Mario Castillo Freyre



Tratado de la Venta

Vol. XVIII Tomo I 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 Magíster 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 Dinerarias 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 I

BIBLIOTECA
PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL
VOLUMEN XVIII

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 2000

Tratado de la Venta
Tomo I

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: 9972-42-367-0
Depósito Legal: 1501052000-4149

Impreso en el Perú - Printed in Peru

TOMO I

CONTENIDO

PRÓLOGO 29
PALABRAS LIMINARES 35

TÍTULO I
Compraventa
CAPÍTULO PRIMERO
Disposiciones Generales

— CONTRATO DE COMPRAVENTA. CONCEPTO 63
— Fuentes nacionales del artículo 1529 63
— Análisis 65
1. Concepto 65
   1.1. La obligación del vendedor en relación al bien 73
   1.2. La obligación del comprador en relación al precio 76
2. Nomenclatura 76
3. Características del contrato de compraventa 81
   3.1. En cuanto al nombre 81
   3.2. En cuanto a su regulación 86
   3.3. En cuanto a su estructura 88
   3.4. En cuanto a su contenido o área 92
   3.5. En cuanto a su autonomía 94
   3.6. En cuanto a su formación 95
   3.7. En cuanto al tiempo 98
   3.8. En cuanto a su negociación 100
   3.9. En cuanto al rol económico 100
   3.10. En cuanto a su función 101
   3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 101
   3.12. En cuanto a la prestación 102

3.13. En cuanto a la valoración 102
3.14. En cuanto al riesgo 102
3.15. En cuanto a sus efectos 106
4. El precio 108
4.1. El precio debe consistir necesariamente en dinero 120
4.2. El precio debe consistir en dinero o signo que lo represente 122
5. Semejanzas y diferencias existentes entre el Contrato de Compraventa y otros Contratos Típicos, así como con otras figuras e instituciones regulados por el Código Civil Peruano 129
5.1. Con el contrato de permuta 129
5.1.1. En cuanto al nombre 129
5.1.2. En cuanto a su regulación 130
5.1.3. En cuanto a su estructura 130
5.1.4. En cuanto a su contenido o área 131
5.1.5. En cuanto a su autonomía 131
5.1.6. En cuanto a su formación 131
5.1.7. En cuanto al tiempo 131
5.1.8. En cuanto a su negociación 133
5.1.9. En cuanto al rol económico 133
5.1.10. En cuanto a su función 133
5.1.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 134
5.1.12. En cuanto a la prestación 134
5.1.13. En cuanto a la valoración 134
5.1.14. En cuanto al riesgo 134
5.1.15. En cuanto a sus efectos 135
5.2. Con el contrato de suministro 135
5.2.1. En cuanto al nombre 135
5.2.2. En cuanto a su regulación 135
5.2.3. En cuanto a su estructura 159
5.2.4. En cuanto a su contenido o área 160
5.2.5. En cuanto a su autonomía 160
5.2.6. En cuanto a su formación 160
5.2.7. En cuanto al tiempo 161
5.2.8. En cuanto a su negociación 161
5.2.9. En cuanto al rol económico 162
5.2.10. En cuanto a su función 162

5.2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 162
5.2.12. En cuanto a la prestación 162
5.2.13. En cuanto a la valoración 163
5.2.14. En cuanto al riesgo 163
5.2.15. En cuanto a sus efectos 164
5.3. Con el contrato de donación puro y simple 164
5.3.1. En cuanto al nombre 164
5.3.2. En cuanto a su regulación 164
5.3.3. En cuanto a su estructura 169
5.3.4. En cuanto a su contenido o área 169
5.3.5. En cuanto a su autonomía 169
5.3.6. En cuanto a su formación 169
5.3.7. En cuanto al tiempo 171
5.3.8. En cuanto a su negociación 172
5.3.9. En cuanto al rol económico 172
5.3.10. En cuanto a su función 173
5.3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 173
5.3.12. En cuanto a la prestación 173
5.3.13. En cuanto a la valoración 173
5.3.14. En cuanto al riesgo 173
5.3.15. En cuanto a sus efectos 174
5.4. Con el contrato de mutuo 174
5.4.1. En cuanto al nombre 174
5.4.2. En cuanto a su regulación 174
5.4.3. En cuanto a su estructura 180
5.4.4. En cuanto a su contenido o área 180
5.4.5. En cuanto a su autonomía 181
5.4.6. En cuanto a su formación 181
5.4.7. En cuanto al tiempo 183
5.4.8. En cuanto a su negociación 183
5.4.9. En cuanto al rol económico 183
5.4.10. En cuanto a su función 184
5.4.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 184
5.4.12. En cuanto a la prestación 185
5.4.13. En cuanto a la valoración 192
5.4.14. En cuanto al riesgo 193
5.4.15. En cuanto a sus efectos 194
5.5. Con el contrato de arrendamiento 194
5.5.1. En cuanto al nombre 194

5.5.2. En cuanto a su regulación 195
5.5.3. En cuanto a su estructura 203
5.5.4. En cuanto a su contenido o área 203
5.5.5. En cuanto a su autonomía 204
5.5.6. En cuanto a su formación 207
5.5.7. En cuanto al tiempo 209
5.5.8. En cuanto a su negociación 221
5.5.9. En cuanto al rol económico 222
5.5.10. En cuanto a su función 222
5.5.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 222
5.5.12. En cuanto a la prestación 222
5.5.13. En cuanto a la valoración 232
5.5.14. En cuanto al riesgo 233
5.5.15. En cuanto a sus efectos 233
5.6. Con el contrato de hospedaje 233
5.6.1. En cuanto al nombre 233
5.6.2. En cuanto a su regulación 233
5.6.3. En cuanto a su estructura 234
5.6.4. En cuanto a su contenido o área 234
5.6.5. En cuanto a su autonomía 234
5.6.6. En cuanto a su formación 234
5.6.7. En cuanto al tiempo 235
5.6.8. En cuanto a su negociación 235
5.6.9. En cuanto al rol económico 235
5.6.10. En cuanto a su función 236
5.6.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 236
5.6.12. En cuanto a la prestación 236
5.6.13. En cuanto a la valoración 237
5.6.14. En cuanto al riesgo 237
5.6.15. En cuanto a sus efectos 238
5.7. Con el contrato de comodato 238
5.7.1. En cuanto al nombre 238
5.7.2. En cuanto a su regulación 238
5.7.3. En cuanto a su estructura 246
5.7.4. En cuanto a su contenido o área 247
5.7.5. En cuanto a su autonomía 247
5.7.6. En cuanto a su formación 247
5.7.7. En cuanto al tiempo 248
5.7.8. En cuanto a su negociación 248

5.7.9. En cuanto al rol económico 249
5.7.10. En cuanto a su función 249
5.7.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 249
5.7.12. En cuanto a la prestación 250
5.7.13. En cuanto a la valoración 256
5.7.14. En cuanto al riesgo 256
5.7.15. En cuanto a sus efectos 256
5.8. Con la locación de servicios 257
5.8.1. En cuanto al nombre 257
5.8.2. En cuanto a su regulación 257
5.8.3. En cuanto a su estructura 258
5.8.4. En cuanto a su contenido o área 258
5.8.5. En cuanto a su autonomía 259
5.8.6. En cuanto a su formación 259
5.8.7. En cuanto al tiempo 259
5.8.8. En cuanto a su negociación 260
5.8.9. En cuanto al rol económico 261
5.8.10. En cuanto a su función 261
5.8.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 261
5.8.12. En cuanto a la prestación 262
5.8.13. En cuanto a la valoración 263
5.8.14. En cuanto al riesgo 264
5.8.15. En cuanto a sus efectos 264
5.9. Con el contrato de obra 264
5.9.1. En cuanto al nombre 264
5.9.2. En cuanto a su regulación 265
5.9.3. En cuanto a su estructura 265
5.9.4. En cuanto a su contenido o área 265
5.9.5. En cuanto a su autonomía 266
5.9.6. En cuanto a su formación 266
5.9.7. En cuanto al tiempo 266
5.9.8. En cuanto a su negociación 268
5.9.9. En cuanto al rol económico 268
5.9.10. En cuanto a su función 268
5.9.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 269
5.9.12. En cuanto a la prestación 269
5.9.13. En cuanto a la valoración 276
5.9.14. En cuanto al riesgo 277
5.9.15. En cuanto a sus efectos 277

5.10. Con el contrato de mandato 277
5.10.1. En cuanto al nombre 277
5.10.2. En cuanto a su regulación 278
5.10.3. En cuanto a su estructura 282
5.10.4. En cuanto a su contenido o área 283
5.10.5. En cuanto a su autonomía 283
5.10.6. En cuanto a su formación 283
5.10.7. En cuanto al tiempo 285
5.10.8. En cuanto a su negociación 286
5.10.9. En cuanto al rol económico 287
5.10.10. En cuanto a su función 287
5.10.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 287
5.10.12. En cuanto a la prestación 287
5.10.13. En cuanto a la valoración 287
5.10.14. En cuanto al riesgo 289
5.10.15. En cuanto a sus efectos 290
5.11. Con el contrato de depósito 290
5.11.1. En cuanto al nombre 290
5.11.2. En cuanto a su regulación 290
5.11.3. En cuanto a su estructura 302
5.11.4. En cuanto a su contenido o área 302
5.11.5. En cuanto a su autonomía 302
5.11.6. En cuanto a su formación 304
5.11.7. En cuanto al tiempo 308
5.11.8. En cuanto a su negociación 314
5.11.9. En cuanto al rol económico 315
5.11.10. En cuanto a su función 316
5.11.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 316
5.11.12. En cuanto a la prestación 316
5.11.13. En cuanto a la valoración 317
5.11.14. En cuanto al riesgo 320
5.11.15. En cuanto a sus efectos 321
5.12. Con el contrato de secuestro 321
5.12.1. En cuanto al nombre 321
5.12.2. En cuanto a su regulación 321
5.12.3. En cuanto a su estructura 329
5.12.4. En cuanto a su contenido o área 332

5.12.5. En cuanto a su autonomía 332
5.12.6. En cuanto a su formación 332
5.12.7. En cuanto al tiempo 332
5.12.8. En cuanto a su negociación 333
5.12.9. En cuanto al rol económico 333
5.12.10. En cuanto a su función 333
5.12.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 333
5.12.12. En cuanto a la prestación 333
5.12.13. En cuanto a la valoración 334
5.12.14. En cuanto al riesgo 334
5.12.15. En cuanto a sus efectos 334
5.13. Con el contrato de fianza 334
5.13.1. En cuanto al nombre 334
5.13.2. En cuanto a su regulación 334
5.13.3. En cuanto a su estructura 335
5.13.4. En cuanto a su contenido o área 335
5.13.5. En cuanto a su autonomía 335
5.13.6. En cuanto a su formación 336
5.13.7. En cuanto al tiempo 336
5.13.8. En cuanto a su negociación 336
5.13.9. En cuanto al rol económico 337
5.13.10. En cuanto a su función 337
5.13.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 337
5.13.12. En cuanto a la prestación 338
5.13.13. En cuanto a la valoración 345
5.13.14. En cuanto al riesgo 345
5.13.15. En cuanto a sus efectos 345
5.14. Con el contrato de renta vitalicia 345
5.14.1. En cuanto al nombre 345
5.14.2. En cuanto a su regulación 345
5.14.3. En cuanto a su estructura 350
5.14.4. En cuanto a su contenido o área 350
5.14.5. En cuanto a su autonomía 351
5.14.6. En cuanto a su formación 351
5.14.7. En cuanto al tiempo 351
5.14.8. En cuanto a su negociación 353
5.14.9. En cuanto al rol económico 353

5.14.10. En cuanto a su función 353
5.14.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 354
5.14.12. En cuanto a la prestación 354
5.14.13. En cuanto a la valoración 354
5.14.14. En cuanto al riesgo 357
5.14.15. En cuanto a sus efectos 358
5.15. Con el contrato de juego y apuesta 359
5.15.1. En cuanto al nombre 359
5.15.2. En cuanto a su regulación 359
5.15.3. En cuanto a su estructura 360
5.15.4. En cuanto a su contenido o área 360
5.15.5. En cuanto a su autonomía 360
5.15.6. En cuanto a su formación 360
5.15.7. En cuanto al tiempo 360
5.15.8. En cuanto a su negociación 361
5.15.9. En cuanto al rol económico 361
5.15.10. En cuanto a su función 361
5.15.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 362
5.15.12. En cuanto a la prestación 362
5.15.13. En cuanto a la valoración 365
5.15.14. En cuanto al riesgo 365
5.15.15. En cuanto a sus efectos 365
5.16. Con la cesión de derechos 368
5.16.1. En cuanto al nombre 368
5.16.2. En cuanto a su regulación 368
5.16.3. En cuanto a su estructura 371
5.16.4. En cuanto a su contenido o área 371
5.16.5. En cuanto a su autonomía 371
5.16.6. En cuanto a su formación 371
5.16.7. En cuanto al tiempo 372
5.16.8. En cuanto a su negociación 372
5.16.9. En cuanto al rol económico 373
5.16.10. En cuanto a su función 373
5.16.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 373
5.16.12. En cuanto a la prestación 374
5.16.13. En cuanto a la valoración 374

5.16.14. En cuanto al riesgo 374
5.16.15. En cuanto a sus efectos 376
5.17. Con la dación en pago 376
5.17.1. En cuanto al nombre 376
5.17.2. En cuanto a su regulación 376
5.17.3. En cuanto a su estructura 389
5.17.4. En cuanto a su contenido o área 389
5.17.5. En cuanto a su autonomía 389
5.17.6. En cuanto a su formación 390
5.17.7. En cuanto al tiempo 390
5.17.8. En cuanto a su negociación 390
5.17.9. En cuanto al rol económico 391
5.17.10. En cuanto a su función 391
5.17.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 391
5.17.12. En cuanto a la prestación 391
5.17.13. En cuanto a la valoración 392
5.17.14. En cuanto al riesgo 392
5.17.15. En cuanto a sus efectos 392
5.18. Con la novación 392
5.18.1. En cuanto al nombre 392
5.18.2. En cuanto a su regulación 392
5.18.3. En cuanto a su estructura 393
5.18.4. En cuanto a su contenido o área 393
5.18.5. En cuanto a su autonomía 393
5.18.6. En cuanto a su formación 394
5.18.7. En cuanto al tiempo 394
5.18.8. En cuanto a su negociación 394
5.18.9. En cuanto al rol económico 394
5.18.10. En cuanto a su función 394
5.18.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 395
5.18.12. En cuanto a la prestación 395
5.18.13. En cuanto a la valoración 395
5.18.14. En cuanto al riesgo 395
5.18.15. En cuanto a sus efectos 396
5.19. Con la transacción 396
5.19.1. En cuanto al nombre 396
5.19.2. En cuanto a su regulación 396

5.19.3. En cuanto a su estructura 397
5.19.4. En cuanto a su contenido o área 397
5.19.5. En cuanto a su autonomía 397
5.19.6. En cuanto a su formación 398
5.19.7. En cuanto al tiempo 398
5.19.8. En cuanto a su negociación 398
5.19.9. En cuanto al rol económico 399
5.19.10. En cuanto a su función 399
5.19.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 400
5.19.12. En cuanto a la prestación 400
5.19.13. En cuanto a la valoración 400
5.19.14. En cuanto al riesgo 400
5.19.15. En cuanto a sus efectos 401
5.20. Con el compromiso de contratar 401
5.20.1. En cuanto al nombre 401
5.20.2. En cuanto a su regulación 401
5.20.3. En cuanto a su estructura 402
5.20.4. En cuanto a su contenido o área 402
5.20.5. En cuanto a su autonomía 402
5.20.6. En cuanto a su formación 403
5.20.7. En cuanto al tiempo 403
5.20.8. En cuanto a su negociación 404
5.20.9. En cuanto al rol económico 404
5.20.10. En cuanto a su función 404
5.20.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 405
5.20.12. En cuanto a la prestación 405
5.20.13. En cuanto a la valoración 405
5.20.14. En cuanto al riesgo 405
5.20.15. En cuanto a sus efectos 406
5.21. Con el contrato de opción 406
5.21.1. En cuanto al nombre 406
5.21.2. En cuanto a su regulación 406
5.21.3. En cuanto a su estructura 407
5.21.4. En cuanto a su contenido o área 407
5.21.5. En cuanto a su autonomía 407
5.21.6. En cuanto a su formación 408
5.21.7. En cuanto al tiempo 408

5.21.8. En cuanto a su negociación 408
5.21.9. En cuanto al rol económico 409
5.21.10. En cuanto a su función 409
5.21.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 409
5.21.12. En cuanto a la prestación 409
5.21.13. En cuanto a la valoración 409
5.21.14. En cuanto al riesgo 410
5.21.15. En cuanto a sus efectos 410
5.22. Con la promesa de la obligación o del hecho de un tercero 410
5.22.1. En cuanto al nombre 410
5.22.2. En cuanto a su regulación 410
5.22.3. En cuanto a su estructura 411
5.22.4. En cuanto a su contenido o área 412
5.22.5. En cuanto a su autonomía 412
5.22.6. En cuanto a su formación 412
5.22.7. En cuanto al tiempo 412
5.22.8. En cuanto a su negociación 412
5.22.9. En cuanto al rol económico 413
5.22.10. En cuanto a su función 413
5.22.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 413
5.22.12. En cuanto a la prestación 413
5.22.13. En cuanto a la valoración 414
5.22.14. En cuanto al riesgo 414
5.22.15. En cuanto a sus efectos 414
5.23. Con el contrato de donación con cargo 414
5.23.1. En cuanto al nombre 414
5.23.2. En cuanto a su regulación 414
5.23.3. En cuanto a su estructura 417
5.23.4. En cuanto a su contenido o área 417
5.23.5. En cuanto a su autonomía 417
5.23.6. En cuanto a su formación 417
5.23.7. En cuanto al tiempo 418
5.23.8. En cuanto a su negociación 418
5.23.9. En cuanto al rol económico 418
5.23.10. En cuanto a su función 418

5.23.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 419
5.23.12. En cuanto a la prestación 419
5.23.13. En cuanto a la valoración 420
5.23.14. En cuanto al riesgo 420
5.23.15. En cuanto a sus efectos 420
5.24. Con el contrato estimatorio 420
5.24.1. En cuanto al nombre 420
5.24.2. En cuanto a su regulación 421
5.24.3. En cuanto a su estructura 426
5.24.4. En cuanto a su contenido o área 426
5.24.5. En cuanto a su autonomía 426
5.24.6. En cuanto a su formación 426
5.24.7. En cuanto al tiempo 426
5.24.8. En cuanto a su negociación 427
5.24.9. En cuanto al rol económico 427
5.24.10. En cuanto a su función 427
5.24.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 428
5.24.12. En cuanto a la prestación 428
5.24.13. En cuanto a la valoración 428
5.24.14. En cuanto al riesgo 428
5.24.15. En cuanto a sus efectos 429
5.25. Con la expropiación 429
5.25.1. En cuanto al nombre 429
5.25.2. En cuanto a su regulación 429
5.25.3. En cuanto a su estructura 450
5.25.4. En cuanto a su contenido o área 450
5.25.5. En cuanto a su autonomía 451
5.25.6. En cuanto a su formación 451
5.25.7. En cuanto al tiempo 451
5.25.8. En cuanto a su negociación 451
5.25.9. En cuanto al rol económico 452
5.25.10. En cuanto a su función 452
5.25.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 452
5.25.12. En cuanto a la prestación 453
5.25.13. En cuanto a la valoración 453
5.25.14. En cuanto al riesgo 453

5.25.15. En cuanto a sus efectos 454
5.26. Con el alquiler-venta o arrendamiento-venta 454
5.26.1. En cuanto al nombre 454
5.26.2. En cuanto a su regulación 454
5.26.3. En cuanto a su estructura 456
5.26.4. En cuanto a su contenido o área 457
5.26.5. En cuanto a su autonomía 457
5.26.6. En cuanto a su formación 457
5.26.7. En cuanto al tiempo 457
5.26.8. En cuanto a su negociación 458
5.26.9. En cuanto al rol económico 458
5.26.10. En cuanto a su función 459
5.26.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 459
5.26.12. En cuanto a la prestación 459
5.26.13. En cuanto a la valoración 459
5.26.14. En cuanto al riesgo 459
5.26.15. En cuanto a sus efectos 460
5.27. Con el contrato de arrendamiento financiero 460
5.27.1. En cuanto al nombre 460
5.27.2. En cuanto a su regulación 460
5.27.3. En cuanto a su estructura 466
5.27.4. En cuanto a su contenido o área 467
5.27.5. En cuanto a su autonomía 469
5.27.6. En cuanto a su formación 469
5.27.7. En cuanto al tiempo 469
5.27.8. En cuanto a su negociación 469
5.27.9. En cuanto al rol económico 470
5.27.10. En cuanto a su función 470
5.27.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 470
5.27.12. En cuanto a la prestación 470
5.27.13. En cuanto a la valoración 470
5.27.14. En cuanto al riesgo 471
5.27.15. En cuanto a sus efectos 471
5.28. Con el contrato de donación indirecta o atípica 471
5.28.1. En cuanto al nombre 473
5.28.2. En cuanto a su regulación 473
5.28.3. En cuanto a su estructura 473

5.28.4. En cuanto a su contenido o área 474
5.28.5. En cuanto a su autonomía 474
5.28.6. En cuanto a su formación 474
5.28.7. En cuanto al tiempo 474
5.28.8. En cuanto a su negociación 475
5.28.9. En cuanto al rol económico 475
5.28.10. En cuanto a su función 475
5.28.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 476
5.28.12. En cuanto a la prestación 476
5.28.13. En cuanto a la valoración 476
5.28.14. En cuanto al riesgo 477
5.28.15. En cuanto a sus efectos 477
5.29. Con la hipoteca 477
5.29.1. En cuanto al nombre 477
5.29.2. En cuanto a su regulación 477
5.29.3. En cuanto a su estructura 479
5.29.4. En cuanto a su contenido o área 480
5.29.5. En cuanto a su autonomía 480
5.29.6. En cuanto a su formación 480
5.29.7. En cuanto al tiempo 481
5.29.8. En cuanto a su negociación 481
5.29.9. En cuanto al rol económico 481
5.29.10. En cuanto a su función 482
5.29.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 482
5.29.12. En cuanto a la prestación 482
5.29.13. En cuanto a la valoración 482
5.29.14. En cuanto al riesgo 482
5.29.15. En cuanto a sus efectos 483
5.30. Con la prenda 483
5.30.1. En cuanto al nombre 483
5.30.2. En cuanto a su regulación 483
5.30.3. En cuanto a su estructura 484
5.30.4. En cuanto a su contenido o área 484
5.30.5. En cuanto a su autonomía 484
5.30.6. En cuanto a su formación 485
5.30.7. En cuanto al tiempo 485
5.30.8. En cuanto a su negociación 486

5.30.9. En cuanto al rol económico 486
5.30.10. En cuanto a su función 486
5.30.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 486
5.30.12. En cuanto a la prestación 487
5.30.13. En cuanto a la valoración 487
5.30.14. En cuanto al riesgo 487
5.30.15. En cuanto a sus efectos 487
5.31. Con la anticresis 487
5.31.1. En cuanto al nombre 487
5.31.2. En cuanto a su regulación 488
5.31.3. En cuanto a su estructura 488
5.31.4. En cuanto a su contenido o área 488
5.31.5. En cuanto a su autonomía 488
5.31.6. En cuanto a su formación 489
5.31.7. En cuanto al tiempo 489
5.31.8. En cuanto a su negociación 489
5.31.9. En cuanto al rol económico 489
5.31.10. En cuanto a su función 490
5.31.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 490
5.31.12. En cuanto a la prestación 490
5.31.13. En cuanto a la valoración 490
5.31.14. En cuanto al riesgo 491
5.31.15. En cuanto a sus efectos 491
5.32. Con el contrato de institución de heredero o legatario 491
5.32.1. En cuanto al nombre 492
5.32.2. En cuanto a su regulación 492
5.32.3. En cuanto a su estructura 493
5.32.4. En cuanto a su contenido o área 493
5.32.5. En cuanto a su autonomía 493
5.32.6. En cuanto a su formación 493
5.32.7. En cuanto al tiempo 493
5.32.8. En cuanto a su negociación 494
5.32.9. En cuanto al rol económico 494
5.32.10. En cuanto a su función 494
5.32.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 495

5.32.12. En cuanto a la prestación 495
5.32.13. En cuanto a la valoración 495
5.32.14. En cuanto al riesgo 495
5.32.15. En cuanto a sus efectos 496
5.33. Con la compraventa de herencia futura 496
5.33.1. En cuanto al nombre 497
5.33.2. En cuanto a su regulación 497
5.33.3. En cuanto a su estructura 497
5.33.4. En cuanto a su contenido o área 498
5.33.5. En cuanto a su autonomía 498
5.33.6. En cuanto a su formación 498
5.33.7. En cuanto al tiempo 498
5.33.8. En cuanto a su negociación 499
5.33.9. En cuanto al rol económico 499
5.33.10. En cuanto a su función 499
5.33.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 499
5.33.12. En cuanto a la prestación 499
5.33.13. En cuanto a la valoración 499
5.33.14. En cuanto al riesgo 500
5.33.15. En cuanto a sus efectos 500
5.34. Con el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura 500
5.34.1. En cuanto al nombre 500
5.34.2. En cuanto a su regulación 501
5.34.3. En cuanto a su estructura 501
5.34.4. En cuanto a su contenido o área 501
5.34.5. En cuanto a su autonomía 502
5.34.6. En cuanto a su formación 502
5.34.7. En cuanto al tiempo 502
5.34.8. En cuanto a su negociación 502
5.34.9. En cuanto al rol económico 503
5.34.10. En cuanto a su función 503
5.34.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 503
5.34.12. En cuanto a la prestación 503
5.34.13. En cuanto a la valoración 504
5.34.14. En cuanto al riesgo 504
5.34.15. En cuanto a sus efectos 504

5.35. Con el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro 505
5.35.1. En cuanto al nombre 505
5.35.2. En cuanto a su regulación 506
5.35.3. En cuanto a su estructura 506
5.35.4. En cuanto a su contenido o área 506
5.35.5. En cuanto a su autonomía 506
5.35.6. En cuanto a su formación 506
5.35.7. En cuanto al tiempo 507
5.35.8. En cuanto a su negociación 507
5.35.9. En cuanto al rol económico 508
5.35.10. En cuanto a su función 508
5.35.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 508
5.35.12. En cuanto a la prestación 508
5.35.13. En cuanto a la valoración 509
5.35.14. En cuanto al riesgo 509
5.35.15. En cuanto a sus efectos 509
5.36. Con el contrato de donación disimulado con apariencia de compraventa 509
5.36.1. En cuanto al nombre 509
5.36.2. En cuanto a su regulación 510
5.36.3. En cuanto a su estructura 510
5.36.4. En cuanto a su contenido o área 510
5.36.5. En cuanto a su autonomía 510
5.36.6. En cuanto a su formación 510
5.36.7. En cuanto al tiempo 511
5.36.8. En cuanto a su negociación 511
5.36.9. En cuanto al rol económico 511
5.36.10. En cuanto a su función 511
5.36.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 511
5.36.12. En cuanto a la prestación 512
5.36.13. En cuanto a la valoración 512
5.36.14. En cuanto al riesgo 512
5.36.15. En cuanto a sus efectos 512

5.37. Con la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor 512
5.37.1. En cuanto al nombre 513
5.37.2. En cuanto a su regulación 513
5.37.3. En cuanto a su estructura 513
5.37.4. En cuanto a su contenido o área 513
5.37.5. En cuanto a su autonomía 514
5.37.6. En cuanto a su formación 514
5.37.7. En cuanto al tiempo 514
5.37.8. En cuanto a su negociación 515
5.37.9. En cuanto al rol económico 515
5.37.10. En cuanto a su función 515
5.37.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 515
5.37.12. En cuanto a la prestación 516
5.37.13. En cuanto a la valoración 516
5.37.14. En cuanto al riesgo 516
5.37.15. En cuanto a sus efectos 516
5.38. Con la gestión de negocios 517
5.38.1. En cuanto al nombre 517
5.38.2. En cuanto a su regulación 517
5.38.3. En cuanto a su estructura 518
5.38.4. En cuanto a su contenido o área 518
5.38.5. En cuanto a su autonomía 519
5.38.6. En cuanto a su formación 519
5.38.7. En cuanto al tiempo 519
5.38.8. En cuanto a su negociación 519
5.38.9. En cuanto al rol económico 519
5.38.10. En cuanto a su función 520
5.38.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 520
5.38.12. En cuanto a la prestación 520
5.38.13. En cuanto a la valoración 520
5.38.14. En cuanto al riesgo 520
5.38.15. En cuanto a sus efectos 521
5.39. Con la promesa unilateral 521
5.39.1. En cuanto al nombre 523
5.39.2. En cuanto a su regulación 523
5.39.3. En cuanto a su estructura 523

5.39.4. En cuanto a su contenido o área 524
5.39.5. En cuanto a su autonomía 524
5.39.6. En cuanto a su formación 524
5.39.7. En cuanto al tiempo 524
5.39.8. En cuanto a su negociación 525
5.39.9. En cuanto al rol económico 525
5.39.10. En cuanto a su función 525
5.39.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 525
5.39.12. En cuanto a la prestación 526
5.39.13. En cuanto a la valoración 526
5.39.14. En cuanto al riesgo 526
5.39.15. En cuanto a sus efectos 526
5.40. Con el contrato de facturación (*factoring*) 527
5.40.1. En cuanto al nombre 527
5.40.2. En cuanto a su regulación 527
5.40.3. En cuanto a su estructura 529
5.40.4. En cuanto a su contenido o área 530
5.40.5. En cuanto a su autonomía 530
5.40.6. En cuanto a su formación 531
5.40.7. En cuanto al tiempo 532
5.40.8. En cuanto a su negociación 532
5.40.9. En cuanto al rol económico 532
5.40.10. En cuanto a su función 532
5.40.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 532
5.40.12. En cuanto a la prestación 533
5.40.13. En cuanto a la valoración 533
5.40.14. En cuanto al riesgo 533
5.40.15. En cuanto a sus efectos 534
5.41. Con el contrato de franquicia (*franchising*) 534
5.41.1. En cuanto al nombre 534
5.41.2. En cuanto a su regulación 534
5.41.3. En cuanto a su estructura 534
5.41.4. En cuanto a su contenido o área 537
5.41.5. En cuanto a su autonomía 537
5.41.6. En cuanto a su formación 538
5.41.7. En cuanto al tiempo 538
5.41.8. En cuanto a su negociación 539

5.41.9. En cuanto al rol económico 539
5.41.10. En cuanto a su función 539
5.41.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 539
5.41.12. En cuanto a la prestación 539
5.41.13. En cuanto a la valoración 539
5.41.14. En cuanto al riesgo 540
5.41.15. En cuanto a sus efectos 540
5.42. Con el contrato de fideicomiso 540
5.42.1. En cuanto al nombre 540
5.42.2. En cuanto a su regulación 542
5.42.3. En cuanto a su estructura 543
5.42.4. En cuanto a su contenido o área 543
5.42.5. En cuanto a su autonomía 543
5.42.6. En cuanto a su formación 544
5.42.7. En cuanto al tiempo 544
5.42.8. En cuanto a su negociación 545
5.42.9. En cuanto al rol económico 546
5.42.10. En cuanto a su función 553
5.42.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 553
5.42.12. En cuanto a la prestación 554
5.42.13. En cuanto a la valoración 554
5.42.14. En cuanto al riesgo 555
5.42.15. En cuanto a sus efectos 556
5.43. Con el contrato de licencia o *know how* 556
5.43.1. En cuanto al nombre 556
5.43.2. En cuanto a su regulación 557
5.43.3. En cuanto a su estructura 557
5.43.4. En cuanto a su contenido o área 560
5.43.5. En cuanto a su autonomía 560
5.43.6. En cuanto a su formación 560
5.43.7. En cuanto al tiempo 561
5.43.8. En cuanto a su negociación 561
5.43.9. En cuanto al rol económico 561
5.43.10. En cuanto a su función 561
5.43.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 561
5.43.12. En cuanto a la prestación 562

5.43.13. En cuanto a la valoración 562
5.43.14. En cuanto al riesgo 562
5.43.15. En cuanto a sus efectos 563
6. Jurisprudencia peruana del artículo 1529 563
— Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1529 565
— Fundamento 565

PRÓLOGO

Mario Castillo Freyre me ha honrado solicitándome el prólogo de un tratado que, sin exageración alguna, lo califico como monumental. Me refiero al Tratado de la Venta.

Estas líneas las escribo con convicción, con la más absoluta certidumbre que dicha obra trasciende, a juicio mío, cualquiera otra que pueda haberse escrito sobre la materia.

Es admirable que un jurista, maestro y abogado en ejercicio, con la juventud de Mario Castillo Freyre, haya divulgado en forma tan prolífica su excelente dominio del Derecho Civil y, en particular, del Derecho de Contratos y del Derecho de Obligaciones.

Expreso estos conceptos en forma tan rotunda, porque el autor, en los múltiples trabajos elaborados en el lapso de pocos años, ha discurrido por todo el Código Civil peruano. Así lo hace en *Tentaciones Académicas*, en la que prolijamente estudia todo el articulado del Código vigente. En el Derecho de Obligaciones, al escribir conjuntamente con el suscrito un tratado del que ya han aparecido los nueve primeros volúmenes, y en los que aún nos falta un largo trecho por recorrer. Y ahora con una obra sobre el Derecho de Contratos, en la que realiza un exhaustivo estudio exegético de los artículos 1529 a 1601 del Código Civil peruano de 1984, relativos al contrato de compraventa.

Pero, antes de explayarme brevemente sobre el tema, quiero hablar del autor.

Mario Castillo Freyre fue un excelente estudiante en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica

del Perú —*alma mater* común del autor y del prologuista— entre los años 1984 a 1988, época en la que fui su profesor de Derecho de Obligaciones y en que pude percibir, en ese brillante alumno, su lucidez, talento, inteligencia y vocación por el Derecho. Pero sus labores universitarias no se limitaron a adquirir la sólida formación jurídica y humanista que hoy exhibe, sino que tuvo otras virtudes, que sin duda lo enaltecen, al ser primero representante estudiantil en el Consejo de la Facultad de Derecho, luego Presidente de la Mesa Directiva del Centro Federado de Estudiantes de la Facultad de Derecho y, por último, Presidente de la Mesa Directiva de la Federación de Estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú (FEPUC). Conjugó, en esta forma, su aprendizaje académico con apreciables aportes destinados a divulgar en la Facultad de Derecho y en la propia Universidad, valores fundamentales para la cabal formación de los alumnos de tan acreditado Centro de Estudios.

Mario Castillo Freyre optó el grado de Bachiller en Derecho y se recibió de Abogado con los máximos honores académicos, como no podía ser de otra manera. Sus inquietudes se orientaron, en primer término, al Derecho de Contratos, pues su bachillerato lo obtuvo con la tesis titulada *Los Contratos sobre Bienes Ajenos*, que mereció mención sobresaliente y que fue su primera obra editada en el mes de mayo de 1990.

Luego siguió estudios de Magister en Derecho, con mención en Derecho Civil, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, optanto ese grado académico en setiembre de 1991, con la tesis titulada «El Bien Materia del Contrato de Compraventa», aprobada por unanimidad con la mención de sobresaliente. Dicha tesis fue publicada en noviembre de 1992.

En setiembre de 1997 concluyó sus estudios de Doctorado en Derecho en la Escuela de Graduados de la misma Universidad, habiendo optado el grado de Doctor en Derecho en julio de 1999, con las más altas calificaciones, justamente con la obra que se publica que en aquella oportunidad se denominó «El Contrato de Compraventa en el Código Civil de 1984».

