...].

Pero el hecho de que el tema no esté contemplado en legislaciones de otros países, no quiere decir que no haya sido materia de estudio por parte de tratadistas a ellos pertenecientes (aunque no siempre dentro de la misma perspectiva). Es el caso de Demolombe,³⁵ el primero (dentro de los consultados) en tratar el tema. El nos dice que «Si el derecho del estipulante sobre la cosa, que le pertenece, no está completo, si él está, por ejemplo, sujeto a alguna causal de rescisión o de resolución, nada se opone a la validez de un contrato, por el cual el promitente se obligase a completar o a consolidar su derecho, haciendo desaparecer esta causal de rescisión o de resolución.

O los Mazeaud,³⁶ quienes se limitan a decir, luego de tratar el caso en el cual se haya contratado sobre una cosa

que ya hubiese desaparecido al momento de la celebración del contrato de compraventa (supuesto viciado de nulidad) que «Ocurre de modo distinto si el comprador, conociendo el riesgo de la desaparición de la cosa ha concluido una compraventa aleatoria».

En nuestra opinión, el Código Civil Argentino, en su artículo 1406 y quienes se ocupan del tratamiento del contrato de compraventa de un bien en peligro de dejar de existir al momento de la celebración de dicho contrato, sólo analizan una de las facetas que puede revestir el problema, vale decir, aquella consistente en ver en un pacto sobre un bien en peligro de dejar de existir, un contrato aleatorio, en otras palabras, que comprador y vendedor hayan contratado por un precio fijo y bajo ninguna modalidad, no interesando para la validez y eficacia del contrato celebrado si el bien continúa existiendo o deja de existir.

Y de lo que acabamos de decir, el lector podrá apreciar que hay un supuesto adicional que es susceptible de ser considerado, no como contrato aleatorio, sino como contrato conmutativo. Este caso consiste en que ambas partes, conscientes del riesgo por el que atraviesa —en el momento de la celebración del contrato— el bien que será objeto de la prestación de la obligación de dar del vendedor, celebren dicho acto, pero sujeto a la condición suspensiva de que el bien continúe existiendo una vez cesado el peligro que hacía dudar sobre la continuación de la mencionada existencia. En este caso, es evidente, estaremos frente a un contrato conmutativo, supuesto que deberíamos tomar como fundamental para aquellos contratos en los que hubiese duda acerca de si se celebró un contrato aleatorio o conmutativo, por las mismas razones que abonamos en el tratamiento de la duda acerca de si un contrato es uno de «compraventa de bien futuro propiamente dicho», o uno de la mal llamada «compraventa de esperanza incierta».

El problema que estamos analizando, puede revestir los mismos supuestos que el de los bienes futuros; sólo que en

³⁴ MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, tomo V, página 165.

³⁵ DEMOLOMBE, C. *Op. cit.*, tomo XXIV, página 290.

³⁶ MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, página 110.

el caso de estos últimos, las partes no conocen si el bien llegará o no a existir, y en tal entendido celebran un contrato conmutativo o aleatorio; y en el supuesto que estamos tratando, ambas partes conocen que el bien existe, pero lo que no saben es si seguirá existiendo o no, y de ello, también, se deduce, podrán celebrar un contrato conmutativo o aleatorio, en razón de las consideraciones antes señaladas.

Para ilustrar nuestra opinión vamos a citar un ejemplo.

Como es de público conocimiento, al inicio de las hostilidades entre Irán e Iraq, a principios de la década de los ochenta, uno de los puntos más disputados del teatro de operaciones, fue el puerto iraquí de Bassora, en el Golfo Pérsico. Y precisamente al inicio de las operaciones militares, un barco petrolero de bandera peruana se encontraba anclado en dicho terminal en espera de una operación portuaria. Como era de suponer dicho buque no pudo salir del mencionado puerto. Era también evidente que por la naturaleza del conflicto, la existencia misma del buque estaba peligrando, ya que podría ser destruido en cualquier instante. Si en esos momentos, al inicio de las operaciones militares o durante las mismas, el propietario del buque, la entonces línea naviera estatal Compañía Peruana de Vapores, hubiese celebrado un contrato de venta de dicho buque a un tercero, este contrato hubiera podido revestir dos características. La primera: aleatorio, si se pactaba un precio por el buque, precio que el comprador tendría que pagar de todas maneras a la C.P.V., se destruya o no el barco; y la segunda, conmutativo, si las partes sujetaran el contrato a la condición suspensiva de que luego de terminadas las hostilidades entre ambos países y cuando la zona dejase de ser un área de conflicto bélico, la nave continuara existiendo. Naturalmente, que en este caso, cabría, al igual que en el supuesto de compraventa de bien futuro sujeta a condición suspensiva, establecer en el contrato la asunción de algunos riesgos, como por ejemplo el de la calidad del bien (para el

caso citado) o el de la cuantía, si estuviésemos ante un supuesto en el que fuera de aplicación esta categoría.

8. Compraventa de bienes afectados en garantía, embargados o sujetos a litigio por cualquier causa

Como vimos anteriormente, el Código Civil Peruano de 1984 establece, en su artículo 1409, inciso 2, además de los bienes ajenos, a los bienes afectados en garantía, a los embargados y a los sujetos a litigio por cualquier causa como susceptibles de constituirse en objeto de una prestación derivada de una obligación contractual.

Si bien el mencionado cuerpo legal no incluye una norma expresa al respecto en lo relativo al bien materia de la venta, por ser un principio general, aquél es aplicable también al contrato de compraventa.

En síntesis, el Código Civil Peruano de 1984 permite que se vendan o se compren bienes que se encuentren en cualquiera de esas situaciones.

A pesar de tratarse de tres supuestos distintos, vale decir:

- (a) Bienes afectados en garantía;
- (b) Bienes embargados; y
- (c) Bienes sujetos a litigio por cualquier causa,

la mayoría de legislaciones que se ocupan del particular, tal como lo hace el Código Civil Peruano vigente, dan un tratamiento conjunto a los mismos.

Hemos logrado ubicar un buen número de Códigos y Proyectos que legislan expresamente acerca de los contratos en general sobre este tipo de bienes o acerca de la compraventa de los mismos.³⁷

³⁷ Los siguientes son los Códigos Civiles que hemos consultado y que legislan expresamente acerca de los contratos en general sobre bienes litigiosos

o gravados con algún derecho o acerca de la compraventa de bienes litigiosos o gravados con algún derecho:

— *Código Civil Peruano de 1852:*

Artículo 1344.- «Puede igualmente venderse la cosa litigiosa, siempre que se instruya al comprador de la naturaleza del estado del pleito sobre ella.

Por la venta de una cosa litigiosa no se perjudicará jamás la jurisdicción ordinaria, cualquiera que sea el fuero especial el privilegio del comprador».

— *Código Civil Argentino:*

Artículo 1174.- «Pueden ser objeto de los contratos las cosas litigiosas, las dadas en prenda, o en anticresis, hipotecadas o embargadas, salvo el deber de satisfacer el perjuicio que el contrato resultare a terceros».

— *Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926:*

Artículo 393.- «Puede igualmente venderse la cosa litigiosa, siempre que se instruya al comprador de la naturaleza y del estado del pleito sobre ella».

— *Código Civil Mexicano de 1927:*

Artículo 2126.- «La venta de cosa o derechos litigiosos no está prohibida, pero el vendedor que no declare la circunstancia de hallarse la cosa en litigio es responsable de los daños y perjuicios si el comprador sufre la evicción, quedando, además, sujeto a las penas respectivas».

Artículo 2127.- «Tratándose de la venta de determinados bienes, como los pertenecientes a incapacitados, los de propiedad pública, los empeñados o hipotecados, etcétera, deben observarse los requisitos exigidos por la ley para que la venta sea perfecta».

— *Anteproyecto Babiloni de 1929:*

Artículo 31.- «Sustituir los artículos 1174 y 1179, por el siguiente:

‘Son anulables los contratos que tuviesen por objeto la entrega de cosas litigiosas, dadas en prenda, o en anticresis, hipotecadas o embargadas, cuando se hubiera ocultado su condición al adquirente. Se aplicará en tal caso lo dispuesto por los artículos 28 y 29, si el contrato no se hubiera cumplido, sin perjuicio de las disposiciones especiales de este Código.

En el caso de que se hubiere pactado la entrega de dichas cosas manifestando su condición, el contrato será válido, pero pasarán al acreedor en la misma situación en que se hallaban al efectuarse el convenio’.

— *Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930:*

Artículo 1243.- «Contratos rescindibles.— Son rescindibles:

[...]

4. Los (contratos) que se refieran a cosas litigiosas cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes o de la autoridad judicial competente».

— *Proyecto de Código Civil Peruano de 1936:*

Artículo 1384.- «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también una esperanza incierta.

Igualmente, puede venderse la cosa litigiosa, si se instruyó al comprador del pleito sobre ella».

— *Código Civil Peruano de 1936:*

Artículo 1395.- «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también una esperanza incierta.

Igualmente, puede venderse la cosa litigiosa si se instruye al comprador del pleito sobre ella».

— *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936:*

Artículo 813.- «Serán anulables los contratos que tuvieren por objeto la entrega de cosa litigiosa, dadas en prenda o en anticresis, hipotecadas o embargadas, cuando se hubiere ocultado su condición al adquirente. Se aplicará en tal caso lo dispuesto por los artículos 810 y 811, si la convención no llegara a cumplirse, salvo reglas especiales de este Código.

Siempre que se hubiere pactado la entrega de tales cosas sin mediar dicha ocultación, el contrato será válido, pero ellas pasarán al acreedor tal como se hallaban al efectuarse el convenio».

Artículo 810.— «Si al contratarse una prestación imposible, sólo una de las partes conoció o debió conocer esa circunstancia, estará obligada a reparar el daño que hubiere sufrido la otra, por haber confiado en la validez del acto. Tal responsabilidad no podrá exceder del interés que tenía esa parte en el cumplimiento de la convención.

Estas disposiciones son aplicables al caso de imposibilidad parcial, o cuando el contrato fuere válido en parte».

Artículo 811.- «La imposibilidad no afecta la eficacia del contrato ajustado para el caso de que la prestación llegara a ser posible. Pero si hubiera sido permitida bajo otra condición suspensiva, o sujeta a plazo, también suspensivo, el contrato será válido, siempre que la imposibilidad desapareciera antes de cumplida la condición o de vencer el término».

— *Código Civil Italiano de 1942:*

Artículo 1489.— «Cosa gravada por cargas o por derechos de goce de terceros.— Si la cosa vendida está gravada con cargas o con derechos reales o personales no aparentes que disminuyan su libre goce y que no hayan sido declarados en el contrato, el comprador que no haya tenido conocimiento de ellos puede pedir la resolución del contrato o bien una reducción del precio de acuerdo con la disposición del artículo 1480.

Se observa además en cuanto sean aplicables, las disposiciones de los artículos 1481, 1485, 1486, 1487 y 1488».

— *Código Civil Portugués de 1967:*

Venta de bienes gravados.

Artículo 905.- «(Anulabilidad por error o dolo) Si el derecho transmitido estuviese sujeto a algunos gravámenes o limitaciones que excedan los límites normales inherentes a los derechos de la misma categoría, el contrato es anulable por error o dolo, si en el caso se verifican los requisitos legales de la anulabilidad».

Artículo 906.- «(Convalidación del contrato)

(1) Desaparecidos por cualquier motivo los gravámenes o limitaciones a que el derecho estaba sujeto, queda salvada la anulabilidad del contrato.

(2) La anulabilidad persiste, por lo tanto, si la existencia de los gravámenes

Sin embargo, como podemos apreciar, no todos los Códigos citados tratan el tema de una manera uniforme, ni en cuanto a técnica legislativa, ni tampoco en cuanto a la regulación en sí misma. En tal sentido hemos logrado hacer una clasificación en razón de tres criterios fundamentales:

- (a) Respecto a la ubicación del tema;
- (b) Respecto del tema en sí; y

o limitaciones ya hubiesen causado perjuicio al comprador, o si éste ya hubiera pedido en juicio la anulación de la compraventa».

— *Código Civil Guatemalteco de 1973:*

Artículo 1805.- «Pueden venderse las cosas futuras, antes de que existan en especie y también una esperanza incierta.

Igualmente, pueden venderse las cosas o derechos litigiosos, o con limitaciones, gravámenes o cargas siempre que el vendedor instruya previamente al comprador, de dicha circunstancia y así se haga constar en el contrato».

— *Código Civil Boliviano de 1976:*

Artículo 599.- «(Cosa gravada con carga o con derechos).

Si la cosa vendida está gravada con cargas o con derechos reales o personales no aparentes y no declarados en el contrato, el comprador que no haya tenido conocimiento de ellos puede pedir la resolución del contrato o la disminución del precio conforme al artículo 597».

Artículo 597.- «(Venta de cosa parcialmente ajena).

Cuando la cosa es sólo parcialmente ajena, el comprador puede pedir la resolución del contrato o el resarcimiento del daño, conforme al artículo anterior, si, de acuerdo a las circunstancias, el comprador no hubiera adquirido la cosa sin la parte de la cual no ha llegado a ser propietario. En caso contrario puede pedir la reducción en el precio además del resarcimiento».

— *Código Civil Peruano de 1984:*

Artículo 1409.- «La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre:

1. Bienes futuros antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley.
2. Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa».

— *Código Civil Paraguayo de 1987:*

Artículo 696.- «Son anulables los contratos que tuviesen por objeto la entrega de cosas litigiosas, gravadas o embargadas, si se hubiese ocultado su condición al adquirente».

- (c) Respecto de la solución que dan a los temas en cuestión.

En adelante la mencionada clasificación:

- (a) Respecto a la ubicación del tratamiento de estos temas, hallamos dos grupos muy definidos de Códigos Civiles:

- (a.1) Los que tratan el tema en la Parte General de Contratos; que son los siguientes:

Código Civil Argentino, Anteproyecto de Bibiloni de 1929, Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936, Código Civil Peruano de 1984, Código Civil Paraguayo de 1987.

- (a.2) Los que tratan el tema en la Parte relativa al Objeto del Contrato de Compraventa, son los siguientes:

Código Civil Peruano de 1852, Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926, Código Civil Mexicano de 1927, Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Italiano de 1942, Código Civil Portugués de 1967, Código Civil Guatemalteco de 1973, Código Civil Boliviano de 1976.

- (b) En cuanto al tema en sí, podríamos hablar de los Códigos Civiles que tratan específicamente de los bienes litigiosos, y de aquellos que tratan acerca de los bienes gravados:

- (b.1) Los Códigos que tratan acerca de la contratación sobre bienes litigiosos son los siguientes:

Código Civil Peruano de 1852, Código Civil Argentino, Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil Peruano de 1926, Código Civil Mexicano de 1927, Anteproyecto Bibiloni de 1929, Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930, Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Peruano de 1936, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936,

Código Civil Guatemalteco de 1973, Código Civil Peruano de 1984, Código Civil Paraguayo de 1987.

- (b.2) Los Códigos Civiles que tratan acerca de la contratación de bienes gravados con algún derecho o limitación, son los siguientes:

Código Civil Argentino, Código Civil Mexicano de 1927, Anteproyecto Bibiloni de 1929, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936, Código Civil Italiano de 1942, Código Civil Portugués de 1967, Código Civil Guatemalteco de 1973, Código Civil Boliviano de 1976, Código Civil Peruano de 1984, Código Civil Paraguayo de 1987.