Como se comprueba, los grados académicos de Bachiller en Derecho, de Magíster en Derecho y de Doctor en Derecho, fueron optados por Mario Castillo Freyre con tres temas del Derecho de Contratos y, específicamente, del contrato de compraventa. En el interregno, entre su tesis de Magíster en Derecho y la obra que prologo, continuó profundizando en sus estudios relativos al contrato de compraventa y publicó, en junio de 1993, *El Precio en el Contrato de Compraventa y el Contrato de Permuta.*

Hasta aquí podría pensarse que la especialización académica de Mario Castillo Freyre es sobre el contrato de compraventa. Sin embargo, desde el mismo año 1993, el autor empieza a incursionar, conjuntamente con el suscrito, en el Tratado de las Obligaciones al que antes aludí. Y también, desde que se inició este trabajo hasta la fecha, al margen de los numerosos artículos que ha publicado, escribió, conjuntamente con el prologuista, la obra denominada *Estudio sobre las Obligaciones Dinerarias en el Perú*, editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México en octubre de 1995; *Las Doctrinas Tradicionales frente a la Contratación Computarizada*, en cuatro tomos, en diciembre de 1996; *Todos los Poderes del Presidente (Etica y Derecho en el ejercicio de la Presidencia)*, en agosto de 1997; y, en tres tomos, *Tentaciones Académicas*, en la que, como antes he señalado, discurre por todo el Derecho Civil, en junio de 1998.

¿A qué nos conduce esta breve reseña? A la enfática afirmación de que la producción jurídica de Mario Castillo Freyre es formidable. Incursiona con notable facilidad en todos los campos del Derecho Civil; se especializa en Contratos y Obligaciones; discurre por la Contratación Computarizada; y, por si todo aquello fuera poco, abarca el Derecho Constitucional.

Los elogios a Mario Castillo Freyre, por su profusa e inteligente producción jurídica, no constituyen recursos retóricos. Estoy diciendo, simplemente, lo que es una verdad incontrastable.

Pero un hombre con esa vocación académica, un universitario por antonomasia, tenía, sin duda, que ingresar a la cátedra universitaria. Y lo hace en el año 1990, cuando aún era Bachiller en Derecho, como Profesor del curso de Derecho de Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, donde luego, al año siguiente, también se inicia como profesor del curso de Contratos. En el año 1993 es convocado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la que empieza a dictar sus dos temas favoritos, Obligaciones y Contratos. Y, en el año 1999, es invitado para dictar los cursos de su especialidad en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Hoy Mario Castillo Freyre continúa como profesor en esas tres Facultades de Derecho, alternando o dictando simultáneamente sus dos vocaciones primordiales, Obligaciones y Contratos, materias que, por su naturaleza, están íntimamente vinculadas.

Pero debo distraer la atención del lector, para retomar en pocas palabras la obra que nos convoca. En ella 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 así 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 Código Civil de 1984, a través de una Comisión Reformadora que inexplicablemente estaría evaluando la posibilidad de derogarlo, el trabajo de Mario Castillo Freyre subsistirá en el tiempo. Él es tan rico que siempre tendrá vigencia.

Por eso el esfuerzo exegético no ha sido, en modo alguno, inútil, ni está sometido a los vaivenes legislativos. Su obra subsistirá trascendiendo a cualquier Código Civil. Y por todo ello lo felicito y declaro, sin tapujos, que me siento honrado de haber sido su maestro en los claustros universitarios y de ser coautor con él del Tratado de las Obligaciones.

Pero no solo quiero felicitar al autor. Permítanme finalizar felicitando a su Universidad, que siempre fue la mía, por despertar tamañas inquietudes intelectuales. Solo deseo que las generaciones venideras sigan las huellas indelebles del autor.

Lima, abril del 2000

Felipe Osterling Parodi

PALABRAS LIMINARES

A mediados de 1986, cuando era alumno del curso de Contratos Típicos I en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, despertó especial interés en mí el estudio de la venta de bien ajeno, punto muy controvertido y que fue materia de ardua discusión en clase. Ello motivó a que me introdujera —por primera vez— en la investigación de un tema de orden jurídico.

Esa investigación, aunada al incentivo que habían generado en mí algunos compañeros de práctica pre-profesional que integraban el Consejo Directivo de una Revista de Derecho, hizo que emprendiera el camino de elaborar un artículo para ser publicado en esa revista. Tenía gran entusiasmo, a tal punto que consulté un número apreciable de autores y Códigos Civiles extranjeros, luego de lo cual comprendí que estaba ante dos situaciones concretas. La primera consistía en que los elementos de juicio que tenía sobre el particular eran muy grandes, tanto así que las interrogantes que me formulaba eran mayores que las conclusiones a que había llegado. La segunda, que nunca iba a terminar ese artículo para la fecha de cierre de edición de la revista, pues la materia me había fascinado de tal manera que ya tenía el tan ansiado «tema de tesis» (cuando constituía requisito para optar el grado de Bachiller en Derecho la elaboración y sustentación de una tesis).

Es así como decido elaborar mi tesis de bachillerato acerca de los Contratos sobre Bienes Ajenos, trabajo que concluí en julio de 1989 y sustenté en octubre de ese mismo año.

Paralelamente realizaba estudios en la Maestría de Derecho Civil de la Escuela de Graduados, interesándome en

complementar mis investigaciones acerca del bien materia del contrato de compraventa, vale decir, de todos aquellos bienes susceptibles de ser objeto de la prestación del vendedor, de los cuales no me había ocupado en la tesis de bachillerato, la misma que se circunscribía a los bienes ajenos. Con ese trabajo opté el grado de Magíster en Derecho en noviembre de 1991.

Por esos años todavía no ejercía la profesión y mi actividad cotidiana se limitaba a la docencia universitaria y a la investigación. En tal contexto, proseguí mis estudios relativos al contrato de compraventa, abordando el tema del precio, trabajo que fue publicado en mayo de 1993. Con el estudio del precio había completado el análisis de los dos elementos esenciales-especiales del contrato de compraventa, a la par que abarcado el estudio de los artículos 1532 a 1548 del Código Civil, referidos a estos temas.

En los años posteriores continué investigando en Derecho de Obligaciones y Contratos, pero no volví a abordar el estudio de la compraventa, lo que obedeció a diversas circunstancias, entre ellas, el haber asumido compromisos en investigaciones de largo aliento respecto a otras materias. Sin embargo, guardaba la esperanza de algún día poder retomar mis estudios sobre dicho contrato, los mismos que habían quedado inconclusos.

Una gran oportunidad para iniciar esa empresa fue el haber cursado el Doctorado en Derecho en la Universidad Católica, entre julio de 1995 y septiembre de 1997. En los dos últimos Seminarios de dicho Doctorado, constituía deber de todo alumno desarrollar un tema de tesis que lo condujera en el futuro a optar el grado académico de Doctor en Derecho. Obviamente que escogí como tema de tesis uno relacionado al contrato de compraventa, siendo mi intención inicial estudiar las obligaciones del vendedor y del comprador, rubros contenidos en los Capítulos Cuarto y Quinto del Título De la Compraventa en el Código Civil Peruano (artículos 1549 a 1566). Sin embargo, mi asesor de tesis, el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle me aconsejó aprovechar esta oportunidad y culminar con el estudio de todo el contrato de compraventa en el Código Civil de 1984. Ello implicaba

que la tesis fuese un análisis completo del contrato de compraventa en el Código Civil, situación que —aunada a la disposición de la Comisión del Doctorado, relativa a la obligatoriedad de realizar el estudio empleando, fundamentalmente, el método exegético— hacía necesario analizar de modo pormenorizado los artículos 1529 a 1601 del Código Civil, vale decir, 72 numerales y todo el Título I de la Sección Segunda, Contratos Nominados, del Libro VII, Fuentes de las Obligaciones.

El reto era muy grande, pero lo acepté, debido a que tenía conocimiento de que tal vez no existiría otra oportunidad en la cual analizara de modo integral al contrato de compraventa.

Como base, solo contaba con mis trabajos sobre el segundo y el tercer Capítulo del referido Título, relativos al bien y al precio materia de ese contrato, pero me faltaba estudiar el Capítulo Primero, de las Disposiciones Generales y teoría general del contrato de compraventa, donde también debía hacer una investigación comparativa entre este contrato y otros contratos y figuras jurídicas que tuvieran algunos rasgos de semejanza con la compraventa; faltando también abordar el Capítulo Cuarto, referido a las Obligaciones del vendedor, el Capítulo Quinto, relativo a las Obligaciones del comprador, el Capítulo Sexto, atinente a la Transferencia del riesgo, el Capítulo Séptimo, que concierne a la Venta a satisfacción del comprador, a prueba y sobre muestra, el Capítulo Octavo, relativo a la Compraventa sobre medida, el Capítulo Noveno, referido a la Compraventa sobre documentos, el Capítulo Décimo, relativo a los Pactos prohibidos y a aquellos que pueden integrar la compraventa, en especial a la compraventa con reserva de propiedad y al pacto de retroventa, y, por último, el Capítulo Décimo Primero, concerniente al Derecho de retracto.

He aprovechado también esta oportunidad para, con ocasión del análisis del precio mixto, estudiar profundamente las disposiciones del contrato de compraventa que resultan aplicables al contrato de permuta, tema sobre el cual solo había esbozado algunas ideas en mi libro *El Precio en el Contrato de Compraventa y el Contrato de Permuta.*

La presente investigación consta de once Capítulos, siguiendo rigurosamente el orden del Código Civil Peruano de 1984, que es el cuerpo normativo que sirve de base para nuestro estudio.

Pero el hecho de haber tenido que utilizar el método exegético para desarrollar este trabajo, no ha sido impedimento para que haya empleado de modo complementario otros métodos de estudio, pues he abordado rubros que incluso no se encuentran contemplados dentro del Código Civil Peruano, pero que han sido tratados por la doctrina de nuestra tradición jurídica o por algunos Códigos Civiles y Proyectos de Código de la misma. He hecho esto, a fin de que la utilidad de nuestra investigación pudiera extenderse en el tiempo, independientemente de la vigencia del Código de 1984.

Al abordar cada uno de los artículos que el Código Civil de 1984 contiene respecto al contrato de compraventa, he empleado similar metodología que aquella utilizada en el *Tratado de las Obligaciones* que venimos escribiendo desde 1993, conjuntamente con el Doctor Felipe Osterling Parodi. Así, en cada artículo analizo sus antecedentes en el proceso codificador nacional, sus fuentes y concordancias extranjeras, al igual que las corrientes legislativas que han surgido sobre el particular, efectúo un análisis —lo más detallado posible— de cada norma, estudiando también a la jurisprudencia peruana sobre los temas abordados en cada uno de los preceptos del Código nacional. Sin embargo, en relación a la jurisprudencia, he preferido no tocarla necesariamente como un rubro aparte, sino tratar de incorporarla a los comentarios sobre las diversas normas analizadas.

Además, en cada precepto que consideramos susceptible de perfeccionamiento, incluimos lo que hemos denominado como *Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo*, así como su respectivo *fundamento*.

Sin embargo, como ha sido dicho en una investigación anterior,[1] y por las razones ahí señaladas, no creo en la conveniencia de una reforma inmediata del Código Civil Peruano de 1984. En tal sentido, cuando formulo esas «propuestas de eventuales modificaciones legislativas» a los artículos de la compraventa, lo hago con similares objetivos que aquellos que me impulsaron a ensayar algunas reformas en la citada obra.

Debo subrayar que la gran mayoría de ideas respecto a la reforma del Título del Contrato de Compraventa coinciden con las expresadas en la obra *Tentaciones Académicas*, salvo algún punto en el cual el parecer de un connotado profesor nacional me ha hecho cambiar de opinión.

El estudio de cada artículo del contrato de compraventa termina cuando señalamos las concordancias nacionales más representativas sobre la materia en el Código Civil y otras leyes de singular importancia.

Y justamente quiero detenerme un momento en el tema de la reforma, a la vez que expresar mis puntos de vista sobre el particular.

En el año 1992, cuando asomaba la idea de que debía discutirse la futura revisión del Código Civil Peruano de 1984, en Comisiones de Estudio integradas por profesores de Derecho, comprendí que, más allá de las que se decían en ese entonces eran las intenciones de los propulsores de la idea, lo que se quería hacer era modificar todo el Código Civil, de manera tal que ni siquiera íbamos a encontrarnos en el futuro frente a una «Ley de Enmiendas», sino ante un nuevo Código.

Es también a partir de esa época en que comienza la discusión pública acerca del tema, habiéndose llegado a esbozar diversas posiciones, tales como aquella que planteaba modificar solo lo esencial, otra que proponía derogar el Código Civil de 1984 y poner en vigencia nuevamente el de

---

[1] CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones Académicas. La Reforma del Código Civil Peruano de 1984*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998.

1936, y hasta posiciones novedosas, como la que planteaba modificar radicalmente todo el Código Civil de 1984 y empezar el largo proceso de elaboración de un Código Civil nuevo, totalmente distinto y hasta revolucionario (naturalmente, en el sentido moderno de la palabra).

En esa época decidí guardar silencio, pues conforme avanzaba la discusión pública se acrecentaba mi desconcierto, de modo tal que emitir una opinión apresurada sobre el particular hubiera resultado, en lo que a mí respecta, temerario y poco serio.

Pero conforme investigaba sobre el tema, iba acentuándose en mí la convicción de que el germen de la discusión del mismo no era sino algo artificial; iba constatando que al ámbito académico era al único sector de Abogados al que realmente podía interesar —o no— emprender una reforma integral o de fondo del Código Civil vigente. Poco a poco verificaba que a casi todos mis colegas dedicados exclusivamente al ejercicio de la profesión de Abogado, poco o nada interesaba el asunto; que este se circunscribía a reducidos círculos universitarios. Ni siquiera todos los profesores de Derecho Civil estaban interesados en que se emprendiese semejante proceso de reforma.

Pero así, y sin que exista necesidad alguna de llevar adelante un proceso de tal envergadura, ciertos profesores de Derecho, precisamente varios de los que habían conformado la Comisión que elaboró el Código en vigencia, se empeñaron en llevar adelante la reforma del Código de 1984 y así empezaron a jugar el peligroso juego de dar rienda suelta a sus tentaciones académicas. Muchos Abogados y profesores de Derecho nos encontrábamos atónitos frente a tan audaz y temerario proceder.

Observé ese debate con la mayor sorpresa y asombro, pues del mismo parecía deducirse que el Derecho Civil Peruano asistía a una encrucijada, a algo así como «cambiar o morir», «actualizarse o perder el rumbo». Incluso, a manera de «conmemoración» de los diez años del Código, se nombró una primera Comisión destinada a «enmendarlo» (¡magnífica conmemoración aquella que buscaba derogar buena parte del «homenajeado»!).

Creo que lo que ocurrió en 1994 fue lo que podríamos denominar como «El síndrome de los diez años», que no es otra cosa que pensar que por tratarse de una cifra «redonda», esa fecha resulta particularmente importante o trascendente.

Nada más erróneo que eso.

Diez años son solo uno más que nueve y uno menos que once. Festejar los diez primeros años de una ley es importante, pero más importante resultaría hacerlo cuando cumpliera —en óptimas condiciones— un mayor número de años de vigencia.

En aras de la pretendida reforma al Código Civil se han sostenido numerosos argumentos, pero, fundamentalmente, me centraré en los que considero como más difundidos.

Como primer argumento se ha señalado que desde 1984 hasta la fecha se han producido numerosos avances en la ciencia y la tecnología, los mismos que ameritan una profunda modificación del Código, en muchos puntos.

A mi entender, no debemos incurrir en el error de pensar que esta es la única época en la que se producen avances científicos o tecnológicos.

Tal vez sea la época en que dichos avances se producen con mayor rapidez, pero eso es natural y no significa que todos esos cambios deban tener una repercusión que se manifieste en modificaciones a la legislación civil.

Además el argumento del avance de la ciencia y la tecnología no es sustentable para una reforma integral, ya que la mayoría de supuestos que se arguyen para tal efecto, están referidos al Derecho de Personas y al Derecho de Familia.

Opino que con este tema debería tenerse extremo cuidado, ya que el Código no debe ser jamás un «manual científico», puesto que si así fuera, en cada ocasión en que se produjesen avances científicos o tecnológicos, tendríamos que recurrir a volver a modificar lo ya modificado.

Pienso que deberíamos tender a que las normas sean lo más amplias posibles y de esta forma prolonguen —de la manera más firme— su vigencia en el tiempo.

Ejemplo de normas que resisten a los embates de la ciencia, lo constituyen los artículos 1373 y 1374 del Có-

digo, los mismos que prescriben que el contrato queda celebrado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente; y que la oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

A través de los citados numerales, el Código Civil ha adoptado, para el tema de los contratos entre personas que no se encuentran en comunicación inmediata, dos de las cuatro teorías que sustenta la doctrina: las teorías de la cognición y de la recepción, y es obvio que estas normas son adecuadas, a la vez que amplias, pues a pesar de los avances tecnológicos en materia de comunicaciones, los referidos artículos resultan aplicables, tanto a la contratación por facsímil, medio desconocido en el Perú de 1984, como en aquella que se pudiera producir por correo electrónico.

El segundo argumento que se esgrime en aras de la reforma al Código Civil señala que en la primera década de vigencia del Código de 1984 se han producido una serie de modificaciones a su texto, las mismas que hacen necesaria la revisión y adecuación integral del referido cuerpo normativo.

Si bien es cierto que en los últimos años —específicamente a partir de 1991— se han venido produciendo una serie de modificaciones parciales a diversas normas del Código (las que, en su conjunto, representan un porcentaje significativo del total de artículos del mismo), cabría preguntarse si estas modificaciones han sido acertadas o no. Tengo la impresión de que muchas de estas reformas puntuales han carecido de adecuada meditación, en tanto que otras han sido elaboradas por Abogados que carecen de una formación civilista rigurosa.

Temo que ese fue el caso, por citar un ejemplo de importancia, de las modificaciones introducidas por el Código Procesal Civil de 1993, en donde basta comprobar lo infelices que han sido las reformas en tres puntos muy afines a mis preferencias académicas, como son el pago por consig-

nación, la rescisión y la resolución contractuales. No me cabe la menor duda de que las normas originarias eran muy superiores a las nuevas, las mismas que pecan por exceso de reglamentarismo y por intentar cubrir una serie de hipótesis, muchas de las cuales son contradictorias y otras inexistentes.

Por ello es que debemos tener sumo cuidado cuando hablemos de las reformas producidas en el Código en los últimos años, pues si bien algunas de ellas han sido positivas, muchas otras, como las que he mencionado, distan de merecer este calificativo.

Como tercer argumento en favor de la reforma al Código Civil que fuera promulgado algunos años después de entrar en vigencia la Constitución Política de 1979, se sostiene que resulta necesario adecuarlo a la Constitución de 1993, para evitar un desfase en nuestra legislación civil.

Estimo que este, al igual que los precedentes, resulta ser un argumento que cae por su propio peso.

No existe tal contradicción entre la Constitución de 1993 y el Código Civil de 1984.

No olvidemos que ambas Constituciones (la de 1979 y la de 1993) han recogido similar modelo económico: la economía social de mercado.

Lo que ocurre es que lamentablemente los dos gobiernos de la década de los ochenta, distaron mucho de aplicar en la realidad este modelo. Solo la administración que inició sus funciones en 1990 se ha acercado en los hechos —y de manera defectuosa— a aplicar el modelo económico que contempla nuestra Constitución Política.

Además, el Código de 1984 recoge una serie de puntos que, muy por el contrario, representan un avance frente a cualquier doctrina de carácter estatista, como es el caso de la profusa regulación que ha recibido un tema tan importante como es el del pago de obligaciones contraídas en monedas extranjeras, cuya tenencia ha sido —incluso— elevada a rango constitucional en 1993.

Como cuarto argumento, en aras de la reforma al Código, se ha señalado que si bien el Código Civil de 1984 es bueno, durante los últimos años la doctrina peruana ha de-

tectado una serie de defectos en el mismo, los que resulta imperativo enmendar, para que dicho cuerpo legal no pierda la calidad que tiene.

Si el Código contiene errores, estos deben ser puestos de manifiesto.

Por otra parte, resulta normal que con el paso de los años la doctrina advierta fallas en una ley, específicamente, en un Código Civil.

Considero pertinente, en este punto, recordar la anécdota que cuenta que Napoléon Bonaparte, a poco tiempo de haber entrado en vigencia el Código de 1804, al enterarse de una crítica que hizo un hombre de leyes al mismo, exclamó: «¡Mi Código está perdido...!»

Nuestros tiempos ya son otros.

De ninguna manera vamos a esperar que una ley sea absolutamente perfecta. Esto es imposible.

Intentar conseguir un Código Civil perfecto es una fantasía, o, peor aún, una utopía. Pero el mayor peligro radica en creer que este objetivo se puede alcanzar.

Debemos aprender tal vez de aquello que ocurrió con el propio Código Francés, que dio lugar al más luminoso proceso de comentarios de toda la historia del Derecho de nuestra tradición jurídica, tanto por la cantidad, como por la calidad de exégetas que hicieron infinitos aportes al texto de ese cuerpo legal.

Fueron ellos los que detectaron una serie de errores en que había incurrido el Código Napoléon, pero para que el medio jurídico tomase conciencia de los mismos no fue indispensable recurrir al fácil expediente de la reforma legislativa integral.

Si bien muchas de las normas de ese Código han sufrido modificaciones en estos 196 años de vigencia, muchas otras no; pero estas y aquellas, a pesar de sus deficiencias, han sido complementadas rigurosamente, tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia de ese país.

Por otra parte, también se ha sostenido que el Código de 1984 necesita ser actualizado con una serie de contratos modernos, aparecidos en las últimas décadas, y que hoy en día son relativamente frecuentes en el Perú.

Si se opta por el camino de elaborar un Código que unifique los Derechos Civil y Mercantil, vale decir, por un Código de Derecho Privado, ello tendría una justificación teórica, mas no práctica, pues dichos contratos evolucionan día a día y —como todos sabemos— las pautas de su configuración y desarrollo no las marca nuestro país.

En tal sentido, sería lamentable observar que en el Perú se encasille —inútilmente, por una simple tentación académica— el tratamiento legislativo de mecanismos tan dinámicos de contratación, como son los mencionados.

Además —en último caso y si se les desea regular— no debería descartarse la posibilidad de hacerlo en leyes especiales —más flexibles, por naturaleza, que un Código Civil—, como se hizo hace ya varias décadas con el arrendamiento financiero y hace pocos años con el fideicomiso y otros contratos.

No creo que se esté pensando en que cada vez que el Derecho cree un nuevo contrato exista la imperiosa necesidad de legislar sobre él.

Pero independientemente de los argumentos que nos llevan a desestimar aquellos que se esgrimen en favor de la reforma, consideramos que existen otras poderosas razones para no enmendar integralmente el Código de 1984.

En primer lugar, creemos que todo Código Civil debe pasar por un proceso natural de maduración en el tiempo.

De ninguna manera pretendemos idealizar a la ley, pero buscamos señalar que es importante entender —de una vez por todas en nuestro país— que el Derecho Civil no es el Código Civil (ni viceversa), que el Código Civil no es mejor o peor solo por su contenido, sino por la calidad de la doctrina que lo comente y por la jurisprudencia que lo aplique en la realidad. Debemos también convencernos de que el proceso de maduración de un Código Civil es lento y no demora años, sino décadas; debemos comprender, al fin y al cabo, que la estabilidad legal —en general— y la del Código Civil —en particular—, es muy importante dentro de una sociedad.

Asimismo debemos comprender que las reformas legislativas apresuradas nunca traen buenos resultados, menos

aun cuando aquello que las impulsa en realidad no es —fundamentalmente— el imperativo social ni jurídico, sino el afán de traducir en ley todo aquello que nos resulta más convincente, persuasivo o que es más agradable al oído.

Estoy seguro de que en el tema de la reforma al Código Civil, el Perú hubiese ganado mucho, si quienes la impulsaron nos hubieran dado tiempo para discutir públicamente la pertinencia de la propia reforma.

Además, hasta ahora no me queda clara cuál es la diferencia en la denominación que se dio al proceso. Todos sabemos que en Derecho los actos son lo que la realidad impone y no necesariamente como las partes los denominan.

Así, podemos llamar «reforma» o «enmienda» a una ley que —como tal vez ocurría— modifique el 80% de los artículos del Código Civil. Pero sería obvio que ese calificativo resultaría un eufemismo. Tal magnitud de cambios nos haría estar, simple y llanamente, frente a un nuevo Código Civil.

Y me temo que esa podría ser la realidad, pues los iniciales y moderados ímpetus modificadores se tornaron en vehementes e irrefrenables tentaciones académicas.

En segundo lugar, estoy convencido de que el Código de 1984 es —en términos generales— un buen Código, de modo que resultaría peligroso enmendarlo (o derogarlo) de manera integral en un lapso tan corto de vigencia.

Como tercer argumento para no reformar integralmente el Código podríamos sostener que si bien es cierto que dicho cuerpo legal generó el más amplio proceso de discusión doctrinaria, ese proceso aún no es suficiente. Esto resulta obvio porque existen muchos temas sobre los cuales todavía no se ha escrito nada, muchos otros sobre los que se ha escrito muy poco y algunos pocos sobre los que se ha escrito en proporciones medianamente razonables.

Pero no basta con que un tema sea abordado en una obra; resulta indispensable que se trate en varias, de modo tal que las opiniones escritas de diversos autores se confronten, se desarrollen y se produzca realmente una discusión doctrinaria de calidad sobre las diversas materias del Código Civil. Considero que esta discusión recién asomaba, de modo que tal vez la próxima década hubiese representado una afirmación de la solidez de la doctrina peruana, la misma que no ha alcanzado todavía un alto nivel.

Es por ello que inmediatamente después de haber tomado conocimiento oficial de que se me invitaba a participar del Proceso de Reforma en calidad de Asesor de la Comisión, opté por no aceptar.

No hubiera podido formar parte de un Proceso de Reforma en cuya pertinencia, métodos y objetivos no creía.

Por otra parte, debemos resaltar que hoy en día no existe el consenso requerido para modificar, a través de una Ley de Enmiendas (o como se le quiera llamar), el Código de 1984. Prueba de ello es que el medio jurídico y académico se ha dividido en diversas posiciones: aquella que encarnó la Comisión Oficial, que buscaba la elaboración de la aludida Ley de Enmiendas que abarque la integridad del Código; una segunda posición, que apuesta, no por la elaboración de una Ley de Enmiendas, sino por un Código Civil absolutamente novedoso; y, por último, una tercera posición, dentro de la que me encuentro, de todos aquellos que estamos convencidos que la reforma integral e inmediata es el peor de los caminos y que más bien el Código debe seguir su proceso natural de maduración y evolución.

No obstante, esto no significa que si hubieren algunos puntos de imperiosa necesidad (que de hecho los hay), se puedan efectuar modificaciones muy puntuales, pero sin alterar la estructura orgánica del Código.

De continuarse en el empeño de elaborar la proyectada Ley de Enmiendas, nuestro medio jurídico correría el grave riesgo de que luego de producida la reforma, ésta sea cuestionada al poco tiempo, de modo que tengamos, en un breve lapso, tal vez cuando el Código cumpla veinte años —o menos—, una nueva discusión acerca de la necesidad de realizar una Ley de Enmiendas a la Ley de Enmiendas.

Sin duda, esta sería una especie de «historia sin fin», que podría contarse innumerables veces.

Por todo ello, es que anhelo que la serenidad y la paciencia se abran camino por sobre los afanes de inmediata reforma legislativa.

Si la derogatoria del Código Civil de 1984 se hubiera producido (por poner una fecha que fue deseada por algunos) en noviembre del año 2000, estaríamos hablando de un Código que habría tenido tan solo dieciséis años de vigencia. Sin duda, el que un Código dure dieciséis años no sería un mérito sino un demérito para el país. Solo por compararlo con el Código Civil de 1936 —al que muchas veces se ha criticado de manera injusta e ignorante—, podríamos decir que el Código Civil de 1984 habría durado únicamente un tercio respecto a su predecesor inmediato. Por otra parte, no me cabe duda que esta vigencia —inusitadamente breve— haría que los juristas de diversos países del mundo, al enterarse del hecho, se empezaran a preguntar cuántas cosas malas tuvo ese Código, cuántas doctrinas equivocadas recogió, cuántos errores se cometieron en su elaboración.

Pero, paradójicamente, los profesores que iniciaron la empresa de modificar el Código Civil de 1984, sostienen que el mismo es un Código de avanzada, y que ha recibido elogios de prestigiosos colegas de muchos países. No dudo de la existencia de los elogios. Es más, creo en varios de ellos. De lo que dudo es del hecho que esos profesores peruanos —que fomentaron la reforma— estén en el fondo convencidos del contenido de dichos elogios, pues si los compartieran no habrían emprendido el proceso de derogatoria del Código en vigencia.

Los diez años de docencia universitaria que tengo, primero en la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, luego en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, mi *Alma Máter*, y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, me han llevado a adquirir mayor serenidad; a comprender que mucho de lo que uno lee y a veces transmite a los alumnos pueden ser «sutilezas de escuela»; me han llevado a constatar que lo fundamental es despertar en quienes hoy son alumnos el interés por estudiar bien la carrera de Derecho y así, en el futuro, sean Abogados de verdad.

Luego de transcurridos dos años de la presentación y publicación de mis *Tentaciones Académicas* debo confesar

que estoy sorprendido por lo disímiles que fueron las lecturas que esta obra generó.

De quienes la han leído, he escuchado y también recibido comentarios escritos, considerando, según algunos, que la obra es un punto de partida para un nuevo Código Civil; según otros, es una afirmación de las bondades del Código de 1984; a decir de otro parecer, es un buen comienzo para poder reformar integralmente el defectuoso Código Civil vigente; según otros, es una crítica frontal al Código; y, muchos de los comentarios han subrayado el carácter dual o aparentemente contradictorio de la obra, ya que en un extremo de la misma manifiesto mi rotunda oposición al presente Proceso de Reforma del Código Civil Peruano de 1984, mientras que, por otro lado —dando rienda suelta a mis tentaciones académicas—, procedo a «modificar» o a «derogar» alrededor de la mitad de sus artículos.

Tal vez sea cierto lo que el día de su presentación dijo un profesor amigo: que esa obra podría revelar la existencia de cierta esquizofrenia en el autor.

Esa frase, lejos de ofenderme, me agradó muchísimo, ya que la aventura intelectual de por sí es una esquizofrenia en nuestros días.

El Perú, nuestro país, es el lugar donde cualquier cosa puede ocurrir. Invito al lector a que piense en algo —por más bueno o malo que sea— que pueda afirmar y estar convencido de que nunca ocurrirá en el Perú.

Hace ya varios años, me di cuenta de que en el Perú cualquier cosa puede pasar.

Sin duda, es «El país de las maravillas». O mejor que el país de las maravillas, podríamos llamarlo «La Isla de la Fantasía», en donde, a diferencia de la antigua serie televisiva, no tenemos a un simpático enanito, llamado «Tatoo» que se emociona cada vez que ve llegar un avión y exclama: «¡El avión..., el avión...!».

Resulta lamentable que haya personas que no puedan vivir ni dormir sin la idea de que cada día se cambie algún artículo del Código; que cada día vengan a esta pequeña «Isla de la Fantasía» llamada Perú, nuevos pasajeros, nuevos visitantes, conocidos y desconocidos, de otros países (no de

fantasía sino de realidad), para que nos digan que nuestras palmeras y nuestras bailarinas son bellas; que nuestro Código es lindo, hermoso; en una palabra, «fantástico».

Pero ello no nos será suficiente, ya que como esos turistas volverán a nuestra Isla, nos esmeraremos en presentarles —cuando regresen— un paisaje distinto; vamos a esforzarnos para que nuestras palmeras sean más frondosas, para que nuestros artículos tengan más párrafos, para que todo esté lleno de plantas, para que todo el Código esté lleno de definiciones; para intentar que todo esté explicado; en buena cuenta, para que el paisaje que ayer vieron, hoy lo noten totalmente renovado.

Pero pienso que hasta el propio actor Ricardo Montalbán, protagonista de «La Isla de la Fantasía», se empezaría a preocupar si se recargara tanto el paisaje de su isla. Ello, porque se correría el riesgo de que ese bonito paisaje deje de serlo y que esos lindos jardines, se conviertan, por lo atiborrado de sus plantaciones, en una monstruosa y espesa selva, en donde nada esté claro y en donde reine la más absoluta confusión (y todo esto, por no querer aprender lo recién adquirido y dejarse llevar por falsos modernismos).

Esa «Isla de la Fantasía» habría dejado de ser bella, se habrá convertido en una huachafería a la cual nadie querrá volver.

Ni el Perú ni el Código vigente son la «Isla de la Fantasía». El Código Civil de 1984 es simplemente un Código. Pero, el problema estriba en que para algunas personas sí lo es. Para ellos, las opiniones de los juristas extranjeros sobre el mismo, son equivalentes a las de los turistas de nuestra imaginaria Isla.

Puede que los habitantes de esa Isla de la Fantasía alguna vez hayan creído en que esa tierra era real, pero si creían que era la tierra más bonita, estaban equivocados, pues —es obvio— al fin y al cabo solo era una ficción; ficción que se empeñarán en creer como cierta y a la vez en tratar de modelar permanentemente, cual obra de arte frustrada e inconclusa.

Eso es lo que algunos creen que se debe hacer con el Código Civil. El Código Civil, malo, regular, bueno, muy bueno, o digno del paraíso, no es sino un Código más dentro de nuestra tradición jurídica y el Perú es solamente un país más dentro de esa tradición. No nos envanezcamos con la opinión de los turistas (o juristas). Es obvio que un invitado nunca podrá hablar mal de la obra de los dueños de casa. Eso sería descortesía absoluta. ¿O acaso esperábamos que algún profesor extranjero invitado a algún Congreso Internacional de Derecho que se haya organizado en el Perú, venga a hablar mal de nuestro Código Civil? Eso no ha ocurrido nunca ni ocurrirá jamás en ninguna parte del mundo. Simplemente, sería inimaginable.

Como tampoco resultaría imaginable pensar que si alguno de nosotros luego fuera invitado a los países de origen de esos profesores, se pusiese a hablar mal de sus propias leyes o de sus propias obras.

Por eso es que me preocupa sobremanera que tanto se hayan enaltecido las bondades del Código de 1984, en base a las opiniones vertidas por los profesores extranjeros que nos han visitado.

Creo que más importantes, aunque ello suene chauvinista, son las opiniones que sobre el mismo tenemos los catedráticos y Abogados peruanos, que somos quienes, al fin y al cabo, ejercemos la profesión y la docencia universitaria con este instrumento legal.

Cuando se es alumno de Derecho e incluso después, cuando uno empieza a escribir, quiere cambiarlo todo. Creo que para muchos estudiantes o recién egresados, cuyo centro de atención sea el Derecho Civil, no hubiese quedado algún artículo en pie. Por lo general en esa etapa de la vida (y naturalmente me incluyo) uno está imbuido de enorme voracidad, de irreflenables tentaciones académicas, fruto del descubrimiento de esas equivocaciones; del afán o ilusión por plasmar en ley todas las doctrinas que se consideran correctas y —lo he admitido ya públicamente— del pecado de intentar legislar absolutamente todo; de buscar que no se escape nada, ni siquiera aquello que era obvio, ni siquiera aquello que fuese redundante.

En esos años, creía que todo debía formar parte del Código Civil.

Tal vez mis *Tentaciones Académicas* de 1998 haya sido una obra inútil, ya que no pretendió —de manera alguna— entorpecer o detener la reforma en marcha, pues no cuento con el poder necesario para detenerla.

Si se hiciese un nuevo Código Civil, el mismo habrá sido elaborado sin que lo pida ni necesite el medio jurídico nacional, pero será dicho medio jurídico el que tendrá que padecer las consecuencias de una reforma de tal magnitud que lleve a que muchos colegas, ajenos al ámbito académico o a la docencia universitaria, sientan que existen otros que saben más que ellos y que ha resultado imprescindible la inclusión en ese nuevo Código de toda cuanta definición fuere imaginable incluir; de todo concepto o de toda teoría sofisticada, sostenida tal vez por algún o algunos profesores extranjeros, pero que resultan desconocidas para el Abogado peruano; y no solo desconocidas, sino, lo que es peor, en la mayoría de casos inútiles. Muchas de esas teorías son lo que los profesores franceses del siglo pasado denominaban «sutilezas de escuela», de repente dignas de ser conversadas en un salón de clase, pero —aun así— de manera tangencial, pues algunas de ellas harían que si destináramos más tiempo para su discusión, en lugar de hacer que nuestros alumnos de Derecho aprendan conceptos que les sean útiles en la vida práctica, lograremos simplemente que pierdan el tiempo.

Me imagino, que un nuevo Código Civil pecaría al extremo de llegar a ser algo así como un precario y discutible manual de Derecho Civil. Con él llegaríamos en el Perú a la degradación absoluta de lo que debe ser un Código Civil.

Don Manuel Augusto Olaechea, inspirador de gran parte del Código Civil de 1936, decía que la ley debe enseñar. Pero tengo la certeza de que si por un instante volviera a la vida y se diera cuenta de que en su país se está elaborando un nuevo Código en el cual se pretende definir o —equivocadamente— intentar aclarar todo, sin duda se volvería a morir, pero de indignación, pues un Código no puede ni debe cumplir la que es función natural de los libros y aulas

de Derecho. Por algo existen Universidades. Ahí se aprende y quienes lo hacen, si se titulan, serán Abogados.

También debemos comprender de una vez por todas que el Código Civil no es patrimonio de nadie en especial; ni siquiera de sus autores. El Código Civil es —para bien o para mal—, patrimonio de todos los peruanos y de los extranjeros residentes en el Perú.

No creo en la pertinencia del Proceso de Reforma; me parece una barbaridad haberlo emprendido; me parece todavía peor que luego se pueda imponer un nuevo Código Civil a una sociedad que ignora su contenido y que —peor aún— no lo necesita.

Seis años me tomaron culminar *Tentaciones Académicas*. Son los seis años en que, precisamente, nació y se desarrolló el Proceso de Reforma que he combatido. Pero a pesar de que los fundamentos de mis objeciones eran y son abundantes, no quise limitarme a ello. De esta forma solo me quedaba la alternativa de ser un mero crítico (al que se le podía calificar de retrógrado), o, además de exponer mis puntos de vista contrarios a la reforma, efectuar un estudio del Código Civil en su integridad, anotando los preceptos cuya modificación podría hacerlo más idóneo.

En tal virtud es que procedí a estudiar el Código de principio a fin, advirtiendo los errores que a mi entender tiene. Pero dicho estudio lo efectué siempre con la convicción de no creer en la conveniencia de una reforma inmediata —integral y de fondo— del Código Civil Peruano de 1984. Ese fue solo un ejercicio académico; un juego fruto de tentaciones de la misma naturaleza, al que recurrí con el exclusivo ánimo de aprender y de revisar conceptos. Su elaboración y publicación tuvieron únicamente por objeto contribuir con el debate sobre el Derecho Civil y el Código sustantivo que lo regula; de ninguna manera tuve el sueño —o pesadilla— de que esas tentaciones se convirtiesen en ley. Si se me permite la licencia, procedí a jugar ese juego que tanto nos gusta a los catedráticos de Derecho Civil: el de expresar la manera cómo creo que el Código debería haber sido.

Ese simple juego, que como todo juego tiene sus reglas, me llevó a modificar 790 artículos (el 37.35% del total), a

derogar 210 artículos (el 9.85%), a la vez que a crear 17 adicionales a los ya existentes (es decir, un 0.8%).

En suma, «alteré» el 47.70% de los artículos del Código —lo que en términos estadísticos, es prácticamente la mitad—.

Es obvio que dentro de esas normas existen puntos neurálgicos, así como también otros que podrían catalogarse como de mediana importancia o simplemente adjetivos. Sin embargo, no creo que ese 50% haga que el resultado de ese trabajo fuera un nuevo Código Civil; simplemente, el juego de las tentaciones académicas me llevó a expresar cómo creo que debería ser (o debería haber sido) el Código Civil Peruano. Creo que así —con menos y mejores normas— hubiera sido más pulcro, coherente y armónico.

Tampoco creo —como lo dije en su momento— que lo hecho sea algo más que un juego; y no quisiera —por el bien del Perú— que alguien se lo tomara en serio.

Sé que mi juego debió tener muchos errores, excesos y omisiones. Obviamente, no soy el encargado de señalarlos, pues si los hubiera advertido a tiempo no habría incurrido en ellos. Pero me queda la tranquilidad de que los mismos serían precisamente parte de ese juego, el que, por ser tal, no tiene otra pretensión que pensar en voz alta (en este caso por escrito), sin ánimo de intentar se modifique integralmente un Código Civil que ni siquiera ha cumplido 16 años de vigencia, con el correlativo perjuicio que se causaría a la —ya bastante mellada— estabilidad jurídica del Perú.

No deseo que el lector se quede con la sensación de que propicio una absoluta inmutabilidad de las leyes, específicamente del Código Civil. Toda norma o cuerpo legal puede cambiar con el paso de los años, pero las modificaciones que se les hagan, deben ser fruto de imperativos sociales y producirse en el momento en que ellas resulten necesarias. No es solo que esté en desacuerdo con la manera cómo se está procediendo a elaborar un nuevo Código Civil, sino con el empeño —puesto en marcha— de tratar de modificar una gran cantidad de temas que jamás han traído correlato negativo entre Abogados, Magistrados, Catedráticos, y, en general, en todo el medio jurídico peruano. Es

esta obstinación de modificarlo todo por modificarlo todo, la que me atormenta y la que me llevó a escribir la obra a que estoy haciendo referencia.

Es obvio que los errores que presenta el Código de 1984 no me quitan el sueño, que puedo dormir tranquilo sabiendo que tiene errores, porque ello es normal; porque todo Código los tiene; y porque estoy convencido, como dijera alguna vez el Doctor Fernando de Trazegnies Granda, que los Códigos no deben cambiarse a cada rato, porque eso no es imaginación creadora sino pereza interpretativa.

No quiero sumarme a esa pereza interpretativa. Desde 1986 he dedicado buena parte de mis días a interpretar el Código de 1984 y el Derecho Civil, y creo que ésa debe ser la labor de los profesores de Derecho.

Algunas personas, empeñadas en la reforma, deberían poner ese mismo empeño en interpretar el Código, para que el medio jurídico siga conociendo sus verdaderos alcances y limitaciones. Puedo decir que el Perú les estaría más agradecido por esto último que por aquello que están haciendo.

Ese fue un juego en solitario, un entretenimiento personal, que decidí jugar sin compañía, como un ejercicio intelectual para cuya realización no tuve que pedir permiso a nadie, ni someter mis ideas a votaciones a través de las cuales otros decidan si tales ideas eran pertinentes o no.

Igual destino han tenido las tentaciones académicas que vencí y aquellas otras que me vencieron. Asumí personalmente —y con arrepentimiento— mis pecados, pecados que fueron cometidos solo por mí (más allá de si se inspiraron en tentaciones ajenas) y sin consecuencias para nadie más. No tengo, ni tuve nunca, la menor voluntad de hacer que otros paguen por mis propias culpas; así como tampoco quise asumir culpas ajenas.

En la citada obra siempre me encargué de reiterar al lector que se trataba de un juego. Hoy, con el lenguaje —seguramente cruel e injusto— que he venido empleando, podría decir que se trató de una fantasía y que soy consciente de que esa obra tal vez constituyó mi propia «Isla de la Fantasía». Creo que la única virtud que tuvo fue que en ella el

autor era consciente de que esa fantasía no debía tornarse en realidad, para bien de todos nosotros.

Estoy seguro de que ese juego no gustó a muchas personas, que a otras les resultó indiferente y que tal vez algunas hayan creído que tuvo cierto valor; pero no existe algo sobre la tierra que pueda gustar a todos.

Yo no soy quién para calificar mis *Tentaciones Académicas*. Menos aspiré a que ese trabajo pudiese generar un frente común respecto a la no derogatoria del Código Civil de 1984, idea que me fue planteada a los pocos días de salir a circulación la obra, precisamente, por uno de los propulsores de la reforma en marcha (hoy visiblemente arrepentido de ella).

Pero cada uno es libre de crear o no monstruos, de jugar con aquello que piensa poder dominar, pero que al cabo de los años tal vez nos termine dominando. Cada quien es libre de crear su propia «Isla de la Fantasía» y, en ella, elegir cuál es la fantasía que desea vivir.

Pero, con esa misma libertad, existe el deber de que cuando no se cree en algo, debe decirse «NO» desde un primer momento. Tengo la certeza de que si cuando esto comenzó, todos aquellos profesores que no creían firmemente en el Proceso de Reforma se hubieran negado a participar en el mismo, los resultados hubieran sido distintos. El proceso se hubiera detenido muy rapido por el peso de los grandes ausentes.

Mis *Tentaciones Académicas* simplemente pretendieron ser, en lo que respecta al proceso en sí, la versión no oficial del mismo. La versión que lo condena y reprueba; no aquella que lo fomenta y aplaude.

Pero volviendo al tema objeto de la presente obra, diremos que el análisis que efectuamos del Código Civil Peruano de 1984, en el Título relativo al Contrato de Compraventa, tiene como premisas el que procuramos tratar sobre lo esencial y no acerca de lo accesorio, sobre todo cuando planteamos —siempre a título de juego— «propuestas de modificación legislativa».

En segundo término, incluimos en ese rubro a aquellas tentaciones académicas que nos han vencido y aquellas que

han sido vencidas por nosotros, vale decir, nuestras antiguas tentaciones académicas, las mismas que pueden ser apreciadas por el lector en las tres primeras obras que escribimos sobre el contrato de compraventa: *Los Contratos Sobre Bienes Ajenos*, *El Bien Materia del Contrato de Compraventa* y *El Precio en el Contrato de Compraventa y el Contrato de Permuta*. Ahí proponíamos modificaciones al Código Civil, que incluían diversas adiciones al actual articulado. Pero habíamos incurrido —más allá de la pertinencia o no de nuestras ideas— en el pecado de intentar traducir en ley todos nuestros pareceres, confundiendo la línea divisoria entre lo que debe ser un libro de Derecho y un Código Civil.

Tengo la seguridad de que muchas de las «tentaciones académicas» que se pueden apreciar en el medio jurídico peruano, obedecen a esta equivocada concepción o enfoque que yo también tuve, pero que hoy en día felizmente ya no comparto.

En tercer término, nuestro análisis del tema considera que en el medio académico tanto como en el profesional, existen diversas expresiones de uso común, algunas de las cuales no son estrictamente correctas. Tenemos ciertos casos de inexactitudes que constituyen típicas «tentaciones académicas» que —de vencernos— importarían la modificación de varias decenas o centenares de artículos del Código Civil, por el simple prurito de ser más pulcros, impecables y acertados en los términos legales.

Boffi Boggero[2] afirmaba que a veces es preferible seguir denominando a determinadas instituciones por sus nombres consuetudinarios, a pesar de incurrir en el pecado de la inexactitud, cuando toda la sociedad sabe el verdadero significado de las expresiones equivocadas.

Estamos de acuerdo con él.

En cuarto lugar, intentamos no incorporar nuevas definiciones en el Título relativo al Contrato de Compraventa, por considerar que estas son más propias de la doctrina que

---

[2] BOFFI BOGGERO, Luis María, *Tratado de las Obligaciones*, tomo I, Página 103. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.

de la ley y que el Código Civil está hecho, fundamentalmente para ser manejado y entendido por Abogados.

En quinto término, debemos señalar que el Derecho de nuestra tradición jurídica se ha forjado a lo largo de muchos siglos. Es en este proceso que se han ido decantando doctrinas que han logrado imponerse —dada la fuerza de sus fundamentos— por sobre otras.

Por ello recusamos lo exótico, aun cuando persuada de su bondad. Por ejemplo, si el día de mañana apareciera una teoría aislada que trastocase todos los conceptos tradicionales respecto a un tema, pero que lo haga con calidad y sólidos fundamentos, ello no constituiría argumento suficiente —por más de que yo mismo esté convencido de la idoneidad de dicho planteamiento— para pretender que esas doctrinas pasen a formar parte de nuestro Derecho positivo. Tal vez algún día eso ocurra; pero para tal efecto será necesario no solo el paso de los años, sino que nuestra tradición jurídica —o al menos un sector importante de la misma— las haga suyas.

En lo que respecta al tratamiento legislativo en el Perú del Contrato de Compraventa, considero que el mismo es adecuado y que, más allá de los defectos que, lógicamente, es deber de una investigación de esta naturaleza advertir, el mismo podría permanecer casi inalterable, sin causar daño al país, salvo la supresión del artículo 1562 del Código, punto en el cual existe concordancia tanto en el medio académico como profesional sobre la necesidad de su derogatoria.

Nuestra obra pretende desarrollar un estudio integral del Contrato de Compraventa en el Perú y dentro de los diversos países de nuestra tradición jurídica, identificando las corrientes legislativas y doctrinarias más representativas.

Mucho se ha hablado y escrito acerca de este contrato. Tal vez ese haya sido el mayor reto con el que me enfrenté al iniciar la investigación, pues el mismo, independientemente de recordar aquéllo que ya ha sido expresado en relación al tema por otros autores, debía intentar dar algunos pasos adelante, tanto en sistematización de la información

como en la difícil tarea de decir algo nuevo sobre uno de los contratos más antiguos.

No olvidemos que los orígenes de la compraventa se remontan a la aparición del dinero, el mismo que surgió en forma de monedas en el siglo VII antes de Cristo, siendo las más antiguas las de Lidia, en Asia Menor. Resulta imposible conocer exactamente cuándo y dónde se celebró el primer contrato de compraventa, pero si tenemos como cierta la afirmación antes efectuada, en relación a la aparición del dinero en forma de moneda, diríamos que la compraventa apareció en esa oportunidad.

Sin embargo, debe tenerse en consideración que lo señalado es solo relativo al dinero en forma de moneda, pues, como anotan Carlos Villegas y Mario Schujman,[3] los distintos pueblos, a través de su historia, han utilizado los más diversos elementos como dinero. Así, se usó el dinero ornamental (conchas cauri en Africa y territorios del Océano Índico hasta el corazón de Asia; cuentas de vidrio, ámbar, coral, colmillos de marfil, etc.); dinero utilitario (trigo, ganado, esclavos, aguardiente, armas, etc.); dinero indumentario (pieles, cueros, tejidos, etc.); dinero signo (fichas de juego, en Indochina; trozos de piel, en Rusia, etc.). A todo ello luego se agregaron los metales nobles, primero fundidos y después acuñados.

Dentro de tal orden de ideas, es que se puede afirmar que los orígenes de la compraventa se pierden en la historia. Pero nuestro trabajo no tiene vocación de efectuar una historia completa del Contrato de Compraventa (nos referimos desde sus orígenes a la actualidad), pues ello resultaría imposible, además de poco útil.

Lo que buscamos con el presente estudio es poner de manifiesto todos los temas de interés teórico y práctico de este contrato en el Perú y en la tradición jurídica romano-germánica, circunscribiéndonos al ámbito civil del mismo, salvo algunos casos de excepción, en donde (como ocurre en

---

[3] VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. *Intereses y Tasas*, página 10. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

nuestro análisis de la compraventa sobre documentos) analizamos aspectos distintos.

Pero la compraventa no solo es un contrato antiguo en la historia de las sociedades. Lo es también en la historia de cada uno de nosotros. Invito al lector a que recuerde que dentro de las primeras palabras que emplea un niño, sobre todo cuando es llevado a la calle y ve objetos que son de su agrado, está la de «cómprame» o «quiero», término este último que en la práctica equivale al primero. Esto significa que —aunque no nos demos cuenta de ello— el contrato de compraventa forma parte integrante de nuestras vidas desde la más temprana edad, incluso antes de tener uso de razón, y mucho menos capacidad de ejercicio en el plano jurídico.

Además, los primeros contratos que celebra un niño por sí solo son de compraventa, adquiriendo cosas menudas como golosinas, comestibles o algunos otros objetos de poco valor que resultan necesarios para su alimentación, distracción o, para (empleando la terminología del artículo 1358 del Código Civil Peruano) satisfacer las necesidades de su vida diaria.

La compraventa no solo es el contrato más usual que celebran los particulares, sino que ello conduce a que sea también el acto que los Abogados en ejercicio —de modo más frecuente— estudian y asesoran, a iniciativa de sus clientes.

No dudo que en la actualidad existen muchos otros actos y contratos de naturaleza típica o atípica que se celebran a diario, pero de lo que todos estamos seguros es de que la compraventa no ha perdido el lugar de privilegio que ostenta desde que sustituyó en importancia al trueque, cambio o permuta.

De ahí mi preocupación constante —que ahora cumple catorce años—, dirigida a estudiar este contrato, independientemente de las investigaciones que sobre el particular se han hecho en todo el planeta. En este aspecto, resulta imprescindible mencionar que un año antes de culminar este trabajo, fue publicada la obra *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa* de nuestro amigo y profesor de siempre, el

Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, la misma que leímos de inmediato y que constituye referencia obligada y permanente en este Tratado, dada su inigualable calidad.

En lo personal, debo decir que este trabajo cierra una etapa bastante larga de mi vida, dedicada en gran medida a la investigación. No es que piense dejar de investigar, pues se trata de un entretenimiento personal que satisface necesidades y aspiraciones íntimas. Lo que he hecho es destinar mis mejores esfuerzos al ejercicio profesional, de tal manera que el mismo ha pasado, definitivamente, a constituir eje central de mi labor cotidiana.

Someto a consideración del lector los resultados de mis estudios relativos al Contrato de Compraventa.

Lima, abril del 2000

Mario Castillo Freyre

TÍTULO I

COMPRAVENTA

CAPÍTULO PRIMERO

Disposiciones generales

CONTRATO DE COMPRAVENTA. CONCEPTO

Artículo 1529.— «Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero».

Fuentes nacionales del artículo 1529

Este artículo registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, el mismo que abordó el tema en su artículo 1: «Venta es la traslación de una propiedad por un valor de diferente especie, en que hayan convenido los contratantes».

También fue tratado por el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, en el artículo 1002: «La venta es un contrato por el que se obliga uno a entregar una cosa y otro a pagarla. Puede celebrarse por escritura pública o privada.» y por el Código Civil de 1852, en el numeral 1305: «La venta es un contrato en que uno se obliga á entregar una cosa y otro á pagarla.— Puede hacerse por escritura pública, por privada, por cartas, de palabra, por sí mismo, o por medio de apoderado».

El Proyecto de Código Civil de 1890, recogió el concepto de la compraventa en su artículo 1660, señalando lo siguiente: «Compraventa es el contrato consensual, por el que una persona trasfiere á otra el dominio de una cosa por

cierto precio. Comprador es el que dá el precio y vendedor el que trasfiere el dominio de la cosa».

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea de 1925, abordó la materia en el artículo 1305: «La venta es un contrato en que uno se obliga á entregar una cosa y otro á pagarla.»; en tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, de la Comisión Reformadora de 1926, lo hacía en el artículo 368: «La venta es un contrato en que uno se obliga a entregar una cosa y otro a pagarla»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, lo hizo en el artículo 1372: «Por la compra-venta el vendedor se obliga a trasferir la propiedad de una cosa, y el comprador a pagar el precio en dinero»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1383: «Por la compra-venta el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa, y el comprador a pagar el precio en dinero».

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el tema fue abordado por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle del año 1981, en su artículo 1: «Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir al comprador la propiedad de un bien, u otro derecho, y el comprador se obliga a pagarle un precio cierto en dinero»; así como también por el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1556: «Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir al comprador la propiedad de un bien, u otro derecho y el comprador se obliga a pagarle un precio cierto en dinero»; y por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1492: «Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero»

Análisis

1. Concepto

Como sabemos, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1351 del Código Civil Peruano, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.[1]

---

[1] Es numeroso el grupo de Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica que optan por definir al contrato. En adelante, algunos conceptos representativos:
- *Código Civil Francés:*
Artículo 1101.- «El contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan hacia otra o varias más, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa».
- *Código Civil Belga:*
Artículo 1101.- «El contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan hacia otra o varias más, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa».
- *Código Civil Peruano de 1852:*
Artículo 1226.- «Contrato es un convenio celebrado entre dos o más personas, por el que se obligan a dar, hacer o no hacer alguna cosa».
- *Código Civil Chileno:*
Artículo 1438.- «Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas».
- *Código Civil Italiano de 1865:*
Artículo 1098.- «El contrato es el acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o modificar relaciones patrimoniales bajo un vínculo jurídico».
- *Código Civil Argentino:*
Artículo 1137.- «Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos».
- *Código Civil Colombiano:*
Artículo 1495.- «Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas».
- *Código Civil Venezolano de 1880:*
Artículo 1050.- «El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico».

– *Código Civil Ecuatoriano:*
Artículo 1481.– «Contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas».
– *Código Civil Español:*
Artículo 1254.– «El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio».
– *Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade, de 1890:*
Artículo 317.– «La convención es el acuerdo de dos o más voluntades, con el propósito de crear o de transferir, de modificar o extinguir un derecho, sea real, sea personal.

La convención toma el nombre particular de contrato, cuando ella tiene por objeto principal la creación de un derecho personal o de una obligación».
– *Código Civil Nicaragüense de 1903:*
Artículo 2435.– «Contrato es un acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o aclarar entre las mismas un vínculo jurídico».
– *Código Civil Hondureño de 1906:*
Artículo 1539.– «Contrato es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa».
– *Código de las Obligaciones de Suiza:*
Artículo 1.– «El contrato se perfecciona cuando las partes han, recíprocamente y de una manera concordante, manifestado sus voluntades.

Esta manifestación puede ser expresa o tácita».
– *Código Civil Panameño de 1917:*
Artículo 1105.– «Contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas».
– *Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia, de 1922:*
Artículo 130.– «Se considerará concluido el contrato cuando las partes manifiesten recíprocamente, en los casos en que corresponda y en la forma requerida por la Ley, su acuerdo sobre todos los puntos esenciales del mismo. Se considerarán tales en todos casos: el objeto del contrato, el precio y el plazo, así como todos los puntos sobre los cuales, conforme a la declaración previa de una de las partes, haya de mediar acuerdo entre ambas».
– *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926:*
Artículo 307.– «Hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a arreglar sus derechos».
– *Código Civil del Distrito Federal de México de 1927:*
Artículo 1621.– «Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones».

Si bien es cierto que el Código Civil Peruano de 1984 define al contrato de compraventa como aquel por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero, tal situación se enmarca dentro de una tendencia casi unánime de la legislación de nuestra tradición jurídica, que intenta definir o dar un concepto de este contrato.

Artículo 1622.– «Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos».
– *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936:*
Artículo 788.– «Salvo precepto expreso de la ley, la constitución o modificación de las obligaciones por actos jurídicos entre vivos, solo puede tener lugar mediante contrato».
– *Código Civil Venezolano de 1942:*
Artículo 1133.– «El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico».
– *Código Civil Italiano de 1942:*
Artículo 1321.– «(Noción) El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial».
– *Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Angel Ossorio y Gallardo, de 1943:*
Artículo 972.– «El contrato es el pacto expresamente establecido entre diferentes personas, para darse cosas o constituir derechos siempre que unas y otros sean posibles.

Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y sus causa habientes, salvo las disposiciones legales que sobre materia civil adopte el Poder Legislativo por los votos de las dos terceras partes de los miembros de cada una de las Cámaras. El Poder Ejecutivo no podrá nunca intervenir sobre temas regulados en este Código, a menos que él mismo lo consienta».
– *Código Civil Portugués de 1967:*
Artículo 405.– «(Libertad contractual)
1. Dentro de los límites de la ley, las partes tienen la facultad de fijar libremente el contenido de los contratos, celebrar contratos diferentes a los previstos en este Código o incluir en estos las cláusulas que los aprueben.
2. Las partes pueden incluso reunir en el mismo contrato reglas de dos o más negocios, total o parcialmente regulados en la ley».
– *Código Civil Guatemalteco de 1973:*
Artículo 1517.– «Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación».

A tal nivel llega esta tendencia, que de los Códigos Civiles y Proyectos consultados en nuestra investigación, solamente el Código Civil Costarricense de 1888 no lo hace.[2]

– Código Civil Boliviano de 1976:
Artículo 450.– «(Noción). Hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica».
– Código Civil Paraguayo de 1987:
Artículo 669.– «Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contenidas en este título y en el relativo a los actos jurídicos».

[2] Los Códigos Civiles que definen o brindan un concepto del contrato de compraventa son los siguientes:
– Código Civil Francés:
Artículo 1582.– «La compraventa es una convención por la cual uno se obliga a entregar una cosa; y el otro a pagarla.
Puede hacerse por documento auténtico o privado».
– Código Civil Belga:
Artículo 1582.– «La compraventa es una convención por la cual uno se obliga a entregar una cosa; y el otro a pagarla.
Puede hacerse por documento auténtico o privado».
– Código Civil Austríaco de 1811:
Artículo 1053.– «Por la compraventa se cede una cosa a otra persona por una suma determinada de dinero. Pertenece, como en la permuta, a los títulos como se adquiere la propiedad. La adquisición resulta, en primer lugar, por la entrega de la cosa objeto de la compraventa. Hasta la entrega mantiene el comprador el derecho de propiedad».
– Código Civil Boliviano de 1831:
Artículo 1003.– «La venta es un contrato por el que se obliga uno a entregar una cosa, y otro a pagarla. Puede celebrarse por escritura pública o privada».
– Código Civil Peruano de 1852:
Artículo 1305.– «La venta es un contrato en que uno se obliga a entregar una cosa y otro a pagarla.
Puede hacerse por escritura pública, por privada, por cartas, de palabra, por sí mismo, o por medio de apoderado».
– Proyecto de Código Civil de Andrés Bello:
Artículo 1964.– «La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio».
– Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853:
Artículo 1588.– «La venta es una convención por la cual uno se obliga a dar una cosa, y el otro a pagarla».

– Código Civil Chileno:
Artículo 1793.– «La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida, se llama precio».
– Código Civil Salvadoreño de 1860:
Artículo 1597.– «La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio».
– Código Civil Italiano de 1865:
Artículo 1447.– «La venta es un contrato por el cual uno se obliga a dar una cosa y el otro a pagar el precio».
– Código Civil Uruguayo:
Artículo 1661.– «La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero».
– Código Civil Argentino:
Artículo 1323.– «Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero».
– Código Civil Colombiano:
Artículo 1849.– «La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar.
El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio».
– Código Civil Venezolano de 1880:
Artículo 1382.– «La venta es un contrato por el cual uno se obliga a dar una cosa y el otro a pagar el precio».
– Código Civil Ecuatoriano:
Artículo 1759.– «Compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero. El que contrae la obligación de dar la cosa se llama vendedor, y el que contrae la de pagar el dinero, comprador. El dinero que el comprador se obliga a dar por la cosa vendida se llama precio».
– Código Civil Español:
Artículo 1445.– «Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente».
– Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade de 1890:
Artículo 661.– «La venta es un contrato por el cual una parte transfiere o se obliga a transferir a la otra la propiedad o un desmembramiento de la propiedad de una cosa, mediando un precio determinado en dinero que la otra parte o un tercero se obliga a pagarle.

El contrato de venta está sometido a las reglas generales de los contratos a título oneroso y sinalagmáticos, por todo aquello que no es contrario a las disposiciones siguientes».

– Código Civil Japonés:

Artículo 555.– «Una venta se hace efectiva cuando una de las partes conviene en transferir un derecho de propiedad a alguna otra parte y la otra parte consiente en pagar el precio de compra a la primera».

– Código Civil Alemán:

Artículo 433.– «Por el contrato de compraventa el vendedor de una cosa se obliga a entregar la cosa al comprador y a proporcionarle la propiedad de la misma. El vendedor de un derecho está obligado a proporcionar el derecho al comprador y, si el derecho faculta a la posesión de una cosa, a entregarle la cosa.

El comprador está obligado a pagar al vendedor el precio pactado y a recibir la cosa comprada».

– Código Civil Nicaragüense de 1903:

Artículo 2530.– «La compra y venta es un contrato por el cual una de las partes trasfiere a otra el dominio de cosas determinadas por un precio cierto».

– Código Civil Hondureño de 1906:

Artículo 1605.– «Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente».

– Código de las Obligaciones de Suiza:

Artículo 184.– «La venta es un contrato por el cual el vendedor se obliga a entregar la cosa vendida al comprador y a transferirle la propiedad, mediando un precio que el comprador se compromete a pagarle.

Salvo uso o pacto en contrario, el vendedor y el comprador están obligados a ejecutar simultáneamente sus obligaciones.

El precio de venta está suficientemente determinado cuando puede serlo de acuerdo a las circunstancias».

– Código Civil Brasileño:

Artículo 1122.– «Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a transferir el dominio de cierta cosa, y el otro a pagarle cierto precio en dinero».

– Código Civil Panameño de 1917:

Artículo 1215.– «Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente».

– Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922:

Artículo 180.– «Por el contrato de compraventa una de las partes (el vendedor) se obliga a traspasar la propiedad de un bien a otra (comprador) y ésta se obliga a recibir dicho bien y a pagar el precio convenido».

– Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926:

Artículo 368.– «La venta es un contrato en que uno se obliga a entregar una cosa y otro a pagarla».

– Proyecto Franco Italiano de Código de Obligaciones y Contratos de 1927:

Artículo 323.– «La venta es un contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa y el comprador a pagar su precio».

– Código Civil Mexicano de 1927:

Artículo 2102.– «Habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero».

– Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930:

Artículo 1334.– «Contrato de compra y venta; definición.– Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente».

– Código Civil Chino de 1930:

Artículo 345.– «Se llama venta al contrato por el cual las partes convienen que una de ellas transferirá a la otra sus derechos patrimoniales sobre una cosa, y que la otra pagará el precio.

El contrato de venta es concluido cuando las partes han convenido mutuamente el objeto y el precio».

– Código de las Obligaciones de Polonia de 1935:

Artículo 294.– «Por el contrato de venta, el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa o un otro derecho patrimonial al comprador; quien se obliga a pagar el precio determinado».

– Proyecto de Código Civil Peruano de 1936:

Artículo 1372.– «Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa, y el comprador a pagar el precio en dinero».

– Código Civil Peruano de 1936:

Artículo 1383.– «Por la compra-venta el vendedor se obliga a trasferir la propiedad de una cosa, y el comprador a pagar el precio en dinero».

– Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936:

Artículo 902.– «Habrá compraventa cuando se convenga la enajenación definitiva de un derecho patrimonial, por un precio cierto en dinero.

Si el objeto del contrato fuere una cosa, la obligación del vendedor será de transmitir el dominio; si un derecho, la de conferirlo al comprador, junto con la posesión siempre que ésta se hallare comprendida en aquél».

– Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937:

Artículo 301.– «Definición.– La venta es un contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa y el comprador a pagar el precio.

Salvo uso o convención contraria el vendedor y el comprador están tenidos de adquirir simultáneamente sus obligaciones».

– Código Civil Venezolano de 1942:

Artículo 1474.– «La venta es un contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa y el comprador a pagar el precio».

– Código Civil Italiano de 1942:

Artículo 1470.– «(Noción) La venta es el contrato que tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa o la transferencia de otro derecho contra la compensación de un precio».

– *Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Angel Ossorio y Gallardo de 1943:*

Artículo 1043.– «Es contrato de compraventa aquel en que uno de los contratantes se obliga a entregar a otro una cosa o un derecho determinados a cambio de un precio cierto en dinero o signo que lo represente.

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.

Se reputará cierto el precio si lo es con referencia a otra cosa cierta o si se deja su señalamiento al arbitrio de determinada persona; mas si ésta no lo hiciese, se reputará ineficaz el contrato.

También se tendrá por cierto el precio cuando se refiera igualmente o en más o en menos, al que la cosa tuviere determinado día en Bolsa, feria o mercado.

Ni el señalamiento de la cosa ni el del precio podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

– *Código Civil Portugués de 1967:*

Artículo 874.– «(Noción) Compra y venta es el contrato por el cual se transmite la propiedad de una cosa, u otro derecho, mediante un precio».

– *Código Civil Guatemalteco de 1973:*

Artículo 1790.– «Por el contrato de compraventa el vendedor transfiere la propiedad de una cosa y se compromete a entregarla, y el comprador se obliga a pagar el precio en dinero».

– *Código Civil Boliviano de 1976:*

Artículo 584.– «(Noción) La venta es un contrato por el cual el vendedor transfiere la propiedad de una cosa o transfiere otro derecho al comprador por un precio en dinero».

– *Código Civil Peruano de 1984:*

Artículo 1529.– «Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero».

– *Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984:*

Artículo 481.– «Por el contrato de compraventa uno de los contratantes se obliga a transferir el dominio de cierta cosa, y el otro, a pagarle cierto precio en dinero».

– *Código Civil Paraguayo de 1987:*

Artículo 737.– «La compraventa tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa, u otro derecho patrimonial, por un precio en dinero que debe pagar al comprador».

– *Proyecto de Código Civil Colombiano:*

Artículo 620.– «La compraventa es un contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad u otro derecho y el comprador a pagar como precio una suma de dinero. Por tanto, el vendedor se obliga a la entrega y saneamiento del objeto».

En este sentido, es necesario señalar que la definición de compraventa que contempla el Código Civil Peruano, debe ser analizada, necesariamente, desde dos perspectivas distintas, las mismas que están delineadas por los elementos esenciales-especiales de este contrato, vale decir el bien y el precio.

Nos referiremos a cada uno de ellos por separado.

1.1. La obligación del vendedor en relación al bien

No existe unanimidad de criterio en cuanto al contenido de la obligación del vendedor en el contrato de compraventa.

De este modo, podríamos identificar claramente hasta seis tendencias diferentes al respecto, las mismas que pasamos a analizar a continuación.

El Código Napoléon originó una tendencia legislativa que consideraba que en el contrato de compraventa el vendedor se obligaba a entregar una cosa; criterio que predominó sobre todo en Códigos y Proyectos del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, habiendo tenido representativas adhesiones.[3]

– *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987:*

Artículo 1323.– «Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra el dominio de una cosa, y ésta a pagar un precio en dinero».

– *Código Civil Cubano de 1988:*

Artículo 334.– «Por el contrato de compraventa el vendedor se obliga a transmitir la propiedad de un bien al comprador, mediante su entrega y éste a pagar por él determinado precio en dinero».

– *Código Civil de la Provincia de Québec:*

Artículo 1472.– «La venta es un contrato por el cual una persona da una cosa a otra, mediando un precio en dinero que la última se obliga a pagar.

Ella es perfecta por el sólo consentimiento de las partes, aunque la cosa no sea todavía entregada; sujeta, sin embargo a las condiciones contenidas en el artículo 1027, y a las reglas especiales concernientes a la cesión de los bienes registrados».

[3] Los siguientes Códigos adoptan el sistema francés:
Código Civil Belga, Código Civil Boliviano de 1831, Código Civil Peruano de

Sin embargo, en opinión nuestra esta acepción de compraventa no contemplaba la real esencia de dicho contrato, pues incluso la doctrina y jurisprudencia francesas fueron unánimes en alejarse de un concepto tan restringido como el del artículo del Código de su país que solo se refería a «entregar» una cosa, ya que siempre se interpretó que la obligación del vendedor consistía en entregar dicha cosa, pero en propiedad, elemento indispensable para poder referirnos a un contrato de compraventa.

Otro grupo numeroso de Códigos Civiles, siguiendo la tendencia impuesta por el Código Napoléon, utilizó un término equivalente a la palabra «entregar», la misma que, por lo demás, puede también ser traducida como «dar», entendiendo nosotros a ambos términos como sinónimos.

Hasta donde llegan nuestros conocimientos, la misma fue iniciada por el Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853, habiendo contado, además, con la adhesión de todos los Códigos Civiles que siguieron la línea del Proyecto del insigne venezolano Don Andrés Bello.[4]

El Código Civil Austríaco de 1811 emplea el término «ceder», siendo el único que lo utiliza.

Hoy en día, la tendencia generalizada en nuestra tradición jurídica es la de definir al contrato de compraventa como aquel por el cual el vendedor se obliga a transferir la

1852, Código Civil Español, 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, Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943.

[4] Los Códigos que emplean el término «dar», son los siguientes:
Código Civil Chileno, Código Civil Salvadoreño de 1860, Código Civil Italiano de 1865, Código Civil Uruguayo, Código Civil Colombiano, Código Civil Venezolano de 1880, Código Civil Ecuatoriano, Código Civil de la Provincia de Québec.

propiedad del bien al comprador, la misma que fue iniciada por el Código Civil Argentino, en 1871.[5]

Debe mencionarse que dentro de esta tendencia legislativa se encuentran también el Código Civil Alemán y el Código de las Obligaciones de Suiza, los mismos que además de señalar la obligación de transferir propiedad, resaltan la obligación de entregar el bien, precisión que resulta adecuada.