- (c) En cuanto a la solución que los Códigos dan a los temas en cuestión, podemos decir lo siguiente:

- (c.1) Respecto de la contratación sobre bienes litigiosos existen algunos Códigos que la permiten, siempre y cuando el vendedor instruya al comprador sobre dicho carácter del bien. Es el caso de los siguientes cuerpos normativos:

Código Civil Peruano de 1852, Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926, Anteproyecto Bibiloni de 1929, Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (este Código sanciona el ocultamiento con la rescisión del contrato), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Peruano de 1936, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (este Proyecto sanciona el ocultamiento con la anulabilidad del acto), Código Civil Guatemalteco de 1973 (este Código además exige que dicha advertencia se haga constar en el contrato), Código Civil Paraguayo de 1987 (sancionando con anulabilidad el ocultamiento).

El Código Civil Peruano de 1984 simplemente se limita a permitir este contrato, sin hacer ninguna salvedad al respecto, mientras que el Código Civil Argentino resuelve el problema en el deber de satisfacer el perjuicio que

del contrato resultare a terceros por efecto del mismo, mas no hace mención a las consecuencias de haber ocultado tal situación al comprador.

- (c.2) Respecto de la contratación sobre bienes gravados con algún derecho o que sobre los mismos pesare alguna limitación, el Código Civil Guatemalteco de 1973 y el Código Civil Paraguayo de 1987 adoptan similar solución que aquella que la mayoría de Códigos consultados adoptan respecto de la venta de bienes litigiosos, es decir, que dicho contrato es válido siempre y cuando se instruya al comprador sobre la situación (jurídica) en la que se encuentra el bien; de otro lado, el Código Civil Argentino establece que el vendedor deberá satisfacer el perjuicio que del contrato resultare a tercero, pero, al igual que para el caso de la contratación sobre bienes litigiosos, no hace mención de las consecuencias de haber ocultado dicha situación al comprador; igual solución adopta el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936; el Código Civil Mexicano, simplemente señala que para el caso de venta de bienes empeñados o hipotecados deben observarse los requisitos exigidos por la ley para que la venta sea perfecta (artículo 2127); el Anteproyecto Bibiloni señala que son válidos dichos contratos, pero serán anulables cuando se hubiese ocultado tal condición al comprador; al igual que el Código Civil Portugués de 1967 (el mismo que permite expresamente que se salve en determinados casos dicho vicio, en el artículo 906 relativo a la convalidación del contrato); el Código Civil Italiano de 1942 adopta la resolución del contrato o una reducción del precio (tal como en el caso del contrato de compraventa de cosa parcialmente ajena, regulada en el numeral 1480), si es que dichas cargas no han sido declaradas en el contrato y el comprador no hubiese tenido conocimiento de ellas; igual solución adopta el Código Civil Boliviano de 1976.

El Código Civil Peruano de 1984 simplemente se limita a señalar que se puede celebrar un contrato de estas características.

A nivel de la doctrina, ésta se inclina mayoritariamente por señalar que es válida la contratación sobre bienes que se encuentren en cualquiera de las tres situaciones antes mencionadas.³⁸

Respecto del tratamiento que el Código Civil Peruano de 1984 otorga al particular, Arias-Schreiber³⁹ sostiene lo siguiente:

Nada impide tampoco, dentro del principio de la autonomía de la voluntad, que se contrate respecto de bienes ajenos o afectados en garantía, embargados o sujetos a litigio por cualquier causa. En efecto y entre las partes esta contratación será válida, sin perjuicio de los derechos que pueda tener el propietario para reivindicar los bienes, si fuesen ajenos, o del acreedor o litigante para hacer efectiva la garantía otorgada o el embargo decretado o exigir el cumplimiento del fallo, si así sucediere. Se advierte, de lo dicho, que este tipo de contratación es igualmente aleatoria, en la medida que existirá siempre el riesgo de que intervenga el propietario o aquéllos que tengan algún derecho real, embargo o litigio pendiente.

Desde luego que la situación entre las partes contratantes será distinta según se conozca o ignore que se está contratando respecto de bienes ajenos, afectados en garantía, embargados o sujetos a litigio. Si el que adquiere o contrata en estas circunstancias a sabiendas de ello, nada tendrá que reclamar a la contraparte. No existe, en efecto, mala fe por el

otro contratante. Distintos serán los efectos y consecuencias si existe dolo o engaño, pues en este caso funcionan las reglas sancionadoras de la mala fe contractual.

Respecto del contrato de bienes litigiosos, quisiéramos agregar algunos comentarios en lo que se refiere a su propia naturaleza jurídica.

Este contrato puede, como señala José León Barandiarán,⁴⁰ refiriéndose al artículo 1395 del Código Civil Peruano de 1936 (que permitía la compraventa de cosa litigiosa, si se instruye al comprador del pleito sobre ella), ser un contrato aleatorio:

Se reputa a esta venta como una esperanza incierta; siendo por lo tanto pura y de carácter aleatorio. El comprador debe pagar de todos modos el precio, asumiendo el riesgo derivado de la situación de incerteza inherente a la cosa, por hallarse en litigio. No se sabe, en consecuencia, de la firmeza del título del vendedor; el comprador puede encontrarse sin la cosa, si la *lite* se falla en contra del derecho invocado por el vendedor. El comprador al hacer la compra, continúa en el litigio hasta su conclusión, y en buena cuenta lo que adquiere es la esperanza de obtener una decisión judicial favorable. Asume, así el consiguiente riesgo. Para que se trate de un asunto litigioso se requiere, como se infiere de la propia denominación, que haya ya una controversia judicialmente planteada, con demanda y *litis contestatio*, no estando sentenciada definitivamente la controversia.

Advierte el dispositivo que debe haberse instruido al comprador del pleito sobre la cosa; es decir, que se trata de una cosa en litigio. El comprador debe, por lo tanto, comprar con conocimiento de que corre el álea acerca de lo que resuelve en definitiva, por concernir la cosa a una que se halla en estado de litigio. Si no fuera así, si el comprador no supiese que se trataba de una cosa litigiosa, ya no concertaría, desde su pun-

³⁸ FALCÓN, Modesto. *Op. cit.*, tomo IV, página 199; MACHADO, José Olegario. *Op. cit.*, tomo III, página 479; VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Op. cit.*, tomo III, página 240; LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, tomo VII, páginas 197 y 198; SPOTA, Alberto G. *Op. cit.*, volumen III, página 57; BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, página 93; SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Op. cit.*, tomo IV, página 556.

³⁹ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo I, página 68.

⁴⁰ LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo III, página 15.

to de vista, una *emptio spei*, habría actuado por error y, por ende, podría objetar el contrato, solicitando su anulación.

Pero sin embargo, también podría ser un contrato conmutativo, si es que las partes sujetan dicho acto a la condición suspensiva de que el bien, luego de terminado el litigio, quede libre de cualquier perturbación, la más importante de las cuales, evidentemente, sería la de si está en discusión si es o no de propiedad del vendedor.

En la duda extrema e insoluble, al igual que en los supuestos de compraventa de bien futuro y de esperanza incierta; y en la compraventa de bienes en peligro de dejar de tener existencia, debemos estar a que se trata de un contrato conmutativo, pues es este el carácter fundamental del contrato de compraventa, aunque nada impide que las partes puedan obligarse aleatoriamente.

Sobre este último punto expresa una Ejecutoria Suprema⁴¹ de 1873, que la venta de cosa litigiosa requiere que el vendedor instruya al comprador de la existencia del pleito. Otra Resolución Suprema⁴² apunta que el que compra derechos litigiosos sobre inmuebles cuyo deslinde se ha demandado, debe seguir el juicio en la misma vía ordinaria, aunque por razones particulares, anteriores a la venta, se hubiera pactado que todo asunto entre dicho comprador y los demandantes del deslinde, se debe solucionar por arbitraje.

En cuanto a los efectos sobre este tipo de contrato de compraventa, una Resolución Suprema⁴³ señala expresamente: «Es nula la venta de un inmueble en cuanto afecta el derecho hereditario de un menor cuya filiación se discute

⁴¹ ANALES JUDICIALES. Año 1873, página 38. En: GUZMÁN FERRER, Fernando. *Op. cit.*, tomo III, páginas 1594 y 1595.

⁴² ANALES JUDICIALES. Año 1906, página 428. En: GUZMÁN FERRER, Fernando. *Op. cit.*, tomo III, página 1594.

⁴³ ANALES JUDICIALES. Año 1962, página 72. En: GUZMÁN FERRER, Fernando. *Op. cit.*, tomo III, páginas 1594 y 1595.

judicialmente y la demanda ha sido inscrita en el Registro Público con conocimiento del comprador».

Por último, hemos encontrado también una Ejecutoria Suprema⁴⁴ que dice: «En la acción que se refiere al cumplimiento de un contrato que versa sobre cosa futura, no es exigible la presentación del recibo de pago del Impuesto al Patrimonio Predial no empresarial».

Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1536

Este artículo podría ser derogado.

Fundamento

El mismo que sustenta nuestra derogatoria de los artículos 1534 y 1535 del Código Civil.

⁴⁴ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, 11 de diciembre de 1977.

**PROMESA DE LA OBLIGACIÓN O DEL HECHO DE UN
TERCERO RELATIVA A LA EVENTUAL CELEBRACIÓN DE
UN CONTRATO DE COMPRAVENTA**

Artículo 1537.- «El contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472».

Fuentes nacionales del artículo 1537

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, el Código Civil de 1852, el Proyecto de Código Civil de 1890, así como tampoco en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, ni en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por la Comisión Reformadora de 1926.

Similar proceder siguieron el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936 y el Código Civil de 1936.

El tema recién fue abordado dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, en su artículo 11: «El contrato en virtud del cual una persona se obliga a obtener que

otra adquiriera la propiedad de un bien que ambos saben que es ajeno, se rige por lo dispuesto en el Capítulo XIII del Título [...]; en tanto el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hizo en el artículo 1567: «El contrato en virtud del cual una persona se obliga a obtener que otra adquiriera la propiedad de un bien que ambos saben que es ajeno, se rige por lo dispuesto en el Capítulo XIII del Título Tercero del Libro VI»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hizo en el numeral 1500: «El contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiriera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1433, 1434 y 1435».

Análisis

1. Consideraciones preliminares acerca de la pertenencia de los bienes y el contrato de compraventa

Jurídicamente se nos plantea un problema muy serio: el delimitar, para los efectos del Derecho, bajo qué criterios juzgar si un bien es propio o ajeno.

Para ello, podríamos recurrir a dos criterios, en cierta forma complementarios:

1.1. Criterio legal

Consiste en determinar, dada una situación de hecho, jurídicamente, si un bien pertenece en propiedad al patrimonio de una persona, de acuerdo a las normas vigentes que sobre la propiedad, sus modificaciones y modos de transmisión, recogen las leyes de un país.

De este modo podríamos establecer cuándo un bien se encuentra o no dentro del patrimonio de una persona.

Es obvio que para determinar el carácter propio o ajeno del bien, será absolutamente necesario realizar una ubica-

ción temporal del momento en el cual deseamos saber si un bien pertenece o no a una persona.

1.2. Criterio contractual

Podemos señalar que para este criterio son válidos los argumentos esgrimidos en el anterior, pero que en este caso resultará fundamental considerar la ubicación temporal en estricta relación con el momento en que se celebra el contrato; naturalmente será determinante precisar a cuál de las partes nos estamos refiriendo.

Pero cuando estemos frente a un contrato de compraventa, deberemos tener en cuenta algunos elementos adicionales.

Cuando se hace mención en el contrato de compraventa a si el bien es propio o ajeno, pueden darse diversos supuestos.

- Si el bien pertenece al vendedor, estaremos ante una compraventa común y corriente, que por esta circunstancia no nos plantea ninguna cuestión controvertida. Esta será, por lo tanto, una venta de bien propio, la misma que, a la vez, resulta ser una compra de bien ajeno.
- Si el bien pertenece al comprador, estaremos ante un supuesto de excepción que contemplan la doctrina y algunas legislaciones extranjeras. Este supuesto sí nos planteará interesantes consecuencias jurídicas. Es la llamada compra de bien propio.
- Si el bien que se vende no pertenece ni al comprador ni al vendedor sino a un tercero, ajeno al contrato, y entre este último y el vendedor no media contrato de mandato ni pacto alguno para que proceda a su venta, estaremos ante el típico supuesto de la venta de bien ajeno que es sumamente debatido por la doctrina y regulado por la gran mayoría de legislaciones de nuestra tradición jurídica. Lo recalcamos: en este supuesto será in-

dispensable que el bien no pertenezca a ninguna de las partes contratantes.

2. Existencia de los bienes corporales ajenos

El asunto podría visualizarse de dos modos: uno que se inclina por considerar que los bienes ajenos son aquellos que no perteneciendo al patrimonio de una determinada persona, ya tienen existencia material. Otro, en el sentido que deben considerarse dentro de los bienes ajenos, a aquellos que no se encuentren dentro del patrimonio de una persona, incluyendo en esta denominación, tanto a los bienes existentes, como a aquellos cuya existencia en el mundo material, aún no se ha producido, es decir lo que se entiende habitualmente por bienes futuros, definiendo a éstos como aquellos inexistentes en un determinado momento.

Pero si consideramos solamente una definición tan genérica como la primera de las señaladas, tropezaríamos con serios inconvenientes y llegaríamos a la conclusión de que solo los bienes presentes pueden ser clasificados en propios y ajenos. Es decir, que sobre los bienes futuros no cabría posibilidad de encontrar un bien ajeno y futuro a la vez o un bien propio y futuro a la vez. Rechazamos esta línea de pensamiento y nos inclinamos por la opinión contraria.

Los bienes no aparecen en el mundo material por generación espontánea, sino que en el caso de los seres vivos, éstos, desde el momento de su concepción hasta el de su nacimiento, sufren un constante proceso evolutivo que los transforma hasta llegar a tener las condiciones necesarias para ser seres individuales e independientes, en el caso de los animales, o adoptar el grado de desarrollo que les permita ser diferenciados en forma individualizada, en el caso de los vegetales.

Los productos minerales han sufrido y sufren, a veces lentas, y a veces rápidas modificaciones derivadas de la naturaleza misma, como los miles de años que ha tardado el

petróleo en ser tal, o los pocos momentos que tarda el agua en transformarse de su estado gaseoso al estado líquido o viceversa.

Por todo lo expuesto, es que consideramos sumamente difícil poder establecer con claridad meridiana y solamente con criterios objetivos, si un bien, en un determinado momento, puede o no ser considerado como existente o futuro.

Estimamos fundamental para establecer si un bien tiene tal carácter, hacerlo en estricta relación al contrato. Es así como si en un contrato estipulamos que una parte se obliga a entregar a otra el becerro que nazca de una vaca de su propiedad, celebrándose dicho contrato antes de que el becerro siquiera haya sido concebido por la vaca. En este caso, si tomamos el ejemplo con relación al momento de la celebración del contrato, podríamos llegar a concluir en que al no tener existencia ni siquiera una célula del bien materia del contrato, este bien es futuro. Creemos que el caso no admitiría mayores dudas.

Sin embargo, no consideramos al bien futuro como tal de acuerdo a este exclusivo criterio, pues estaríamos encuadrándonos dentro del marco teórico que rechazamos, sino que lo haremos en relación al contrato, apreciado globalmente. El becerro será calificado como bien futuro en virtud de dos elementos; el primero de ellos será considerar las características que el bien tiene al momento de la celebración del contrato; y el segundo será considerar las características previstas para el momento de la entrega del bien al otro contratante. Si es que el bien debe sufrir en el lapso comprendido desde la celebración del contrato hasta la entrega del bien, un proceso de transformación que altere notablemente el fin específico o la utilidad práctica a la que estaría destinado en relación al contrato, podríamos considerarlo un bien futuro.

En buena cuenta, podríamos llegar a la conclusión de que el hecho que un bien sea existente o no en un momento

determinado, es una característica que por si sola no lo hace presente o futuro, sino el requisito antes señalado.

Siguiendo con el ejemplo del becerro, podríamos señalar que si en el contrato se ha previsto la entrega del animal ya nacido, y si el contrato se celebra antes de su nacimiento, poco importará para considerar que es futuro, el hecho de si ha sido o no ha sido concebido aún, ya que en cualquiera de los dos casos el becerro, antes de su nacimiento, no podrá cumplir con las condiciones materiales características del bien señalado como objeto de la prestación contenida en la obligación materia del contrato.

Por otro lado, consideramos que para hablar de propiedad, es requisito fundamental que el bien exista, sea este corporal o incorporal. No podríamos hablar de propiedad respecto de algo inexistente. Sería absurdo.

Como ya hemos determinado que un bien puede ser — a la vez— existente y futuro, esto quiere decir que dada su existencia, podríamos considerar que un bien puede ser propio o ajeno (existente), a la vez que futuro; lo que permitiría, evidentemente, celebrar contratos sobre bienes que reúnan ambas características.

Es así como los conceptos de existente y futuro no son equivalentes.

Cuando tratamos acerca de bienes futuros que constituyen objeto de alguna prestación de una obligación contractual, será frecuente el caso en el cual nos encontremos frente a los supuestos de los artículos 1534 y 1535 del Código Civil, vale decir, ante la llamada «*emptio rei speratae*». Como sabemos, los supuestos de los mencionados artículos establecen que un contrato de estas características tiene sus efectos sujetos a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia.

Estimamos necesario aclarar que cuando estos artículos aluden a la existencia del bien, no lo están haciendo única y exclusivamente respecto a la existencia material del mismo. Si así fuera, podríamos encontrarnos frente a nume-

rosos contrasentidos, ya que como hemos visto, puede darse el caso de que se contrate sobre un bien futuro que tenga existencia material. La «existencia» de los artículos 1534 y 1535 es de naturaleza distinta a la antes mencionada. No alude a la material, sino a la consecución de la serie de requisitos que hemos señalado en párrafos anteriores.

En tal sentido, compartimos la opinión de Carlos Rogel Vide¹ cuando señala que además de constituir cosas futuras las inexistentes, «Indubitablemente, dentro de las cosas futuras entran aquellas que tienen una existencia en germen, que, en algún modo, nos muestran ya en proceso de formación su existencia futura, por ejemplo, la cría de un animal ya preñado o la cosecha de un fundo que ya ha germinado; se podría discutir si estas cosas tienen una realidad simplemente potencial o actual, mas, por cierto es que, para el Derecho, no gozan aún de una entidad propia.

Del mismo modo, formarán parte del concepto que estamos considerando, aquellas cosas que gozando de una existencia natural, no tuviesen una propia autonomía física. Pensamos en los frutos naturales pendientes, entendidos en un sentido amplio comprendiendo aquí también las plantas y los árboles todavía no talados (...).

Continuando con nuestro ejemplo habitual, sería perfectamente válido que «A» celebrarse un contrato con «B», por el cual «A» se comprometa a transferir a «B» la propiedad de un becerro que tiene 20 días de gestación en el vientre de una vaca perteneciente a «C», ajeno al contrato. Esta transferencia de propiedad, la efectuará «A» una vez nacido el becerro. En este caso, al momento de la celebración del contrato el bien existía, pero podría ser considerado como futuro y ajeno, pues no pertenecía al vendedor, más aún si es que, precisando el ejemplo, «A» y «B» conocían a plenitud el carácter ajeno del bien; y, por último, la vaca, madre del becerro, se hallaba perfectamente individualizada.

¹ ROGEL VIDE, Carlos. *Op. cit.*, páginas 45 y 46.

Para el caso ejemplificado, serían de aplicación, en forma concurrente, las reglas establecidas en el Código Civil para bienes ajenos y bienes futuros, presentándose los problemas consiguientes.

3. Existencia de los bienes incorporales ajenos

Si bien es cierto que el Código Civil Peruano de 1984, al tratar acerca de los bienes, engloba bajo la referida denominación a aquellos de carácter corporal y a aquellos de carácter incorporal, como hemos podido apreciar cuando efectuamos un breve análisis sobre el tema, ambas clases de bienes presentan ciertas peculiaridades que, definitivamente, nos llevan a concluir en que estamos hablando de realidades disímiles desde su esencia.

De ahí que si no hiciésemos esta precisión, a algunos podría extrañar el hecho de que tratemos por separado sobre la existencia de los bienes corporales y de la de los bienes incorporales.

Podríamos comprender dentro de los bienes de carácter incorporal, a los derechos reales y a determinados derechos crediticios especificados en el Código Civil de 1984.

Con respecto de los derechos reales, consideramos que no podríamos hablar de la existencia de los mismos, y por lo tanto de su titularidad (al tratar acerca de los derechos utilizamos el término titularidad en vez de propiedad, por ser más apropiado que este último) antes de que existan materialmente los bienes corporales en los que se originan. Por ejemplo, sería imposible hablar del derecho real de propiedad de un departamento en planos o de un becerro que ni siquiera ha sido concebido.

Con relación a los derechos crediticios, podremos hablar respecto de su titularidad solo cuando estos derechos hayan surgido para el Derecho.

Consideramos necesario puntualizar que cuando hablamos de un derecho ajeno, lo hacemos siguiendo los linea-

mientos previstos en páginas anteriores, cuando nos referimos acerca de los criterios legal y contractual, pero, en lugar de hablar de propiedad del mismo, nos estaremos refiriendo a su titularidad, además de las razones esgrimidas en líneas anteriores, porque la transferencia de un derecho puede revestir el más variado contenido, desde un derecho de propiedad, pasando por uno de posesión, hasta uno de crédito. Esta transferencia puede —inclusive— revestir las más variadas formas, tales como son los casos de la celebración de contratos típicos o los casos de cesión de posición contractual, etc.

4. Naturaleza jurídica del artículo 1537

La naturaleza jurídica del artículo 1537 del Código Civil Peruano de 1984 ha sido vivamente discutida desde su entrada en vigencia.

Dentro de tal orden de ideas, hemos logrado identificar dos posiciones distintas, a saber: que se trata de un contrato atípico; y que es una promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

En adelante el desarrollo de estas posiciones:

4.1. Contrato atípico

Esta posición es sostenida por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle² quien señala, fundamentalmente, que de la redacción del artículo 1537 no podría deducirse que este numeral contemple un supuesto de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, ya que solo se trata de un contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno; que en virtud de este enunciado no

² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*, primera parte, tomo III, páginas 439 a 441.

se está planteando la figura contractual de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, y que —por lo tanto— no se podría concluir en esta afirmación.

Los mencionados conceptos son hechos explícitos en la mencionada obra, cuando señala respecto del artículo bajo comentario lo siguiente:

Este artículo tiene una finalidad eminentemente didáctica. Se ha visto que la doctrina argentina [...] considera que la contratación sobre cosa ajena puede hacerse en dos formas diferentes: tomando el contratante la obligación de conseguir como resultado la transferencia del dominio de la cosa al otro contratante; y prometiendo el contratante emplear los medios necesarios para que la prestación se realice.

Dada la gran difusión que tienen los autores argentinos en nuestro medio, se formó el concepto que también según el régimen del artículo 1394 del Código Civil de 1936 la venta de cosa ajena podía realizarse, bien sea adquiriendo el vendedor la cosa y transfiriéndola él al comprador, o bien obteniendo que el dueño le transfiriera directamente al comprador [...].

A fin de precisar que la venta de bien ajeno supone necesariamente que el vendedor se obligue a nombre propio a transferir la propiedad del bien y que, para cumplir tal obligación, deba adquirirla y transferirla al comprador, no siendo, por lo tanto, venta de bien ajeno aquella en la que el vendedor manifiesta no ser dueño del bien y, no obstante, se obliga a que pase a ser de propiedad del comprador, el artículo 1537 establece que el contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno se rige con las reglas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, o sea que no es una venta de bien ajeno (La doctrina italiana ha distinguido la promesa del hecho del tercero y la venta de cosa ajena; quien vende la cosa ajena asume una obligación que tiene como objeto un hecho propio, consistente en la adquisición de la propiedad del bien; mientras que en el caso de la promesa del hecho del tercero la promesa tiene directamente por objeto el consentimiento del tercero propietario a la transferencia de la propiedad).

Se ha objetado que este artículo es innecesario pues basta con los artículos a la promesa de la obligación de un tercero. Sin embargo, debe tenerse presente que el artículo 1537 no contempla exactamente esta figura. (La cursiva es nuestra).

En efecto, el contenido del artículo 1537 puede graficarse de la siguiente manera: A se compromete a que B adquiera la propiedad de un automóvil que ambos saben que es de C. Pues bien, A no está prometiendo a B que C le va a transferir el automóvil, con cargo de indemnización (que sería la promesa de la obligación o del hecho de un tercero); sino que B adquirirá la propiedad del automóvil de C. Esto lo podrá cumplir A, ya sea adquiriéndolo él el automóvil de C y transfiriéndolo a B (no sería venta de bien ajeno por cuanto ambas partes sabían que el automóvil era de C y no de A), o ya sea obteniendo que C lo transfiera directamente a B.

Lo importante del artículo 1537 del Código Civil es que ambas partes conocen que el bien no es de propiedad de A, no obstante lo cual este se compromete a que B lo adquiera. Como B sabe que para ello se requiere que A obtenga el asentimiento de C, bien sea para transferir el automóvil a A o bien para transferirlo directamente a B, dándose un supuesto similar al de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, es que se hace la referencia a los artículos 1470, 1471 y 1472.

Debo admitir, sin embargo, que la falta de claridad de la Exposición de Motivos del artículo 1537, imputable exclusivamente a mí, puede haber dado pie a la objeción que comento.

Hace poco tiempo el Doctor De la Puente³ ha profundizado el criterio de que el sentido del artículo 1537 del Código Civil Peruano es el de un contrato atípico.⁴

³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa*, páginas 76 a 79.

⁴ «Se acaba de ver que una de las ideas que gobiernan el sistema peruano sobre la compraventa de bien ajeno es que *el comprador no debe conocer que el bien es ajeno*.

La razón de ser de este sistema es, como lo he expresado en otro trabajo, precisar que la compraventa de bien ajeno presupone necesariamen-

te que el vendedor, no obstante saber que el bien es ajeno, se obligue a nombre propio a transferir al comprador la propiedad del bien y que, para cumplir esta obligación, deba adquirirlo del verdadero dueño, no siendo, por lo tanto, venta de bien ajeno aquella en la que el vendedor manifiesta no ser dueño del bien y, no obstante, se obliga a que pase a ser de propiedad del comprador. Con tal finalidad, el artículo 1537 establece que el contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas partes saben que es ajeno se rige por las reglas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, que es un contrato distinto al de compraventa de bien ajeno.

En efecto, tomando en consideración que el sistema peruano de transmisión de la propiedad es el del título y el modo, si bien el modo de ambos contratos pueda ser similar, o sea la entrega al comprador del bien, el título es distinto en cada uno de ellos, pues en el primero es la promesa hecha por el promitente al promisorio del acto de un tercero y en el segundo es la obligación de transferir la propiedad asumida por el propio vendedor frente al comprador.

No es posible que el comprador celebre un contrato de compraventa, que por su naturaleza contiene la obligación a firme del vendedor de transferirle la propiedad del bien, si sabe que el vendedor sólo se está obligando, en realidad, a gestionar que un tercero le transmita el bien para entregarlo luego al comprador. Sólo si el comprador ignora tal situación celebra el contrato con buena fe.

Por estas razones, el sistema peruano sobre compraventa de bien ajeno, apartándose de otros sistemas extranjeros sobre el mismo tema, ha considerado conveniente dejar claramente de manifiesto que para que se trate ciertamente de tal contrato se requiere que el comprador ignore que el bien no pertenece al vendedor y, con esa finalidad, el codificador ha redactado el artículo 1537 del Código Civil.

Puede parecer extraño que este artículo, que versa sobre un contrato que no es de compraventa, figure en el Título I de la Sección Segunda del Libro VII del Código Civil, que se refiere al contrato de compraventa. La razón de esta ubicación se encuentra, exclusivamente, en un propósito didáctico, esto es poner claramente de manifiesto, antes de tratar sobre el contrato de compraventa de bien ajeno, que el contrato regulado por dicho artículo no es uno de esta clase, sino uno innominado sujeto a un régimen distinto, como es el régimen de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Radicando la originalidad del sistema peruano en que el comprador debe ignorar que el bien no pertenece al vendedor, se ha querido destacar, antes que nada, que si el comprador conoce este hecho al momento de celebrar el contrato, este contrato no es de compraventa de bien ajeno.

El autor peruano CASTILLO ha opinado que es innecesaria la inclusión del artículo 1537 en el Código Civil pues bastaba con los artículos relativos a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Conviene estudiar con todo interés esta opinión por provenir de un experto en la materia, que ha escrito un libro que versa precisamente sobre los contratos sobre bienes ajenos.

Los artículos 1470, 1471 y 1472 del Código Civil tienen la siguiente redacción:

Artículo 1470.- Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente.

Artículo 1471.- En cualquiera de los casos del artículo 1470, la indemnización tiene el carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero.

Artículo 1472.- Puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización.

Debe destacarse, en primer lugar, que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es un contrato. Ello se deduce no sólo de la ubicación de los citados artículos en la Sección correspondiente a los contratos en general, sino también porque el artículo 1470 identifica al promisorio o estipulante como el 'otro contratante', o sea como una de las partes de un contrato.

No es el presente Estudio el lugar adecuado para tratar *in extenso* sobre la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, por lo cual me voy a limitar a exponer lo que, en mi opinión, es su esquema:

- a) El promitente y el promisorio celebran la Promesa, que es un contrato que puede ser con prestaciones recíprocas, con prestaciones autónomas o con prestación unilateral.
- b) Una de las obligaciones, por lo menos, que asume el promitente frente al promisorio es la obligación principal de medios en virtud de la cual se compromete a actuar con la diligencia ordinaria requerida a fin de persuadir al tercero para que asuma una obligación frente al promisorio o cumpla un hecho en su favor, lo que en adelante se llamará 'la promesa del hecho ajeno'.
- c) Si el promitente persuade al tercero, quedará cumplida su promesa del hecho ajeno.
- d) Si el promitente no persuade al tercero, deberá ejecutar a favor del promisorio una determinada prestación accesoria o sustitutoria, que se precisará en la Promesa.
- e) Si el promitente no actúa con la diligencia ordinaria requerida en el cumplimiento de su obligación principal o en la ejecución de la prestación sustitutoria, deberá indemnizar al promisorio los daños y perjuicios que con ello cause.
- f) Si la promesa del hecho ajeno no se cumple por imposibilidad del tercero, el promitente queda liberado de su obligación principal y de su prestación sustitutoria, sin responsabilidad alguna.