Hemos logrado identificar a un pequeño conjunto de Códigos Civiles que utilizan el término «dominio» en vez de «propiedad».

Estimamos que dicha variación no resulta del todo adecuada, ya que el término dominio no implica necesariamente la propiedad del bien; sin embargo, esos Códigos —acertadamente— consideran que la transferencia de ese dominio constituye una obligación esencial en el contrato de compraventa.[6]

Existe un grupo de Códigos Civiles que consideran que el contrato de compraventa puede tener por objeto, además

[5] A esta tendencia se adhieren los siguientes Códigos Civiles:
Proyecto Boissonade de 1890, Código Civil Japonés, Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922, Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927, Código Civil Mexicano de 1927, Código Civil Chino de 1930 (pero menciona «[...] transferirá a la otra sus derechos patrimoniales sobre una cosa».), Código de las Obligaciones de Polonia de 1935, 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, 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, Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984, Código Civil Paraguayo de 1987, Proyecto de Código Civil Colombiano, Código Civil Cubano de 1988.

[6] Nos referimos a los siguientes Códigos Civiles:
Código Civil Nicaragüense de 1903, Código Civil Brasileño, Anteproyecto Brasileño de 1984, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987.

de la transferencia del derecho de propiedad de un bien, a «otros derechos», como es el caso del usufructo.[7]

Consideramos que esta corriente legislativa no es acertada, pues el objeto de la prestación del vendedor en un contrato de compraventa debe recaer necesariamente sobre la propiedad de un bien y no sobre cualquier otro derecho que signifique la desmembración del derecho de propiedad. Si así fuese, nos alejaríamos de una concepción estricta de la compraventa y entraríamos a un campo en el cual resultaría confusa la línea divisoria entre este contrato y otros, como la cesión de derechos no crediticios —solo por citar un ejemplo referido al caso mencionado—.

1.2. La obligación del comprador en relación al precio

Por otra parte, resulta necesario hacer referencia al segundo elemento esencial-especial del contrato de compraventa, vale decir el precio. En este sentido, todos los Códigos Civiles consultados contemplan como elemento fundamental del contrato de compraventa al precio que debe pagar el comprador. Pero de ello nos ocuparemos a profundidad en el Capítulo Tercero de este trabajo.

2. Nomenclatura

Si bien es cierto que la denominación que en tiempos modernos se suele emplear para referirse a este contrato es «compraventa», no siempre fue así, pues son diversos los nombres con los que se le ha conocido, no obstante lo cual todos ellos giraban en torno al mismo concepto.

---

[7] Entre ellos, se encuentran los siguientes Códigos:
Proyecto Boissonade de 1890, Código de las Obligaciones de Polonia de 1935, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936, Código Civil Italiano de 1942, Código Civil Portugués de 1967, Código Civil Boliviano de 1976, Código Civil Paraguayo de 1987, Proyecto de Código Civil Colombiano.

Así, encontramos un sector de Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica que la denominan «compra y venta»[8] y otro que la llama «compra-venta».[9]

Asimismo, existen Códigos Civiles que utilizan la denominación «venta».[10]

Y, por último, un grupo de Códigos Civiles que utiliza la expresión «compraventa».[11]

---

[8] Entre estos Códigos, se encuentran los siguientes:
Código Civil Argentino (artículo 1323), Código Civil Español (artículo 1445), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2530), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1605), Código Civil Brasileño (artículo 1122), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1215), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1334), Código Civil Portugués de 1967 (artículo 874) y Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987 (artículo 1323).

[9] Es el caso del Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1383).

[10] En tal sentido, pueden mencionarse a los siguientes cuerpos legales:
Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1003), Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1305), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1588), Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1382), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 661), Código Civil Japonés (artículo 555), Código de Obligaciones de Suiza (artículo 184), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil Peruano de 1936 (artículo 368), Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 323), Código Civil Chino de 1930 (artículo 345), Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 (artículo 294), Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937 (artículo 301), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1474), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1470), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 584), Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1472).

[11] Así tenemos a los siguientes Códigos Civiles:
Código Civil Francés (artículo 1582), Código Civil Belga (artículo 1582), Código Civil Austríaco de 1811 (artículo 1053), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1964), Código Civil Chileno (artículo 1793), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1597), Código Civil Uruguayo (artículo 1661), Código Civil Colombiano (artículo 1849), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1759), Código Civil Alemán (artículo 433), Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 180), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2102), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1372), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 902), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043), Código Civil Guatemalte-

En relación a los dos primeros nombres, debemos señalar que los mismos responden a tratar de identificar —en la denominación del contrato que nos ocupa— a las dos operaciones que el mismo implica, vale decir, a aquello que está haciendo el comprador y aquello que está haciendo el vendedor. Dentro de tal orden de ideas, resulta evidente que una parte (el comprador) «compra», y que la otra (el vendedor) «vende». Así, es coherente denominar al contrato como «compra y venta».

Sin embargo, esta denominación tiene un inconveniente en que muchas veces no se repara: que pareciera dar a entender la realización o celebración de dos contratos o actos distintos, cuando en realidad es solo uno el que se está celebrando, a pesar de que del mismo surgen obligaciones para ambas partes.

En tal sentido, resultaría más lógico llamar al contrato como «compra-venta», pues se elimina la anterior objeción, además de que indica claramente las operaciones que realiza cada uno de los contratantes.

Sin embargo, es todavía usual que se siga denominando al contrato simplemente como «venta», palabra que se utiliza para designar la función que desea realizar el contratante que por lo general lanza una oferta al público o simplemente formula una oferta común y corriente.

Es sabido que dentro de nuestras sociedades modernas, la mayoría de personas compran, ya que —precisamente— esa mayoría está conformada por el gran número de consumidores que integran la comunidad.

De otro lado, y como contraparte, es evidente que un menor número de sujetos son aquellos que se dedican habi-

co de 1973 (artículo 1790), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1529), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 481), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 737), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 620), Código Civil Cubano de 1988 (artículo 334).

tualmente a la operación de venta. En tal sentido, será frecuente que la mayoría de contratos se denominen «venta», ya que dicha denominación es asignada —precisamente— por los vendedores, al ofrecer los bienes que desean comercializar.

Pero también resulta frecuente que las personas (consumidores) empleen el término «compra» o el verbo «comprar», para referirse a cuál es su posición en el contrato celebrado o por celebrar. Sin embargo, esta situación no conduce a que la mayoría de contratos reciba la denominación de «compra».

Analizando el tema desde otra perspectiva, puede apreciarse que dentro del plano estrictamente teórico, se siguen utilizando las denominaciones «compra» y «venta», en razón de la persona que es propietaria del bien que se desea comercializar por el contrato.

Así, cuando el bien pertenece en propiedad al vendedor, el contrato se llamará simplemente «compraventa», pues no resulta necesario distinguir la existencia de alguna situación particular que lleve a relacionar la operación que realiza cada parte con la titularidad sobre la propiedad del bien.

En cambio, cuando nos encontramos en el supuesto en el cual ni vendedor ni comprador son propietarios del bien, el contrato recibirá la denominación de «venta de bien ajeno», pues justamente lo que la doctrina y —en algunos casos— la legislación tratan de resaltar es el hecho de que quien vende no se encuentra en la situación habitual de la gran mayoría de vendedores (vale decir, que el bien materia del contrato les pertenece en propiedad al momento de la celebración del acto). En este caso, el bien no pertenece al vendedor, y, por ello, se considera natural denominar a esta operación contractual como «venta de bien ajeno», pues el bien es ajeno respecto a quien lo vende. Sin embargo, la doctrina acierta al no preocuparse de calificar a este contrato en relación a la parte compradora, pues en todo contrato

de compraventa el comprador —por regla general— no es propietario del bien que está comprando.

Como contrapartida de la denominada «venta de bien ajeno», tenemos a la llamada «compra de bien propio», que es aquel supuesto en el cual el bien no pertenece en propiedad al vendedor, pero tampoco pertenece en propiedad a un tercero (hipótesis mencionadas anteriormente). En este caso —por raro que parezca— el bien pertenece en propiedad al comprador; y, utilizando el mismo razonamiento expuesto para el caso de la denominada «venta de bien ajeno», la doctrina suele llamar a este contrato como «compra de bien propio».

De ambos temas nos ocuparemos oportunamente, cuando se aborde lo relativo al bien materia del contrato de compraventa.

Pero no obstante todas las consideraciones señaladas, resulta frecuente que por razones de economía en el lenguaje, dentro de la sociedad en general, y en el mundo del Derecho, en particular, se utilice la denominación «venta» para distinguir al contrato que nos ocupa. Ello resulta usual y no vemos en tal situación ningún inconveniente, dentro del plano teórico, así como tampoco en el orden práctico, pues todos sabemos perfectamente de qué estamos hablando. Dicha expresión es, además de uso generalizado y abrevia lo que se desea decir. Por ello hemos titulado a nuestra obra «Tratado de la Venta».

Hemos querido dejar para el final el análisis de la denominación que emplea el Código Civil Peruano de 1984: «compraventa».

Estimamos que la misma resulta adecuada, y con esa palabra se unifican las antiguas expresiones «compra y venta» y «compra–venta», además de que designa claramente las operaciones que ambas partes buscan efectuar al celebrar dicho contrato.

3. Características del contrato de compraventa

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

3.1. En cuanto al nombre

Más allá de la discusión doctrinaria que ha suscitado la pertinencia o no de clasificar a los contratos en nominados e innominados.[12]

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por su nombre es un contrato nominado.

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

Para comprender el tema de modo más claro, analizaremos cada una de las definiciones del contrato de compraventa que adoptó la legislación peruana en su debido momento.

Para el Código Civil de Santa Cruz, de 1836, que rigió en nuestro país durante la Confederación Perú-Boliviana, por un corto período, la compraventa se encontraba regulada en el numeral 1002, norma de texto siguiente:

Artículo 1002.— «La venta es un contrato por el que se obliga uno a entregar una cosa y otro a pagarla. Puede celebrarse por Escritura Pública o privada».

En este Código, se establecía que las prestaciones de ambas partes consistían en un dar. Esta breve definición, aparentemente completa, tiene ciertos errores, tales como señalar que la prestación de una de las partes es «entregar una cosa», no especificándose si la entrega era en propiedad o solo en posesión. Para resolver esta duda nos debíamos

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

remitir al artículo siguiente, donde se establecía que el comprador adquiría la propiedad al momento de celebrarse el contrato. Asimismo, observamos que esta definición se refiere a la compraventa de «cosas», con lo cual podría interpretarse que solo se refiere a los bienes corporales mas no a los incorporales. Pero no obstante ello, debemos remitirnos al artículo 1025, precepto que alude a la tradición de los bienes incorporales, la misma que se hace mediante los títulos o por el uso del adquirente con consentimiento del vendedor. Con este artículo queda claro, pues, que el término cosas abarcaba tanto los bienes corporales como los incorporales.

También observamos que esta definición señala como obligación del comprador, la de pagar la contraprestación, pero no establece que este pago sea en dinero, con lo cual no se hacía una clara distinción entre la compraventa y el contrato de permuta. Sin embargo, si nos remitimos al Capítulo IX, que trata sobre las obligaciones del comprador, en los artículos 1063 y siguientes, veremos que la principal obligación del comprador es —precisamente— la de pagar el precio en el día y lugar señalado para la venta. Como veremos, uno de los requisitos esenciales del precio es que este sea pagado en dinero o en signo que lo represente, razón por la cual —en principio— no podría haber duda en cuanto a la diferencia del contrato de compraventa con el contrato de permuta.

Para el Proyecto del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, en el Título Diecisiete encontramos al artículo 1, de texto siguiente:

Artículo 1.— «Venta es la traslación de una propiedad por un valor de diferente especie, en que hayan convenido los contratantes».

En esta definición vemos la figura desde un matiz algo distinto ya que, incluso, se otorgan al contrato de compraventa los efectos de transmisión inmediata de la propiedad, por cuanto señala que mediante este contrato, el vendedor

transfiere la propiedad al comprador, no señalando las palabras «bien» o «cosa», con lo cual —dada su época—, no necesariamente se podía deducir que se refería al término más extenso o amplio («bien»).

Sin embargo, al referirse a la obligación del comprador, señala que esta consiste en otorgar un valor de diferente especie, lo cual podría traernos confusión con respecto al contrato de permuta.

En la Exposición de Motivos de este Proyecto, el Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre señala que la permuta se halla comprendida dentro del concepto de compraventa, debido a la importancia que estaba retomando la permuta en esa época, como por ejemplo el intercambio que teníamos con Suecia y Viscaya por su hierro a cambio de nuestro cacao, azúcar y tabaco.

En el Código Civil Peruano de 1852, la compraventa era definida en el numeral 1305:

Artículo 1305.— «La venta es un contrato en que uno se obliga a entregar una cosa y otro a pagarla.

Puede hacerse por Escritura Pública, por privada, por cartas, de palabra, por sí mismo o por medio de apoderado».

Podemos apreciar que este artículo es bastante parecido al ya comentado numeral 1002 del Código de Santa Cruz; e igual que cuando comentábamos aquel Código, debemos señalar que esta definición no alude a si la entrega es a título de propiedad o solamente se otorga la posesión. Recién en los artículos 1308 y 1309 se menciona que la entrega es en propiedad, al referirse al momento en que se generan los efectos del contrato, dependiendo de si es un contrato simple o uno condicional. Pero el aludido punto será tratado más adelante.

Este Código, además, hace la distinción entre el contrato de compraventa y el de permuta, regulando a ambos por separado. Sin embargo, al definir la compraventa no hace la distinción fundamental con el contrato de permuta. Esta

distinción recién puede ser encontrada en el artículo 1311, cuando se señala la palabra «precio», al referirse a las ventas alternativas.

Para el Código Civil de 1936 la definición del contrato de compraventa era la siguiente:

Artículo 1383.— «Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa, y el comprador a pagar el precio en dinero».

Podemos apreciar que esta definición es mucho más completa que las anteriores, ya que señala con claridad las obligaciones esenciales del vendedor y del comprador, como son las de transferir la propiedad y la de pagar el precio en dinero, respectivamente.

Además, establece la diferencia con el contrato de permuta, y lo legisla por separado en su artículo 1465, norma que comentaremos más adelante.

El Código Civil de 1984 define al contrato de compraventa en su artículo 1529:

Artículo 1529.— «Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero».

Este concepto es prácticamente igual al adoptado en el Código Civil de 1936, con variaciones muy sutiles, como el empleo de la palabra «bien» en lugar del término «cosa».

3.2. En cuanto a su regulación

De acuerdo a las doctrinas del Doctor Manuel de la Puente y Lavalle,[13] el contrato típico puede ser definido

[13] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, página 200.

«como aquel contrato que tiene una regulación legal propia que lo identifica respecto a los demás. Es, como dice GETE-ALONSO, 'la manera de ser' del contrato, en el sentido que 'la ley individualiza a un determinado fenómeno a través de una serie de elementos y datos peculiares, y al conjunto, así descrito, lo valora y le atribuye una concreta regulación jurídica unitaria'».

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

Por último, De la Puente señala que estos conceptos corresponden a la tipicidad legal o legislativa, pero puede existir también una tipicidad social.[14]

[14] Sobre la tipicidad legal y la tipicidad social, el Doctor De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, páginas 200 a 202) señala las siguientes expresiones:

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

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

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

La tipicidad social es, pues, el reconocimiento doctrinal y jurisprudencial, que encuentra su base en la costumbre, de contratos perfectamente identificables, que crean (regulan, modifican o extinguen) obligaciones es-

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

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

3.3. En cuanto a su estructura[15]

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

---

peciales adecuadas a la finalidad de cada tipo de contrato, el cual determina que se apliquen reglas comunes a todos los contratos de un mismo tipo, aun cuando cada uno de estos contratos no contenga una regulación completa.

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

Los efectos de la tipicidad social son similares a los de la tipicidad legal. Basta que resulte claramente del contrato la voluntad de las partes de celebrar un contrato típico social, para que sean aplicables a dicho contrato las reglas propias que la doctrina y la jurisprudencia han reconocido a ese tipo contractual.

La tipicidad social es el preámbulo o antesala de la tipicidad legal pues, por regla general, la ley espera que un contrato determinado adquiera, a base de su reiteración y frecuencia, una difusión que merezca su incorporación a la contratación típica legal. En el caso del Código civil de 1984, ello ha ocurrido con los contratos de suministro, hospedaje, secuestro y compromiso arbitral (el compromiso arbitral, si bien estaba contemplado en el Código de Procedimientos Civiles, no estaba regulado como figura contractual).

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

[15] Al referirse a este criterio clasificatorio, el Doctor De la Puente (DE LA

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

Así, el Código de Santa Cruz, en el ya citado artículo 1002, establecía que uno se obligaba a entregar una cosa y el otro a pagarla; pudiendo deducir de este texto que por el contrato de compraventa se creaba una única relación obligacional entre el vendedor y el comprador, es decir una relación entre sujetos. Este vínculo es de carácter neta-

---

PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, páginas 223 y 224), precisa los siguientes términos:

«Según este criterio, los contratos se clasifican en simples y complejos.

Es contrato simple aquél que da lugar a una sola relación jurídica patrimonial. Por ejemplo, la compraventa, que crea la obligación del vendedor de transferir la propiedad de una cosa y la obligación recíproca del comprador de pagar el precio en dinero.

En cambio, el contrato es complejo cuando agrupa varios contratos distintos. Esta agrupación puede dar lugar, a su vez, a dos clases de contratos: los contextuales y los vinculados.

Son contratos contextuales los de forma escrita que, teniendo absoluta autonomía entre sí, figuran en un mismo documento. Por ejemplo, si en una sola escritura pública se celebran conjuntamente un contrato de constitución de sociedad anónima, uno de división y partición y uno de compraventa. Cada contrato, pese a esta agrupación física, sigue su suerte con entera independencia de los demás y queda sujeto a su propia disciplina jurídica, sin que las vicisitudes que ocurran a uno influyan en los otros.

Los contratos son vinculados cuando, conservando también su identidad propia, están unidos por algún vínculo de cualquier naturaleza (jurídico, económico, funcional, etc.), bien sea impuesto por el ordenamiento legal (vinculación necesaria) o bien por voluntad de las partes (vinculación voluntaria). Por ejemplo, un contrato de fianza está vinculado necesariamente a un contrato de comodato cuando garantiza la devolución del bien entregado al comodatario, desde que la ley le ha dado la calidad de accesorio, esto es que no puede existir si no existe el principal. En cambio, un contrato de constitución de sociedad anónima puede estar vinculado voluntariamente a un contrato de locación de servicios de gerencia, cuando las partes convienen en celebrar el segundo para la mejor ejecución del primero. En ambos casos, cada contrato materia de la vinculación queda regido por su propia disciplina jurídica, pero las vicisitudes de uno pueden afectar al otro. Así, la nulidad del comodato dará lugar a la invalidez de la fianza y la liquidación de la sociedad anónima dará lugar a la terminación del contrato de gerencia».

mente patrimonial, por cuanto las prestaciones, que en este caso consisten en un dar, son susceptibles de valoración económica, tal como se puede apreciar del artículo 1016 del Capítulo III de dicho cuerpo legal, el mismo que trata sobre las cosas que pueden venderse, precepto donde se señala:

Artículo 1016.— «Puede venderse todo lo que está en el comercio de los hombres, siempre que las leyes particulares no prohiban su enajenación».

La obligación del comprador consiste en pagar el precio, siendo obvio que ella es de carácter eminentemente patrimonial.

Esta definición señala que por medio del llamado contrato de compraventa se genera el deber de entregar la cosa, es decir, se tiene claro cuál es el objeto de la prestación que debe ejecutar el vendedor en el contrato.

Para el Proyecto De Vidaurre, en el ya citado artículo 1 del Título 17, venta es la traslación de una propiedad por un valor de diferente especie. Esta redacción tal vez podría confundir y llevarnos a pensar que aquí no hay una relación jurídica (entendida como relación entre sujeto deudor y sujeto acreedor), sino una relación persona — objeto, entre el comprador y la cosa que va a ser adquirida. Es decir, que mediante este contrato, no solo se generaría la obligación de transferir la propiedad, sino que se constituiría un derecho real de propiedad. Sin embargo, sabemos que ello no es posible, por cuanto un contrato solo puede generar obligaciones (ya que estas constituyen su objeto), las que a su vez pueden generar prestaciones con efectos reales, mas no es posible hablar de un contrato que genere un derecho real, por cuanto se estaría desnaturalizando el objeto mismo del contrato.

En cuanto a la estructura del contrato de compraventa en el Proyecto De Vidaurre, debemos decir que es la de un contrato simple, por cuanto el vendedor solo tiene la obligación de transferir la propiedad, y el comprador la de pagar el precio o el valor con el que se comprometió, y debemos recordar que para Vidaurre, el contrato de permuta estaba incluido en el contrato de compraventa.

En el Código Civil de 1852, la definición ya comentada de este cuerpo legal señala claramente que es un contrato simple, donde la obligación del vendedor consiste en entregar la cosa, y la del comprador en pagar. De esta definición se deduce que la compraventa genera obligaciones, y no sucede lo ya comentado en el Proyecto De Vidaurre, que —en cierta forma— confunde el objeto del contrato.

Para el Código Civil de 1936, aun cuando la redacción de la norma respectiva pueda generar confusiones acerca del objeto de los contratos, esto solo se da al tratar sobre los contratos reales, mas no cuando trata acerca de los contratos consensuales, como es el caso de la compraventa.

En la definición que contempla este Código acerca del contrato de compraventa, en el ya citado artículo 1383, se aprecia que dicho contrato genera obligaciones y no transfiere, por sí mismo, derecho real alguno, es decir que en este contrato existe un vínculo entre los sujetos que forman parte del mismo.

Por su estructura, el contrato de compraventa en el Código de 1936 también es un contrato simple, por cuanto genera una relación jurídica entre comprador y vendedor.

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

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

3.4. En cuanto a su contenido o área[16]

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

A partir de la dación del Código de Comercio, el contrato de compraventa, podía ser considerado como un contrato civil o uno mercantil, dependiendo de la frecuencia y fin con el que se celebrara. Así, en el artículo 320 del Código de Comercio se establecía: «Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrar en la reventa».

Los Códigos Civiles de 1852 y 1936 regularon solo la compraventa civil.

En cambio, en el artículo 2112 del Código Civil de 1984 se dispone que la compraventa (así como otros contratos ahí especificados) se regirán por las reglas contenidas en el Código, derogándose en forma expresa los artículos del Código

[16] Sobre el particular, Manuel de la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, páginas 224 y 225) esboza las siguientes consideraciones:

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

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

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

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

de Comercio que regulan la compraventa. Sin embargo, esto no quiere decir que la compraventa mercantil ya no esté regulada, sino que el Derecho Civil —al menos en este aspecto— ha absorbido también algunos rasgos del Derecho Mercantil.[17]

Esto se puede comprobar en el artículo 1542 del Código Civil de 1984, el mismo que establece que los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público no son reivindicibles si son amparados con facturas o pólizas del vendedor; quedando a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra quien los vendió indebidamente. En este texto podemos ver cómo se regula la compraventa mercantil de distinta forma que la civil, ya que en la primera no existe el derecho reivindicatorio de los bienes muebles y en la segunda sí, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1539 del mismo cuerpo legal, que a la letra dice: «La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiera el bien, antes de la citación con la demanda».

Como señalamos anteriormente, en forma paralela a los Códigos Civiles de 1852 y 1936, regía, en cuanto al contrato de compraventa, el Código de Comercio, donde, en el artículo 340, se señalaba:

[17] Prueba de la influencia que el Derecho Mercantil ha tenido sobre múltiples aspectos del Derecho Civil, constituye la definición que la Orden del Día número 1322 del 28 de julio de 1993, de Unificación de la Legislación Civil y Comercial Argentina, ha adoptado respecto del contrato de compraventa, en su artículo 1323, el mismo que establece lo siguiente: «Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra el dominio de una cosa, y ésta a pagar un precio en dinero», modificando lo establecido actualmente por dicho Código, que hace referencia a la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien objeto de su obligación.

Artículo 340.— «En toda venta mercantil el vendedor quedará obligado a la evicción y saneamiento en favor del comprador, salvo pacto contrario».

Del referido texto podemos deducir que para este cuerpo legal sí cabía la reivindicación en la compraventa mercantil, versara esta sobre bienes muebles o sobre inmuebles, ya que la evicción es consecuencia de la reivindicación.

3.5. En cuanto a su autonomía[18]

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

---

[18] En relación a este tema, el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.,* primera parte, tomo I, páginas 230 y 231), sostiene las siguientes expresiones:

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

Son contratos principales aquellos que no dependen jurídicamente de otros contratos, que por sí tienen o cumplen plenamente una finalidad concreta (tales son, por ejemplo, la compraventa, el arrendamiento, el mutuo, la prestación de servicios). Basta con celebrar un contrato principal para que pueda alcanzarse el efecto querido por los contratantes, sin necesidad de ningún acto jurídico adicional.

En contraposición a los contratos principales se encuentran los accesorios, llamados también por la doctrina alemana contratos auxiliares, que son los que no pueden celebrarse independientemente, pues su objeto es, precisamente, complementar otro contrato. Se dice, por eso, que entre el contrato principal y el accesorio existe una relación de causa a efecto, que es lo que explica el nexo de la accesoriedad. Los ejemplos más comunes de contratos accesorios son los contratos de garantía (fianza, prenda, etc.).

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

3.6. En cuanto a su formación

Conforme establece el Doctor De la Puente,[19] de acuerdo a este criterio, los contratos se clasifican en consensuales, formales y reales, según se celebren por el mero consentimiento, se requiera de una formalidad especial o se necesite la entrega de un bien.

Dentro de tal orden de ideas, la compraventa es un contrato eminentemente consensual ya que se celebra con el solo consentimiento de las partes, y toda formalidad que se

---

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

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

El efecto más importante de esta clasificación se encuentra en que mientras las obligaciones principales se extinguen por causas propias, las obligaciones accesorias se extinguen no sólo por su propias causas sino también por extinción de la respectiva obligación principal. En otras palabras, la obligación accesoria no puede vivir sin la obligación principal, de tal manera que si ésta muere, muere con ella la obligación accesoria, aun cuando no se produzca una causal de extinción inherente a esta obligación.

ARIAS-SCHREIBER ubica en esta clasificación a los contratos derivados, que son los que se desprenden de otro contrato, poniendo como ejemplos el subarriendo y la subcontrata de obras. En realidad, la doctrina considera que el subcontrato es el caso típico del contrato derivado, el cual, a su vez, es una especie del contrato dependiente.

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

[19] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.,* primera parte, tomo I, página 232.

desee seguir será porque las partes decidan imponérsela, pero no porque la ley lo exija.

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

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

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

En realidad, esta diferencia no siempre ha sido clara es nuestra legislación. Así, por ejemplo, según el Código de Santa Cruz de 1836, el contrato se perfeccionaba y la propiedad se adquiría con el solo consentimiento entre las partes:

Artículo 1003.— «Se perfecciona entre las partes, y el comprador adquiere la propiedad, desde que el vendedor conviene en la cosa y en el precio, aunque la cosa no haya sido entregada, ni el precio pagado».

Podemos apreciar, además, que en este texto los legisladores de la época incluían la celebración del contrato dentro del perfeccionamiento, lo que equivale a decir que el consentimiento tenía dos efectos inmediatos: la celebración y el perfeccionamiento del contrato, pero ambas figuras eran conocidas como «perfeccionamiento».

La propiedad, en la época, se transmitía con el solo acuerdo de voluntades, no siendo necesaria ni la *traditio* o entrega de la cosa, ni mucho menos la inscripción en algún registro. Es decir, que en aquella época imperaba el mismo criterio que nos rige actualmente para la transmisión de la

propiedad inmueble, establecido en el artículo 949 del Código Civil de 1984.

De la misma forma, el Proyecto De Vidaurre, en el ya comentado artículo 1 del Título 17, establecía que la venta era la traslación de propiedad. Y, de modo concordante, el artículo 19 señalaba los efectos del contrato de compraventa:

Artículo 19.— «Convenidos los contratantes en la cosa y su valor, el comprador desde aquel acto es dueño, y el vendedor acreedor por el precio».

E igualmente el Código Civil de 1852, en su artículo 1306, no señalaba diferencia alguna entre consentimiento y perfeccionamiento, tal como se puede apreciar en las siguientes líneas:

Artículo 1306.— «Desde que los contratantes convienen en la cosa y en el precio, queda perfeccionada la venta, aunque aquélla no haya sido entregada, ni éste pagado».

Como podemos apreciar, en estos tres cuerpos legislativos, la celebración y el perfeccionamiento eran exactamente lo mismo, es decir que ambas figuras se daban a raíz del consentimiento entre las partes.

El perfeccionamiento generaba como efecto inmediato la transmisión de la propiedad, pero esta no implicaba la entrega de la cosa o bien, pues el único efecto era la adquisición de las facultades de uso, disfrute, disposición y reivindicación; pudiendo establecerse en el contrato de compraventa, la suspensión de las facultades de uso y disfrute del bien.

En el Código Civil de 1936, el ya comentado artículo 1383 no mencionaba la palabra «perfeccionamiento», como sí lo hacían dos de los Códigos antes comentados (el Código de Santa Cruz y el Código de 1852), los que solo anotaban que por la compraventa el vendedor «se obliga a transferir la

propiedad de una cosa [...]», es decir, que podría entenderse que el consentimiento daba lugar a la celebración del contrato y que el cumplimiento de la obligación objeto del contrato es el perfeccionamiento. Así, ya estarían las dos situaciones completamente diferenciadas; pero, sin embargo, encontramos que la jurisprudencia de la época sentenciaba que el contrato de compraventa se perfeccionaba con el consentimiento. Podemos mencionar como ejemplo una Resolución Suprema dictada en el año 1940, que establecía que «El contrato de compraventa queda perfeccionado desde que los contratantes convienen en la cosa y en el precio».

En el Código Civil de 1984, si revisamos el artículo 1529, nos encontraríamos con una situación exactamente igual a la de 1936, la misma que debemos complementar con la lectura del artículo 1373, que a la letra dice:

Artículo 1373.— «El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente».

Aquí podemos apreciar que aun durante la elaboración del Código Civil vigente, no se tuvo del todo clara la diferencia entre los conceptos de «celebración» y «perfeccionamiento» de los contratos.

3.7. En cuanto al tiempo[20]

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

Y así lo ha sido en el Perú a lo largo de su historia legislativa. Podemos apreciar que en el Código de Santa Cruz, en el ya citado artículo 1002, sólo se señalaba que la obligación del vendedor es entregar la cosa, y la del comprador pagarla. Para completar la idea, debemos agregar que el artículo 1003 (anteriormente citado) establece que el comprador adquiere la propiedad desde que el vendedor conviene en la cosa y el precio, es decir con el consentimiento de las partes. Sin embargo, el artículo 1004 establece la posibilidad de que las partes convengan alguna condición a la ejecución del contrato, sea esta suspensiva o resolutoria.

En síntesis, de estos tres artículos podemos deducir que la obligación del vendedor es transmitir la propiedad de la cosa y entregarla inmediatamente después de darse el consentimiento entre las partes; pudiendo, excepcionalmente, pactarse un plazo suspensivo para la ejecución del contrato, lo que significaría que de manera también excepcional puede tratarse de un contrato de ejecución diferida.

La misma situación puede ser apreciada en el Proyecto del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, cuyo artículo 19 establecía:

Artículo 19.— «Convenidos los contratantes en la cosa y su valor, el comprador desde aquel acto es dueño, y el vendedor acreedor por el precio».

Esto equivale a decir que el contrato de compraventa es de ejecución inmediata, y en igual forma que en el anterior Código, este contrato podía ser excepcionalmente de ejecución diferida, tal como podemos apreciar en el artículo 20 del referido Proyecto legislativo:

Artículo 20.— «Esto se limita si hubo en el contrato alguna condición suspensiva».

Por otra parte, de conformidad con el artículo 1552, el vendedor está obligado a entregar el bien inmediatamente después de celebrado el contrato y el comprador tiene, en virtud del artículo 1558, la obligación de pagar el precio al

[20] Sobre este tema también nos apoyamos en las apreciaciones del Doctor De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, páginas 233 a 241).

contado al momento de la entrega del bien. Pero también puede tratarse de un contrato de ejecución diferida, si las partes así lo han pactado, ya que las normas mencionadas son de carácter dispositivo y no imperativo.

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

3.8. En cuanto a su negociación

Según el Doctor De la Puente,[21] este criterio ha dado lugar a una clasificación que está adquiriendo gran importancia en la vida moderna, que es la de contratos de negociación previa y contratos por adhesión. Por nuestra parte, agregaríamos a los contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación.

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

3.9. En cuanto al rol económico[22]

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

[21] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, página 245.

[22] Al referirse a este criterio clasificatorio, el Doctor Manuel de la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, páginas 246 a 248), establece las siguientes consideraciones:
«[...] Son contratos de disposición los que están destinados a justificar la disminución del capital del patrimonio de una persona. En contraposición, los contratos son de administración cuando tienen por objeto las rentas o frutos de los bienes, sin alterar su naturaleza ni su destino.

3.10. En cuanto a su función

De acuerdo a De la Puente,[23] los contratos se clasifican, según este criterio, en constitutivos, reguladores, modificatorios y extintivos.

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

3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

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

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

[23] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, página 233.

3.12. En cuanto a la prestación

Según recuerda el Doctor Manuel de la Puente,[24] tradicionalmente este criterio estaba basado en la obligación y no en la prestación. De acuerdo con él, los contratos se clasifican en unilaterales y bilaterales; siendo unilateral aquel en que una sola de las partes queda obligada, a diferencia del bilateral en que ambas partes quedan recíprocamente obligadas. Como señala el citado profesor, el Código Civil de 1984, siguiendo el modelo del Código Civil Italiano de 1942, trata del contrato con prestaciones recíprocas en lugar del contrato bilateral.

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

3.13. En cuanto a la valoración

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

3.14. En cuanto al riesgo[25]

Por el riesgo, la compraventa es fundamentalmente un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de las

[24] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, página 211.

[25] Sobre este tema, el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, páginas 218 a 223), sostiene lo siguiente:

«De acuerdo con este criterio, los contratos se clasifican en conmutativos y aleatorios.

Tradicionalmente se consideraba que el contrato conmutativo era el contrato oneroso en el cual existía equivalencia entre las prestaciones. Ese es el sentido de la definición dada por el Diccionario de ESCRICHE, influenciada, posiblemente, por el artículo 1964 del Código NAPOLEON, según el cual es conmutativo el contrato cuando cada una de las partes se

compromete a dar o hacer una cosa que se considera el equivalente de lo que se da o se hace por ella.

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

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

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

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

Partiendo del concepto de que el contrato aleatorio es aquel en el cual la ventaja que las partes obtendrán del contrato no es apreciable en el momento de la perfección del mismo, porque ello depende de un acontecimiento incierto, la primera posición, sostenida, entre otros, por los MAZEAUD, entiende que la nota característica de los contratos aleatorios está dada por la existencia de un azar (*chance*).

Al lado de esta posición puede constatarse una nueva tendencia que identifica la nota característica y diferenciadora del contrato aleatorio en la incidencia que el evento incierto tenga sobre la existencia o sobre la determinación de una prestación.

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

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

El azar se traduce, pues, en una particular y mayor incertidumbre sobre la existencia y sobre la medida de las prestaciones, que las partes de-

sean conscientemente asumir, y que se ha tomado deliberadamente en consideración al momento de celebrarse el contrato para fijar las condiciones de éste. Si las partes no han percibido la existencia del azar, el contrato no es aleatorio aun cuando conlleve un azar.

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

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

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

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

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

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

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

Es cierto que MESSINEO admite que el hecho de que el artículo 1872 del Código civil italiano prevea la posibilidad de la renta vitalicia constituida

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

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

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

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

Para terminar con el tema del contrato aleatorio, conviene diferenciarlo del contrato condicional, con el cual tiene cierta similitud por intervenir en ambos un azar.

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

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

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

prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, en el sentido de conocerse de antemano.

Sin embargo, como señala Wayar,[26] la compraventa, por excepción, puede concertarse de manera aleatoria.