Puede observarse que el mecanismo de este contrato parte de la obligación principal de medios (hacer lo posible pero sin garantizar el resultado) asumida por el promitente de intentar persuadir al tercero para que asuma una obligación frente al promisorio o ejecute un hecho en su favor, como podría ser transferirle la propiedad de un bien suyo.

Esta es la única obligación principal del promitente en el contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero. El promitente no se

4.2. Promesa de la obligación o del hecho de un tercero

En nuestro primer trabajo al respecto,⁵ sosteníamos

obliga a persuadir al tercero para que asuma una obligación o ejecute un hecho a favor del propio promitente.

El artículo 1537 del Código Civil cubre una situación más amplia pues comprende también la transferencia de la propiedad del bien hecha por el tercero a favor del promitente, lo que permitirá a éste retransferirla al promisorio, posibilidad que no está contemplada en el contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Se trata, en realidad, de un contrato innominado, o mejor dicho atípico, esto es que no tiene una disciplina legal propia.

Para mayor claridad, permítaseme presentar un ejemplo. En virtud del contrato a que se refiere el artículo 1537, 'A' se compromete a obtener que 'B' adquiera la propiedad de un automóvil que ambos saben que pertenece a 'C'. Pues bien, este resultado se puede obtener de dos maneras distintas. Una de ellas es que 'A' gestione ante 'C' que éste transfiera a 'B' la propiedad del automóvil (que es el caso de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero), y que tenga buen éxito en su gestión. La otra manera es que 'A' gestione ante 'C' que éste transfiera directamente al propio 'A' la propiedad del automóvil, que tenga buen éxito en su gestión y que, por ello, esté 'A' en aptitud de transferir a 'B' la propiedad del automóvil.

En ambos casos la obligación de 'A' es *gestionar* (obligación de medios y no de resultado) ante 'C' la obtención de la transferencia a 'B' de la propiedad del automóvil, o sea que depende del buen éxito de la gestión de 'A' que 'B' adquiera la propiedad del automóvil.

En estas condiciones, resulta adecuado que en ambos casos, debido a la similitud de las obligaciones del promitente, se apliquen las mismas reglas, tanto más cuanto que estas reglas se encuentran claramente desarrolladas en los artículos que versan sobre el contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Este contrato es tan obligatorio como el contrato de compraventa y vela muy efectivamente los intereses del comprador.

La sola existencia del Título XI de la Sección Primera del Libro VII del Código Civil no es suficiente, pues, para resolver el problema que plantea el artículo 1537 del mismo Código.

Hasta ahora se ha contemplado la hipótesis de que ambas partes contratantes, o sea el promitente y el promisorio, saben que el bien es ajeno ¿Qué ocurre si sólo el promisorio lo sabe y el promitente lo ignora?

Pienso que en tal caso, muy poco común, se estaría en presencia de un contrato de compraventa (porque el vendedor creería que estaba vendiendo un bien propio) susceptible de anulación por error del vendedor.»

⁵ CASTILLO FREYRE, Mario. *Los Contratos Sobre Bienes Ajenos*. páginas 158 a 165.

que los elementos del supuesto planteado por el artículo 1537 del Código Civil, eran los siguientes:

- (a) Ambos contratantes saben que el bien materia de la prestación objeto de una obligación de dar, es ajeno;
- (b) Ambas partes acuerdan conscientemente que una de ellas se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de este bien ajeno;
- (c) Este compromiso se registrará de acuerdo a los artículos 1470, 1471 y 1472.

Como es evidente, en el caso del artículo 1537, no estamos frente a un contrato de compraventa de bien ajeno; es más, no estamos frente a un supuesto de compraventa. Por lo tanto, esta norma nunca ha debido ser incluida dentro del Título relativo al contrato de compraventa, puesto que constituye un caso de promesa de la obligación o del hecho de un tercero; un caso más de los que son susceptibles de comprender los artículos 1470, 1471 y 1472. Es evidente que la naturaleza jurídica de ambas figuras (la compraventa y la promesa de la obligación o del hecho de un tercero), difiere sustancialmente.

Pero veamos si existe o no alguna relación entre la promesa de la obligación o del hecho de un tercero y los contratos sobre bienes ajenos.

La mayoría de los Códigos Civiles consultados no contempla como una institución perfectamente definida, a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Es más, esta denominación recién ha sido adoptada con el correr de los años. Anteriormente era considerada como un pacto o contrato innominado que contenía una típica obligación de «doy para que hagas».

Sin embargo, y para evitar interpretaciones equivocadas, cabe aclarar que esta figura viene siendo contemplada legislativamente desde el Código Civil Francés, el cual, en su artículo 1120, señala lo siguiente:

Artículo 1120.- «No obstante, cabe garantizar la obligación de un tercero, prometiendo el hecho de éste; salvo indemnización contra aquel que haya garantizado o que haya prometido que se ratificará, si el tercero se niega a mantener la obligación».

Esta figura, que fuera recogida más tarde por otros Códigos Civiles,⁶ no ha merecido unánime interpretación en lo referente a sus alcances.

Como señala Manuel de la Puente y Lavalle,⁷ respecto del contenido de la obligación del promitente, se dieron varias teorías, de las cuales, básicamente interesan las siguientes: aquella sostenida por Messineo y Planiol y Ripert, en el sentido que el promitente no está ofreciendo la obligación a cargo del tercero, sino que está ofreciendo un hecho propio, una actividad propia, de obtener la asunción de la obligación por el tercero, de lo que se deduce que para esta teoría, el objeto de la promesa es una obligación de hacer que asume el promitente. También nos interesa aquella sostenida por Stolfi y Allara en el sentido que la obligación del promitente solo se cumple cuando el tercero, a su vez, cumple con su obligación, en otras palabras, consistiría en una obligación de procurar el hecho del tercero.

El Perú regulaba expresamente esta figura, aunque sin denominarla como en la actualidad, en el Código Civil de 1936,⁸ en el numeral 1337, de texto siguiente: «Se puede

⁶ Código Civil Chileno, Código de las Obligaciones de Suiza de 1912, Código Civil Argentino, Código Civil Italiano de 1942, entre otros.

⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato Privado*, tomo II, páginas 278 y 279.

⁸ Algunos de los Códigos Civiles latinoamericanos más modernos ya contemplan esta institución como tal. Es el caso del Código Civil Boliviano de 1976, que en su artículo 531 la regula como promesa de la obligación o el hecho de un tercero; el Código Civil Peruano de 1984, que en sus artículos 1470 a 1472 la regula como promesa de la obligación o del hecho de un tercero; el Código Civil Paraguayo de 1987, que en sus artículos 730 y 731 la regula con el nombre de contrato a cargo de tercero; y el Proyecto de Có-

prometer el hecho de un tercero, con cargo de indemnización si éste no cumple».

Para esclarecer lo dicho y el alcance del artículo 1537 del Código Civil de 1984, consideramos pertinente ilustrar el tema con dos ejemplos acerca de la transferencia de propiedad, tema directamente relacionado con los artículos bajo comentario.

El primero de nuestros ejemplos será de una promesa de la obligación de un tercero.

Carlos, que es amigo de Juan, le promete que José, propietario de un bien mueble que Juan está interesado en comprar, se obligará a transferirle su propiedad (se lo venderá) en el plazo de cinco días, contados a partir de la fecha de la promesa.

Si José no se obliga dentro del término estipulado para con Juan a transferirle su propiedad, entonces Carlos habrá incumplido con lo que ofreció a Juan (su promesa). En este caso, de acuerdo al artículo 1470, Carlos estará en la obligación de indemnizar a Juan, por efectos del referido incumplimiento.

Nuestro segundo ejemplo versa sobre una promesa del hecho de un tercero.

Carlos, que es amigo de Juan, le promete que José propietario de un bien mueble que Juan está interesado en comprar, le transferirá efectivamente su propiedad (a través de la entrega, de acuerdo al artículo 947 del Código Civil), en el término de cinco días, contados a partir de la fecha de la promesa.

Si José no se obliga, o si se obliga, pero no transfiere a Juan la propiedad de la cosa en el plazo estipulado, entonces Carlos habrá incumplido con lo que ofreció a Juan (su promesa). En este caso, al igual que en el ejemplo anterior,

digo Civil Brasileño de 1984, que en sus artículos 439 y 440 la regula bajo el nombre de la promesa del hecho del tercero.

y de acuerdo al mismo artículo 1470, Carlos estará en la obligación de indemnizar a Juan, por efectos del referido incumplimiento.

Como podemos deducir, la figura de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, es aplicable a la casi totalidad de contratos en la legislación civil vigente en el Perú.

De lo expuesto también podemos deducir que frente a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, como es susceptible de comprender a múltiples contratos, no puede confundirse la naturaleza jurídica del contenido de la promesa (el contrato) con la promesa misma, que vendría a constituir un mecanismo contractual útil para facilitar la celebración de otros contratos.

Una cosa es que yo prometa a Julio que Jorge le va a vender su automóvil, y otra —muy diferente— es cuando este último se obliga a transferírselo. Es evidente que solo hay contrato de compraventa en este caso y que en el primero lo que hay es la promesa de una obligación de un tercero.

Hemos llegado a la conclusión de que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es perfectamente independiente de la naturaleza de cualquier otro contrato.

Pero debemos definir qué es la promesa de la obligación o del hecho de un tercero y determinar su naturaleza jurídica, para ver si estamos o no frente a un contrato.

El Código Civil de 1984 define al contrato en su artículo 1351 como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Debemos ver, entonces, si la promesa de la obligación o del hecho de un tercero encuadra o no dentro de esta definición.

Esta figura se encuentra ubicada en el Código Civil en el Título XI de la Sección Primera, Contratos en General.

Con frecuencia se sostiene que no es en sí misma un contrato sino un mecanismo contractual, ya que con su utilización, muchas veces se encaminan ambas partes (promitente y promisorio) a que un tercero, ajeno a la relación contractual, se obligue o contrate con el promisorio.

Pero como en el caso mencionado, el contenido de la promesa hecha por el promisorio es la celebración de un contrato, podría también no serlo.

De esto concluimos en que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, si bien puede ser en algunos casos un «mecanismo contractual», es algo más.

Entonces ¿Qué es?

Es un acuerdo de por lo menos dos voluntades destinado a crear una relación jurídica de carácter patrimonial. Es un contrato: el contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Como ya vimos, la relación jurídica a que vaya a dar lugar la promesa podría ser o no de carácter patrimonial pero, sin duda alguna, el beneficio directo o indirecto que daría al promisorio la ejecución de la promesa hecha por el promisorio, traerá a aquel beneficios susceptibles de ser apreciados económicamente, lo que inclusive, se pone en evidencia al haber contemplado nuestro Código Civil una prestación sustitutoria, en caso de que no se produzca o no se materialice lo prometido. Y aún más, el Código en su artículo 1472 establece que esta prestación sustitutoria puede pactarse de modo anticipado.

En la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el promisorio se compromete a una obligación de resultados (si asumimos por un momento esta errónea clasificación empleada a menudo por la doctrina), a obtener que el tercero haga algo, pero en esta obligación de resultados, va implícita una de medios, por la cual el promisorio deberá realizar una labor, sea cual fuere ésta, para conseguir del tercero lo prometido al promisorio.

Sin lugar a dudas, existe una estrecha relación entre el contrato de venta de bien ajeno y la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Para no dejar suelta una idea que luego nos podría traer dudas, vamos a analizar qué es lo que implica el contrato de venta de bien ajeno en estricto; es decir, cuando

comprador y vendedor conocen que el bien no pertenece a este último.

¿Qué implica que el vendedor se obligue frente al comprador a transferirle la propiedad de ese bien?

¿Qué espera ese comprador al aceptar la obligación del vendedor, sabiendo que al momento de contratar, no tiene la facultad de transferirle la propiedad del bien?

El vendedor, como ya lo expresamos antes, se obliga a transferir, él mismo, al comprador, la propiedad del bien, y el comprador es consciente de que adquirirá su propiedad porque el vendedor se la transferirá, y no en virtud de un título distinto.

Es por esta claridad en la figura, que descartamos anteriormente sea una de promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Es un contrato de compraventa.

Pero sin embargo, vamos a tocar ciertos aspectos del tema que son, a nuestro entender, los que hacen que se confundan ambas figuras.

Al contratar una venta de bien ajeno en estricto, el comprador confía en que el vendedor será capaz de lograr que el tercero, entonces propietario del bien, transfiera previamente a este último su propiedad, ya sea por medio de un contrato que genera la obligación de transferir propiedad o por otra causa.

Obviamente, si el comprador contrata en esas condiciones, es porque confía en que el vendedor logrará que el tercero le transfiera la propiedad de ese bien.

De ocurrir alguno de los supuestos señalados, el vendedor se hallará apto para transferir al comprador la propiedad del bien, pues ya será propietario del mismo.

Una vez más, nos reafirmamos en la existencia del contrato de venta de bien ajeno en estricto, y lo distinguimos de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, admitiendo que si ese tercero no se obliga o no hace ningún acto para que el vendedor se convierta en propietario del bien,

este no podrá cumplir con aquello a que se ha obligado en el contrato de compraventa.

Por lo tanto, en el contrato de venta de bien ajeno, la labor del tercero también resulta indispensable para que el vendedor pueda cumplir con sus obligaciones nacidas de ese contrato.

En caso que el bien vendido sea ajeno y el comprador conozca tal situación, el vendedor, para cumplir con su obligación deberá, obviamente, transferirle la propiedad de ese bien y —para ello— haber logrado previamente que el propietario, al momento de la celebración del contrato con el comprador, se la transfiera con posterioridad a dicha celebración.

En estos casos, podría caber la equivocada interpretación de asimilar esta figura a la de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, pues aquí el comprador sabe que la cosa es ajena y que el vendedor debe transferirle su propiedad.

Naturalmente cabría que un caso similar encuadre dentro de lo que constituye la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, pero la naturaleza de ambas figuras, lo reiteramos, es distinta.

Retornando a nuestros comentarios acerca del artículo 1537, podríamos sostener que esta norma comprende dos supuestos:

- (a) La promesa de la obligación de la venta de un bien ajeno al promisorio por parte del tercero, propietario del bien al momento de la celebración del contrato previsto en el artículo 1537; y
- (b) La promesa del hecho del tercero, propietario del bien, consistente en la efectiva transferencia de propiedad del bien que este tercero deberá realizar al comprador, después de haberse obligado con este a transferírsela.

La promesa a la que hemos hecho referencia la efectúa en el supuesto del artículo bajo comentario, el promitente, contratante que de ninguna manera podríamos denominar como vendedor, pues en el supuesto analizado, la propiedad

del bien la transferirá, si así fuese su voluntad, el tercero, propietario del bien y ajeno al contrato celebrado, de acuerdo al artículo 1537, pero ello en virtud de un nuevo contrato: este sí de compraventa.