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

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

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

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

3.15. En cuanto a sus efectos

Si bien el Doctor Manuel de la Puente no incluye explícitamente este rubro dentro de los criterios clasificatorios de

[26] WAYAR, Ernesto Clemente. *Compraventa y Permuta*, página 22. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984.

los contratos, creemos que sí lo hace de manera implícita, al analizar el concepto de contrato.

De la Puente[27] señala que el contrato, como acto jurídico, es una manifestación de voluntad cuya razón de ser es crear la relación jurídica. Así, una vez cumplido este cometido, que se alcanza plenamente con la sola manifestación de voluntad (al menos en los contratos consensuales), el contrato deja de existir, porque ha terminado su rol.

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

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

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

Por nuestra parte, pensamos que más allá del contenido de dichas obligaciones, que en el caso del contrato de compraventa consistirán en transferir la propiedad de un bien y en el pago de un precio, nunca podríamos asignar al contrato (al menos dentro de nuestro ordenamiento jurídico) un objeto distinto que las obligaciones, cuya ejecución con-

[27] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, páginas 49 y 50.

sistirá en la actividad humana de dar, hacer o no hacer (la prestación propiamente dicha).

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

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

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

4. El precio[28]

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

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

[28] Antes de referirnos al precio, debemos expresar nuestra infinita gratitud al Doctor Manuel de la Puente y Lavalle por las palabras que en relación a un trabajo anterior sobre la materia nos ha dispensado (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa*, página 89. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998.), así como por haber asumido como válidos los cuatro requisitos del precio que expusimos en esa oportunidad.

El precio es entendido por la Real Academia de la Lengua Española,[29] como el «valor pecuniario en que se estima una cosa». Sin lugar a dudas, esta definición es amplia y nos permite tener un primer acercamiento al tema, el mismo que nos brinda la posibilidad de realizar ciertas reflexiones que consideramos útiles.

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

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

Nos explicamos.

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

[29] REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, tomo II, página 1095. Espasa Calpe S.A., Madrid, 1984.

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

Es el caso de los siguientes contratos:

(a) El contrato de suministro (si este fuese oneroso), en el cual es frecuente que a la prestación dineraria que debe cumplir el suministrado en favor del suministrante, se le denomine «precio del suministro» (argumento reforzado por la mención al «precio» que se hace en los artículos 1608, 1609 y 1610 del propio Código).

(b) En el contrato de hospedaje, será frecuente denominar «precio» a la retribución que se compromete a pagar el huésped.

(c) En el contrato de locación de servicios, la retribución a pagar por el comitente al locador, se puede denominar «precio».

(d) En el contrato de obra, se llamará «precio» al objeto de la prestación a ejecutar por el comitente a favor del contratista.

(e) En el contrato de depósito, si este fuese oneroso, será frecuente que al monto dinerario que el depositante deba abonar al depositario como retribución de la custodia del bien, se le llame «precio».

No dudamos que algunos de los supuestos que acabamos de mencionar, hayan sorprendido al lector, pues, por lo general los mismos no contienen en la legislación, como tal, la denominación de «precio» para las prestaciones en ellos mencionadas, mas los usos y costumbres, a nuestro entender, hacen imperativo precisar lo antes señalado.[30]

[30] El Código Civil Peruano de 1984 emplea la palabra «precio» cincuenticuatro veces, en cuarentitrés artículos y en la denominación del Capítulo Tercero del Título relativo al Contrato de Compraventa. Pero, observamos que no en todas las ocasiones en que hace referencia a dicha expresión alude al precio como elemento esencial-especial del contrato de compraventa.

Así, en el artículo 311, inciso 3, referido a la calificación de los bienes dentro del matrimonio, emplea la expresión referida al contrato de compraventa:

Artículo 311.- «Para la calificación de los bienes, rigen las reglas siguientes:

1. Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario.
2. Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron.
3. Si vendidos algunos bienes, cuyo *precio* no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior».

De otro lado, en el numeral 666 (referido al poseedor de buena fe que hubiese enajenado un bien hereditario), aunque emplea el término genérico «enajenación», referido a un bien, consideramos que a lo que se ha querido hacer alusión es al precio en el contrato de compraventa:

Artículo 666.- «El poseedor de buena fe que hubiese enajenado un bien hereditario está obligado a restituir su *precio* al heredero y si se le adeudara, se trasmitirá a este último el derecho de cobrarlo. En todos los casos, el poseedor de mala fe está obligado a resarcir al heredero el valor del bien y de sus frutos y a indemnizarle el perjuicio que le hubiera ocasionado».

Por su parte, en los artículos 988 y 989, relativos a la partición en la copropiedad, se hace mención al precio en su acepción relativa al contrato de compraventa:

Artículo 988.- «Los bienes comunes que no son susceptibles de división material pueden ser adjudicados, en común, a dos o más copropietarios que convengan en ello, o se venderán por acuerdo de todos ellos y se dividirá el *precio*. Si los copropietarios no estuvieran de acuerdo con la adjudicación en común o en la venta contractual, se venderán en pública subasta».

Artículo 989.- «Los copropietarios tienen el derecho de preferencia para evitar la subasta de que trata el artículo 988 y adquirir su propiedad, pagando en dinero el *precio* de la tasación en las partes que correspondan a los demás copartícipes».

En el artículo 1068 se hace referencia al precio de la compraventa, dentro de los derechos y obligaciones que genera la constitución de la prenda:

Artículo 1068.- «El derecho del acreedor prendario, en relación al bien, es preferente al de los demás acreedores.

La preferencia subsiste sólo en tanto el bien dado en prenda permanezca en posesión del acreedor o del tercero designado por las partes, o cuando se trate de prenda inscrita.

Esta preferencia no rige tratándose del acreedor por el saldo del *precio* de venta, cuando este derecho aparece inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la prenda».

Estimamos que en el artículo 1118, referido a las hipotecas legales, se emplea la palabra precio en su acepción relativa al contrato de compraventa:

Artículo 1118.– «Además de las hipotecas legales establecidas en otras leyes, se reconocen las siguientes:

1. La del inmueble enajenado sin que su *precio* haya sido pagado totalmente o lo haya sido con dinero de un tercero.
2. La del inmueble para cuya fabricación o reparación se haya proporcionado trabajo o materiales por el contratista y por el monto que el comitente se haya obligado a pagarle.
3. La de los inmuebles adquiridos en una partición con la obligación de hacer amortizaciones en dinero a otros de los copropietarios».

Por su parte, el artículo 1129 del Código Civil, relativo al derecho de retención, también alude a la palabra precio, referido al que se obtenga sobre el bien en pública subasta:

Artículo 1129.– «El derecho de retención no impide el embargo y el remate del bien, pero el adquirente no puede retirarlo del poder del retenedor sino entregándole el *precio* de la subasta, en lo que baste para cubrir su crédito y salvo la preferencia hipotecaria que pueda existir».

El tema del precio también es abordado cuando el Código trata acerca del pago indebido. Lo hace en su artículo 1272 y también entiende por precio al elemento esencial-especial del contrato de compraventa:

Artículo 1272.– «Si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado el bien a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el *precio* o cederá la acción para hacerlo efectivo.

Si el bien se hubiese transferido a un tercero a título gratuito, o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien paga indebidamente puede exigir la restitución. En estos casos sólo el tercero, adquirente a título gratuito u oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados».

En el artículo 1490, referido a las disposiciones generales de las obligaciones de saneamiento, se hace mención al precio, igualmente en función al contrato de compraventa:

Artículo 1490.– «En las ventas forzadas hechas por las autoridades y entidades autorizadas por ley, el saneamiento queda limitado a la restitución del *precio* que produzca la transferencia».

Obviamente, en el Título donde se emplea con mayor frecuencia la palabra «precio», es en el relativo al contrato de compraventa.

Así, dentro de las disposiciones generales relativas a este contrato, se le menciona en los artículos 1529 (concepto de compraventa) y 1531 (precio mixto):

Artículo 1529.– «Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su *precio* en dinero».

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».

En el Capítulo Segundo de este contrato, relativo al bien materia de la venta, se hace referencia al precio en los artículos 1533 (supuesto de compraventa de bien parcialmente pasado), 1535 (compraventa de bien futuro con rasgos de conmutatividad y aleatoriedad), 1536 (compraventa de bien futuro aleatoria), 1540 (venta de bien parcialmente ajeno) y 1541 (consecuencias de la venta de un bien ajeno):

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».

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*».

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».

Artículo 1540.– «En el caso del artículo 1539, si el bien es parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del *precio*».

Artículo 1541.– «En los casos de rescisión a que se refieren los artículos 1539 y 1540, el vendedor debe restituir al comprador el *precio* recibido, y pagar la indemnización de daños y perjuicios sufridos.

Debe reembolsar igualmente los gastos, intereses y tributos del contrato efectivamente pagados por el comprador y todas las mejoras introducidas por éste».

De otro lado, el Código Civil dedica todo un Capítulo (el Tercero) del Título relativo al contrato de compraventa, para abordar el tema del precio. Así, en el artículo 1543 trata el supuesto de nulidad cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una sola de las partes; en el numeral 1544, aborda el tema de la determinación del precio por parte de un tercero; en el 1545, el del precio dejado al que tuviere el bien en bolsa o mercado, en determinado lugar y día; el 1546, referido al precio con cláusulas valoristas; el 1547, relativo a los casos del precio en la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente; y, finalmente, el artículo 1548, en que se aborda el precio en relación al peso neto del bien:

Artículo 1543.– «La compraventa es nula cuando la determinación del *precio* se deja al arbitrio de una de las partes».

Artículo 1544.– «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».

Artículo 1545.– «Es también válida la compraventa si se conviene que el *precio* sea el que tuviere el bien en bolsa o mercado, en determinado lugar y día».

Artículo 1546.– «Es lícito que las partes fijen el *precio* con sujeción a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1235».
Artículo 1547.– «En la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el *precio* ni han convenido el modo de determinarlo, rige el *precio* normalmente establecido por el vendedor.

Si se trata de bienes que tienen *precio* de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el *precio*, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega».
Artículo 1548.– «En la compraventa en que el *precio* se fija por peso, a falta de convenio, se entiende que se refiere al peso neto».

Por otra parte, en lo relativo al Capítulo referido a las obligaciones del vendedor, se menciona la palabra «precio» en el artículo 1557, alusivo al supuesto de demora en la entrega del bien:
Artículo 1557.– «Demorada la entrega del bien por el vendedor en un contrato cuyo *precio* debe pagarse a plazos, éstos se prorrogan por el tiempo de la demora».

Asimismo, en el Capítulo referido a las obligaciones del comprador, se hace reiterada mención a la palabra precio. Tenemos al artículo 1558, relativo al lugar de pago; al 1559, relativo a la compraventa en la que no se haya fijado fecha para el pago del saldo de precio; el 1560, referido al no otorgamiento de la garantía convenida por el saldo del precio; el 1561, atinente a la compraventa pactada a plazos; el 1562, referido a un supuesto de excepción a la resolución de la compraventa a plazos; y el 1564, que aborda el tema del precio en la compraventa de bienes muebles no entregados al comprador:
Artículo 1558.– «El comprador está obligado a pagar el *precio* en el momento, de la manera y en el lugar pactados.

A falta de convenio y salvo usos diversos, debe ser pagado al contado en el momento y lugar de la entrega del bien. Si el pago no puede hacerse en el lugar de la entrega del bien, se hará en el domicilio del comprador».
Artículo 1559.– «Cuando se ha pagado parte del *precio* y en el contrato no se estipuló plazo para la cancelación del saldo, el vendedor puede ejercitar el derecho contemplado en el artículo 1429. Resuelto el contrato, el vendedor debe devolver la parte del *precio* pagado, deducidos los tributos y gastos del contrato».
Artículo 1560.– «Se observará lo dispuesto en el artículo 1559 si el contrato se resuelve por no haberse otorgado, en el plazo convenido, la garantía debida por el saldo del *precio*».
Artículo 1561.– «Cuando el *precio* debe pagarse por armadas en diversos plazos, si el comprador deja de pagar tres de ellas, sucesivas o no, el vendedor puede pedir la resolución del contrato o exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuvieren pendientes».
Artículo 1562.– «En el caso del artículo 1561, el vendedor pierde el derecho a optar por la resolución del contrato si se ha pagado más del cincuenta por ciento del *precio*. Es nulo todo pacto en contrario».

Artículo 1564.– «En la compraventa de bienes muebles no entregados al comprador, si éste no paga el *precio*, en todo o en parte, ni otorga la garantía a que se hubiere obligado, el vendedor puede disponer del bien. En tal caso, el contrato queda resuelto de pleno derecho».

En el Capítulo Octavo, relativo a la compraventa sobre medida y en bloque, se hace referencia reiterada al precio. Así, en el artículo 1574 se hace mención del mismo en cuanto al concepto de compraventa sobre medida; en el artículo 1576, en el supuesto que el comprador no pueda pagar inmediatamente el precio; en el numeral 1577, en el concepto de compraventa en bloque; en el 1578, en relación a la compraventa de varios bienes homogéneos por un solo y mismo precio, ya sea en la modalidad *ad mensuram* o en la modalidad *ad corpus*; y en el artículo 1579, relativo a los plazos en ambos supuestos:
Artículo 1574.– «En la compraventa de un bien con la indicación de su extensión o cabida y por un *precio* en razón de un tanto por cada unidad de extensión o cabida, el vendedor está obligado a entregar al comprador la cantidad indicada en el contrato. Si ello no fuese posible, el comprador está obligado a pagar lo que se halle de más, y el vendedor a devolver el *precio* correspondiente a lo que se halle de menos».
Artículo 1576.– «Cuando en el caso del artículo 1574 el comprador no pueda pagar inmediatamente el *precio* del exceso que resultó, el vendedor está obligado a concederle un plazo no menor de treinta días para el pago.

Si no lo hace, el plazo será determinado con arreglo a las circunstancias.

Igual regla se aplica, en su caso, para que el vendedor devuelva la diferencia resultante». (*Este artículo ha sido modificado por la Sexta Disposición Final del Código Procesal Civil (Texto Unico Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por R.M. # 010-93-JUS; Decreto Legislativo # 768; Decreto Legislativo # 767; Decreto Ley # 25940; y Decreto Ley # 25869; publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el día 22 de abril de 1993), señalando que salvo que este Código establezca un proceso especial, se tramitan como proceso no contencioso las solicitudes o autorizaciones del Código Civil a que se refieren los artículos /.../*).
Artículo 1577.– «Si el bien se vende fijando *precio* por el todo y no con arreglo a su extensión o cabida, aun cuando ésta se indique en el contrato, el comprador debe pagar la totalidad del *precio* 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, el *precio* sufrirá la reducción o el aumento proporcional».
Artículo 1578.– «Si en la compraventa de varios bienes homogéneos por un solo y mismo *precio*, pero con indicación de sus respectivas extensiones o cabidas, se encuentra que la extensión o cabida es superior en alguno o algunos e inferior en otro u otros, se hará la compensación entre las faltas y los excesos, hasta el límite de su concurrencia.

Si el *precio* fue pactado por unidad de extensión o medida, el derecho al suplemento, o a la disminución del *precio* que resulta después de efectuada la compensación, se regula por los artículos 1574 a 1576».

Artículo 1579.– «El derecho del vendedor al aumento del *precio* y el del comprador a su disminución, así como el derecho de éste último de pedir la rescisión del contrato, caducan a los seis meses de la recepción del bien por el comprador».

El tema del precio también es mencionado en el Capítulo relativo a la compraventa sobre documentos, en el artículo 1581 (relativo al momento y lugar de entrega de los documentos):

Artículo 1581.– «El pago del *precio* debe efectuarse en el momento y en el lugar de entrega de los documentos indicados en el artículo 1580, salvo pacto o uso distintos».

En cuanto a los pactos que pueden integrar la compraventa (Capítulo Décimo), en el Sub-Capítulo II, referido a la compraventa con reserva de propiedad, se alude al precio en el numeral 1583, norma en la que se recoge el concepto de este pacto:

Artículo 1583.– «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.

El comprador adquiere automáticamente el derecho a la propiedad del bien con el pago del importe del *precio* convenido».

En lo que respecta al Sub-Capítulo III, del aludido Capítulo Décimo, referido al pacto de retroventa, se hace mención del precio en el artículo 1587, relativo a las estipulaciones prohibidas en la retroventa:

Artículo 1587.– «Es nula la estipulación que impone al vendedor, como contrapartida de la resolución del contrato, la obligación de pagar al comprador una cantidad de dinero u otra ventaja para éste.

También es nula, en cuanto al exceso, la estipulación que obliga al vendedor a devolver, en caso de resolución del contrato, una suma adicional que no sea la destinada a conservar el valor adquisitivo del *precio*».

Para terminar con las normas relativas al precio en el contrato de compraventa, diremos que en el Capítulo Décimo Primero, referido al derecho de retracto, se trata acerca del precio en el artículo 1592 (norma que recoge el concepto de retracto); en el artículo 1598 (numeral que aborda el tema del retracto y el precio pactado a plazos); y en el artículo 1601, precepto relativo a sucesivas enajenaciones:

Artículo 1592.– «El derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa.

El retrayente debe reembolsar al adquirente el *precio*, los tributos y gastos pagados por éste y, en su caso, los intereses pactados.

Es improcedente el retracto en las ventas hechas por remate público».

Artículo 1598.– «Cuando el *precio* del bien fue pactado a plazos es obligatorio el otorgamiento de una garantía para el pago del *precio* pendiente, aunque en el contrato que da lugar al retracto no se hubiera convenido».

Artículo 1601.– «Cuando se hayan efectuado dos o más enajenaciones antes de que expire el plazo para ejercitar el retracto, este derecho se refiere a la primera enajenación sólo por el *precio*, tributos, gastos e intereses de la misma. Quedan sin efecto las otras enajenaciones».

Constatamos que la única otra acepción que el Código Civil Peruano de 1984 otorga al concepto de precio, es la de la prestación que debe pagar periódicamente el beneficiario del suministro (también llamado suministrado por el Código Civil) al suministrante, a manera de contraprestación por las prestaciones periódicas o continuadas de bienes que ejecute a su favor.

Así, se menciona la palabra precio en el artículo 1608 (relativo al momento y magnitud del pago en el suministro periódico); en el numeral 1609, referente al suministro periódico de entrega de bienes en propiedad en el que no se haya determinado el precio; y en el artículo 1610, referente al momento y magnitud del precio en el suministro de bienes de manera continuada:

Artículo 1608.– «En el suministro periódico, el *precio* se abona en el acto de las prestaciones singulares y en proporción a cada una de ellas».

Artículo 1609.– «Si en el suministro periódico de entrega de bienes en propiedad, no se ha determinado el *precio*, serán aplicables las reglas pertinentes de la compraventa y se tendrán en consideración el momento del vencimiento de las prestaciones singulares y el lugar en que éstas deben ser cumplidas».

Artículo 1610.– «En el suministro continuado, el *precio* se paga, a falta de pacto, de acuerdo con los usos del mercado».

[31] LAURENT, François. *Principes de Droit Civil Français*, tomo, XXV, página 76. Livrairie A. Maresq Ainé, Paris, 1875-1893; SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho Civil*, tomo IV, página 557. Estudio Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra». Impresores de la Real Casa, Madrid, 1899; PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*, tomo II, página 468. Livrairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1927; LAFAILLE, Héctor. *Curso de Contratos*. tomo II, página 64. Biblioteca Jurídica Argentina. Superi 1479. Talleres Gráficos «Ariel» - Rivadavia 3535, Buenos Aires, 1927-1928;

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

Definir el precio en el contrato de compraventa no es algo fácil,[31] pero estimamos que es el objeto de la principal

prestación del comprador en un contrato de compraventa, consistente en transferir la propiedad de —fundamentalmente— dinero o signo que lo represente, a cambio de la obligación del vendedor de transferirle la propiedad de uno o más bienes.

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

Dicha importancia se manifiesta en la legislación de nuestra tradición jurídica, siendo prueba de ello la gran cantidad de Códigos Civiles que mencionan al precio como principal prestación del comprador.[32]

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Traité Pratique de Droit Civil Français*, tomo X, página 28. Livrairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1927; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Curso de Derecho Civil*, tomo IV, página 374, Editorial Nascimiento, Santiago de Chile, 1942; BONNECASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil*, tomo II, página 529, Traducción de José M. Cajica Jr. Biblioteca Jurídico - Sociológica, Puebla, 1945; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Tratado de Derecho Civil*, parte III, volumen III, página 138. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Contratos en el Derecho Civil Peruano*, tomo I, página 16, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1965; REZZÓNICO, Luis María. *Estudio de los Contratos en Nuestro Derecho Civil*, tomo I, página 153. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1961; COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Citados por BADENES GASSET, Ramón. *El Contrato de Compraventa*, tomo I, página 188. Librería Bosch, Barcelona, 1979; RUBINO. Citado por BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, páginas 188 y 189; GASCA. Citado por WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, página 248; y WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, página 249.

[32] Los siguientes Códigos Civiles consultados establecen dentro de la definición del contrato de compraventa, el hecho de que el precio a pagar constituye la obligación principal del comprador:

Código Civil Francés (artículo 1582), Código Civil Belga (artículo 1582), Código Civil Austríaco de 1811 (artículo 1053), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1003), Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1305), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1963), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1588), Código Civil Chileno (artículo 1793), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1597), Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1447), Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1472), Código Civil Uruguayo (artículo 1661), Código Civil Argentino (artículo 1323), Código Civil Colombiano (artículo 1849), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1382), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1759), Código Civil Español (artículo 1445), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 661), Código Civil Japonés (artículo 555), Código Civil Alemán (artículo 433), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2530), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1605), Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 184), Código Civil Brasileño (artículo 1122), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1215), Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 180), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 368), Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 323), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2102), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1334), Código Civil Chino de 1930 (artículo 345), Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 (artículo 294), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1372), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1383), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 902), Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937 (artículo 301), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1474), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1470), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043), Código Civil Portugués de 1967 (artículo 874), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1790), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 584), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1529), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 481), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 737), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 620), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987 (artículo 1323), Código Civil Cubano de 1988 (artículo 334).

Asimismo, la doctrina se ha pronunciado reiteradamente sobre el particular.[33]

Por su parte, el Código Civil Peruano de 1984 otorga al precio el carácter de principal prestación del comprador de un bien, señalando además que el mismo debe pagarse en dinero, punto sobre el cual existe un debate legislativo y

---

[33] En tal sentido, podemos apreciar, entre otras, las opiniones de DE MALEVILLE, Jacques. *Analyse Raisonnée de la Discussion du Code Civil au Conseil d'État*, tomo III, página 507. Librairie de la Cour de Cassation. Palais de Justice, # 9, Paris, 1822; DURANTON. *Cours de Droit Civil suivant le Code Français*, tomo VII, página 46. Bruselas, 1841; MARCADÉ. V. *Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon*, tomo VI, página 177. Librairie de Jurisprudence de Cotillon, rue des grés, 16, prés de l'école de Droit, Paris, 1852; BOISSONADE, G. *Code Civil pour l'Empire du*

doctrinario muy grande, ya que diversos Códigos Civiles y tratadistas admiten la posibilidad de que el precio, en lugar de consistir en dinero, pueda consistir en signo que represente al dinero.

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

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

En adelante, el análisis de estas dos posiciones.

4.1. El precio debe consistir necesariamente en dinero

Se advierte un numeroso grupo de cuerpos legislativos que hacen referencia expresa a que el precio debe consistir en dinero.[34]

Japon, tomo III, página 211, Tokio, 1890; FOIGNET, René. *Manuel Élémentaire de Droit Civil,* tomo II, página 514. Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1904; VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de Derecho Civil Español,* tomo III, página 320. Talleres Tipográficos «Cuesta», Valladolid, 1920; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Op. cit.,* tomo IV, página 374; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, página 138; BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.,* tomo I, página 188; y WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.,* páginas 247 y 248.

[34] Los siguientes Códigos Civiles consultados hacen referencia a que el precio que tiene que entregar el vendedor debe pagarse en dinero:

Código Civil Austriaco de 1811 (artículo 1053), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1963), Código Civil Chileno (artículo 1793), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1597), Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1472), Código Civil Uruguayo (artículo 1661), Código Civil Argentino (artículo 1323), Código Civil Colombiano (artículo 1849), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1382), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1759), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 661), Código Civil

Además, se adscribe a esta tendencia el grupo más numeroso de autores consultados.[35]

Brasileño (artículo 1122), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2102), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1372), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1383), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 902), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1790), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 584), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1529), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 481), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 737), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 620), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987 (artículo 1323), Código Civil Cubano de 1988 (artículo 334).

[35] Entre ellos, encontramos a POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de los Contratos,* tomo I, Del Contrato de Venta, página 20. Traducido al español por M. Dupin y M.C. de las Cuevas. Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1948; DURANTON. *Op. cit.*, tomo VII, páginas 54 y 55; MARCADÉ, V. *Op. cit.,* tomo VI, página 177; TROPLONG, C. *Droit Civil Expliqué. De la Vente.* tomo I, página 191. Charles Hingram, Libraire-Éditeur, Paris, 1856; AUBRY, C. y RAU, C. *Cours de Droit Civil Français,* tomo IV, página 336. Imprimerié et Livrairie Géneral de Jurisprudence Marchal, Billard et Cie. Imprimeurs - Editeurs, Paris, 1871; SANOJO, Luis. *Instituciones de Derecho Civil Venezolano,* tomo III, página 273. Imprenta Nacional, Caracas, 1873; LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XXV, página 77; HUC, Théophile. *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil,* tomo X, páginas 54 y 55. Livrairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Editeur, Paris, 1897; FOIGNET, René. *Op. cit.*, tomo II, página 515; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Traité de Droit Civil,* tomo XIX, páginas 125 a 127. Librairie de la Societé du Recueil J-B Sirey et du Journal du Palais, Ancienne Maison La Rose et Foicel, Paris, 1908; LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, tomo II, páginas 64 y 65; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, página 28; JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil,* tomo II, volumen II, página 10. Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1952; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Op. cit.*, tomo IV, páginas 374 y 375; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil,* tomo II, volumen II, página 18. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1950; COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français,* tomo II, página 444. Librairie Dalloz, II Rue Soufflot, II, Paris, 1924; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.,* tomo I, página 16; REZZÓ-NICO, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, página 153; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los Contratos. Parte Especial,* página 69. Víctor P. de Zavalía-Editor. Alberti 835-Buenos Aires, 1984; WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 252 y 253; BORDA, Guillermo A. *Manual de Contratos,* página 196. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1989; VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil,* tomo IV, página 52. Editorial Temis S.A., Bogotá, 1988.

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

Es un grupo reducido de Códigos Civiles el que recoge expresamente el criterio de que el precio debe consistir en dinero o signo que lo represente.[36]

Tampoco son muchos los autores que se adhieren a esta posición.[37]

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

---

[36] Los siguientes Códigos Civiles hacen referencia a que el precio que debe pagar el comprador debe ser hecho en dinero o signo que lo represente:

Código Civil Español (artículo 1445), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1605), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1215), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1334), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043).

[37] Así tenemos a SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Op. cit.*, tomo IV, página 560; OSSORIO y GALLARDO, Ángel. *Anteproyecto del Código Civil Boliviano*, página 458. Imprenta López, Buenos Aires, 1943; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, páginas 138, 139 y 140; BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, página 197; y ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*, tomo II, volumen II, página 20. Librería Bosch, Barcelona, 1980.

Es así que surgió la necesidad de puntualizar este tema en la legislación, en el sentido que el precio debía consistir en dinero. Sin embargo, con el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia europeas, paralelo al avance del Derecho Comercial y la agilización de las relaciones mercantiles entre los hombres y los pueblos, se dio la aparición de los llamados títulos valores o títulos de crédito (como se denominan en el Perú y la Argentina, respectivamente).[38]

Como señala Ulises Montoya Manfredi,[39] «Se trata de todo ese conjunto de documentos que tienen vida propia, que circulan con gran intensidad en el tráfico económico, y de los que emergen para sus titulares, derechos típicos, con caracteres bien definidos». Sin lugar a dudas, los caracteres a que hace referencia Montoya Manfredi son: la necesidad de un documento, la incorporación de un derecho en el documento, la literalidad, la legitimación y la autonomía.

Cabe señalar, que dichos caracteres calzan adecuadamente en la definición dada por la Ley N° 16587, la misma que en su artículo 1 resalta el carácter documental de los títulos valores. Sin embargo, el Proyecto de Ley de Títulos Valores (próximo a aprobarse para su entrada en vigencia) introduce modernas concepciones a nuestro Derecho cambiario, el mismo que ya no será específicamente «cartular», en el sentido de no limitar el carácter documental a los títulos valores; pues como se aprecia del referido Proyecto de Ley, título valor puede ser tanto uno materializado o desmaterializado, en razón de estar incorporado en un documento (hecho material, título valor materializado) o representado por anotación en cuenta y/o registrado en una Institución de Compensación y Liquidación de valores (hecho inmaterial, título valor desmaterializado).

---

[38] En: FLORES POLO, Pedro. *Ley de Títulos Valores*. páginas 21 y 22. Segunda edición, Ediciones Justo Valenzuela E.I.R.L., Lima, 1986.

[39] MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Comentarios a la Ley de Títulos Valores*, página 5. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1970.

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

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

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

Debemos precisar, no obstante, que el vendedor podrá oponerse a recibir un pago que se le quiera efectuar a través

de un título valor, en la medida que dicho instrumento no le otorgue las garantías suficientes o incluso, si revistiendo dichas garantías, prefiriese el pago o cancelación en dinero contante.

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

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

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

Podría sostenerse que en base a este artículo ningún título valor puede constituir un signo que represente al dinero, ya que su entrega no produce cancelación, pero consideramos que sí, pues la entrega de un título valor —concretamente del cheque, que representa una orden de pago— si bien es cierto que no cancela la obligación hasta que es pagado por el Banco, no será menos cierto que su entrega es el

resultado de una obligación, contraída en virtud de un contrato de compraventa, por el cual el comprador se obligó a cancelar con cheque, y esto fue aceptado por el vendedor.

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

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

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

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

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

Sin embargo, creemos que para estos efectos debe primar lo establecido en el ya citado artículo 1233 del Código Civil Peruano. Consideramos, que fluye de la razón el hecho de que nadie contrata en el entendido de considerar realmente pagado el precio con la simple entrega de un cheque, prescindiendo de la suerte que corra dicho título valor. Si bien es cierto que la regla de la conmutatividad en el contrato de compraventa admite excepciones, estas deben presentarse de tal manera que no quepa duda del carácter aleatorio del contrato celebrado. En conclusión, entendemos efectuado el pago solo cuando se haga efectivo el cobro del cheque o en caso dicho título valor se haya perjudicado por culpa del vendedor que lo recibió.[40]

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

Resulta necesario señalar que es precisamente el segundo de ellos el que prima en la actualidad. Y los cuerpos

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

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

Lo mismo ocurre con la letra de cambio y el pagaré por ser instrumentos de crédito cuya entrega no tiene efectos cancelatorios.

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

legislativos en que permanece plasmado el primero, se interpretan de acuerdo al segundo.

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

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

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

Sin embargo, debemos admitir que la posición que interpreta el tema en sentido amplio cuenta con los sólidos argumentos sostenidos por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle.[41]

---

[41] En ese sentido, resultan muy ilustrativas las expresiones del referido profesor vertidas en un reciente trabajo (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, páginas 91 y 92), las mismas que transcribimos a continuación:

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

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

Podría también pactarse el precio de una compraventa en moneda extranjera, de acuerdo a lo contemplado por el artículo 1237 del Código Civil.[42]

5. Semejanzas y diferencias existentes entre el Contrato de Compraventa y otros contratos típicos, así como con otras figuras e instituciones reguladas por el Código Civil Peruano

5.1. Con el contrato de permuta

5.1.1. En cuanto al nombre

Como sabemos, en lo que respecta al nombre, ambos contratos poseen una denominación particular, desde la aparición del contrato de compraventa. En el caso de la le-

---

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

Consecuentemente, el precio de una compraventa debe ser en moneda nacional (nuevo sol) o en moneda extranjera, ambas de curso legal.

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

[42] Sobre estos puntos, remitimos al lector a lo señalado en anteriores investigaciones (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Primera parte, tomo IV, páginas 463 a 496. Biblioteca Para leer el Código Civil, volumen XVI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; Segunda parte, tomo V, páginas 173 a 195; y CASTILLO FREYRE, Mario. *El Precio en el Contrato de Compraventa y el Contrato de Permuta*, Biblioteca Para leer el Código Civil, volumen XIII, páginas 53 a 68. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992).

gislación peruana, tal distinción resulta de meridiana claridad, por cuanto el concepto de compraventa se encuentra en el articulo 1529 del Código Civil, norma que establece que por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero; en tanto el artículo 1602 del referido cuerpo legal prescribe que por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes.

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

5.1.2. En cuanto a su regulación

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

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

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

5.1.3. En cuanto a su estructura

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

que en el contrato de permuta la relación jurídica consistirá en la obligación que asume cada uno de los permutantes de transferirse recíprocamente la propiedad de bienes.

5.1.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.1.5. En cuanto a su autonomía

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

5.1.6. En cuanto a su formación

En lo que se refiere a su formación, tanto el contrato de compraventa como el contrato de permuta son, dentro del Derecho Peruano, actos eminentemente consensuales, pues ambos se celebran con el solo consentimiento de las partes, y toda formalidad que se desee seguir será de carácter voluntario.

5.1.7. En cuanto al tiempo

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

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

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

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

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

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

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

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

5.1.8. En cuanto a su negociación

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

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

5.1.9. En cuanto al rol económico

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

5.1.10. En cuanto a su función

En lo que respecta a la función que desempeñan, pode-

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

5.1.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.1.12. En cuanto a la prestación

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

5.1.13. En cuanto a la valoración

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

Ello resultaría un imposible jurídico.

5.1.14. En cuanto al riesgo

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

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

5.1.15. En cuanto a sus efectos

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

5.2. Con el contrato de suministro

5.2.1. En cuanto al nombre

La compraventa al igual que el suministro son contratos nominados, y desde que tuvieron autonomía conceptual han recibido estos nombres, independientemente del tema referido a su regulación en la ley (que en el caso del suministro recién se produjo en el Derecho Peruano en 1984). Como sabemos, la compraventa recibe esta denominación en el Derecho Peruano desde antes de cualquier proceso codificador. En el caso del contrato de suministro, si bien en nuestros días es claro que el mismo se llama así, antes de su regulación legislativa y antes de que la doctrina le diese la autonomía conceptual que tiene, era conocido con el nombre de «compraventa en la modalidad de suministro» y también era llamado «promesa de suministro», pero, en ambos casos, estimándosele como una mera modalidad de la compraventa.

5.2.2. En cuanto a su regulación

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

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

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

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

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

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

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

En tal sentido debemos recordar que el primer cuerpo legislativo que reguló de manera autónoma a este contrato fue el Código Civil Italiano de 1942, cuerpo legal del que fueron tomados la mayoría de preceptos que sobre el particular contiene el Código Civil Peruano de 1984.[43]

[43] Sobre este particular, consideramos conveniente recordar que la regulación del contrato de suministro del Código Civil de 1984 ha sido tomada del Código Civil Italiano de 1942.

Para ello, nos basta con efectuar un análisis comparativo al respecto:

– *Definición.*

Siguiendo su estilo habitual, el Código Civil Peruano de 1984 opta por incluir una definición del contrato de suministro. Esta es incorporada en el artículo 1604, norma que establece lo siguiente:

Artículo 1604.– «Por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar en favor de otra persona prestaciones periódicas o continuadas de bienes».

De la citada norma podemos deducir los siguientes elementos del contrato de suministro:

(a) Existen dos partes: una denominada suministrante y otra, a la que no se le otorga denominación en esta norma, pero que en normas siguientes el Código denomina «beneficiario del suministro» y que nosotros nos atreveríamos a denominar, tal vez para ahorrar términos y ser congruentes con la denominación de «suministrante», como «suministrado», término que el Código emplea solo esporádicamente.

(b) El suministrante se obliga a ejecutar en favor del beneficiario del suministro prestaciones periódicas o continuadas de bienes.