La redacción del artículo 1537 del Código Civil Peruano ha estado inspirada en el artículo 1478, primer párrafo, del Código Civil Italiano de 1942, precepto que estipula que: «Si en el momento del contrato la cosa debida no era de propiedad del vendedor, éste está obligado a procurar su adquisición al comprador», y que lleva como sumilla «Venta de cosa ajena».

La norma del Código Civil Italiano difiere sustancialmente del artículo 1537 del Código Civil Peruano, ya que el artículo 1478 no distingue el hecho de si el vendedor promete la obligación o el hecho de un tercero (el propietario del bien), o si se está obligando a efectuar un acto propio: el de transferir, él mismo, la propiedad del bien al comprador, o lograr que el comprador la adquiera en virtud de una vía diferente.

Pero lo que consideramos muy claro, es que en el Código Civil Italiano, el vendedor está obligado a transferir la propiedad. Lo que ocurre, es que se establece en su favor una alternativa para que, satisfaciendo las expectativas del adquirente, a pesar de no poder transferirle la propiedad del bien directamente, pueda considerarse que ha cumplido con su obligación si es que logra por alguna vía distinta, que el comprador se haga propietario del bien. Pero, que quede claro que el vendedor no se ha obligado a esta segunda hipótesis, sino que simplemente ella constituye una modalidad alternativa para que se considere ejecutada su obligación, mas es evidente que la misma no se habrá ejecutado, en estricto, si es que el vendedor no ha logrado transferir la propiedad del bien al comprador. Lo que ocurre, es que el Código Civil Italiano, por considerar que el comprador habría sido satisfecho en sus expectativas, da por ejecutada dicha obligación.

A nuestro entender, en la venta de un bien ajeno en estricto no se aplican las reglas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, pues el vendedor no se ha comprometido a lograr nada del tercero respecto del comprador, sino a hacer un acto propio; se ha obligado a transferir la propiedad de ese bien, que en el momento de la celebración del contrato con el comprador, no es de su propiedad; no se obliga a que el verdadero propietario se obligue a transferir o transfiera la propiedad del bien al comprador, sino a transferírsela él mismo. En este sentido, la redacción del artículo 1478, primer párrafo, del Código Civil Italiano, al no remitir exclusivamente a la aplicación de las reglas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, como contrato innominado en dicha legislación, es acertada, puede dejar abierta la posibilidad para las interpretaciones antes hechas. En cambio, el artículo 1537 del Código Civil Peruano, al remitir la aplicación a los artículos 1470 y siguientes, sí limita, inútilmente, su ámbito.

Lo grave de la redacción del artículo 1537, consiste en que no da alternativa para que el mal entendido «vendedor» pueda cumplir con su obligación en cualquiera de los modos previstos por el Código Civil Italiano, sino que solo podrá cumplir si se produce cualquiera de los dos supuestos ya señalados; es decir, dándose el hecho o la obligación del tercero propietario del bien y ajeno al contrato. Contraviniendo toda lógica, no se incluye la posibilidad de que el promitente ejecute el contrato de la manera que le es natural; es decir, adquiriendo la propiedad del bien del tercero, propietario al momento de la celebración del contrato, para luego transmitírsela al promisorio.

Cabe señalar, en tal sentido, que el promitente no se liberará, de acuerdo a este artículo, alternativamente con una prestación de dar (la que es inherente al contrato de compraventa) o con una prestación de hacer. Creemos que solo podría liberarse con la de hacer, ya sea cuando el propietario del bien se obligue con el promisorio a venderle el bien

materia del primer contrato, o cuando el tercero, propietario, transfiera efectivamente al promisorio la propiedad del bien. Ahora, de no poder cumplir con la obligación de hacer, el promitente del artículo 1537, tendría que cumplir con la obligación facultativa sustitutoria contemplada en el artículo 1471 del Código Civil.

En un contrato de compraventa el comprador se obliga a pagar un precio como contraprestación del bien cuya propiedad el vendedor se ha obligado a transmitirle.

En el contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el promisorio se obliga a pagar al promitente una determinada cantidad de dinero que tiene el carácter de contraprestación de la obligación o del hecho de ese tercero. Vale recalcar, que en el caso de un contrato en el que se prometa la obligación de un tercero de transferir al promisorio la propiedad de un bien, o el hecho de su efectiva transferencia, el pago que el promisorio hará al promitente, será exclusiva contraprestación de la obligación de transferir propiedad o de su transferencia efectiva por parte del tercero, propietario; pero de ninguna manera se podrá entender como precio, ya que no estamos hablando, en el caso del artículo 1537, de un contrato de compraventa.

En esta línea de pensamiento, dentro del artículo 1537, el promisorio solo deberá cumplir en favor del promitente, una obligación de dar, consistente en el pago que deberá efectuar a este último por obtener que el tercero, propietario, se obligue a transferir la propiedad del bien, o la transfiera efectivamente. Pero de ninguna manera, en virtud del contrato previsto en el artículo 1537, el promisorio deberá pagar el precio del bien al promitente. En todo caso, de celebrar el promisorio un nuevo contrato (este sí de compraventa) con el tercero propietario, recién en este caso, deberá pagar el precio del bien, ya que la otra parte se habría obligado a transferirle su propiedad.

Por todo lo expuesto, es que consideramos innecesaria la inclusión del artículo 1537 en el Código Civil. Bastaba

con los artículos relativos a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

En una investigación posterior⁹ continuamos con nuestro análisis del artículo 1537 del Código Civil, sosteniendo que nos ratificábamos en nuestra posición en el sentido que esta norma recoge un supuesto de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, agregando cuatro razones que dan sustento a este parecer.

Si bien el artículo 1537 no señala que el contrato es uno de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, en la última parte de la norma antes citada, se establece que dicho contrato (que admitimos no se establece sea uno de promesa de la obligación o del hecho de un tercero), se rige por los artículos referidos a esta figura contractual: es decir, que más allá de cuál fuere el contrato definido por el artículo 1537, las consecuencias de un pacto de tales características se van a regir íntegramente por las reglas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero (artículos 1470, 1471 y 1472 del Código Civil).

Por otra parte, debemos recordar que en la Exposición de Motivos y Comentarios al Contrato de Compraventa, y en especial del artículo 1537, que hace el Ponente del Título relativo al Contrato de Compraventa en el Código Civil, Doctor Manuel de la Puente y Lavalle,¹⁰ señala lo siguiente:

Este artículo contempla el problema relacionado con lo que la doctrina llama venta de cosa ajena, cuando este hecho es conocido por el vendedor.

Si bien en un sistema como el del Código Civil Francés, en el que la transmisión de la propiedad va implícita en la compraventa, el vendedor debe ser propietario pues sólo así po-

⁹ CASTILLO FREYRE, Mario. *El Bien Materia del Contrato de Compraventa*, páginas 311 y siguientes.

¹⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, páginas 208 y 209.

drá transmitir la propiedad, lo que justifica la declaración de la nulidad de la venta de bien ajeno, ésto no resulta consecuente en un sistema, como el adoptado por el Código, en el que la compraventa es un contrato que se limita a crear la obligación de transferir el derecho de propiedad. Esta obligación puede ser perfectamente cumplida por el vendedor obtenido que el verdadero dueño transmita al comprador el dominio sobre el bien, con lo cual se habrá alcanzado la finalidad de la compraventa.

Sin embargo, el contrato mediante el cual el vendedor asume tal obligación no es técnicamente una compraventa pues como nadie puede crear una obligación a cargo de un tercero sin asentimiento de éste, la obligación del vendedor no puede ir más allá que comprometer su actividad para obtener el asentimiento del verdadero dueño del bien para transferir la propiedad de éste al comprador. En estas condiciones, como la compraventa crea la obligación de transferir la propiedad del bien, el llamado vendedor de cosa ajena no está, en realidad, vendiendo esta cosa, desde que, con conocimiento del llamado comprador, *no se está obligando a transferir su propiedad, sino únicamente está prometiendo que el verdadero dueño lo hará, esto es que éste y no el 'vendedor' será quien se obligue a transferir al 'comprador' la propiedad del bien.* (La cursiva es nuestra).

Ahora bien, como el asentimiento del verdadero dueño es un acto volitivo de éste, que no depende en absoluto del poder del seudo vendedor, ya que el dueño puede ser persuadido pero no obligado a asentar, resulta lógico que el vendedor, ante su debilidad de asegurar la obligación del dueño, deba indemnizar al seudo comprador el perjuicio que le ocasiona no obtener lo que el 'vendedor' le ofreció, o sea el asentimiento del dueño.

Estas razones han determinado que el Código no califique como venta de bien ajeno la obligación que asume una persona de obtener que otra adquiera la propiedad de un bien ajeno y que establezca que tal obligación quede regida por las reglas de la promesa convencional de la obligación de un tercero, contenidas en el Título XI de la Sección Primera del Libro VII del Código, según las cuales se puede prometer con-

vencionalmente la obligación por parte de un tercero, con cargo de indemnización si no fuese contraída, teniendo la indemnización el carácter de prestación sustitutoria de la obligación del tercero. Obviamente, para que esta institución pueda aplicarse es indispensable que el seudo comprador y el seudo vendedor conozca que el bien es ajeno, pues sólo así sabrán ambos que el seudo vendedor se está simplemente obligando a obtener el asentimiento del verdadero dueño para transferir al 'comprador' la propiedad.

Adicionalmente, debemos decir que el Doctor Max Arias-Schreiber, quien también participó activamente en la elaboración de la Parte General y la Especial de Contratos del Código Civil vigente, señala, cuando trata de los artículos 1470, 1471 y 1472, que el supuesto del numeral 1537 es uno de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, cuando establece lo siguiente:¹¹

Para concluir el estudio de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, debemos señalar que los artículos 1537 y 1671 del Código Civil, que regulan lo que en doctrina se conoce como venta y arrendamiento de bien ajeno, respectivamente, constituyen supuestos de promesa de la obligación de un tercero. Es decir, lo que se busca es que el promitente obtenga que el propietario se obligue a vender o arrendar. Logrado el asentimiento del tercero, el contrato de compraventa o de arrendamiento se celebrará entre el promisorio y dicho tercero. En consecuencia, la remisión que hacen estos artículos a los del Título XI de la Sección Primera de las Fuentes de las Obligaciones (artículos 1470, 1471 y 1472) debe entenderse referida solamente a la promesa de obtener la obligación de un tercero y de ninguna manera el hecho. Por cierto, en ambos casos se requiere que las partes conozcan que el bien es ajeno.

¹¹ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, páginas 291 y 293.

Debemos decir, por nuestra parte, que Arias-Schreiber, dentro de su posición, ha debido también señalar al artículo 1627, referido al contrato de donación. No estamos de acuerdo con su criterio en el sentido de que el ámbito de estas normas se debe circunscribir a la promesa de la obligación del tercero y no al hecho del mismo, por las razones expuestas cuando nos ocupamos del artículo 1537 de nuestro Código Civil. Pero, fuera de estas consideraciones, las palabras de Arias-Schreiber resultan claras respecto del verdadero sentido del artículo bajo tratamiento, el cual no regula, como tampoco lo hacen el 1627 y 1671, supuestos de los contratos típicos en los que están contenidos, sino casos de promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Por otra parte, el mismo autor¹² recoge enteramente los conceptos vertidos por el Doctor De la Puente, antes transcritos y, luego de citar buena parte de los mismos, agrega lo siguiente:

La consecuencia del régimen impuesto por el Código para el compromiso de venta de bien ajeno (así denomina él a la figura del artículo 1537) está dada por el tratamiento impuesto para la promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Si el tercero, esto es, el dueño del bien vendido, lo transfiere al comprador, el vendedor queda liberado de la obligación que se impuso. Si, por el contrario, ese tercero no accede a efectuar la transferencia, el vendedor responderá frente al comprador por la indemnización que le es impuesta en calidad de promitente (...) (artículos 1470, 1471 y 1472 del Código Civil).

Finalmente, debemos ratificarnos en que el artículo 1537 del Código Civil Peruano es solo un supuesto de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, porque el Código Civil Peruano de 1984 no contempla en dicho numeral la segunda opción del primer párrafo del artículo 1478

¹² ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, página 49.

del Código Civil Italiano, vale decir, que el propio contratante pueda cumplir con sus obligaciones transfiriendo él mismo la propiedad del bien.

Esta obligación —en el Perú— es impuesta a quien contrató en los términos del artículo 1537, en virtud de lo dispuesto por el numeral 1538, que nova la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, por la obligación de transferir el propio promitente, la propiedad del bien.

Queremos concluir este punto formulándonos una interrogante:

¿Qué sentido tendría la existencia del artículo 1538 si el 1537 comprendiese las dos opciones que sí contiene el artículo 1478 del Código Civil Italiano de 1942?

La respuesta resulta obvia: ninguna.

Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1537

Este artículo podría ser derogado.

Fundamento

Estimamos que el contenido por el artículo 1537 del Código Civil no es otro que uno de los tantos supuestos de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, tema que recibe adecuada regulación en los numerales 1470, 1471 y 1472, razón por la cual la inclusión de una norma como esta en un contrato típico resulta inútil e impropia.¹³

¹³ En ocasión anterior (CASTILLO FREYRE, Mario. *El Bien Materia del Contrato de Compraventa*, página 442) consideramos conveniente proponer la modificatoria del artículo 1537, por un numeral que tuviera la siguiente redacción:

Artículo 1537.- «La compraventa de bien ajeno es válida, sin perjuicio de los derechos del dueño del bien vendido.

El contratante que hubiese desconocido el carácter ajeno del bien al

momento de la celebración del contrato, podrá demandar la anulación del mismo.

La acción prevista en el párrafo anterior no podrá ser ejercida por el comprador si es que éste adquiere la propiedad del bien antes de la citación con la demanda. Esta situación no enerva el derecho del vendedor para el ejercicio de aquélla.»

Respecto de nuestro artículo 1537, considerábamos indispensable, no obstante lo señalado por el artículo 1409, inciso 2, del Código, empezar el tratamiento del contrato de venta de bien ajeno, reafirmando el principio general de validez de este acto, remarcando el carácter '*res inter alios acta*' del contrato. El primer párrafo de este artículo se inspiraba en el Proyecto de Don Andrés Bello (artículo 1815 del Código Civil Chileno), y sus correspondientes 1871 del Código Civil Colombiano y 1781 del Código Civil Ecuatoriano, Códigos, estos últimos, inspirados en el primero de los nombrados.

Asimismo, debemos señalar que nuestro artículo 1537 contenía el supuesto de la compraventa de un bien totalmente ajeno, caso para el cual otorgábamos al contratante que hubiese desconocido el carácter ajeno del bien al momento de la celebración del contrato, la posibilidad de demandar la anulación del mismo.

Debemos señalar que considerábamos necesario no circunscribir exclusivamente al comprador la posibilidad de ejercitar alguna acción para invalidar el contrato, sino ampliarla a cualquiera de los contratantes, incluyendo al vendedor que hubiese incurrido en un vicio de la voluntad, especialmente dolo o error, a fin de que pueda demandar la anulación del contrato. Pensábamos que no estaba demás decir que, dada la naturaleza del vicio o vicios que pueden afectar un contrato de compraventa sobre bienes ajenos, la acción correspondiente, sería la de anulabilidad y no otra.