De este segundo elemento podemos deducir que no es esencial para el contrato de suministro regulado en el Código Civil Peruano de 1984, que el beneficiario del suministro se obligue a efectuar una contraprestación en favor del suministrante. Sin duda alguna, en este punto el Código Civil Peruano se aparta del Código Civil Italiano, ya que este cuerpo legal establece, dentro de la noción del contrato de suministro, la obligación, por parte del beneficiario, para ejecutar dicha contraprestación, tal como se deduce de la lectura de la citada norma:

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

Es evidente, que en el Código Peruano, a diferencia del Italiano, el contrato de suministro podría revestir carácter de liberalidad, en el supuesto que el beneficiario del suministro no se obligue a ejecutar ninguna contraprestación en favor del suministrante, o será a título oneroso, si se obligase a ello.

Un punto importante que debemos ver a continuación es el de determinar qué entiende el Código Civil Peruano por «bienes», cuando alude, en este contrato, a las prestaciones periódicas o continuadas de los mismos.

Es conocida nuestra posición acerca del concepto de bienes en el Código Civil Peruano de 1984 (Ver «Los Contratos Sobre Bienes Ajenos», Páginas 41 a 50), pero sin embargo, consideramos conveniente introducir un elemento adicional a la discusión: el artículo 1403 del mencionado Código. Esta norma señala lo siguiente:

Artículo 1403.– «La obligación que es objeto del contrato debe ser lícita.

La prestación en que consiste la obligación y el bien que es objeto de ella deben ser posibles».

Como vemos, esta norma alude al «bien que es objeto de la prestación». Como sabemos, las prestaciones pueden consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer algo. De allí, que ante nosotros se bifurcan dos caminos: uno por el cual tendríamos que interpretar que en este artículo cuando el Código menciona la palabra «bien» está incorporando dentro de este concepto a los servicios y a las abstenciones; y otro camino, aquel por el cual debiéramos interpretar que en esta norma el legislador ha errado, debien-

do mencionar, aparte de los bienes, a los servicios y a las abstenciones, como posibles objetos de las prestaciones, es decir, que la palabra «bien» del artículo 1403, estaría empleada en sentido restrictivo.

Sinceramente, nos inclinamos por considerar que el segundo de los caminos señalados es el que debiésemos seguir, ya que de lo contrario, si tomásemos el primer concepto de «bien», simplemente estaríamos yendo en contra de la línea que nuestro Código establece para este concepto. Lo estaríamos desnaturalizando.

Entonces, podríamos concluir que cuando el Código Civil se refiere en su artículo 1604, definiendo el contrato de suministro, a los «bienes», lo hace solo y exclusivamente en relación a las cosas u objetos materiales susceptibles de apropiación humana y de valoración, que tengan una individualidad propia y a los derechos. Siempre y cuando, estos y aquellos tengan el reconocimiento que les da el ordenamiento legal, y en especial el Código Civil, en sus artículos 885 y 886, cuando trata acerca de los bienes muebles e inmuebles.

Como podemos apreciar de la definición del contrato de suministro, solo se limita a señalar «[...] prestaciones periódicas o continuadas de bienes». Pero no especifica si estas consistirían en transferir la propiedad de los mismos o en transferir algún otro derecho sobre dichos bienes. Como es evidente, el Código Civil no hace esa distinción. Ello nos podría llevar a afirmar que el contrato de suministro podría comprender, por parte del suministrante, la obligación de transferir la propiedad de determinados bienes, tanto como simplemente transferir, por un plazo determinado o indeterminado, el uso o el goce de ciertos bienes.

Esto es lo que lleva a afirmar al ponente del contrato de suministro en el Código Civil Peruano, que se ha optado por una posición intermedia, es decir, desechando aquella por la cual se entendería que el suministro comprende a los bienes y servicios y aquella por la cual el suministro solo comprendería la transferencia de propiedad de bienes por parte del suministrante al beneficiario del suministro (ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Código Civil*, tomo VI, página 258. Okura Editores, Lima, 1985).

– *Probanza de la existencia y contenido del suministro.*

El Código Civil Peruano se aparta del texto del artículo contenido en el Código Civil Italiano de 1942, creando una norma, el artículo 1605, relativa a la probanza de la existencia y contenido del contrato de suministro.

Artículo 1605.– «La existencia y contenido del suministro pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

Cuando el contrato se celebre a título de liberalidad debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad».

En relación a la primera parte de la norma, en el sentido que «la existencia y contenido del suministro pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley [...]», consideramos que este párrafo no aporta

absolutamente nada. Sin su inclusión se habría entendido lo mismo. Lo que sí justificaría su inclusión, es el hecho de haber considerado que «si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios». Pero, sin embargo, cabría preguntarnos si es que ya que se ha hecho esta especificación, no hubiera sido más conveniente el haber detallado de un modo más minucioso la prevalencia de los instrumentos escritos entre sí. En realidad consideramos que, en general, esta norma es intrascendente.

No opinamos en similar sentido respecto del segundo párrafo del artículo bajo comentario, ya que, al no representar la generalidad, la regla, sino más bien los casos de excepción y justamente para proteger al suministrante, a sus probables sucesores y a sus respectivos acreedores, es que una norma de estas características resultaría pertinente.

– *Volumen del suministro*

Los artículos 1606 y 1607 del Código Civil Peruano de 1984, regulan lo que el Código Civil Italiano de 1942 contempla bajo la sumilla de «Importancia del suministro». Pero analicemos en detalle cada una de estas normas.

Artículo 1606.– «Cuando no se haya fijado el volumen del suministro o su periodicidad, se entiende que se ha pactado teniendo en cuenta las necesidades del suministrado, determinadas al momento de la celebración del contrato».

Esta norma fue tomada del artículo 1560, primer párrafo, del Código Civil Italiano, que señala lo siguiente:

Artículo 1560.– «Importancia del suministro.– Cuando no se determine la importancia del suministro, se entiende pactada la correspondiente a las necesidades normales de la parte que tiene derecho a él, teniendo en consideración el momento de la conclusión del contrato».

En realidad, el propósito buscado por las normas italiana y peruana es regular el supuesto en el cual habiéndose celebrado un contrato de suministro, los contratantes no hayan fijado el volumen del mismo o su periodicidad. En tal sentido, se establece que dicho volumen o la mencionada periodicidad, se entenderá que se han «pactado teniendo en cuenta las necesidades del suministrado, determinadas al momento de la celebración del contrato». Vale decir, que los dos parámetros que se establecen para dicha determinación serán:

(a) Las necesidades del suministrado, en relación con
(b) El momento de la celebración del contrato.

Aparentemente, los parámetros señalados serían suficiente para establecer el volumen y la periodicidad, e inclusive, podrían ser considerados como preceptos que contribuyen a la equidad. Pero veamos si en realidad esto es así.

Si por ejemplo, un armador pesquero, dueño de una bolichera con 250 toneladas métricas de capacidad celebra un contrato de suministro, en calidad de suministrante, con una planta procesadora de harina de pescado; y no han fijado ni volumen de entrega, ni periodicidad del mismo, ¿debería

entenderse, según los parámetros establecidos por el artículo bajo comentario, que el dueño de la bolichera debería suministrar a la planta los volúmenes de procesamiento que esta requiera, es decir, las necesidades de la planta para operar habitualmente? Consideramos que no, pues podría darse el supuesto por el cual las necesidades de un suministrado sean superiores a la capacidad del suministrante de suministrar los bienes que su contraparte requiere.

Con estas palabras no queremos desdeñar la conveniencia de haber incorporado el parámetro de «las necesidades del suministrado»; lo que buscamos es señalar que este parámetro resulta insuficiente para establecer los volúmenes y la periodicidad de un suministro. Resulta algo así como una moneda con una sola cara, el ver las necesidades del suministrado sin ver las posibilidades del suministrante para el suministro de aquellos bienes que se ha comprometido a suministrar.

Pero aun con la inclusión de este parámetro adicional, consideramos que serían insuficientes los mismos, ya que las necesidades del suministrado y las posibilidades del suministrante, vistas, ambas, al momento de la celebración del contrato, debieran ser apreciadas de acuerdo con las circunstancias de dicha celebración.

A nuestro entender, de no incorporar esos dos parámetros adicionales, estaríamos dejando el camino abierto para la producción de hipotéticas malas interpretaciones de la norma que podrían acarrear injusticias.

La norma siguiente que nos corresponde comentar, es la relativa al volumen del contrato de suministro en el supuesto en el cual se hayan determinado límites mínimos y máximos para el cumplimiento o para las prestaciones singulares. El texto de la referida norma es el siguiente:

Artículo 1607.– «Si los contratantes determinan únicamente los límites mínimos y máximos para el suministro total o para las prestaciones singulares, corresponde al suministrado establecer dentro de estos límites el volumen de lo debido».

Este artículo es una transcripción, casi textual, de la norma del artículo 1560, segundo párrafo, del Código Civil Italiano, que establece lo siguiente:

Artículo 1560.– «Importancia del suministro. Si las partes han establecido solamente el límite máximo y el mínimo para el suministro total o para las prestaciones singulares, corresponde al que tiene derecho al suministro establecer, dentro de los límites indicados, la cuantía de lo debido».

Como podemos apreciar, esta norma también forma parte de aquello que los italianos denominan «importancia del suministro» pero se diferencia del artículo 1606, en cuanto este último está referido a los casos en que las partes no han establecido límites ni mínimos ni máximos, y aquel, está considerando la existencia de dichos límites.

En tal sentido, la norma del artículo bajo comentario, establece que corresponderá al suministrado señalar, dentro de los límites pre-establecidos, cuál será el volumen de lo debido.

Y consideramos que es de justicia se establezca algo así, ya que quién más que el suministrado para considerar cuáles son sus necesidades del

producto a suministrar. Adicionalmente, debemos precisar que no consideramos que el hecho de que se deje al arbitrio del suministrado el señalar el volumen del suministro, constituya una posibilidad que se esté dejando abierta para que éste cometa una injusticia en su favor y en perjuicio del suministrado. Esto no podrá considerarse así, ya que el suministrante y el suministrado han establecido previamente los límites mínimos y máximos, motivo por el cual, todo aquello que esté dentro de estos límites será razonable y equitativo.

– *Pago del precio en el suministro*

El Código Civil Peruano otorga dos normas, los artículos 1608 y 1610, a la regulación del pago en los contratos de suministro con prestaciones periódicas y continuadas de bienes, respectivamente. Analizaremos ambos casos por separado, en razón de las particularidades que presentan.

(a) Suministro con prestaciones periódicas.– Es el artículo 1608 el que regula sobre el particular, estableciendo lo siguiente:

Artículo 1608.– «En el suministro periódico, el precio se abona en el acto de las prestaciones singulares y en proporción a cada una de ellas».

En realidad esta norma es casi una transcripción textual del artículo 1562, primer párrafo, del Código Civil Italiano de 1942, que establece lo siguiente:

Artículo 1562. «Pago del precio.– En el suministro con carácter periódico el precio se abona en el acto de las prestaciones singulares y en proporción a cada una de ellas».

A nuestro entender, en el caso del suministro con prestaciones periódicas de bienes no existe mayor duda con respecto al momento y la forma en que debía considerarse conveniente para establecer al suministrado la obligación de ejecutar sus prestaciones, ya que será justo que si dichas entregas son periódicas, la contraprestación por parte del suministrado revista similar carácter.

(b) Suministro con prestaciones continuadas.– Este caso no resulta tan claro como el anterior respecto del momento en que debiera considerarse la obligación para el suministrado de pagar su correspondiente contraprestación al suministrante. La solución que otorga el Código Civil Peruano es la siguiente:

Artículo 1610.– «En el suministro continuado, el precio se paga, a falta de pacto, de acuerdo con los usos del mercado».

Esta solución no es novedosa, ya que este artículo se inspira en el segundo párrafo del artículo 1562 del Código Civil Italiano. La distinción fundamental entre ambas normas, es que el Código nacional, establece que regirán los usos del mercado «a falta de pacto», mientras que el Código Italiano no hace esta última salvedad. Sin embargo, no consideramos pueda sostenerse esta sea una norma de carácter imperativo. El agregado del Código Peruano nos parece oportuno.

Como señaláramos en líneas anteriores, no resulta tan evidente el momento en el cual deba el suministrado de un suministro con prestaciones continuadas de bienes ejecutar las contraprestaciones a las que

está obligado. Sería muy difícil precisar a través de una norma de carácter general, cuál debía ser ese momento, dadas las múltiples diversidades que podría revestir el contenido de un suministro con prestaciones continuadas de bienes. Sin embargo, la norma del Código Italiano, que ha sido adoptada por el Código Peruano, nos parece sumamente razonable, en el sentido que da la amplitud necesaria para que dentro de su supuesto estén comprendidas las más variadas hipótesis.

- *Determinación del precio en el suministro periódico de entrega de bienes en propiedad*

La norma que regula el particular es el artículo 1609 del Código Civil Peruano. Este precepto señala lo siguiente:

Artículo 1609.– «Si en el suministro periódico de entrega de bienes en propiedad, no se ha determinado el precio, serán aplicables las reglas pertinentes de la compraventa y se tendrán en consideración el momento del vencimiento de las prestaciones singulares y el lugar en que éstas deben ser cumplidas».

Este artículo, como podemos apreciar, regula el supuesto particular del suministro de bienes con entregas periódicas de los mismos, ya que se refiere específicamente al caso en el cual aquellos se vayan a entregar en propiedad. Para estos supuestos, el artículo 1609 establece que si no se hubiese determinado el precio, serán de aplicación las reglas pertinentes del contrato de compraventa. Realmente, hubiera sido preferible que el Código Civil concretara a cuál de las normas del contrato de compraventa está haciendo referencia, ya que en el artículo bajo comentario, no se señala claramente cuál es la norma aludida. Pero esta es, sin duda, el artículo 1547, norma que establece que «en la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el precio normalmente establecido por el vendedor», y que «si se trata de bienes que tienen precio de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega».

La norma del artículo 1609 ha provenido, sin lugar a dudas, del texto del artículo 1561 del Código Civil Italiano, que establece lo siguiente:

Artículo 1561. «Determinación del precio.– En el suministro con carácter periódico, si el precio debe ser determinado según las normas del artículo 1474, se tiene en consideración el momento del vencimiento de las prestaciones singulares y el lugar en que éstas deben ser cumplidas».

Cabe precisar que el artículo 1474, mencionado en el artículo 1561, es para el Código Italiano la norma correspondiente a nuestro artículo 1547, antes transcripto. La ventaja del 1561 italiano, sobre la de nuestro artículo 1609, es que remite directamente al numeral que considera aplicable a los efectos bajo comentario.

- *Establecimiento del plazo del suministro en interés de ambas partes.*

Artículo 1611.– «El plazo establecido para las prestaciones singulares se presume en interés de ambas partes».

Sobre esta norma no vamos a señalar sino que está dirigida a conducir

una ordenada ejecución de las prestaciones derivadas de las obligaciones del contrato de suministro.

Si bien la aludida norma establece que el plazo del suministro se presume en interés de ambas partes, a nuestro entender, este artículo está dirigido, sobre todo, a proteger al suministrado de posibles arbitrariedades del posible suministrante.

Por ejemplo, supongamos que «A», suministrante, se ha comprometido a suministrar a «B», suministrado, 200 kilos de legumbres y hortalizas cada viernes, a cambio de una contraprestación de 300 dólares por cada entrega. Para que este contrato tenga una ejecución ordenada, ambos contratantes deberán ejecutar sus respectivas prestaciones en el momento en que se han comprometido a hacerlo. Vale decir, que el suministrante no deberá hacer un cumplimiento ni siquiera previo a la oportunidad de la entrega, y si lo hiciera, no podría demandar por parte del suministrado la ejecución de su contraprestación. Lo propio regirá para el suministrante respecto de su prestación.

Sin duda, los productos perecibles, como es el caso de las legumbres y hortalizas, citadas en nuestro reciente ejemplo, son suficiente para ilustrar cuán importante puede llegar a ser, y de hecho lo es, un cumplimiento ordenado y puntual de las prestaciones a que se han obligado ambos contratantes en el contrato de suministro.

El artículo 1611, bajo comentario, tiene su fuente en el artículo 1563, primer párrafo, del Código Civil Italiano, diferenciándose únicamente en el hecho de que el Código Peruano emplea la palabra «plazo», mientras que el Código Italiano la palabra «término», tal como se puede apreciar a continuación:

Artículo 1563.– «Vencimientos de las prestaciones singulares.– El término establecido para las prestaciones singulares se presume pactado en interés de ambas partes».

- *Suministrado con facultad de fijar el vencimiento de las prestaciones singulares*

Artículo 1612.– «Cuando el beneficiario del suministro tiene la facultad de fijar el vencimiento de las prestaciones singulares debe comunicar su fecha al suministrante con un aviso previo no menor de siete días».

La norma transcripta contempla el supuesto por el cual, por acuerdo de ambas partes, al celebrar un contrato de suministro, se deja al beneficiario del mismo (suministrado), la facultad de fijar el vencimiento de las prestaciones singulares.

Este artículo tiene su antecedente en el numeral 1563, segundo párrafo, del Código Civil Italiano, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 1563.– «Vencimiento de las prestaciones singulares.– Si quien tiene derecho al suministro tiene la facultad de fijar el vencimiento de las prestaciones, debe comunicar su fecha al suministrante con un preaviso oportuno».

Sin duda alguna, y esto lo decimos en este punto, con cargo de ratificarlo conforme sigamos analizando el contrato de suministro, el Código Civil Peruano ha incurrido en un error bastante reiterado, a la vez que im-

portante, ya que ha optado por eliminar los plazos que otorga para diversas situaciones relativas al contrato de suministro, el Código Civil Italiano de 1942, en aras de buscar una mayor precisión. Decimos que a nuestro entender ha incurrido en un error, ya que, como veremos, no siempre la precisión de los plazos en el Derecho, es garantía de justicia.

Para el supuesto del artículo 1612, el Código Peruano establece que el beneficiario del suministro debe comunicar la fecha del vencimiento de las prestaciones singulares con un aviso previo no menor de siete días. El Código Italiano simplemente hace referencia a «un preaviso oportuno». El plazo «no menor de siete días», es sin duda, una norma de carácter imperativo, pero debemos precisar sus alcances.

En principio, pueden darse dos situaciones diferentes que hagan derivar consecuencias distintas respecto del cumplimiento de este plazo. Veamos:

(a) Que ambas partes contratantes hayan pactado al momento de la celebración del contrato de suministro un plazo mínimo en el cual deba el suministrado, que tiene la facultad de fijar el vencimiento de las prestaciones singulares, comunicar su fecha al suministrante. A nuestro entender, en este supuesto, ambas partes podrán pactar, de acuerdo al contrato de suministro, los bienes que sean objeto de las prestaciones y las características que tengan estas prestaciones, un plazo menor a los siete días establecidos por el artículo 1612.

(b) Que ambas partes contratantes no hayan pactado, al momento de la celebración del contrato de suministro, ningún plazo en el cual el suministrado, que tiene la facultad de fijar el vencimiento de las prestaciones singulares, deba comunicar su fecha al suministrante. En este caso, si regirá el plazo mínimo establecido por el artículo 1612, ya que, de lo contrario, el suministrante estaría sujeto a una decisión que podría llegar a constituirse en sumamente arbitraria.

El criterio señalado en la alternativa (a), consideramos que es justo e imprescindible asumir, ya que en la vida diaria, al poderse celebrar infinitas modalidades de suministro, y estas versar sobre los más variados objetos de prestaciones, podrán haber múltiples supuestos, y de hecho los hay, que lleven a que ese plazo mínimo de siete días debamos interpretarlo a falta de pacto en contrario, pero no de manera absoluta ni imperativa.

Por estas consideraciones rechazamos el criterio esgrimido por Max Arias-Schreiber (ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, página 264.) en el sentido de que respecto del plazo de los siete días como mínimo, no cabría pacto en contrario.

– Suministro a plazo indeterminado

Artículo 1613.– «Si la duración del suministro no se encuentra establecida, cada una de las partes puede separarse del contrato dando aviso previo en el plazo pactado, o, en su defecto, dentro de un plazo no menor de treinta días».

Esta norma está fundamentada en el artículo 1569 del Código Civil Italiano, que señala lo siguiente:

Artículo 1569.– «Contrato por tiempo indeterminado.– Si la duración del suministro no se encuentra establecida, cada una de las partes puede separarse del contrato dando preaviso dentro del término pactado, o en su defecto, dentro del término oportuno teniendo en consideración la naturaleza del suministro».

Si el contrato de suministro se hubiese celebrado sin determinar el plazo del vencimiento del mismo, eso no quiere decir que ambas partes estén obligadas a continuar con la ejecución de las prestaciones derivadas de las obligaciones generadas por el mismo, infinitamente. Cada una de las partes contratantes podrá separarse del contrato de dos maneras alternativas:

(a) Si se hubiese pactado un plazo, quien quiera separarse del contrato, lo podrá hacer avisando a la otra parte, dentro de ese plazo, sobre sus intenciones.

(b) Si no se hubiese pactado ningún plazo para efectuar dicha comunicación, esta deberá efectuarse dentro de un plazo no menor de treinta días.

Cabe hacer una observación respecto de esta última alternativa, ya que el plazo no menor de treinta días, podrá representar, en una multiplicidad de casos, un plazo excesivo, y por qué no, hasta un plazo reducido en otros supuestos, dadas las diversas modalidades que puede revestir un contrato de suministro. De ahí que nosotros sigamos creyendo en la conveniencia de establecer parámetros más flexibles y que sean capaces de adaptarse a las diversas situaciones que la realidad puede plantear. En tal sentido, la norma del Código Civil Italiano resulta conveniente, ya que para dar el preaviso, en defecto de pacto de término, se señala que deberá realizarse dentro del «término oportuno», estableciéndose además que deberá tenerse «en consideración la naturaleza del suministro».

– Pacto de preferencia

Los artículos 1614 y 1615 regulan lo que el Código Civil denomina la «cláusula de preferencia» y el modo de efectivizarla, respectivamente.

En este punto cobra mucha mayor importancia que la habitual el efectuar un análisis comparativo, lo más detenido posible, respecto de las normas del Código Civil Italiano, que constituyen las fuentes de los mencionados artículos 1614 y 1615.

Por razón de sistemática empezaremos analizando el artículo 1614.

Artículo 1614.– «En caso de haberse pactado la cláusula de preferencia en favor del suministrante o del suministrado, la duración de la obligación no excederá de cinco años y se reduce a este límite si se ha fijado un plazo mayor».

La cláusula de preferencia supone la existencia de un contrato de suministro en el cual las partes contratantes hayan incorporado un pacto por el cual uno de ellos otorga al otro la preferencia para la futura celebración de un nuevo contrato de suministro. Esta preferencia, de acuerdo a la norma bajo comentario, no puede exceder de cinco años y se reduce a este límite si se ha fijado un plazo mayor. Naturalmente dicha preferencia, aparte del límite temporal, cuyo máximo acabamos de señalar, deberá estar delimitada en un espacio geográfico, por lo general co-

rrespondiente al área de influencia económica del actual o primigenio contrato de suministro.

El artículo 1614 tiene su antecedente en el numeral 1566, primer párrafo, del Código Civil Italiano, norma que prescribe lo siguiente:

Artículo 1566.– «Pacto de Preferencia.– El pacto por el cual el que tiene derecho al suministro se obliga a dar la preferencia al suministrante, en la estipulación de un contrato posterior para el mismo objeto, es válido siempre que la duración de la obligación no exceda del plazo de cinco años. Si se ha convenido un término mayor, éste se reduce a cinco años».

La distinción fundamental entre la norma italiana y la peruana, estriba en que aquella solo contempla el pacto o cláusula de preferencia en la modalidad en que el beneficiario del suministro o suministrado otorga este derecho en favor del suministrante. Es decir, el Código Italiano no contempla la figura en sentido inverso. En cambio, el Código Peruano contempla la posibilidad de que dicha figura se dé en ambos sentidos, vale decir, si el suministrado otorga la preferencia en favor del suministrante, o si el suministrante otorga la preferencia en favor del suministrado. Sin duda alguna, la amplitud que otorga el Código Civil Peruano al respecto es un avance significativo, ya que no existen razones para sostener que la cláusula de preferencia deba proceder solo y exclusivamente en favor de una de las partes.

Pero el artículo 1614, que acabamos de comentar, no reviste mayores problemas en su comprensión y alcances. Es la norma siguiente, el artículo 1615, la que merece, de parte nuestra, un detenido análisis, dada su deficiente y confusa redacción.

Artículo 1615.– «En el caso previsto en el artículo 1614, la parte que tenga la preferencia deberá comunicar en forma indubitable a la otra las condiciones propuestas por terceros. El beneficiario por el pacto de preferencia, a su vez, está obligado a manifestar dentro del plazo obligatoriamente fijado, su decisión de hacer valer la preferencia».

El artículo 1615, antes transcripto, es el encargado de señalar cómo debe efectivizarse en la práctica la cláusula de preferencia establecida en el artículo anterior.

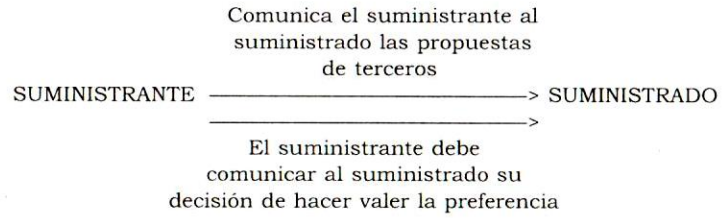
Como hemos visto, el artículo 1614 contempla dos supuestos distintos en razón de cuál de las dos partes es la que tiene la preferencia. Por tal motivo, analizaremos, cada uno de dichos supuestos, a la luz de la redacción del artículo 1615.

(a) Contrato de suministro con cláusula de preferencia en favor del suministrante.– Si es el suministrante quien goza de la cláusula de preferencia, éste (como «parte que tiene la preferencia») deberá comunicar en forma indubitable a la otra (el suministrado), las condiciones propuestas por terceros. El beneficiado por el pacto de preferencia (el suministrante), a su vez, está obligado a manifestar dentro del plazo obligatoriamente fijado, su decisión de hacer valer la preferencia.

Vale decir, que de acuerdo a la redacción del artículo 1615, en este supuesto, será el suministrante (quien goza de la cláusula de preferencia)

la parte que deberá comunicar al suministrado (quien otorga la preferencia), las propuestas efectuadas por terceros. Esto realmente sería ilógico, ya que el beneficiario del suministro no puede ser quien conozca dichas propuestas, sino quien otorga la preferencia. Y peor aún, esa misma parte, el propio beneficiario, en este caso el suministrante, no va a dar su conformidad con hacer ejercicio del mencionado derecho de preferencia. Esto es absurdo, ya que debe ser quien otorga la preferencia quien comunique las ofertas, y quien goce de dicha preferencia, quien manifieste su conformidad respecto de ejercitar su respectivo derecho.

De acuerdo a la redacción del artículo 1615, el proceso antes descrito podríamos graficarlo de la siguiente manera:

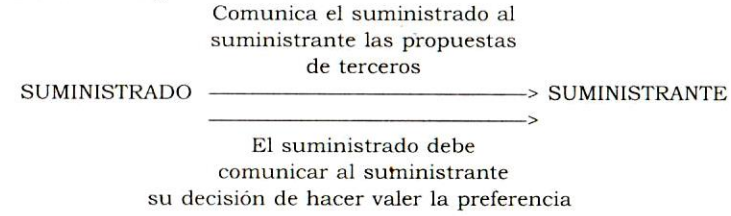


Similar situación se plantearía en el supuesto que la cláusula de preferencia esté estipulada en favor del suministrado.

Veamos:

(b) Contrato de suministro con cláusula de preferencia en favor del suministrado. Si es el suministrado quien goza de la cláusula de preferencia, éste (como «parte que tiene la preferencia») deberá comunicar en forma indubitable a la otra (el suministrante), las condiciones propuestas por terceros. El beneficiado por el pacto de preferencia (el suministrado), a su vez, está obligado a manifestar dentro del plazo obligatoriamente fijado, su decisión de hacer valer la preferencia.

De acuerdo a lo antes señalado, al proceso descrito, podríamos graficarlo de la siguiente manera:

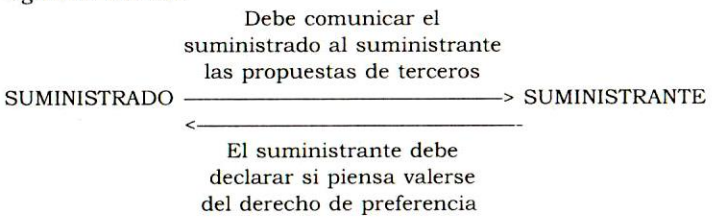


Como hemos podido apreciar de una interpretación literal de los esquemas planteados por los artículos 1614 y 1615 del Código civil, estos son errados. Sin embargo, cabría hacer una observación en el sentido de que se podrían efectuar dos interpretaciones distintas, con el ánimo

de hallar sentido a la norma del artículo 1615, sin que por ello consideremos que la redacción de éste sea admisible. Estas interpretaciones serían las siguientes:

(a) Interpretar la norma en el sentido de que cuando existe un contrato de suministro con cláusula de preferencia en favor de alguna de las dos partes, ambas son beneficiarias, o ambas tienen la preferencia. Una, en el sentido que tiene el derecho de ejercer dicha preferencia, y la otra en el sentido que tiene la obligación de asumir dicha preferencia si es que quien goza de ese derecho decide hacerlo valer.
En tal sentido, podríamos asumir que el Código Civil, en su artículo 1615, cuando señala que «la parte que tenga la preferencia deberá...»., se está refiriendo a quien ha otorgado dicha preferencia; y cuando se refiere al «beneficiado por el pacto de preferencia [...]» lo está haciendo respecto de la parte que tiene derecho a ejercer dicha preferencia.

(b) Interpretar la norma en el sentido que el artículo 1615, cuando coloca a mitad del mismo un punto aparte y cuando se refiere al beneficiado con el pacto de preferencia con las palabras «a su vez», está distinguiendo respecto de aquella parte de la que habla en la primera mitad de la norma y de quien lo hace en la segunda.
Pero ninguna de estas dos interpretaciones nos llega a satisfacer.
Distinto es el caso del Código Civil Italiano, de cuyo artículo 1566, segundo párrafo, fue tomada la norma de nuestro artículo 1615. El texto referido es el siguiente:
«El que tiene derecho al suministro debe comunicar al suministrante las condiciones propuestas por terceros y el suministrante debe aclarar, bajo pena de decadencia, en el término establecido o, en su defecto, dentro del exigido por las circunstancias o por los usos, si piensa valerse del derecho de preferencia».
De acuerdo al texto de la norma antes transcripta podemos deducir que el caso en que el suministrante tenga el derecho a ser preferido (único contemplado por el Código Italiano), puede graficarse de la siguiente manera:



Antes de concluir con nuestros comentarios al artículo 1615, queremos señalar las razones por las cuales consideramos lógico el esquema italiano. Estas son las siguientes:

(a) Es razonable que quien no goza del derecho de preferencia (quien la otorga) sea quien comunique las propuestas recibidas por terceros. Se entiende que estas propuestas de los terceros deben consistir en los presupuestos que esos terceros plantean frente a quien otorga la preferencia, con miras a celebrar un futuro contrato de suministro.
Dentro del esquema italiano esos terceros desean ser suministrantes. Dentro del esquema peruano, podrán ser en el futuro suministrantes o suministrados.

(b) La razón de ser por la cual el que otorga la preferencia del suministro deba comunicar al suministrante o beneficiario de la preferencia, las propuestas, es para que este beneficiario pueda mejorar esas ofertas de los terceros o igualarlas (o algo distinto, dependiendo de qué es lo que se haya pactado), como que se encuentre dentro de los márgenes razonablemente inferiores, que hayan sido aceptados por quien otorga la preferencia.

(c) Es lógico que el que otorga la preferencia sea quien comunique las condiciones propuestas por los terceros, ya que quien deberá dar su aceptación para la celebración de ese nuevo contrato, será el beneficiado con la preferencia del suministro (se entiende dentro de las condiciones propuestas por terceros y sus márgenes), es decir que el que otorga la preferencia se está obligando, al pactar la cláusula de preferencia, a celebrar un contrato con el beneficiario de la misma.

(d) La razón por la cual quien otorga la preferencia debe comunicar las propuestas a la parte que goza de la preferencia, es para que quien la ha otorgado no se perjudique celebrando posteriormente un contrato de suministro exclusivamente con el presupuesto que pueda ofrecer el beneficiario. Con las propuestas de los terceros se establecen parámetros que favorecen o que aseguran los intereses del beneficiario.

Por último, deseamos hacer algunos comentarios acerca del alcance de la frase contenida en el artículo 1615, en el sentido que «[...] la parte que tenga la preferencia deberá comunicar en forma indubitable a la otra las condiciones propuestas por terceros».

A nuestro entender, cuando el Código Civil hace referencia a dicha comunicación indubitable, no solo se está refiriendo a que indubitablemente dichas propuestas deben haber sido comunicadas a la otra parte, sino que el contenido de dicha comunicación debe revestir el carácter de indubitable. Se entiende que la comunicación de las propuestas debe ser hecha en base a presupuestos de terceros, con los respectivos documentos que acrediten su veracidad, ya que de lo contrario, se estaría dejando a quien otorga dicha preferencia y comunica dichas propuestas, en la posibilidad de entregar datos falsos al beneficiario de la propuesta.

En conclusión, nuestro comentario es en el sentido de que en el artículo 1615 no debió colocarse la frase: « [...] la parte que tenga la [...]», sino la frase «[...] la parte que otorga la [...]». Así sería congruente el contenido del referido artículo.

– Cláusula de exclusividad en favor del suministrante

El Código Civil Peruano regula, en su artículo 1616, el caso en el cual en el contrato de suministro se haya pactado la cláusula de exclusividad en favor del suministrante, señalando cuál es el comportamiento que deberá seguir en este caso el beneficiario del suministro. El texto de la mencionada norma es el siguiente:

Artículo 1616.– «Cuando en el contrato de suministro se ha pactado la cláusula de exclusividad en favor del suministrante, el beneficiario del suministro no puede recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza, ni proveerlos con medios propios a la producción de las cosas que constituyen el objeto de la prestación».

Esta norma tiene fundamentalmente los mismos elementos que el artículo 1567 del Código Civil Italiano de 1942 y difiere de este último solo en algunos términos que han sido perfeccionados, en especial cuando el Código Peruano se refiere al «objeto de la prestación», aludiendo a los bienes), en vez de los términos utilizados por el Código Italiano, cuando se refiere al «objeto del contrato». A continuación el texto de la norma italiana:

Artículo 1567.– «Exclusiva a favor del suministrante.– Si en el contrato se ha pactado una cláusula de exclusiva a favor del suministrante, la otra parte no puede recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza ni puede proveer, salvo pacto en contrario, por medios propios a la producción de las cosas que constituyen objeto del contrato».

En realidad poco tenemos que decir acerca del artículo 1616, salvo el hecho de especificar que cuando se trata acerca del pacto de exclusividad, se está hablando de algo absolutamente distinto de la cláusula de preferencia, lo que no implica que pueda ocurrir, y que de hecho ocurre frecuentemente en la práctica, que en un contrato de suministro ambos se pacten a la vez.

Por lo demás, es lógica la regulación y las limitaciones que nuestro Código Civil coloca a las actividades que, luego de celebrado un contrato con cláusula de exclusividad, puede efectuar o realizar el beneficiario del suministro o suministrado, ya que de lo contrario, el pactar una cláusula de esta naturaleza no tendría contenido o sentido alguno.

Cabe formular una observación en el sentido que, de manera contraria a lo dispuesto cuando se reguló lo relativo al plazo de la cláusula de preferencia, al que se le impone una duración máxima de cinco años, cuando se trata en la norma bajo comentario, respecto de la cláusula de exclusividad, a esta no se le ha colocado plazo máximo. Simplemente hacemos la observación.

– Cláusula de exclusividad en favor del suministrado

Encontramos que en el artículo 1617 se regula lo relativo al contrato de suministro en el que se haya pactado cláusula de exclusividad a favor del suministrado o beneficiario del suministro. El texto de la mencionada norma es el siguiente:

Artículo 1617.– «Si la cláusula de exclusividad se pacta en favor del beneficiario del suministro, el suministrante no puede, directa o indirectamente,

efectuar prestaciones de igual naturaleza que aquellas que son materia de contrato, en ningún otro lugar».

El artículo transcripto tiene su base en el numeral 1568, primer párrafo, del Código Civil Italiano, pero difiere de esta norma en algunos aspectos importantes. El contenido de la norma italiana es el siguiente:

Artículo 1568.– «Exclusiva a favor de quien tiene derecho al suministro.– Si la cláusula de exclusiva se pacta en favor de quien tiene derecho al suministro, el suministrante no puede llevar a cabo en la zona para la que se ha concedido la exclusiva y por la duración del contrato, ni directa ni indirectamente, prestaciones de la misma naturaleza de aquellas que constituyan el objeto del contrato.

[...]».

Sin duda, el artículo 1617 al señalar que el suministrante no podrá «efectuar prestaciones de igual naturaleza que aquellas que son materia del contrato, en ningún otro lugar», aparentemente estaría efectuando esta disposición en sentido imperativo, ya que no hace ninguna salvedad, en torno a que quepa pacto en contrario, ni tampoco se hace ninguna observación, tal como «salvo voluntad distinta», etc.

Es por ello, que la frase antes citada constituye un peligroso agregado, ya que el hecho de que se haya pactado la cláusula de exclusividad en favor del suministrado, no tiene por qué impedir en forma absoluta al suministrante que celebre contratos de la misma naturaleza del celebrado con dicho beneficiario, siempre y cuando los lugares donde se vaya a efectuar la ejecución de las prestaciones a cargo del suministrante y el expendio o distribución por parte del suministrado, de dichos productos, no sean los mismos de la plaza o mercado del beneficiario de la cláusula de exclusividad. Para ilustrar lo dicho, vamos a colocar un ejemplo: Si un pequeño fabricante de confecciones exclusivas (polos, por ejemplo) celebra, en calidad de suministrante, un contrato con una tienda del Centro Camino Real de San Isidro, con un plazo de duración de dos años, sería ilógico pensar que dicho fabricante no podría celebrar durante ese plazo un nuevo contrato de suministro con algún otro minorista en alguna otra parte del mundo. En nada afectaría que dicho fabricante celebrara un contrato de las mismas características del celebrado con la tienda del Centro Camino Real, con una tienda minorista de la ciudad de Nueva York o de París, ya que la celebración de dichos nuevos contratos no afectaría en nada al mercado de la tienda de la ciudad de Lima.

Como vemos, la frase «[...] en ningún otro lugar», constituye un exceso. Consideramos que hubiera sido mil veces mejor dejar la redacción empleada por el Código Civil Italiano sobre el tema, cuando señala que las restricciones respecto del suministrante se limitan a «[...] la zona para la que se ha concedido la exclusiva».

Pero a pesar de la apariencia de imperatividad de la última frase del artículo 1617, consideramos que esta norma reviste solo tal carácter cuando las partes no han especificado el ámbito de la exclusividad pactada. Sin embargo, y aun así, esa frase constituye un peligro.

Por último, también debemos hacer la observación en el sentido de que no se ha colocado plazo máximo para la duración de la cláusula de exclusividad en favor del beneficiario del suministro, al igual que en el caso del artículo 1616, relativo a la cláusula de exclusividad en favor del suministrante, y contrariamente a lo dispuesto en lo relativo a la cláusula de preferencia.

- *Cláusula de exclusividad en favor del suministrado con obligación de promover la venta de los bienes*

El tema resumido en la sumilla, se encuentra regulado en el artículo 1618 del Código Civil Peruano, norma que tiene la siguiente redacción:

Artículo 1618.– «El beneficiario del suministro que asume la obligación de promover la venta de los bienes que tiene en exclusividad responde de los daños y perjuicios si incumple esa obligación, aun cuando haya satisfecho el contrato respecto de la cantidad mínima pactada».

Esta norma, a su vez, se basa en el artículo 1568, segundo párrafo, del Código Civil Italiano de 1942, cuyo texto es como sigue:

Artículo 1568.– «Exclusiva a favor de quien tiene derecho al suministro.– [...] Quien tiene derecho al suministro, y asume la obligación de promover, en la zona que se le ha asignado la venta de las cosas de las que tiene la exclusiva, responde de los daños en caso de incumplimiento a tal obligación, aun cuando haya cumplido el contrato respecto de la cantidad mínima que se haya fijado».

En realidad no tenemos críticas que hacer a ninguna de las dos normas, ni a la peruana, ni a la original, sino simplemente observar que es frecuente la celebración de pactos o cláusulas de esta naturaleza, las que van acompañadas del pacto de exclusividad en favor del beneficiario del suministro. Es necesario señalar que el artículo 1618 supone, justamente, la existencia de un pacto o cláusula de exclusividad.

Además, debemos puntualizar que la última frase del artículo 1618 del Código, al igual que su fuente de inspiración, no es de muy clara redacción, ya que al señalar que estará obligado al pago de daños y perjuicios si incumple la obligación de promover la venta de los bienes que tiene en exclusividad, «[...] aun cuando haya satisfecho el contrato respecto de la cantidad mínima pactada», pareciera sugerir dos posibilidades:

(a) Que se esté refiriendo a que el suministrado haya efectuado el pago al suministrante respecto de la cantidad de dinero que se comprometió a pagarle por concepto de los bienes que este último le suministró.
(b) Que se esté refiriendo a que el beneficiario del contrato de suministro haya cumplido respecto del suministrante con vender una cantidad mínima pactada, a pesar de lo cual se considere que no ha promovido, en la medida de lo establecido en el contrato, la venta de los bienes que le fueron suministrados.

Personalmente, nos inclinamos por considerar que la opción b). es la correcta, ya que la primera opción no sería del todo congruente con el texto íntegro del artículo 1618. Pero lo que nos hace pensar que la redacción de la última frase de esta norma es confusa, es el hecho de haber colocado «la cantidad mínima pactada», pues cuando estamos hablando de las

obligaciones del beneficiario del suministro que son propias de un contrato de esta naturaleza, nos estamos refiriendo al pago de la contraprestación dineraria correspondiente, y en este caso no tendremos por qué hablar de «cantidad mínima pactada», sino solamente de «cantidad pactada». Sin embargo, si se tratase de una cantidad de bienes vendidos por el suministrado, sí procederá emplear esta terminología.

- *Incumplimiento de escasa importancia del contrato de suministro*

Artículo 1619.– «Si el beneficiario del suministro no satisface la obligación que le corresponde y este incumplimiento es de escasa importancia, el suministrante no puede suspender la ejecución del contrato sin darle aviso previo».

Esta norma está destinada a proteger al beneficiario del suministro de posibles arbitrariedades que el suministrante pudiese intentar respecto de aquel, en el supuesto de que el suministrado haya incurrido en determinados incumplimientos en la ejecución de las prestaciones a las que se había obligado. Fundamentalmente, y como es evidente en este contrato, nos estamos refiriendo al pago de la contraprestación dineraria que el suministrado debe efectuar al suministrante por concepto de los bienes que ha recibido en cambio.

El artículo 1619, antes transcripto, tiene su base o antecedente en el numeral 1565 del Código Civil Italiano, que señala lo siguiente:

Artículo 1565.– «Suspensión del suministro.– Si la parte que tiene derecho al suministro es incumpliente y el incumplimiento es de escasa importancia, el suministrante no puede suspender la ejecución del contrato sin dar oportuno preaviso».

Como podemos observar, ambas normas no presentan diferencias sustanciales, salvo el punto en el cual el Código Civil Peruano señala que el suministrante podrá suspender el suministro dando «previo aviso» a la otra parte, mientras que el Código Civil Italiano utiliza los términos «oportuno preaviso».

Esto, que parece una simple variación de términos, reviste una mayor importancia de la que parece tener a primera vista.

Como hemos señalado en oportunidades anteriores, el contrato de suministro puede revestir las más variadas formas y contener a su vez las más variadas prestaciones de los más variados tipos o clases de bienes. Por ello, si lo que se quiere con la norma del artículo 1619 es evitar arbitrariedades por parte del suministrante en perjuicio del beneficiario del suministro, pues sencillamente aquí se está dejando la puerta abierta para que el suministrante, con solo dar un aviso previo al suministrado, interrumpa el suministro, pudiéndole causar los más variados perjuicios. Para ilustrar lo dicho, vamos a utilizar un ejemplo: Supongamos que una fábrica de artefactos eléctricos del Japón, tiene celebrado, en calidad de suministrado, un contrato con una empresa peruana, para el suministro de 2000 toneladas de acero, a ser entregado el primer día de cada mes. Habida cuenta del plazo que demoraría esa fábrica japonesa para poder celebrar un nuevo contrato de suministro con otro suministrante y el

tiempo que demoraría el traslado de ese producto desde el país de origen hasta el Japón, si es que la empresa japonesa hubiese incurrido en un pequeño incumplimiento de sus pagos y la empresa peruana le notificara el último día de este mes que va a suspender el suministro del metal, ocurrirá que la mencionada empresa peruana habrá actuado de acuerdo a lo prescrito por el Código Civil en su artículo 1619, ya que habrá dado un aviso previo, pero no por ser previo es oportuno, y al ser un aviso inoportuno podrá causar daños y perjuicios considerables al suministrado.

En tal sentido, nos hubiera parecido conveniente dejar la frase de la norma italiana, cuando hace referencia a un «[...] oportuno preaviso». Las razones son evidentes: a la vez que la norma se hace más flexible, se hace más justa.

– *Incumplimiento de importancia de las prestaciones en el contrato de suministro*

Artículo 1620.– «Cuando alguna de las partes incumple las prestaciones singulares a que está obligada, la otra parte puede pedir la resolución del contrato si el incumplimiento tiene una importancia tal que disminuya la confianza en la exactitud de los sucesivos cumplimientos».

Esta norma está referida a regular el caso en el cual haya habido un incumplimiento de importancia respecto de las prestaciones de las obligaciones derivadas de un contrato de suministro. Pero no es solo una diferencia de grado en el incumplimiento lo que distingue a la norma bajo comentario del artículo precedente, ya analizado.

En primer lugar, la norma del artículo 1619 está referida a un incumplimiento por parte del suministrado, mientras que la norma del artículo 1620 está referida a un hipotético incumplimiento por cualquiera de las dos partes contratantes: suministrante o suministrado.

En segundo lugar, la norma del artículo 1619 no faculta a que quien está afectado por el incumplimiento solicite la resolución del contrato, sino a que, dando aviso previo, suspenda, solamente, la ejecución de las prestaciones a su cargo; en cambio, el artículo 1620, sí faculta al perjudicado por el incumplimiento a pedir la resolución del contrato, pero ello, si el incumplimiento tiene una importancia tal que disminuya la confianza en la exactitud de los sucesivos cumplimientos.

En realidad, este último punto, podríamos considerarlo como un límite, una base mínima que establece el Código Civil, para que quien está afectado por el incumplimiento pueda demandar la resolución del contrato. En tal sentido, la norma del artículo bajo comentario constituye una excepción para la regla general del artículo 1428, que establece que «en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno o en otro caso, la indemnización de daños y perjuicios». Es una excepción, porque de acuerdo a la norma del artículo 1428, quien se vea perjudicado por cualquier incumplimiento de las prestaciones a las que se ha obligado la otra parte contratante, podrá demandar la resolución de ese contrato, por más mínimo que sea di-

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

Nos explicamos.

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

Obviamente que este supuesto de compraventa no tiene hoy en día —ni nunca la tuvo— similitud alguna con el contrato de suministro, el mismo que implica la ejecución prolongada en el tiempo —ya sea de manera periódica o conti-

cho incumplimiento. En cambio, tratándose de un contrato de suministro, solo se podrá demandar la resolución, si el incumplimiento reviste las características establecidas en el artículo 1628.

Pero cabe hacernos una pregunta: ¿nunca podrá demandar la parte perjudicada por un incumplimiento que no llegue a revestir las condiciones establecidas en el artículo 1620, la resolución de dicho contrato de suministro? Pensamos que sí podría hacerlo en un supuesto: cuando las partes hayan pactado al momento de la celebración del contrato que la resolución podrá ser demandada por cualquier tipo de incumplimiento, o por un incumplimiento de menor grado al previsto en el artículo 1620. Naturalmente, con esta interpretación no se estaría desprotegiendo al suministrado ni al suministrante incumpliente, ya que a ello se habrá comprometido por propia voluntad y asumiendo ese riesgo.

Naturalmente, si no se hubiese pactado nada al respecto, a nuestro entender, regirá lo dispuesto por el artículo 1620, y los límites que para el ejercicio de la acción de resolución éste impone.

Por último, cabe señalar que el texto del artículo 1620 tampoco es creación del legislador peruano, sino del italiano, ya que se basa en el numeral 1564 del Código Civil de dicho país, cuya redacción es la siguiente:

Artículo 1564.– «Resolución del contrato.– En caso de incumplimiento de una de las partes relativo a prestaciones singulares, la otra puede pedir la resolución del contrato si el incumplimiento tiene una notable importancia y es tal que disminuya la confianza en la exactitud de los sucesivos cumplimientos».

nuada— de las prestaciones a cargo del suministrante, que debe entregar los bienes objeto de las mismas, en tanto que el suministrado o beneficiario del suministro debe pagar periódicamente (por lo general de manera simultánea con las contraprestaciones) el precio de ellas.

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

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

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

En cambio en el contrato de suministro, cuando el beneficiario del mismo paga el denominado precio del suministro, lo que está haciendo en cada una de las oportunidades que efectúa dichos pagos, es extinguir cada una de las prestaciones independientes entre sí que conforman el precio. En el suministro cada pago es una prestación independiente, distinta de la anterior y distinta —igualmente— de las siguientes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En cambio, de acuerdo a lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1605 del Código Civil, el contrato de suministro puede celebrarse a título gratuito o de liberalidad, es decir, en la eventualidad de que solo el suministrante sea la parte que asuma obligaciones en este contrato y, en cambio, el beneficiario del suministro no asuma la obligación de pagar el precio.

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

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

El contrato de suministro tiene, fundamentalmente, fin de lucro, y sería raro observar algún contrato de suministro en el cual el suministrante se obligue de manera gratuita. En este caso el suministro se parecería más a un contrato de renta vitalicia.[44]

5.2.3. En cuanto a su estructura

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

---

[44] Como referencia podemos mencionar que el Código Civil Italiano de 1942 define al contrato de suministro en su artículo 1559:
Artículo 1559.– «(Noción) El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga mediante compensación de un precio, a ejecutar, a favor de la otra, prestaciones periódicas o continuadas de cosas».

5.2.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.2.5. En cuanto a su autonomía

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

5.2.6. En cuanto a su formación

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

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

que si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

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

5.2.7. En cuanto al tiempo

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

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

5.2.8 En cuanto a su negociación

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

5.2.9 En cuanto al rol económico

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

5.2.10. En cuanto a su función

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

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

5.2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.2.12. En cuanto a la prestación

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

En el caso del suministro, podríamos estar frente a un contrato de prestaciones recíprocas si es que se pacta a título

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

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

5.2.13. En cuanto a la valoración

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

5.2.14. En cuanto al riesgo

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

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

No se ha planteado ni legislativa ni doctrinariamente el tema de la aleatoriedad en el contrato de suministro, pero no obstante ello, no encontramos elemento alguno que impida pensar en un suministro pactado con carácter aleatorio, ya sea en relación a las prestaciones que debería ejecutar el

suministrante (entrega de bienes), como con respecto a aquellas que debería ejecutar el suministrado (pago de precio por las prestaciones a ejecutar).

5.2.15. En cuanto a sus efectos

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

5.3. Con el contrato de donación puro y simple

5.3.1. En cuanto al nombre

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

5.3.2. En cuanto a su regulación

La compraventa y la donación son contratos típicos.

La donación siempre ha estado jurídicamente regulada en el Perú.

El Código Civil de Santa Cruz la contemplaba en su Libro III, De las diferentes maneras de adquirir la propiedad, Título II, De las Donaciones, Capítulo 1, De la Donación entre vivos, Capítulo II, De la Revocación de las Donaciones, Capítulo III, De las Donaciones por causa de muerte, artículos 665 a 694.

En el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, la donación se encontraba dentro de la Segunda Parte, relativa al Dominio y Contratos, en el Título 22, Donaciones, el mismo que constaba de dieciséis (16) artículos.

El Código Civil de 1852 la regulaba en su Libro II, De las Cosas —Del modo de adquirirlas— y de los derechos que

las personas tienen sobre ellas, Sección III, Del modo de adquirir el dominio por prescripción, enajenación y donación, Título II, De la Donación, artículos 579 a 629.

El Código Civil de 1936 legislaba la donación en el Libro V, Del Derecho de Obligaciones, Sección V, De los Diversos Contratos, Título IV, De la Donación, artículos 1466 a 1489.

Nuestro Código Civil vigente la regula en su Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, Sección Segunda, Contratos Nominados, Título IV, Donación, artículos 1621 a 1647.[45]

---

[45] Como referencia podemos mencionar que el Código Civil Austríaco trata acerca de la donación en su artículo 938:
Artículo 938.– «El contrato por el cual una cosa es cedida gratuitamente por alguien, se llama donación».
El Código Civil Italiano de 1865 regulaba a la donación en sus artículos 1050 y siguientes:
Artículo 1050.– «La donación es un acto de espontánea liberalidad con la cual el donante se desprende actual e irrevocablemente de la cosa donada en favor del donatario que la acepta».
Artículo 1051.– «Es donación también la liberalidad hecha por reconocimiento, o en consideración a los méritos del donatario o por una especial remuneración y aquélla por la cual se imponga cualquier carga al donatario».
Artículo 1064.– «La donación comprende tan sólo los bienes presentes del donante; se comprende por tanto, que la donación de bienes futuros es nula».

Por su parte, el Código Civil Argentino trata acerca de la donación en sus artículos 1784 y siguientes:
Artículo 1784.– «Habrá donación, cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra la propiedad de una cosa».
Artículo 1799.– «Las cosas que pueden ser vendidas pueden ser donadas».
Artículo 1800.– «Las donaciones no pueden comprender sino los bienes presentes del donante, y si comprenden también bienes futuros, serán nulas a este respecto. Las donaciones de todos los bienes presentes subsistirán si los donantes se reservaren el usufructo, o una porción conveniente para subvenir a sus necesidades, y salvo los derechos de sus acreedores y de sus herederos, descendientes, o ascendientes legítimos».

El Código Civil Costarricense de 1888 regula a la donación en el artículo 1404:
Artículo 1404.– «La donación trasfiere al donatario la propiedad de la cosa donada».

Por su parte, el Código Civil Español establece que la donación es uno de los diferentes modos existentes para adquirir la propiedad:

Artículo 609.– «La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción».

Artículo 618.– «La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta».

Artículo 619.– «Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado».

Por su parte, el Proyecto del Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade, de 1890, trata acerca de la donación en sus artículos 656 y siguientes:

Artículo 656.– «La donación entre vivos es una convención por la cual el donante confiere gratuitamente o sin equivalencia, al donatario, quien acepta, un derecho real o un derecho personal.

Ella puede consistir también en la entrega o el abandono gratuito de un derecho real del donante sobre la cosa del donatario o de un derecho personal contra él».

Artículo 658.– «La donación entre vivos es nula si ella tiene por objeto una cosa o un derecho perteneciente a un tercero o también al heredero presunto del donante; sin que haya que distinguir si el donante ha expresado o no que él tenía conocimiento que la cosa fuese de otro.

El donante no es garante de la evicción sufrida por el donatario, a menos que ella no resulte de un hecho personal al donante y posterior a la donación, o que no haya habido dolo en la dación de la cosa de otro».

El Código Civil Japonés aborda al contrato de donación en el artículo 549:

Artículo 549.– «Un contrato de donación se hace efectivo cuando una de las partes declara su intención de transferir gratuitamente la propiedad de un bien a la otra parte y la otra parte conviene en aceptar eso».

El Código Civil Alemán aborda el tema en los artículos 516 y siguientes:

Artículo 516.– «Una atribución por la cual alguien enriquece a otro a costa de su patrimonio es donación si ambas partes están de acuerdo en que la atribución se realice gratuitamente.

Si la atribución se ha realizado sin la voluntad del otro, el atribuyente puede requerirle, bajo señalamiento de un plazo prudencial, para la declaración sobre la aceptación del transcurso del plazo vale como aceptada la donación, si el otro no la ha rehusado antes. En el caso de repulsa puede ser exigida la restitución de lo atribuido, según las disposiciones sobre la restitución de un enriquecimiento injusto».

Artículo 524.– «Si el donante oculta dolosamente una falta de la cosa donada, está obligado a indemnizar al donatario el daño causado por esto.

Si el donante había prometido la prestación de una cosa determinada sólo según el género, la cual él debía adquirir primeramente, el donatario, si está viciada la cosa entregada y el vicio era conocido para el donante al adquirir la cosa o ha quedado desconocido a consecuencia de culpa grave, puede exigir que en lugar de la cosa viciada le sea entregada una libre de vicios. Si el donante ha ocultado la falta dolosamente, el donatario puede exigir, en lugar de la entrega de una cosa sin vicios, indemnización de daños a causa de no cumplimiento. A estas pretensiones se aplican oportunamente las disposiciones existentes para el saneamiento a causa de faltas de una cosa vendida».

Por su parte, el Código Civil Nicaragüense de 1903 aborda el tema en sus artículos 2756 y siguientes:

Artículo 2756.– «La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere de su libre voluntad gratuitamente la propiedad de una cosa a otra persona que la acepta».

Artículo 2757.– «Tienen capacidad para hacer y aceptar donaciones, los que pueden contratar, salvo los casos en que expresamente las leyes dispusieren lo contrario».

Artículo 2776.– «Las donaciones a título universal, no se extenderán a los bienes futuros del donante, aunque éste disponga lo contrario».

El Código de las Obligaciones de Suiza regula a la donación en los artículos 239 y siguientes:

Artículo 239.– «La donación puede estar gravada por condiciones o cargos.

Las donaciones en las cuales la ejecución está fijada al deceso del donante, están sometidas a las reglas concernientes a las disposiciones por causa de muerte».

Por su parte, el Código Civil Brasileño trata el tema en sus artículos 1165 y siguientes:

Artículo 1165.– «Se considera donación el contrato en que una persona, por liberalidad, transfiere de su patrimonio bienes o ventajas para el de otra, que los acepta».

El Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 regulaba este contrato en sus artículos 520 y siguientes:

Artículo 520.– «Se considera donación el contrato por el cual una persona transfiere a otra, gratuitamente, alguna cosa».

De otro lado, el Código Civil del Distrito Federal de México, de 1927, trata el tema en los numerales 2186 y siguientes:

Artículo 2186.– «Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente una parte o la totalidad de sus bienes presentes».

El Código Civil Chino de 1930 regula a la donación en el artículo 406:

Artículo 406.– «Una donación produce sus efectos cuando una de las partes expresa su voluntad de entregar gratuitamente uno de sus bienes a la otra parte, y la otra parte conviene en aceptar este bien».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 definía a la donación en su artículo 1451:

Artículo 1451.– «Por la donación una persona transfiere a otra gratuitamente alguna cosa».

Entre tanto, el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936, trataba el tema en sus artículos 969 y siguientes:

Artículo 969.– «Habrá donación cuando una persona por acto entre vivos, se obliga a transferir gratuitamente una cosa o un derecho patrimonial, a favor de otra, que los aceptare.

Se estimará donación la renuncia desinteresada, con ánimo de beneficiar».

Por su parte, el Código Civil Venezolano de 1942 brinda un concepto de donación en los artículos 1431 y 1432:

Artículo 1431.– «La donación es el contrato por el cual una persona transfiere gratuitamente una cosa u otro derecho de su patrimonio a otra persona que lo acepta».

Artículo 1432.– «También es donación la liberalidad hecha por agradecimiento al donatario, o en consideración de sus méritos o por especial remuneración, así como la que va acompañada de alguna obligación impuesta al donatario».

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano elaborado por Angel Ossorio y Gallardo, de 1943, trataba acerca de la donación en sus artículos 1004 y siguientes:

Artículo 1004.– «La donación es un acto de mera liberalidad, de gratitud y de premio, por virtud del cual una persona entrega gratuitamente algo a otra que lo acepta.

También es donación aquel regalo en que se impone al donatario un gravamen notoriamente inferior al valor de lo donado.

La donación se perfecciona cuando el donante conoce la aceptación del donatario.

El donante podrá dejar sin efecto la donación antes de conocer la aceptación del donatario».

El Código Civil Portugués de 1967 trata acerca de la donación en sus artículos 940 y siguientes:

Artículo 940.– «(Noción)

1. Donación es el contrato por el cual una persona, por espíritu de liberalidad, y a costa de su patrimonio, dispone gratuitamente de una cosa o de un derecho, o asume una obligación en beneficio de otro contratante.
2. No hay donación en la renuncia a derechos y en el rechazo de herencia o legado, ni tampoco en los donativos conformes a los usos sociales».

Por su parte, el Código Civil Guatemalteco de 1973, se ocupa de la donación en su artículo 1855:

Artículo 1855.– «La donación entre vivos es un contrato por el cual una persona transfiere a otra la propiedad de una cosa, a título gratuito».

El Código Civil Boliviano de 1976 aborda el tema en sus numerales 655 y siguientes:

Artículo 655.– «(Noción) La donación es el contrato por el cual una persona, por espíritu de liberalidad, procura a otra un enriquecimiento dispo-

5.3.3. En cuanto a su estructura

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

5.3.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.3.5. En cuanto a su autonomía

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

5.3.6. En cuanto a su formación

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

La donación no siempre ha sido considerada como un contrato. Su naturaleza jurídica ha sido muy discutida en

niendo a favor de ella un derecho propio o asumiendo frente a ella una obligación».

El Proyecto de Código Civil Brasileño, aprobado por la Cámara de Diputados en 1984, definía a la donación en el artículo 538:

Artículo 538.– «Se considera donación el contrato en que una persona, por liberalidad, transfiere de su patrimonio bienes o ventajas para el de otra».

Por su parte, el Código Civil Paraguayo de 1987 regula el tema en sus artículos 1202 y siguientes:

Artículo 1202.– «Habrá donación cuando una por acto entre vivos transfiere gratuitamente el dominio de una cosa, o un derecho patrimonial, a favor de otra que lo acepte».

doctrina, predominando, en sus inicios, la posición según la cual era solo un modo de adquirir la propiedad; pasando luego a ser considerada como un acto jurídico; y hoy en día, prevalece la idea de que es un contrato.

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

El Código Civil de Santa Cruz regulaba a la donación en su Libro III, titulado *De las diferentes maneras de adquirir la propiedad.* Por la cercanía de la fecha de promulgación del Código Civil Francés (1804) o Código Napoléon, podemos inferir que hay una gran influencia, dado que este último cuerpo legal no la incluía dentro de los contratos, pues se sostenía que para la existencia de estos se requerían recíprocas prestaciones de las partes.

Por su parte, en el Proyecto del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, la donación se encontraba dentro de la Segunda Parte relativa al Dominio y Contratos, en el Título 22, Donaciones. El Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre consideraba que la donación era un contrato. Ello lo manifiesta expresamente cuando en su Exposición de Motivos aborda el tema de la aceptación, diciendo: «¿Es necesaria la aceptación? La respuesta es muy obvia. Es un contrato, y no hay contrato sin el libre convenio de los contratantes».

El Código Civil de 1852 presentaba una mayor riqueza de supuestos que los que regularon sus antecesores, pero la consideraba como un modo de adquirir la propiedad junto con la prescripción y la enajenación.

Es recién con el Código Civil de 1936, que la donación empieza a ser regulada dentro de los contratos.

De acuerdo al tratamiento del Código Civil de 1984, la donación puede ser tanto un contrato consensual como uno formal. Será consensual, es decir, que se celebra con el solo consentimiento de las partes, cuando verse sobre bienes muebles, cuyo valor no exceda del 25% de la Unidad Impo-

sitiva Tributaria (U.I.T.), vigente al momento en que se celebre el contrato (disposición prevista por el artículo 1623, modificado, del Código Civil.

Podrá ser también un contrato formal, si el valor de los bienes muebles excede del límite fijado en el artículo 1623 —modificado— (el 25% de la U.I.T.). Para estos casos, se establece que el contrato se hará por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad, lo que equivale a decir que es un contrato *ad solemnitatem.* Se señala además que en el instrumento deben especificarse y valorizarse los bienes que se donan (artículo 1624 del Código Civil).

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

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

5.3.7. En cuanto al tiempo

Mientras el contrato de compraventa es, fundamentalmente, uno de ejecución inmediata e instantánea (con las excepciones a que hemos hecho referencia), el contrato de donación es fundamentalmente uno de ejecución inmediata,

puesto que por lo general se ejecuta inmediatamente después de haberse celebrado. Sin embargo, nada obstaría para que se acordara diferir su ejecución, si tal situación conviniera a las partes contratantes.

5.3.8. En cuanto a su negociación

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

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

5.3.9. En cuanto al rol económico

La compraventa es un contrato de disposición y de cambio.

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

5.3.10. En cuanto a su función

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

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

5.3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.3.12. En cuanto a la prestación

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

5.3.13. En cuanto a la valoración

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

5.3.14. En cuanto al riesgo

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

En el caso de la donación, esto obedece a que la existencia y cuantía de la prestación que debe cumplir el donante, es cierta, vale decir, conocida de antemano, aunque

podría revestir la modalidad de aleatorio, ya que su naturaleza no lo impide.

5.3.15. En cuanto a sus efectos

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

5.4. Con el contrato de mutuo

5.4.1. En cuanto al nombre

Tanto la compraventa como el mutuo son contratos nominados.

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

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

5.4.2. En cuanto a su regulación

Al igual que el contrato de compraventa, el mutuo es y ha sido en nuestros Códigos Civiles un contrato típico. Siempre ha estado jurídicamente regulado. En el Código de Santa Cruz se encontraba en el Libro III, De las diferentes maneras de adquirir la propiedad, Titulo XI, Del Préstamo, en los siguientes capítulos: Capítulo IV, Del Mutuo o Préstamo Simple y de su Naturaleza, Capítulo V, De las Obligaciones del Mutuante, Capítulo VI, De las Obligaciones del Mutuatario, Capítulo VII, Del Préstamo a Interés (todos ellos entre los artículos 1254 y 1271).

En el Proyecto de Código del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre ocupaba el Título 11, con nueve artículos incluidos en su Segunda Parte sobre Dominio y Contratos.

El Código Civil de 1852 lo regulaba en su Libro III, Sección Cuarta, De los Contratos Reales, Título 1, Del Mutuo, artículos 1800 a 1824.

En el Código Civil de 1936 el mutuo se encontraba tratado en el Libro V, Del Derecho de Obligaciones, Sección V, De los diversos contratos, Título VII, Del Mutuo, artículos 1573 a 1586.

Y el Código Civil de 1984 lo trata en el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, Sección II, Contratos Nominados, Título V, Mutuo, artículos 1648 a 1665.[46]

---

[46] Como referencia podemos mencionar que el Código Civil Francés trata sobre el mutuo en los artículos 1892 y siguientes:
Artículo 1892.– «El prestamo de consumo es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas que se consumen por el uso, con la obligación, para ésta última, de devolverle otro tanto de la misma especie y calidad».
Artículo 1894.– «No cabe dar a título de préstamo de consumo cosas que, aun de la misma especie, difieren en el individuo, como los animales; entonces se trata de un préstamo de uso».

Lo propio hace el Código Civil Belga:
Artículo 1892.– «El préstamo de consumo es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas que se consumen por el uso, con la obligación, para ésta última, de devolverle otro tanto de la misma especie y calidad».
Artículo 1894.– «No cabe dar a título de préstamo de consumo cosas que, aun de la misma especie, difieren en el individuo, como los animales; entonces se trata de un préstamo de uso».

Por su parte, el Código Civil Austriaco de 1811 aborda el mutuo en el artículo 983:
Artículo 983.– «Cuando alguien bajo una estipulación va a entregar cosas consumibles que él arbitrariamente al respecto pueda disponer, con la condición de que sean devueltas después de un tiempo determinado, en objetos de la misma cantidad, género y calidad; se establece un contrato de mutuo. Es también al mismo tiempo un contrato obligatorio, un mutuo para ser entregado en el futuro y no para ser intercambiado».

El Código Civil Boliviano de 1831 trata al mutuo en el artículo 1254:
Artículo 1254.– «El mutuo es un contrato por el que una de las partes en-

trega a la otra una cosa o cosas que se consumen por el uso, con el cargo de que la ha de volver, en la misma especie y calidad».

El Código Civil Peruano de 1852 aborda el particular en sus numerales 1800 y siguientes:

Artículo 1800.– «Mutuo es un contrato real por el que una persona entrega a otra, cierta cantidad de cosas fungibles, con el cargo de que se le devuelva otro tanto de la misma especie y calidad».

Artículo 1801.– «Pueden darse en mutuo todas las cosas fungibles que prestan utilidad».

Artículo 1802.– «Para celebrar este contrato se requiere, que tengan capacidad de disponer libremente de sus bienes tanto el mutuante como el mutuatario».

Por su parte, el Código Civil Chileno trata el tema en el artículo 2196:

Artículo 2196.– «El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad».

El Código Civil Italiano de 1865 legisla sobre el particular en el artículo 1819:

Artículo 1819.– «El mutuo o préstamo de consumo es un contrato por el cual una de las partes consigna a la otra una determinada cantidad de cosas con la obligación en la última de restituir una misma cantidad de la misma especie y calidad de la cosa».

Por su parte, el Código Civil Uruguayo, lo hace en los artículos 2196 y 2197:

Artículo 2196.– «Hay dos clases de préstamos, el de las cosas fungibles, y el de las cosas no fungibles.

El primero se llama mutuo, o préstamo de consumo; y el segundo comodato o préstamo de uso».

Artículo 2197.– «El mutuo o préstamo de consumo, es un contrato por el cual se da dinero u otra cosa de las fungibles, con cargo de volver otro tanto de la misma especie y calidad».

El Código Civil Colombiano legisla el mutuo en los artículos 2221 y siguientes:

Artículo 2221.– «El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad».

Artículo 2222.– «No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio».

El Código Civil Venezolano de 1880 trata sobre el particular en los artículos 1673 y siguientes:

Artículo 1673.– «El mutuo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas con cargo de restituir otras tantas de la misma especie y calidad».

Artículo 1674.– «Por efecto del mutuo, el mutuatario se hace propietario de la cosa prestada, y perece para él, de cualquier manera que suceda esta pérdida».

Por su parte, el Código Civil Ecuatoriano lo hace en los artículos 2126 y siguientes:

Artículo 2126.– «Mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad».

Artículo 2127.– «No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio».

El Código Civil Español trata al mutuo en el artículo 1753:

Artículo 1753.– «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade, de 1890, regulaba al mutuo en sus artículos 873 y siguientes:

Artículo 873.– «El préstamo de consumo es un contrato por el cual una de las partes transfiere a la otra la propiedad de cosas fungibles, con cargo de ésta de volverle, después de un cierto tiempo, cosas similares, en parecidas cantidad y calidad».

Artículo 876.– «El préstamo de cosas no pertenecientes al prestamista es nulo y da lugar a garantía de evicción, si él es con intereses, y si el prestatario ha sido de buena fe.

Él no es válido sino en los casos siguientes:

1. Si el prestatario ha consumido de buena fe las cosas prestadas;
2. Si él ha producido la reivindicación del verdadero propietario por la prescripción;
3. Si ha habido ratificación del precio por este último».

Por su parte, el Código Civil Japonés trata al mutuo en el artículo 987:

Artículo 987.– «Un préstamo de consumo se hace efectivo cuando una de las partes recibe de la otra dinero u otras cosas con el entendimiento que aquélla devolverá el dinero o cosas de la misma clase, calidad y cantidad».

El Código Civil Alemán legisla sobre el particular en el artículo 607:

Artículo 607.– «Quien ha recibido como mutuo dinero u otras cosas fungibles está obligado a restituir al mutuante lo recibido en cosas de la misma especie, calidad y cantidad».

El Código Civil Nicaragüense de 1903 aborda el tema en sus artículos 3390 y siguientes:

Artículo 3390.– «Habrá mutuo o préstamo de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir, devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad».

Artículo 3391.– «La cosa que se entrega por el mutuante al mutuatario debe ser consumible o fungible aunque no sea consumible».

Artículo 3392.– «El mutuo es un contrato esencialmente real, que sólo se perfecciona con la entrega de la cosa».

El Código Civil Hondureño de 1906 trata sobre el mutuo en su artículo 1932:

Artículo 1932.– «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad».