Conservábamos en nuestro artículo 1537, aquella restricción del Código actual en el sentido de que la acción prevista no podría ser ejercida por el comprador, si es que este adquiere la propiedad del bien antes de la citación con la demanda. Sin embargo, estimábamos necesario establecer que esta situación no enerva el derecho del vendedor para el ejercicio de aquella.

No obstante ello, desistimos de proponer el numeral anotado, pues a idénticas soluciones que las contenidas en el mismo se arriban en virtud de los principios generales de Acto Jurídico, Derecho de Obligaciones y Parte General de Contratos.

NOVACIÓN LEGAL DE LA PROMESA DE LA OBLIGACIÓN O DEL HECHO DE UN TERCERO POR LAS OBLIGACIONES PROPIAS DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA

Artículo 1538.- «En el caso del artículo 1537, si la parte que se ha comprometido adquiere después la propiedad del bien, queda obligada en virtud de ese mismo contrato a transferir dicho bien al acreedor, sin que valga pacto en contrario».

Fuentes nacionales del artículo 1538

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; así como tampoco en el Código Civil de 1852.

El Proyecto de Código Civil de 1890 hizo referencia a este tema en el artículo 1709: «No hay acción para pedir que se anule la venta de cosa ajena, si la ratifica el propietario de ella. También subsiste dicha venta, si, antes de declararse nula, el vendedor llega á ser sucesor universal del propietario de la cosa vendida, ó la adquiere del mismo, á título gratuito, ó de sucesión particular».

Tampoco presentaron antecedentes el Primer Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; el Proyecto de

la Comisión Reformadora, de 1936; ni el Código Civil de 1936.

El tema también es abordado en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, en el artículo 12: «Si, en el caso del artículo anterior, el obligado adquiere la propiedad del bien, queda automática y sustitutoriamente obligado en virtud de ese mismo contrato a transferir dicha propiedad al acreedor»; por el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en su artículo 1568: «Si en el caso del artículo anterior el obligado adquiere la propiedad del bien, queda automática y sustitutoriamente obligado en virtud de ese mismo contrato a transferir dicha propiedad al acreedor»; y por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el numeral 1501: «En el caso del artículo 1500, si la parte que se ha comprometido adquiere la propiedad del bien, queda obligada en virtud de ese mismo contrato a transferir dicho bien al acreedor, sin que valga pacto en contrario».

Análisis

1. Naturaleza jurídica

Respecto a este tema se ha producido un debate en la doctrina nacional. En adelante vamos a efectuar un recuento de las diversas opiniones en torno a las cuales ha girado dicha discusión:

1.1. Se trata de una obligación legal de transferir la propiedad del bien adquirido

Cuando iniciamos nuestras investigaciones sobre la compraventa¹ nos cuestionamos la posibilidad de existencia

¹ CASTILLO FREYRE, Mario. *Los Contratos Sobre Bienes Ajenos*, páginas 166 a 168.

de la novación legal. En aquel entonces manifestábamos textualmente lo siguiente:

De acuerdo a los elementos (que la doctrina tradicionalmente indica como constitutivos de novación) y a la definición que otorga al respecto el artículo 1277 del Código Civil Peruano, se exige como requisito de existencia de la misma el que la voluntad de novar se manifieste indubitadamente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva obligación. En el caso bajo análisis, evidentemente se da este último supuesto, pero de acuerdo al artículo 1538, en la figura contemplada como norma de economía contractual, no media voluntad alguna de las partes.

Así las cosas,

¿El artículo 1538 plantea un caso de novación?

En el caso del artículo 1538 ocurre que lo que inicialmente había era un contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, celebrado entre un promitente y un promisorio; habiendo el promitente prometido al promisorio que un tercero, propietario del bien, se obligará respecto del promisorio, a transmitirle su propiedad, o que efectivamente se la transferirá (supuestos del artículo 1537).

En virtud de la adquisición del bien por el promitente, es que entraría en aplicación el supuesto del artículo 1538, y así, ya no estaría obligado a hacer que ese tercero transfiera la propiedad del bien al promisorio sino a transferírsela él mismo.

Pero no sólo se habría novado la obligación del promitente respecto del promisorio sino también la de este último respecto de aquél, ya que no deberá pagar una contraprestación derivada de la obligación del tercero o de la efectiva transferencia de propiedad del bien, sino que además el promisorio estará obligado a pagar el precio del bien al promitente, ya que éste ya no estará obligado a ejecutar una obligación de hacer (la ya señalada), sino a transferir efectivamente la propiedad del bien respecto del promisorio.

En buena cuenta, lo que ocurre en virtud del artículo 1538, es que luego de aplicar su supuesto, estaremos frente a un contrato de compraventa, con las obligaciones propias

del mismo, y ya no frente a un contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Por ello consideramos que el supuesto del artículo 1538 hace más que novar legalmente una obligación. En todo caso, (y atreviéndose a usar estos términos) estaría novando o sustituyendo el contrato mismo.

Pero cabría preguntarnos si se trata de un caso de novación objetiva por cambio de causa fuente. Como sabemos, ésta se da cuando se cambia la causa eficiente o hecho generador que diera nacimiento a la obligación.

Pero en cualquier caso, no está presente el elemento volitivo, indispensable para la constitución del contrato de novación, motivo por el cual nos inclinamos por contestar negativamente a la interrogante planteada anteriormente.

En todo caso, consideramos que este es un tema que merecerá mayor discusión por las múltiples interrogantes que plantea.

Dado el tenor del artículo 1538, el artículo 1537 sólo debería entenderse válido en el sentido de regular la promesa de la obligación o del hecho de un tercero. El artículo 1538 despeja, además, cualquier duda respecto del ámbito del artículo 1537, ya que si este último contuviese como supuesto el de la compraventa de bienes ajenos, ya no habría la necesidad del establecimiento de una obligación legal de transmitir la propiedad del bien, pues esa obligación habría surgido del contrato originario.

Hasta aquí los términos expresados en el año 1990 en nuestra obra «Los Contratos Sobre Bienes Ajenos».

Tiempo después advertimos que habíamos incurrido en un error, puesto que no consideramos la posibilidad de existencia de la novación legal.

1.2. Se trata de un caso de conversión del acto jurídico

El Doctor Manuel de la Puente² refiriéndose a la naturaleza jurídica del artículo 1538, señala lo siguiente:

² DE LA PUENTE Y LAVALLE, *Manuel. El Contrato en General*, primera parte, tomo III, páginas 441 y 442.

Se trata aquí de un caso de *conversión legal*, en virtud de la cual el contrato innominado a que se refiere el artículo 1537 del Código Civil, que no es la promesa de la obligación o del hecho de un tercero pese a estar regido por las reglas de este contrato se transforma automáticamente en un contrato con obligación de transferir la propiedad de bien propio (que eventualmente puede ser una compraventa), sin necesidad de celebrarse un segundo contrato. (La cursiva es nuestra)

Pensamos que al aludir a la conversión legal, el Doctor De la Puente, pudo haberlo hecho en dos sentidos:

- El sentido lato de la palabra, vale decir, a la mutación de una cosa en otra,³ lo que equivale a transformar la figura contemplada en el artículo 1537 (que para nosotros es una de promesa de la obligación o del hecho de un tercero y para el Doctor De la Puente, un contrato innominado) en una compraventa. Por nuestra parte, consideramos admisible esta interpretación, pero fuera del ámbito estrictamente jurídico, ya que el término conversión en este campo tiene otra acepción.
- El sentido jurídico de la palabra, vale decir, entendida como una causal de convalidación de los actos jurídicos nulos.

Para entender el particular, debemos hacer un poco de historia.

En la elaboración del Código Civil Peruano que finalmente derogó al de 1936, hubo una Ponencia sobre el Libro de Acto Jurídico elaborada por los Doctores José León Barandiarán y Jorge Vega García, sobre la cual se realizó una Ponencia sustitutoria preparada por la Doctora Susana Zusman Tinman y el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle.

³ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Op. cit.*, tomo I, página 374.

En el Título Sexto de esta Ponencia, referido a la convalidación de los actos jurídicos, Capítulo I, se trataba acerca de la conversión.

Por el artículo 38 se definía a la conversión de la siguiente manera:

Artículo 38.- «El acto jurídico que sea nulo según el tipo de acto en que fue celebrado, puede adquirir validez mediante su conversión a un tipo distinto, respecto del cual tenga los requisitos de esencia y forma, siempre que la finalidad perseguida por las partes permita suponer que ellas lo habrían querido si hubieran podido prever la nulidad del acto que celebraron».

En la Exposición de Motivos de dicho artículo, los Doctores Zusman y De la Puente, señalan⁴ los fundamentos de su Ponencia a este respecto y las características que debe reunir un acto jurídico para que le sea aplicable la figura de la conversión.

Siendo requisito fundamental para que opere la conversión el que el acto celebrado por las partes sea nulo, dicho supuesto no encuadra dentro del ámbito del artículo 1537, ya que esta norma presupone un acto enteramente válido, celebrado con el conocimiento de ambas partes acerca del carácter ajeno del bien.

Por no darse el requisito fundamental para que opere la conversión, ninguno de los otros cuatro presupuestos señalados por los Ponentes del Anteproyecto sustitutorio del Libro de Acto Jurídico serían aplicables.

Por todo ello, rescataríamos el primer criterio interpretativo acerca del artículo 1538 del Doctor Manuel de la

«El acto jurídico es nulo cuando no reúne los requisitos señalados en el artículo 30 del Anteproyecto. Puede darse, sin embargo, que esa nulidad sea sólo para el tipo de acto jurídico que se ha celebrado y que el acto satisfaga los requisitos exigidos para otro tipo de acto. Ha dado lugar a un largo debate doctrinal si, en estas circunstancias, debe la ley permitir que el acto jurídico nulo pueda convalidarse mediante su conversión a este otro tipo.

El Anteproyecto, apartándose de la posición adoptada por el Código Civil de 1936, ha optado por acoger la figura de la conversión, tomando en consideración que es conveniente, dentro de lo posible, proteger la validez de los actos jurídicos que adolecen de defectos, cuando pueda colegirse que la voluntad de las partes habría sido, en caso de conocer tales defectos, obtener los efectos queridos por ellas aunque fuera a través de un acto jurídico de tipo distinto.

La conversión ha sido adecuadamente definida como el medio jurídico en virtud del cual el acto jurídico que resulte nulo según el tipo de acto celebrado por las partes, puede ser salvado de la nulidad mediante un cambio de su tipo original a un tipo distinto de acto que sea válido, a fin de que, a través de este nuevo tipo, puedan producirse los efectos queridos por las partes, siempre que haya fundadas razones para establecer que, si hipóticamente las partes se hubieran percatado de la nulidad, hubieran querido el nuevo tipo de acto.

Es necesario destacar que el Anteproyecto acoge la figura de la conversión material o propia, según la cual hay un cambio en el tipo de acto jurídico para salvar la validez del acto sin que haya mandato expreso de la ley, a diferencia de la conversión formal o impropia en la cual permanece el mismo tipo de acto jurídico, aunque con forma distinta, cuyo ejemplo más citado es el del testamento cerrado nulo que puede convertirse en testamento ológrafo válido.

Los presupuestos necesarios para que pueda producirse la conversión son los siguientes:

a) Que se trate de un acto jurídico nulo según el tipo de acto celebrado por las partes.

La conversión no se aplica al acto jurídico inexistente, desde que no es posible la transformación de un acto que no ha llegado a tener existencia.

Tampoco se aplica a los actos anulables, por cuanto la conversión está destinada a convalidar un acto jurídico inválido, mientras que, tratándose de actos anulables, que tienen validez en tanto no se declare su anulabilidad, aquélla puede asegurarse bien sea mediante la confirmación o bien simplemente no impugnando el acto. En cuanto al acto anulable ya invalidado jurídicamente, resulta evidente que, si las partes hubieran deseado la validez del acto, no habrían ejercitado la acción de anulación, con la cual se pone de manifiesto una voluntad contraria a la convalidación, siendo así que el deseo de convalidar es la esencia de la conversión.

⁴ MINISTERIO DE JUSTICIA-PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, tomo II, páginas 76 a 78:

Puente y descartamos el segundo, por no estar, en lo absoluto, acorde al presupuesto del artículo 1537.

Hace poco el Doctor Manuel de la Puente y Lavalley se ha vuelto a ocupar del tema relativo a la naturaleza jurídica del artículo 1538 del Código Civil, habiendo llegado a la conclusión de que se trata de una «conversión legal». Pensamos, luego de analizar las expresiones de De la Puente, que la «conversión legal» a que hace referencia no dista —en

- b) Que el acto nulo reúna los requisitos y elementos esenciales para la validez del nuevo acto.

Este presupuesto resulta de la naturaleza de la conversión, pues si no fuera así, el nuevo acto sería también inválido y no habría podido alcanzarse el propósito de la conversión, que es la convalidación.

- c) Que si hipotéticamente las partes hubieran conocido la nulidad del tipo de acto jurídico que celebraron, habrían querido y celebrado el nuevo tipo.

Puede observarse que en este caso el presupuesto es de carácter eminentemente subjetivo, pues el juez debe colocarse en la situación de las partes e interpretar no sólo respecto a lo que entendieron celebrar sino también respecto a lo que hubieran estipulado si hubieran advertido la nulidad. Debe destacarse que no se trata de la voluntad realmente existente de las partes, porque no hay duda de que ellas han querido el acto nulo, sino lo que se imagina que sería la voluntad hipotética de las partes si hubieran conocido la nulidad del acto.

Por otro lado, la voluntad hipotética debe ser interpretada en base a criterios que permitan establecer que realmente habría existido tal voluntad, esto es mediante métodos interpretativos que ofrezcan seguridad razonable respecto a lo que hubieran querido las partes. En la duda, hay que dejar de aplicar la conversión.

- d) Que la finalidad práctica que llevó a las partes a celebrar el acto nulo pueda alcanzarse a través del segundo tipo de acto.

Este presupuesto también es subjetivo y se justifica en que el interés que impulsa a las partes a celebrar un acto jurídico es alcanzar un fin práctico y no el medio jurídico utilizado.

- e) Que los efectos del segundo tipo de acto no sean mayores que los del acto nulo que hayan celebrado las partes.

Lo que se persigue mediante la conversión es que el segundo tipo de acto permita alcanzar el fin práctico querido por las partes, mediante efectos jurídicos semejantes, aunque sean menores, a los que hubiesen obtenido con el tipo nulo, ya que pretender lograr efectos mayores sería desnaturalizar lo que las partes originalmente buscaron».

cuanto a su naturaleza jurídica— de la novación legal que ahora sostenemos con relación al artículo 1538.

Estimamos que, más allá de cuestiones terminológicas, ambos hemos llegado a una conclusión uniforme sobre el particular.⁵

⁵ Las expresiones del Doctor De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLEY, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa*, páginas 80 y 81), son las que se transcriben a continuación:

«Se ha visto que la finalidad del artículo 1537 del Código Civil es que una de las partes (promitente) del contrato atípico a que se refiere dicho artículo se comprometa a obtener que la otra parte (promisario) adquiera la propiedad de un bien. También se ha visto que ello obedece a que, siendo ajeno el bien, el promitente no puede transferir su propiedad directamente al promisario.

Si por cualquier circunstancia el promitente adquiere la propiedad del bien durante la vigencia del plazo suspensivo inicial a que está sujeto dicho contrato, desaparece el obstáculo que impedía al promitente transferir directamente la propiedad del bien al promisario, por lo cual ha sido conveniente establecer que no es necesario celebrar un nuevo contrato con tal fin, sino que el mismo contrato servirá para obligar al promitente a efectuar dicha transferencia.

Se ha tratado de dar diversas explicaciones a este fenómeno jurídico.

Comentando el artículo 1478 del Código Civil italiano, que establece que en la venta de cosa ajena el comprador se convierte en propietario en el momento en que el vendedor adquiere la propiedad del titular de ella, dice BIANCA que se trata de la convalidación de un defecto de legitimación del enajenante.

Esta explicación no encuadra en el sistema peruano, por cuanto el artículo 1537 de nuestro Código Civil no contempla una hipótesis de venta de bien ajeno, como sí lo hace el artículo 1478 del Código Civil italiano, sino se aproxima más a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, en la cual el promitente no actúa ni pretende actuar en nombre o como representante del tercero.

Entre nosotros, ARIAS-SCHREIBER nos habla de un fenómeno de transmutación automática, que se acerca mucho a la realidad.

Por su parte, CASTILLO considera con muy buenas razones que se trata de un supuesto de novación legal de las obligaciones contenidas en el artículo 1537.

En otro trabajo me he inclinado por denominar 'conversión legal' a esta transformación automática del contrato a que se refiere el artículo 1537 en otro contrato con obligación de transferir la propiedad de un bien propio.

1.3. Novación legal

Como anotamos en una reciente investigación⁶ la doctrina omite tratar acerca de la novación legal de pleno derecho. En tal sentido, no existe sustento en ella que permita confrontar opiniones.

Tal vez lo que determina tal silencio sea la ausencia, en esos casos, del *animus novandi* considerado como uno de los requisitos de toda novación, bajo la premisa de que esa exigencia es privativa de la voluntad de los intervinientes.

Esa premisa, sin embargo, no se desprende del artículo 1277 del Código Civil Peruano, norma que se limita a señalar que por la novación se sustituye una obligación por otra; y que para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obliga-

Si bien convengo con CASTILLO en que la expresión 'conversión' es utilizada por la doctrina para describir la transformación judicial de un acto jurídico nulo en otro válido que tenga los mismos requisitos de esencia y forma, creo que no hay inconveniente para utilizar esta misma expresión, agregándole la calificación de 'legal', para referirse a la transformación ordenada por la ley de un contrato en otro contrato distinto.

En efecto, según el Diccionario de la Lengua Española el término 'conversión' significa la acción y efecto de mudar o volver una cosa en otra. Por mandato del artículo 1538 del Código Civil, se muda o cambia el contrato atípico contemplado en el artículo 1537 del mismo Código en otro contrato, también atípico, apto para transferir la propiedad del bien. Se realiza, pues, una conversión legal de un contrato en otro.

Esta conversión se produce automáticamente, es decir que no se requiere un nuevo acuerdo de voluntades de las partes sino que, con prescindencia de ellas, la mudanza queda hecha. Es más, como el artículo 1538 establece que no vale pacto en contrato, la conversión se efectúa aun contra la voluntad de los contratantes.

En tal virtud, aplicando la teoría del título y el modo, el título estaría ahora constituido por el nuevo contrato apto para transferir la propiedad del bien y el modo estaría constituido por la entrega del bien, si éste fuera mueble, o por la aplicación del artículo 949 del Código Civil, si el bien fuera inmueble».

⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, tercera parte, tomo VIII, páginas 293 a 319.

ción o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

Toda la doctrina referida a la novación, creada por nuestra tradición jurídica, versa, fundamentalmente, sobre la novación de carácter voluntario.

La novación legal —a entender nuestro— siempre ha existido, más allá que de ello no ha tomado oportuna y debida nota la citada doctrina al igual que la legislación de los diversos países correspondientes a nuestra tradición jurídica.

Dentro de tal orden de ideas, estimamos imprescindible expresar que si bien es cierto la mayoría de efectos de la novación voluntaria se presentarán en la novación legal —ya opere ésta de pleno derecho o en virtud de una resolución judicial—, uno de ellos no se producirá en la novación legal. Se trata de la extinción de las garantías propias de la obligación original, lo que equivale a decir que, contrariamente a lo dispuesto por el artículo 1283 del Código Civil, en la novación legal sí se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario de las partes.

Estimamos que una aplicación indiscriminada de la norma aludida, representaría una situación injusta, en perjuicio de los intereses del acreedor, parte que en ningún momento ha dado su asentimiento para que opere la citada novación y de admitirse tal circunstancia, vería enormemente perjudicadas las seguridades relativas al cobro de la deuda.

Por ello, en el entendido de que el artículo 1283 del Código Civil ha sido pensado teniendo en consideración únicamente a la novación voluntaria, es que exceptuamos la aplicación del mismo a la novación legal.

Como bien sabemos, las obligaciones pueden nacer de la voluntad o de la ley, tesis esta última confirmada por los numerosos preceptos que generan relaciones obligacionales al margen de la voluntad y que incorporan, sin duda, casos de novación legal que operan de pleno derecho o en virtud de una resolución judicial.

Por lo demás, como anotamos en dicho trabajo,⁷ existen dos clases de novación legal: una primera que opera de pleno derecho (dentro de la que se inscribe el artículo 1538, bajo comentario) y una segunda que opera en virtud de resolución judicial. Para mayor abundamiento sobre el tema, remitimos al lector a la citada obra.

Por todo lo señalado es que creemos firmemente en que el artículo 1538 es —sin duda alguna— uno de los supuestos más representativos de novación legal que opera de pleno derecho.⁸

⁷ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, tercera parte, tomo VIII, páginas 293 a 319.

⁸ Respecto al parecer del Doctor Felipe Osterling y de quien escribe estas líneas sobre la novación legal consideramos oportuno recordar lo siguiente:

Como bien sabemos, las obligaciones pueden nacer de la voluntad o de la ley, existiendo, en este último caso, numerosos preceptos que generan relaciones obligacionales al margen de la voluntad y que incorporan, sin duda, casos de novación legal que operan de pleno derecho o en virtud de resolución judicial.

No obstante estos principios incontrovertibles, la doctrina omite tratar sobre la novación legal, sea de pleno derecho o a mérito de una declaración judicial. En tal sentido, no existe sustento que permita confrontar opiniones.

Tal vez lo que determina ese silencio sea la ausencia, en estos casos, del *animus novandi*, considerado como uno de los requisitos de toda novación, bajo la premisa de que esa exigencia es privativa de la voluntad de los intervinientes.

La presencia del *animus novandi*, sin embargo, no se desprende del artículo 1277 del Código Civil Peruano, norma que se limita a señalar que por la novación se sustituye una obligación por otra; y que para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitadamente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

Antes de analizar la novación legal en el Código Civil Peruano, debemos anotar algunas consideraciones de importancia.

Como se percibe del estudio de la novación, la doctrina se refiere exclusivamente a la novación voluntaria.

La novación legal —a entender nuestro— siempre ha existido. De ella, sin embargo, no ha tratado ni la citada doctrina ni la legislación de los diversos países correspondientes a nuestra tradición jurídica.

Dentro de tal orden de ideas, estimamos imprescindible señalar que, si

bien es cierto que la mayoría de efectos de la novación voluntaria se generan por igual en la novación legal —ya opere ésta de pleno derecho o en virtud de resolución judicial—, uno de ellos no se produce. Se trata de la extinción de las garantías correspondientes a la obligación original, lo que equivale a decir que, contrariamente a lo dispuesto por el artículo 1283 del Código Civil, en la novación legal sí se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.

Si se aplicara ciegamente el artículo 1283 citado a los casos de novación legal, ello podría generar graves perjuicios al acreedor, que vería extinguidas las garantías que cautelaban sus derechos, sin su asentimiento para que operara tal extinción.

Sostenemos esta tesis porque con frecuencia la novación legal opera al margen de la voluntad de las partes, y extinguir garantías, en estas circunstancias, conduciría a situaciones no solo injustas sino absurdas.

Por tales razones, y en el entendido de que el artículo 1283 del Código Civil ha sido concebido privativamente para la novación voluntaria, exceptuamos su aplicación a la novación legal.

Aquí deseamos dejar expresa constancia de que acogemos los mismos criterios, esto es, que las garantías se mantienen, cuando la prestación es posible, pero, ante la inejecución, el acreedor opta por la vía de los daños y perjuicios. Esta circunstancia resulta contundente para sostener que en la novación legal no opera la extinción de las garantías. La opinión contraria resultaría arbitraria y susceptible de generar las mayores injusticias. Y aunque la doctrina consultada no aborda el tema, nadie podría sostener razonablemente que cuando se opta por la vía indemnizatoria las garantías se perjudican o extinguen.

Por lo demás, antes de ingresar al estudio de los casos en que la novación legal opera de pleno derecho o por resolución judicial, debemos establecer algunas reglas que, en opinión nuestra, precisan tenerse en consideración.

En primer lugar, estaremos ante supuestos de novación legal solo en aquellas hipótesis en que la sustitución de una obligación por otra se produce en virtud de un mandato legal, aun cuando la causa fuente de la obligación originaria fuese la voluntad humana.

Luego, no habrá novación legal cuando, ante la imposibilidad absoluta de cumplimiento de una obligación, por haberse extinguido la prestación, o por haberse declarado rescindido o resuelto el contrato, la ley establezca determinadas consecuencias a través de la creación de nuevas obligaciones, como la de pagar una indemnización por daños y perjuicios. Este sería el caso, por citar un solo ejemplo, del deudor que se obliga a entregar a su acreedor un bien cierto, el cual se pierde —antes de su entrega— por culpa de dicho deudor. En esta eventualidad, en virtud a lo establecido por el primer párrafo del inciso 1 del artículo 1138 del Código Civil, la obligación del deudor queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización.

Se presentará un supuesto de novación legal, cuando la obligación originaria no se hubiese extinguido, pero por resultar inútil al acreedor, el deudor —por mandato de la ley— se encuentre obligado al pago de una indemnización de daños y perjuicios en sustitución al pago de la obligación originaria. Por ejemplo, la hipótesis del deudor en mora cuyo incumplimiento acarrea que el acreedor pierda interés en la prestación por resultarle inútil. En este caso, el acreedor podría recurrir a la vía de la resolución del contrato, reclamando (en lugar de aquella prestación que se le debía) el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Asimismo, se produce novación legal cuando, resultando aún existente y útil la prestación, el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, opta por el pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Por otra parte, no estaremos ante una novación legal, cuando la ley estatuye un principio supletorio de la voluntad de los contratantes, vale decir, cuando, a falta de previsión por las partes, deba aplicarse una disposición determinada. Este sería el caso previsto por el artículo 1238 del Código Civil, según el cual el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Para estos efectos también podríamos citar lo dispuesto por el artículo 1240, en el sentido de que si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación, y lo prescrito por el artículo 1241, que establece que los gastos ocasionados por el pago son de cuenta del deudor, salvo pacto en contrario.

No habrá novación legal, en fin, cuando la ley prevea como opción para alguna de las partes la posibilidad de sustituir alguno de los elementos accesorios de la obligación originaria. Sería el caso, por ejemplo, de lo establecido por el artículo 1239 del Código Civil, al prescribir que, si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado este como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo; aplicándose igual regla respecto al deudor cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor.

El Código Civil Peruano contempla numerosos supuestos de novación legal que operan de pleno derecho, los mismos que pasamos a analizar.

1. Inicio de la persona jurídica. Actos celebrados en su nombre con anterioridad a su inscripción registral.

El artículo 77 del Código Civil presenta un supuesto de novación legal subjetiva, pudiendo darse por cambio de acreedor o de deudor, según fuese el caso, pues la norma establece que la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley. Y agrega que la eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita.

Si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos reali-

zados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros.

Esto significa que en tanto no se inscriba la persona jurídica y se ratifiquen los actos previos practicados, los sujetos de las obligaciones contraídas en su nombre (ya sea en calidad de acreedores o de deudores) serán aquellas personas que los hubieran celebrado, con responsabilidad solidaria en el caso de los deudores.

Pero, si la persona jurídica se inscribe en el Registro y se ratifican los actos previos, los deudores o acreedores dejarán de ser sujetos de la relación obligacional, sustituyéndose en tales prestaciones la persona jurídica, lo que origina novación.

2. Pérdida del derecho a utilizar el plazo.

De acuerdo con el artículo 181, inciso 3, del Código Civil, el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo cuando las garantías desaparecieron por causa no imputable al deudor, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor. Dicha hipótesis determina la supresión del plazo estipulado, de suerte que, si el deudor ha contraído una obligación modal —producido el supuesto de hecho de la norma—, en lo sucesivo adeudará una obligación pura y simple, cuyo pago sería exigible inmediatamente (argumento del artículo 1240 del Código Civil).

Este supuesto de novación legal se producirá, entonces, por sustituirse —en virtud de un mandato legal— una obligación modal (sujeta a plazo) por otra pura y simple.

3. Derecho de acrecer del colegatario.

De conformidad con lo previsto por el artículo 775 del Código Civil, cuando un mismo bien es legado a varias personas, sin determinación de partes o en partes iguales, y alguna de ellas no quiera o no pueda recibir la que le corresponde, ésta acrecerá las partes de las demás.

Aquí debemos recordar el artículo 660 del mismo Código, cuando preceptúa que, desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores. No existe pues la *res nullius*, generando efectos la sucesión del legado desde el instante mismo del fallecimiento del causante.

En tal sentido, al ser todos los legatarios acreedores de la sucesión, si nos encontrásemos ante el supuesto contenido en el artículo 775, aquellos colegatarios que hubiesen aceptado el legado se verían beneficiados, pues acrecerían sus partes, en la eventualidad de que otro u otros de los colegatarios no quisieran o no pudieran recibirlo.

Dentro de ese orden de ideas, y respecto a los colegatarios beneficiados por el derecho de acrecer, diríamos que el objeto de las obligaciones de las que son acreedores sufriría una novación de carácter legal, al transformarse en una prestación distinta, por ser mayor, y singularmente porque el legatario sucedió, pero al no querer o no poder recibir su parte, se genera novación de esta obligación en favor de los otros colegatarios.

4. **Carácter en que se heredan las obligaciones solidarias.**
De acuerdo con lo establecido por el artículo 1187 del Código Civil, si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia; aplicándose regla similar si fallece uno de los acreedores solidarios. En estos casos, nos encontraremos ante supuestos de novación legal objetiva, ya que varía, en virtud a lo prescrito por el citado numeral, el carácter de la obligación con pluralidad de sujetos, la misma que, de ser solidaria, pasa a ser mancomunada para los herederos del deudor o acreedor que hubiese fallecido. Estimamos que este cambio resulta fundamental para considerar que ha habido novación objetiva en relación a las personas mencionadas.
5. **Efectos de la insolvencia de un codeudor.**
Prescribe el artículo 1204 del Código Civil que, si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación. Y agrega que, si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás. Si apreciamos la relación interna entre los diversos codeudores, observaremos que la insolvencia de uno de ellos determinaría que la deuda finalmente asumida por cada uno de los otros termine siendo de monto mayor. En este caso, resulta evidente que se habría configurado una novación objetiva derivada del mandato de la ley. No obstante, podría sostenerse además que también se trataría de una novación subjetiva por cambio de deudor, en la medida en que, respecto a la porción del insolvente, se habría producido en la práctica un cambio de los sujetos obligados, pues la referida insolvencia deberá ser asumida por los codeudores solventes. Sin embargo, podría argumentarse en contrario aduciendo que tal situación se mantendría en la medida en que subsistiera la insolvencia del deudor, pues al momento en que dejara de encontrarse en dicha situación y contara con patrimonio suficiente, sus codeudores (y ahora acreedores en virtud de la subrogación legal establecida por el inciso 1 del artículo 1260 del Código Civil) podrían cobrar aquellos montos pagados en lugar del insolvente.
6. **Pago con títulos valores.**
De conformidad con el artículo 1233 del Código Civil, la entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, solo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario. Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso. Cuando los documentos se perjudican por culpa del acreedor, la obligación primitiva y la obligación cambiaria que originan tales documentos, antes de perjudicarse, se extinguen por la creación de la obligación que nace de los documentos perjudicados. En tal sentido, se habrá producido novación.

7. **Pago con subrogación legal en las obligaciones indivisibles y solidarias.**
De acuerdo con el artículo 1263 del Código Civil, en los casos del artículo 1260, inciso 1, el subrogado (de obligación indivisible o solidaria) está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores, pero solo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de éstos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda. Como se recuerda, el artículo 1263 está destinado a disipar la posibilidad de que opere la teoría de los círculos concéntricos en los supuestos de subrogación legal de quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros. En tal sentido, por mandato de la ley se quiebra la indivisibilidad o solidaridad (según sea el caso), transformándose la obligación, en el campo de las relaciones internas entre los codeudores, en divisible o mancomunada.
8. **Pago indebido y supuesto de enajenación del bien recibido con mala fe.**
El principio general de pago indebido previsto por el artículo 1267 del Código Civil prescribe que quien por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien lo recibió. Conforme a lo dispuesto por el artículo 1270, si quien acepta un pago indebido de mala fe, enajena el bien a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectuó el pago puede exigir la restitución, y a ambos, solidariamente, la indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, de acuerdo con lo prescrito por el segundo párrafo del numeral 1270, en caso de que la enajenación hubiese sido a título oneroso pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor del bien, más la indemnización de daños y perjuicios. Consideramos que la hipótesis del segundo párrafo del artículo 1270 constituiría un supuesto de novación objetiva, toda vez que la obligación de devolver el bien se transformaría, por mandato de la ley, en una nueva obligación: la de devolver su valor.
9. **Carácter en que se hereda la cláusula penal solidaria y divisible.**
De conformidad con lo prescrito por el artículo 1349 del Código Civil, si la cláusula penal fuese solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla íntegramente. En caso de muerte de un codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia. Se trata de un supuesto de novación objetiva, en la medida en que se transforma la naturaleza fundamental de la obligación con pluralidad de sujetos, la misma que se convierte de solidaria en mancomunada; y es legal, pues opera en virtud de lo dispuesto por el propio artículo 1349 del Código Civil.
10. **Modificación de los términos contractuales en virtud de disposiciones legales posteriores.**

El artículo 1355 del Código Civil dispone que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

Algunos juristas interpretaban que este artículo, que recién habría sido inconstitucional en virtud de lo previsto por el numeral 62 de la Constitución de 1993, franqueaba la posibilidad de que las estipulaciones contractuales fuesen modificadas por normas legales que se expidieran en el futuro.

Naturalmente que de haber sido exacta tal interpretación, no todas las disposiciones de esta naturaleza hubieran determinado que se configurasen supuestos de novación, sino solo aquellas que hubiesen introducido modificaciones sustanciales en las obligaciones nacidas de los contratos.

Tendríamos ejemplos notables de novaciones legales originadas por esa interpretación en los casos de prórroga de plazos de contratos de arrendamiento de inmuebles o de congelamiento de la renta de los mismos, supuestos que, sin lugar a dudas, habrían constituido novaciones objetivas de carácter legal.

11. Garantía de cumplimiento de la obligación del deudor por parte del cedente de su posición contractual.

De conformidad con el segundo párrafo del artículo 1438 del Código Civil, es válido el pacto por el cual el cedente garantiza el cumplimiento de la obligación del deudor, en cuyo caso responde como fiador.

El mencionado supuesto es uno de novación legal, en la medida en que el cedente que garantiza tal cumplimiento no ha celebrado contrato de fianza con el tercero-cesionario. Sin embargo, la ley le impone no las obligaciones propias del pacto celebrado, sino las que resultan inherentes a un fiador.

12. Contrato en favor de tercero en el cual el estipulante puede exigir a su favor el beneficio pactado en el contrato.

El numeral 1460 del Código Civil prevé que si el tercero no acepta hacer uso del derecho, el estipulante puede exigir el beneficio en su favor.

En el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona (argumento del artículo 1457, primer párrafo, del Código Civil). Resulta claro que el acreedor de dicha prestación será el tercero —si este desea beneficiarse con la misma— y no el estipulante.

En virtud de la norma consignada en el artículo 1460 del Código Civil, se produce una novación legal subjetiva por cambio de acreedor, pues el tercero deja de ser acreedor y el estipulante pasa a convertirse en beneficiario (acreedor).

13. Promesa de la obligación o del hecho de un tercero referido a la celebración de un futuro contrato de compraventa, que se transforma en una compraventa propiamente dicha.

El artículo 1537 del Código Civil establece que el contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la

propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472; en tanto que el artículo 1538 señala que, en el caso del artículo 1537, si la parte que se ha comprometido adquiere después la propiedad del bien, queda obligada en razón del mismo contrato a transferir dicho bien al acreedor, sin que valga pacto en contrario.

Consideramos que el numeral 1538 constituye un supuesto de novación legal objetiva por cambio de título.

Por ese precepto se novan legalmente las obligaciones de las partes, sustituyendo el contrato mismo, ya que antes se trataba de una promesa de la obligación o del hecho de un tercero y ahora de un contrato de compraventa.

A mérito de la adquisición del bien por el promitente entraría en juego el supuesto del artículo 1538, y así ya no estaría obligado a hacer que ese tercero transfiera la propiedad del bien al promisorio, sino a transferírselo él mismo.

Pero no solo se habría novado la obligación del promitente respecto del promisorio, sino también la de este último respecto de aquel, ya que no deberá pagar una contraprestación derivada de la obligación del tercero o de la efectiva transferencia de propiedad del bien: el promisorio tendría la obligación de pagar el precio del bien al promitente, pues este ya no estaría obligado a ejecutar una obligación de hacer (la ya señalada), sino a transferir efectivamente la propiedad del bien al promisorio.

14. Arrendamiento de bien ajeno transformado en una promesa de la obligación o del hecho de un tercero referido a la futura celebración de un contrato de arrendamiento.

El artículo 1671 del Código Civil prescribe que, si el arrendatario sabía que el bien era ajeno, el contrato se rige por lo dispuesto en los artículos 1470, 1471 y 1472.

Consideramos que esta norma tiene una deficiente redacción, en la medida en que establece expresamente que si el arrendatario sabía que el bien era ajeno (supuesto frecuente sería también el que ambos contratantes supiesen que el bien era ajeno), el contrato de arrendamiento que ambas partes han deseado celebrar, no se regirá por las normas propias del contrato de arrendamiento, sino que se constituiría, en virtud del artículo bajo comentario, en un contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, situación que, además de ser incongruente con las obligaciones nacidas de un contrato de arrendamiento (que es precisamente aquel que se ha celebrado), resulta absurda, pues con ello el Código desnaturaliza la esencia misma del contrato de arrendamiento de bien ajeno, lo que queda en evidencia con una simple lectura del artículo 1671.

Debido a su terminología, el numeral analizado podría constituir un supuesto de novación legal, pues no obstante haberse celebrado un contrato de arrendamiento, el mismo, en forma incoherente, se conver-

tiría en uno de promesa de obligación o del hecho de un tercero (novación legal objetiva por cambio de título).

15. Efectos de la enajenación del bien prestado, por parte de los herederos del comodatario.

En virtud de lo establecido por el primer párrafo del artículo 1749 del Código Civil, si los herederos del comodatario hubiesen enajenado el bien sin tener conocimiento del comodato, el comodante puede exigir que le paguen su valor o le cedan los derechos que en virtud de la enajenación le corresponden, salvo que hubiera hecho uso de la acción reivindicatoria.

En los casos de pago del valor del bien o de la cesión de derechos a que alude el precepto, habría novación legal, pues la prestación todavía resultaría pasible de ser ejecutada, ya que la enajenación del bien prestado no implica imposibilidad jurídica absoluta de devolverlo al comodante. Aquí simplemente el comodante no plantearía, porque no lo desea, acción reivindicatoria.

16. Supuesto de depósito irregular.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1843 del Código Civil, el heredero del depositario que enajena el bien ignorando que estaba en depósito, solo debe restituir lo que hubiese recibido o ceder sus derechos contra el adquirente, en caso que el valor no le hubiese sido entregado. Si el heredero conoce que el bien está en depósito, se sujeta a lo dispuesto en el párrafo anterior y responde, además, por los daños y perjuicios.

Estimamos que se trata de un supuesto de novación legal objetiva, en la medida en que el heredero mencionado en el artículo 1843 ya no estaría obligado a devolver el bien, pues solamente se encontraría obligado a restituir lo que hubiese recibido (por el bien) o a ceder sus derechos contra el adquirente, en caso de que el valor no le hubiese sido entregado.

17. Reemplazo del fiador en caso de insolvencia.

De conformidad con lo prescrito por el artículo 1877 del Código Civil, cuando el fiador ha devenido en insolvente, el deudor debe reemplazarlo por otro que reúna los requisitos establecidos en el artículo 1876.

En relación con este precepto, podría sostenerse que estaríamos en presencia de una novación legal de carácter subjetivo, referida al contrato de fianza.

Pero dicha norma (el artículo 1877 del Código Civil) agrega que si el deudor no puede dar otro fiador o no ofrece otra garantía idónea, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento inmediato de la obligación.

Es precisamente en el segundo párrafo del artículo 1877, bajo comentario, que encontramos un supuesto de novación legal de carácter objetivo, en la medida en que el cumplimiento de la obligación resultará exigible de inmediato, y ya no en el plazo anteriormente vigente.

Ahora bien, claro está que se trataría de un supuesto novatorio siempre y cuando la variación del plazo sea trascendente o esencial.

Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1538

Este artículo podría ser derogado.

18. Prescripción extintiva.

Establece el artículo 1989 del Código Civil que la prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo; en tanto que el artículo 2001 del Código citado prevé plazos prescriptorios distintos para el ejercicio de las diversas acciones civiles.

Podría pensarse que este es un supuesto de novación legal objetiva, ya que el solo transcurso del plazo previsto por la ley determina la inexigibilidad de una obligación, por haber operado la prescripción extintiva. En tal sentido, la obligación civil se habría sustituido por una natural.

Antes de finalizar nuestros comentarios sobre la novación legal que opera de pleno derecho, anotamos que existen dos supuestos que podrían considerarse, en apariencia, como novatorios, pero que en la realidad de los hechos no lo son. Se trata del falso mutuo y del caso en que el contrato de locación de servicios se rige por las disposiciones sobre compraventa.

En relación con el primero recordamos que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1665 del Código Civil, cuando se presta una cantidad de dinero que debe devolverse en mercaderías o viceversa, el contrato es de compraventa.

Este caso podría aparentar ser uno de novación legal, en razón de que el mencionado contrato, que es de mutuo, sería considerado por la ley como uno de compraventa.

Sin embargo, no compartimos tal conclusión en la medida en que el artículo 1665 se limita a reconocer la verdadera naturaleza jurídica del contrato celebrado, independientemente de la denominación que las partes le atribuyeron.

En lo que respecta al segundo caso, debe recordarse que, de acuerdo con lo previsto por el artículo 1770 del Código Civil, las disposiciones de los artículos 1764 al 1769 son aplicables cuando el locador proporciona los materiales, siempre que éstos no hayan sido predominantemente tomados en consideración. De lo contrario, rigen las disposiciones sobre compraventa.

El supuesto contemplado por la parte final del artículo 1770, podría aparentar ser uno de novación legal objetiva por cambio de título. No obstante, somos contrarios a este parecer, sobre la base de las mismas consideraciones vertidas al analizar el falso mutuo.

Fundamento

Consideramos que al derogarse el artículo 1537, el numeral 1538 perdería todo sentido. Además, se trata de una norma contraria a la voluntad real de los contratantes, que impone una novación legal, variando la naturaleza de un contrato por la de otro al cual ellas nunca se obligaron.⁹

El *Tratado de la Venta*, se terminó de
imprimir en el mes de noviembre del 2000
en los talleres de Editorial e Imprenta
DESA S.A. (Reg. Ind. 16521)
General Varela 1577,
Lima 5, Perú

⁹ En ocasión anterior (CASTILLO FREYRE, Mario. *El Bien Materia del Contrato de Compraventa*, página 300) consideramos conveniente proponer la modificatoria del artículo 1538, por un numeral que tuviera la siguiente redacción:

Artículo 1538.- «En el caso del artículo 1537, si el bien vendido es parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre demandar la anulación del contrato o solicitar la reducción del precio».

El artículo 1538 entonces propuesto otorgaba al comprador que (dentro del supuesto del que iba a ser nuestro artículo 1537) adquiere un bien que es solo parcialmente ajeno, la opción entre demandar la anulación del contrato o solicitar la reducción del precio pactado. Considerábamos pertinente mantener la opción conferida por el actual artículo 1540 del Código Civil.

PRÓXIMOS TÍTULOS

*Las Conversaciones
entre el Perú y Chile
para la Ejecución
del Tratado de 1929*

Fabián Novak

*Ideas sobre qué es
aprender (y enseñar)
derecho en un pregrado*

(Colección Magis)

Marcial Rubio

La luna en el agua

(Colección Orientalia)

Ilia y Javier Sologuren



Tratado de la Venta

«En esta obra Mario Castillo Freyre analiza exhaustivamente cada uno de los preceptos del Código Civil de 1984, con una prolijidad que realmente abruma. Primero transcribe todas las fuentes nacionales de cada precepto; luego ingresa a la legislación comparada; a continuación efectúa un análisis singularmente exhaustivo de la norma jurídica que está estudiando, en la que cita, para ello, relevante doctrina civil y jurisprudencia; y, cuando lo juzga conveniente, plantea propuestas de modificación o, eventualmente, la supresión del artículo. Y todo ello lo hace con profundidad y pulcritud.

Estoy seguro en no equivocarme al afirmar que, si una persona interesada en las ciencias jurídicas, cualquiera que sea la legislación a la que apele, desea conocer, cabalmente, los alcances de las normas previstas para el Contrato de Compraventa, tendrá que recurrir, necesariamente, a la lectura de la obra de Mario Castillo Freyre. Ella tiene esa trascendencia porque, cualesquiera que sean los avatares que depare el destino a una normatividad fundamental, el trabajo de Mario Castillo Freyre subsistirá en el tiempo».

Felipe Osterling Parodi