De otro lado, se puede recordar que el Código de las Obligaciones de Suiza trata acerca del tema en el artículo 312:

Artículo 312.– «El préstamo de consumo es un contrato por el cual el prestamista se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al prestatario, a cargo por este último de devolverle otro de la misma especie y calidad».

El Código Civil Brasileño legisla sobre el mutuo en el artículo 1256:

Artículo 1256.– «El mutuo es el préstamo de cosas fungibles. El mutuatario está obligado a restituir al mutuante lo que de él recibió en cosas del mismo género, calidad y cantidad».

Por su parte, el Código Civil Panameño de 1917 trata el tema en su artículo 1444:

Artículo 1444.– «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad».

El Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia, de 1922, aborda el mutuo en su artículo 208:

Artículo 208.– «Por el contrato de préstamo, una parte (prestamista) entrega a otra (prestatario) dinero o cosas genéricamente determinadas, y el prestatario se obliga a devolver al prestamista la suma de dinero recibida o una cantidad de cosas igual a la tomada en préstamo, del mismo género y calidad, con o sin intereses».

El Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 aborda el tema en sus artículos 656 y siguientes:

Artículo 656.– «Mutuo es un contrato por el que una persona entrega a otra cierta cantidad de cosas consumibles, con el cargo de que se le devuelva otro tanto de la misma especie y calidad».

Artículo 657.– «Para celebrar este contrato se requiere, que tengan capacidad de disponer libremente de sus bienes, tanto el mutuante como el mutuatario».

De otro lado, el Código Civil Chino de 1930 legisla al mutuo en el artículo 474:

Artículo 474.– «Se llama préstamo de consumo el contrato por el cual las partes convienen que una de ellas transferirá a la otra la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles, y que la otra parte restituirá cosas de la misma especie, calidad y cantidad».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 legisla sobre el mutuo en su artículo 1556:

Artículo 1556.– «Por el mutuo una persona entrega a otra cierta cantidad de dinero o de cosas que se consumen por el uso, con cargo de que se le devuelva otro tanto de la misma especie y calidad».

El Proyecto de Código Civil Argentino de 1936 trata el tema en el artículo 1197:

Artículo 1197.– «El contrato de préstamo será mutuo cuando una de las

partes entregare en propiedad a la otra, dinero o cosas fungibles, con cargo para ésta, de restituir igual número de la misma naturaleza y calidad».

De otro lado, debemos recordar que el Código Civil Venezolano de 1942 legisla el tema en el artículo 1735:

Artículo 1735.– «El mutuo es un contrato por el cual una de las partes entrega a otra cierta cantidad de cosas, con cargo a restituir otras tantas de la misma especie y calidad».

El Código Civil Italiano de 1942 aborda el particular en el artículo 1813:

Artículo 1813.– «(Noción) El mutuo es el contrato por el cual una parte entrega a la otra una determinada cantidad de dinero o de otras cosas fungibles, y ésta se obliga a restituir otras tantas cosas de la misma especie y calidad».

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Angel Ossorio y Gallardo, de 1943, abordaba el tema en sus artículos 1283 y 1284:

Artículo 1283.– «Por el contrato de préstamo una de las partes entrega a la otra dinero o una cosa consumible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso se llama préstamo de valores, o bien alguna cosa no consumible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva.

El préstamo de cosas es esencialmente gratuito y el de valores puede ser gratuito o con interés».

Artículo 1284.– «Cuando el préstamo es de dinero hay que devolverlo en la especie pactada y, no siendo posible, entregar la especie en la moneda que tenga curso legal en Bolivia.

Si lo prestado es otra cosa consumible o una cantidad de metal no amonedado, el deudor debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteración en su precio».

El Código Civil Portugués de 1967 trata acerca del mutuo en el artículo 1142:

Artículo 1142.– «(Noción) Mutuo es el contrato por el cual una de las partes presta a otra dinero u otra cosa fungible, quedando la segunda en la obligación de restituir otro tanto del mismo género y calidad».

Por su parte, el Código Civil Guatemalteco de 1973 aborda el tema en su artículo 1942:

Artículo 1942.– «Por el contrato de mutuo una persona entrega a otra dinero u otras cosas fungibles, con el cargo de que le devuelva igual cantidad de la misma especie y calidad».

El Código Civil Boliviano de 1976 legisla al mutuo en sus artículos 895 y siguientes:

Artículo 895.– «(Noción) El mutuo es el préstamo de cosas fungibles que el mutuatario está obligado a devolver al mutuante en casos de igual género, cantidad y calidad».

Artículo 898.– «(Capacidad de disposición) Para celebrar este contrato el mutuante debe tener capacidad para disponer de sus bienes».

El Proyecto de Código Civil Brasileño, aprobado por la Cámara de Diputados, en 1984, legislaba al mutuo en el artículo 586:

5.4.3. En cuanto a su estructura

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

5.4.4. En cuanto a su contenido o área

Como ha sido dicho oportunamente, la compraventa puede ser tanto un contrato civil como mercantil. Lo propio ocurre con el mutuo; pero el mutuo mercantil, será por lo general, con intereses. El Código Civil de 1984, en virtud del artículo 2112, estableció que el contrato de mutuo de naturaleza mercantil, se rige por las disposiciones de dicho cuerpo de leyes. Esto, según comenta Arias-Schreiber,[47] se adoptó en razón de que «la diferencia creaba poblemas para establecer la ley aplicable en los crecientes casos de duda que planteaba la problemática de la vida moderna».

Entonces y desde que entró en vigencia el Código Civil de 1852 hasta su derogatoria, el mutuo mercantil era regulado en los artículos 339 y 340 del Código de Comercio de 1853, y después por los artículos 305 al 314 del Código de Comercio de 1902, hasta que fue derogado el Código Civil de 1936. Este último cuerpo de leyes exigía que para que un mutuo sea considerado de naturaleza mercantil, debía

Artículo 586.– «El mutuo es el préstamo de cosas fungibles. El mutuatario está obligado a restituir al mutuante lo que de él recibió en cosa del mismo género, calidad y cantidad».

Finalmente, el Código Civil Paraguayo de 1987 legisla este contrato en su artículo 1292:

Artículo 1292.– «Por el contrato de mutuo, o préstamo de consumo, una parte entrega en propiedad a la otra una suma de dinero u otras cosas fungibles que está autorizada a consumir, con la obligación de restituirlas en igual cantidad, especie y calidad, al vencimiento del plazo estipulado».

[47] ARIAS-SCHREIBER-PEZET, Max. *Exégesis*, tomo II, página 238. San Jerónimo Ediciones, Lima, 1988.

tener como elemento el que alguno de los contratantes fuera comerciante, mientras que su antecesor estipulaba que «el préstamo no era mercantil si solamente era comerciante el acreedor; que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio, bastando que así lo exprese el documento en que conste el préstamo». Con respecto a esta disposición, en la Exposición de Motivos se señalaba que con ella «quedaban amparados y protegidos por la legislación comercial gran número de préstamos, que se regían por el Derecho Civil, a pesar de constituir en rigor actos de comercio, solo porque uno de los contratantes era ajeno a esta profesión.[48]

5.4.5. En cuanto a su autonomía

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

5.4.6. En cuanto a su formación

Como hemos visto, la compraventa es un contrato consensual.

La situación del mutuo es mucho más compleja.

Tanto en el Código de 1836 (artículo 1654), como en el Código de 1852 (artículo 1800) y en el de 1936 (artículo 1573), el mutuo ha sido considerado como un contrato de naturaleza real; es decir, que la entrega del bien era un requisito *sine qua non* para la formación del contrato. Es, con el Código vigente, que la entrega del bien se produce en la fase de ejecución del contrato, o sea que con ella se inicia el cumplimiento de la prestación del mutuante.

El Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo

[48] GARCÍA CALDERÓN, Manuel. *Código de Comercio de 1902*, página 152. Segunda edición, Imprenta de la U.N.M.S.M., Lima, 1967.

de Vidaurre, parece ser que también adopta la teoría del mutuo como contrato real, ya que en su definición expresa que «es el préstamo de una cantidad de dinero con interés legal, menor, o sin él, para restituirlo en dinero al plazo que se señale». La frase «es el préstamo» nos indicaría que con la entrega se ha celebrado el contrato.

En el Código Civil de 1852, podía ser también un contrato formal, pues debía constar en «documento escrito», si es que el valor del bien era mayor a 200 pesos y además se hubiesen pactado intereses. Lo mismo sucedía en el Código de 1936, de acuerdo al cual se debía hacer constar por escrito cuando el valor del bien excediera de quinientos soles.

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

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

5.4.7. En cuanto al tiempo

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

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

El Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre no le daba fuerza ejecutiva cuando no se pactaba plazo para la devolución; en cambio, nuestros Códigos han sido menos drásticos y consideraron que en este caso debía regir el plazo legal. Para el de 1836 era de cuarenta días; en el de 1852 se disponían seis meses, y en el de 1936 fue de treinta días. En el Código de 1984 es de treinta días contados desde la entrega.

5.4.8. En cuanto a su negociación

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

5.4.9. En cuanto al rol económico

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

Por su parte, el contrato de mutuo es uno de disposición, pues implica una disminución en el patrimonio del mutuante, que luego se verá compensada con la devolución

de lo mutuado. También se trata de un contrato de cambio, pues está destinado a la circulación de los bienes, independientemente de si incluye o no pacto de intereses.

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

5.4.10. En cuanto a su función

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

5.4.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

El Código Civil de 1852 y el de 1936 disponían que el mutuante y el mutuatario debían tener capacidad de disposición sobre sus bienes (artículos 1802 y 1574, respectivamente). El Código de Santa Cruz y el Proyecto del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre no contenían una norma expresa al respecto, pero se deduce que se exigía esa capacidad (sobre todo para el mutuante), en virtud de que era un contrato que se perfeccionaba con la entrega y que esta cumplía, además, la función de trasladar la propiedad. No

olvidaba el principio según el cual nadie puede transmitir más derechos de los que tiene.

Los Códigos Civiles de 1852 y de 1936 establecían expresamente que no había acción civil para demandar el pago de lo que se da en mutuo a persona incapaz de celebrar este contrato (artículos 1803 y 1575, respectivamente); pero el Código de 1936 agrega que cesa esta prohibición cuando el incapaz celebró el mutuo para atender sus alimentos.

El artículo 1804 del Código Civil de 1852 expresaba que los guardadores y los administradores no podían celebrar este contrato en representación de las personas y establecimientos cuyos bienes administraban, para lo cual tenían que observar las mismas reglas que se prescribían para la transacción.

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

5.4.12. En cuanto a la prestación

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

Desde el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, hasta el Código Civil de 1936 era uno de prestación unilateral. La prestación estaba a cargo del mutuatario quien debía restituir al mutuante el bien (no el mismo, dado que se trata de bienes consumibles), en las condiciones prescritas.

El artículo 1254 del Código Civil de 1836 establecía la obligación del mutuatario de devolver «la cosa o cosas que se

consumen por el uso en la misma especie y calidad». Agregó el término «cantidad» en su artículo 1261, donde disponía la obligación de devolverlo en el «término convenido, en la misma cantidad y calidad». La devolución del bien era la única obligación creada al tiempo de celebración del contrato.

En la posición de este Código (que, como veremos, continuó el de 1852), el mutuo venía a ser un contrato sinalagmático imperfecto, pues con posterioridad a su celebración surgían obligaciones a cargo del mutuante. Estas obligaciones estaban reguladas en el Capítulo V, artículos 1257 a 1260. Prescribía el artículo 1257, que el mutuante no podía exigir la devolución de la cosa prestada antes del término convenido; en el artículo 1258 no se preveía ninguna obligación del mutuante, sino que se fijaba el término para la devolución que, en caso de no haberse pactado, era de cuarenta días. En el artículo 1259 se facultaba al juez para fijar el término, según las circunstancias, si es que se hubiera convenido que el mutuatario pagara cuando pudiera o tuviera medios para hacerlo. El artículo 1260 establecía la obligación del mutuante de reembolsar los gastos necesarios en que haya incurrido el mutuatario para conservar la cosa; de donde podemos apreciar que en este aspecto se presenta una contradicción, dado que si en su artículo 1255 establecía que desde la entrega el mutuatario se hacía dueño de la cosa, entonces deberían haberle correspondido a él los gastos de conservación.

En el Capítulo VI se regulan las obligaciones del mutuatario, que vendrían a ser las accesorias, pero en el artículo 1261 se reitera la principal. Tal vez esta repetición se hizo para agregar el término «cantidad», pero ya no se volvió a exigir que fuera de la misma especie como lo hizo con el término «calidad». En el artículo 1262 se dispuso que ante la imposibilidad del mutuatario de devolver el bien en las condiciones señaladas, este quedaba obligado al pago del valor de las cosas con respecto al tiempo y al lugar en que se debían restituir, y si el tiempo y el lugar no se habían pactado, el pago se haría con respecto al precio, en el tiempo y lugar del prés-

tamo. En el artículo 1263 se estableció la sanción de pagar intereses cuando el mutuatario no devolviera las cosas prestadas o su valor en el término convenido.

Por otra parte, debemos precisar que el Proyecto del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre solo estableció obligaciones a cargo del mutuatario, y no se pronunció acerca de ninguna obligación del mutuante. En el artículo 8 del Título 11 señalaba: «Todos los acontecimientos ordinarios y extraordinarios sobre el dinero mutuado caen en el mutuatario». En su artículo 9 establecía que quedaban derogadas las leyes de la *non numerata pecunia*; fundamentando Vidaurre esta disposición al sostener que ninguno debe obligarse por lo que aún no ha recibido.[49]

El Código Civil de 1852 siguió los mismos lineamientos que su antecesor, es decir, también consideró al mutuo como un contrato sinalagmático imperfecto, pero demuestra mayores precisiones y riqueza de supuestos. Al igual que el Código de 1836, disponía que era obligación del mutuatario devolver el bien, según el artículo 1800, en la misma especie y calidad; siendo el término «cantidad» agregado en otro artículo, el 1814. Esta era la única obligación creada al momento de la celebración del contrato.

Lo que en el Código Civil de 1836 se enfocaba como una obligación de no hacer o de abstención, en este se hace estableciendo que el mutuante no tenía derecho a «pedir que se le pague lo que dio en mutuo antes del vencimiento del plazo», y agrega: «sea convencional o legal; a no ser que el deudor malverse sus bienes y no otorgue la fianza que se le exija». El plazo legal era más largo que en el anterior Código (seis meses), y operaba solo a falta de plazo convencional. Repitiendo lo establecido en el artículo 1259 del Código de

[49] DE VIDAURRE, Manuel Lorenzo. *Proyecto del Código Civil Peruano*. Segunda parte, página 205. Imprenta del Constitucional por Justo León, Lima, 1836.

Santa Cruz, el artículo 1812 facultaba al juez para designar el plazo en caso de que se haya pactado que el mutuatario pagare cuando tuviese medios para hacerlo; agregando este artículo que el juez evaluaría las circunstancias del deudor. Cabe reconocer aquí que este Código emplea una mejor sistemática, al no regular ya lo concerniente al plazo y las atribuciones del juez con respecto a las obligaciones del mutuante.

A diferencia del Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana, el Código Civil de 1852 sí establecía que al mutuatario (después de la entrega) le correspondía la mejora, deterioro o destrucción de la cosa prestada, y por ende, ya no habría reembolso. Asimismo, este Código muestra los primeros antecedentes de las obligaciones de saneamiento, cuando en sus artículos 1807 y 1808 responsabilizaba al mutuante por las que resulten de los defectos ocultos de la cosa entregada en mutuo, si sabiéndolo no daba aviso al mutuatario; anotando que si ignoraba los vicios ocultos, solo estaba obligado a sufrir la reducción proporcional del valor de la cosa mutuada.

Con respecto a las demás obligaciones del mutuatario se repitieron las reglas del Código de la Confederación, agregando que si «Las cosas fueron apreciadas al tiempo del mutuo, está obligado a satisfacer el valor que se les dio, aunque valgan más o menos al tiempo del pago». El artículo 1810 facultaba al mutuatario (algo sobre lo cual no se pronunciaba el Código de 1836) a «pagar lo que recibió en mutuo, antes del tiempo convenido con el mutuante, sin que obste pacto en contrario»; de donde podemos apreciar que no se pensó en el supuesto de que se hubieran pactado intereses, caso en el cual este dispositivo resultaba perjudicial para el mutuante.

En el Código Civil de 1936 —al igual que sus antecesores—, en el momento de la celebración del contrato (en virtud de que este se celebraba con la entrega) solo el mutuatario quedaba obligado a ejecutar la devolución. La obligación de devolver el bien debía hacerse, según el artículo 1573, en «la misma especie y calidad» (siendo el término «cantidad», agregado en otro artículo: el 1579).

En este Código ya no se estableció la abstención del mutuante de pedir la devolución antes del vencimiento del plazo legal o convencional. Ello es explicado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea,[50] en los siguientes términos:

> Suprimido por constituir una aplicación del principio general, ya legislado, en virtud del cual el deudor pierde todo derecho a utilizar el plazo, cuando después de contraída la obligación resulte insolvente y no garantice la deuda, o cuando por actos propios disminuyesen las garantías después de establecidas, o finalmente, cuando por caso fortuito las garantías concedidas desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras». De acuerdo con el artículo 1578, si no se fijaba término para el pago, se entendía que era de treinta días.
>
> Fue suprimida también, la regla contemplada en el artículo 1812 del Código Civil de 1852. Ello se debió a que el Código Civil de 1936 ya había establecido en la Sección Primera del Libro Quinto, Título V, De las Modalidades de los Actos Jurídicos, artículo 1115, que: «Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fijará su duración».

Al igual que el Código de 1852, el de 1936 también estableció que el mutuatario debía responder por la mejora, deterioro o destrucción de la cosa después de la entrega. Las obligaciones de saneamiento que pudieran haberle correspondido al mutuante ya no fueron reguladas dentro del Capítulo concerniente a este contrato, sino que estuvieron dentro de los principios generales, dada su naturaleza (Títulos IV y V); permaneciendo las demás reglas concernientes a las obligaciones del mutuatario.

---

[50] OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. *Exposición de Motivos del Libro V del Proyecto de Código Civil*, página 231. Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1936.

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

La regulación de las prestaciones sigue, básicamente, los mismos lineamientos que el Código anterior.

El artículo 1658 regula un supuesto no previsto en el Código de 1936, aunque sí fue tocado por el de 1852, pero con un precepto contrario al actual. Este artículo permite que el mutuatario efectúe el cumplimiento de su prestación antes del plazo estipulado, si es que no se han pactado intereses o cualquier otra retribución por el uso. Hallamos que esta disposición es acertada, por cuanto con ella se está protegiendo el derecho del mutuante a recibir un beneficio que las partes habían convenido libremente. Consideramos, asimismo, que esta norma es dispositiva, y por consiguiente, cabe pactar en contrario.

El artículo 1657 establece que «si se ha convenido que el mutuatario pague sólo cuando pueda hacer o tenga los medios, el plazo será fijado por el juez atendiendo las circunstancias». Esta norma no estaba prevista en el Código de 1936, dado que se consideraba que era suficiente con la disposición general comprendida en Acto Jurídico. Por nuestra parte, estimamos que tal inclusión es acertada y supone un avance, pues, aunque también ahora hay norma general aplicable (artículo 182), con el 1657 se obtiene un mayor alcance, cuando dice «que el plazo será fijado por el juez atendiendo las circunstancias».

En lo referente al objeto de las prestaciones en el contrato de mutuo, debemos precisar que aquel podría consistir en dinero (bien fungible por excelencia) o en cualquier otro bien consumible.

El Proyecto del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre reducía el mutuo solo al préstamo de dinero, y agregaba que

si se trataba de «mercancías en todo o en parte» (artículo 2 del Título 11) el contrato era de «Compra y Venta».

El Código Civil de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, hablaba de las cosas que se consumen por el uso (artículo 1254) y del dinero (artículo 1264); en tanto el Código de 1852 empleaba la frase «cosas fungibles», —y es que en su artículo 458 definía erróneamente, a las cosas fungibles como aquellas que se consumen por el uso. El Código Civil de 1936 hablaba de dinero y de cosas que se consumen por el uso (artículo 1573)—.

Por su parte, el Código Civil de 1984 se refiere al dinero, y, empleando un término más exacto y técnico, alude a bienes consumibles (artículo 1648), pues, como sabemos, todos los bienes materiales tienen como destino final el consumo por el uso, pero los bienes consumibles son aquellos que se extinguen con el primer uso. Entonces, con las primeras definiciones se estaban abarcando a aquellos bienes fungibles que tenían un lapso de aprovechamiento más duradero, y por consiguiente, quizá no hubiera podido hacerse (en lo que al objeto se refiere) una diferenciación con el contrato de comodato.

Los Códigos Civiles de 1852 y 1936 sancionaban con nulidad el mutuo en que se pactare prestar una cantidad de dinero para devolverlo en mercaderías (artículos 1818 y 1582, respectivamente), pues se consideraba que ello desnaturalizaba el contrato. En el Código Civil de 1984, bajo el principio de preservación del contrato, se dispone que este debe ser reputado como de compraventa (artículo 1665).

Así, el Código de 1984 establece que «si en el mutuo se declara recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, el contrato se entiende celebrado por esta última, quedando sin efecto en cuanto al exceso». El Código de 1936 lo sancionaba con nulidad, pues se consideraba que la mayor cantidad representaba un interés que encubría una operación usuraria.[51]

---

[51] ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, página 274.

El artículo 1817 del Código Civil de 1852 disponía: «Cuando se prestó moneda de oro o plata con la obligación de que sería pagada en la misma especie y calidad, si ha sufrido alteración el valor que en el cambio tenían estas monedas, o no circulan, el mutuatario está obligado a devolver, en moneda corriente, el mismo valor de aquéllas al tiempo del mutuo. Si no se expresó en el contrato que el pago debería hacerse en la misma clase de moneda, cumple el mutuatario con satisfacer en la que esté circulando en el lugar donde se deba pagar». Este artículo fue modificado por el numeral 1581 del Código de 1936, que establecía lo siguiente: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, o, en su defecto, en la moneda que tenga curso legal». La misma disposición se mantiene en el Código de 1984, pero ubicada, dada su naturaleza, ya no dentro de las normas del Contrato de Mutuo, sino en el Libro de las Obligaciones, artículo 1234. Con ello fue adoptada la Teoría Nominalista.

5.4.13. En cuanto a la valoración

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

En cuanto al contrato de mutuo, podemos recordar que para el Código de Santa Cruz era un acto a título oneroso, pues si no se pactaban intereses, corría el interés legal. Entonces, si las partes querían pactar un mutuo gratuito, lo debían manifestar expresamente. En caso las partes hubieren pactado un interés superior a los topes que el Código señalaba, el contrato era nulo.

El Proyecto del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre también presumía la onerosidad del mutuo, cuando en su definición señalaba: «es el préstamo de una cantidad de dinero con interés legal, menor, o sin él».

Posición distinta adoptaron nuestros Códigos Civiles de 1852 y 1936. Para ellos, en el mutuo no se debían intereses

sino en el caso de estar pactados (artículos 1819 y 1583); es decir que el mutuo se presumía gratuito. Ambos Códigos siguieron la misma regla respecto al anatocismo, pues no se podía pactar la capitalización de intereses, siendo ello posible solamente después de dos años y constando por escrito (artículos 1823 del Código de 1852, y 1586 del Código de 1936).

Nuestros Códigos Civiles hasta el de 1936 —inclusive— fijaban la tasa de interés. Así, el de 1836 disponía que el legal era de 6% al año, y el convencional no debía excederse del 2% mensual; en tanto los Códigos de 1852 y 1936 solo establecían interés legal de 6% y 5%, respectivamente.

Mediante la Ley N° 23413, de junio de 1982, se estableció que el interés legal sería fijado periódicamente por el Banco Central de Reserva del Perú. Esta disposición tenía como sustento el hecho de que la realidad económica del país estaba sujeta a continuas variaciones (inflación y devaluación) y, en tal contexto, el interés no podía ser fijado por un Código Civil, ya que este es un instrumento normativo con vocación de permanencia.

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

5.4.14. En cuanto al riesgo

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

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

5.4.15. En cuanto a sus efectos

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

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

5.5. Con el contrato de arrendamiento

5.5.1. En cuanto al nombre

Tanto la compraventa como el arrendamiento son contratos nominados.

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

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

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

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

5.5.2. En cuanto a su regulación

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

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

En lo que respecta al arrendamiento, puede decirse que el Proyecto De Vidaurre trataba el tema en el Título 19, artículos 1 a 22. El Código Civil de 1836 lo hacía en el Título IX, artículos 1128 a 1178, los mismos que contenían diversos Capítulos. Así, el Capítulo I trataba sobre las Disposiciones Generales; el Capítulo II, acerca de las reglas comunes a los Arrendamientos de Predios Urbanos y Rústicos; el Capítulo III, de las Reglas particulares al Alquiler de Casas y Muebles; el Capítulo IV de las Reglas particulares a los Arrendamientos de Predios Rústicos; y el Capítulo V, del Arrendamiento de Ganados, y así sucesivamente, pues son nueve Capítulos.

El Código Civil de 1852 abordaba el tema en el Título III, artículos 1540 a 1631, tratando sobre las obligaciones del locador, las obligaciones del conductor, los modos de rescindir y de acabar la locación y las mejoras. Por su parte, el Código Civil de 1936 regulaba el tema en el Título V, artículos 1490 a 1546. El Código Civil de 1984 lo hace en el Título VI, artículos 1666 a 1712, tratando en el Capítulo I sobre las Disposiciones Generales; en el Capítulo II, sobre las Obligaciones del Arrendador; en el Capítulo III, sobre las Obligaciones del Arrendatario; en el Capítulo IV, acerca de la Duración del Arrendamiento; en el Capítulo V, sobre el Subarrendamiento y la Cesión del Arrendamiento; en el Capítulo VI, acerca de la Resolución del Arrendamiento;

y, por último, en el Capítulo VII, de la Conclusión del Arrendamiento.[52]

---

[52] Como referencia podemos mencionar que el Código Civil Francés, al tratar acerca de las disposiciones generales del contrato de arrendamiento, contiene tres normas, de texto siguiente:
Artículo 1708.– «Existen dos clases de contratos de arrendamiento:
El de las cosas,
y el de las obras».
Artículo 1709.– «El arrendamiento de cosas es un contrato por el cual una de las partes se obliga a hacer que la otra goce de una cosa durante cierto tiempo, y mediante un cierto precio que éste se obliga a pagarle».
Artículo 1710.– «El arrendamiento de obras es un contrato por el cual una de las partes se compromete a hacer una cosa para la otra, mediante un precio convenido entre ellas».

Posteriormente, en el artículo 1713 se trataba acerca del arrendamiento de cosas:
Artículo 1713.– «Cabe arrendar toda clase de bienes muebles o inmuebles».

En tanto que en el artículo 1800 y en el 1802 se regulaba la aparcería de ganado:
Artículo 1800.– «La aparcería de ganado es un contrato por el cual una de las partes le da a la otra un conjunto de animales para guardarlo, alimentarlo y cuidarlo, en las condiciones convenidas entre ellas».
Artículo 1802.– «Cabe dar en aparcería de ganado toda especie de animales susceptibles de cría o de provecho para la agricultura y el comercio».

Lo propio hizo el Código Civil Belga, en 1806:
Artículo 1708.– «Existen dos clases de contratos de arrendamiento:
El de las cosas,
y el de las obras».
Artículo 1709.– «El arrendamiento de cosas es un contrato por el cual una de las partes se obliga a hacer que la otra goce de una cosa durante cierto tiempo, y mediante un cierto precio que éste se obliga a pagarle».
Artículo 1710.– «El arrendamiento de obras es un contrato por el cual una de las partes se compromete a hacer una cosa para la otra, mediante un precio convenido entre ellas».

Posteriormente, en el artículo 1713 se trataba acerca del arrendamiento de cosas:
Artículo 1713.– «Cabe arrendar toda clase de bienes muebles o inmuebles».

En tanto que en el artículo 1800 y en el 1802 se regulaba la aparcería de ganado:
Artículo 1800.– «La aparcería de ganado es un contrato por el cual una de las partes le da a la otra un conjunto de animales para guardarlo, alimentarlo y cuidarlo, en las condiciones convenidas entre ellas».
Artículo 1802.– «Cabe dar en aparcería de ganado toda especie de animales susceptibles de cría o de provecho para la agricultura y el comercio».

Por su parte, el Código Civil Boliviano de 1831 regulaba el tema del arrendamiento en su artículo 1129:
Artículo 1129.– «El arrendamiento o alquiler es de dos especies: uno de cosas y otro de obras. El de cosas es un contrato por el cual una de las partes se obliga a dar a la otra una cosa, por cierto precio y tiempo determinado».

El Código Civil Peruano de 1852 abordaba al arrendamiento bajo el título de «Locación y Conducción», señalando en el artículo 1540 lo siguiente:
Artículo 1540.– «La locación y conducción es un contrato por el cual una persona cede a otra el uso de alguna cosa, o se obliga a prestarle su servicio o trabajo personal, durante un tiempo determinado y por cierta renta convenida».

El Proyecto de Código Civil elaborado por Don Andrés Bello establecía el tratamiento del arrendamiento de cosas en su artículo 2092:
Artículo 2092.– «Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorporales que pueden usarse sin consumirse, excepto aquéllas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso.

Puede arrendarse aun la cosa ajena, y el arrendatario de buena fe tendrá acción de saneamiento contra el arrendador, en caso de evicción».

El Código Civil Chileno aborda el tema del arrendamiento en el artículo 1915 y el de arrendamiento de cosas en el artículo 1916:
Artículo 1915.– «El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de alguna cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado».
Artículo 1916.– «Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorporables, que pueden usarse sin consumirse; excepto aquéllas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso.

Puede arrendarse aun la cosa ajena, y el arrendatario de buena fe tendrá acción de saneamiento contra el arrendador, en caso de evicción».

Por su parte, el Código Civil Italiano de 1865 tocaba el tema del arrendamiento bajo el nombre de «contrato de locación», señalando en sus artículos 1568 y 1569 lo siguiente:
Artículo 1568.– «El contrato de locación tiene por objeto las cosas o las obras».
Artículo 1569.– «La locación de cosas es un contrato por el cual una de las partes contratantes se obliga a hacer gozar a la otra de una cosa por un determinado tiempo y mediante un determinado precio que ésta se obliga a pagarle».

El Código Civil Uruguayo trata acerca del arrendamiento en sus artículos 1776 y 1777:
Artículo 1776.– «El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este uso, goce o servicio un precio determinado.

El que recibe el precio es arrendador, y el que lo paga arrendatario.

El arrendamiento se perfecciona por el mutuo consentimiento de las partes».

Artículo 1777.– «Pueden ser objeto del arrendamiento los bienes muebles no fungibles y todos los inmuebles. Exceptúanse aquellas cosas que la ley prohíbe arrendar y los derechos estrictamente personales, como los de uso y habitación».

El Código Civil Argentino trata el tema en sus artículos 1493, 1499 y 1501:

Artículo 1493.– «Habrá locación cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio, un precio determinado en dinero.

El que paga el precio, se llama en este Código, 'locatario', 'arrendatario' o 'inquilino', y el que lo recibe 'locador' o 'arrendatario'. El precio se llama también 'arrendamiento' o 'alquiler'».

Artículo 1499.– «Las cosas muebles no fungibles y las raíces sin excepción pueden ser objeto de la locación».

Artículo 1501.– «Las cosas que estén fuera del comercio, y que no pueden ser enajenadas, o que no pueden enajenarse sin previa licencia o autorización, pueden ser dadas en arredamiento, salvo que estuvieran fuera del comercio por nocivas al bien público u ofensivas a la moral y buenas costumbres».

Por su parte, el Código Civil Colombiano aborda al contrato de arrendamiento en sus artículos 1973 y 1974:

Artículo 1973.– «El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado».

Artículo 1974.– «Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorporales, que pueden usarse sin consumirse; excepto aquéllas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso».

El Código Civil Venezolano de 1880 abordaba el tema en sus artículos 1486 y 1487:

Artículo 1486.– «El contrato de arrendamiento tiene por objeto las cosas y las obras del hombre».

Artículo 1487.– «El arrendamiento de cosas es un contrato en el cual una de las partes contratantes se obliga a hacer gozar a la otra de una cosa por cierto tiempo y mediante un precio determinado que ésta se obliga a pagarle».

El Código Civil Ecuatoriano trata acerca del contrato de arrendamiento en sus artículos 1883 y 1884:

Artículo 1883.– «Arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado, salvo lo que disponen las leyes del trabajo y otras especiales».

Artículo 1884.– «Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorporales que pueden usarse sin consumirse; excepto aquéllas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso».

El Código Civil Español establece en sus artículos 1542, 1543 y 1545, lo siguiente:

Artículo 1542.– «El arrendamiento puede ser de cosas, o de obras y servicios».

Artículo 1543.– «En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto».

Artículo 1545.– «Los bienes fungibles que se consumen con el uso no pueden ser materia de este contrato».

El Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade, de 1890, se ocupaba en el Capítulo XXII, del Arrendamiento de Ganado o Arrendamiento de Aparcería. Así, respecto de la aparcería simple contemplaba el artículo 991, de texto siguiente:

Artículo 991.– «La aparcería simple es un arrendamiento de grueso o pequeño ganado, de caballos, o de animales de corral, por el cual el arrendatario se encarga de cuidar y alimentar un rebaño o un cierto número de los mencionados animales, mediando una parte de sus productos.

A falta de convenciones particulares, el arrendatario tiene la mitad de la cría y del producto del esquileo, y la totalidad de la lactancia, de los huevos, del abono y de los servicios de los animales.

El derecho del arrendatario es real y oponible a los terceros, si no hay convención en contrario».

Por su parte, el Código Civil Japonés establece en su artículo 601 lo siguiente:

Artículo 601.– «Un contrato de arrendamiento se hace efectivo cuando una de las partes ha acordado permitir a la otra el uso de una cosa y a sacarle provecho y que ésta se comprometa a pagar alquiler por ella».

El Código Civil Alemán prescribe en su artículo 535 lo relativo al contrato de arrendamiento de uso, y en el artículo 581 lo referente al arrendamiento de uso y disfrute:

Artículo 535.– «Por el contrato de arrendamiento de uso el arrendador se obliga a conceder al arrendatario el uso de la cosa arrendada durante el tiempo del arrendamiento. El arrendatario está obligado a satisfacer al arrendador el alquiler estipulado».

Artículo 581.– «Por el contrato de arrendamiento de uso y disfrute el arrendador se obliga a conceder al arrendatario durante el tiempo del arrendamiento el uso del objeto arrendado y el goce de los frutos, en tanto que hayan de considerarse como producto según las reglas de una ordenada economía. El arrendatario está obligado a satisfacer al arrendador el alquiler estipulado.

Al arrendamiento de uso y disfrute, en tanto que de los parágrafos 582 a 597 no se deduzca otra cosa, se aplican oportunamente las disposiciones sobre el arrendamiento de uso».

De otro lado, el Código Civil Nicaragüense de 1903 también regula al arrendamiento o locación. Sus disposiciones generales, los artículos 2810 a 2815, establecen lo siguiente:

Artículo 2810.– «Se llama arrendamiento o locación al contrato por el cual dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra o a prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio un precio determinado y cierto. Se llama arrendador o locador el que da la cosa en arrendamiento, y locatario, arrendatario o inquilino el que la recibe».

Artículo 2811.– «El contrato de arrendamiento queda concluido por el mutuo consentimiento de las partes. Todo lo dispuesto sobre el precio, consentimiento y demás requisitos esenciales de la compra–venta, es aplicable al contrato de arrendamiento».

Artículo 2812.– «Las cosas muebles no fungibles y no consumibles, y las raíces sin excepción, pueden ser objeto de arrendamiento».

Artículo 2813.– «Pueden dar y recibir en arrendamiento los que pueden contratar».

Artículo 2814.– «El que no fuese dueño de la cosa, podrá arrendarla, si tiene facultad de celebrar este contrato, ya en virtud de autorización expresa del dueño, ya por disposición de la ley.

En el primer caso, la constitución del arrendamiento se sujetará a los límites que designe el convenio, y en el segundo, a los que la ley ha fijado al guardador, al albacea y a los demás administradores de bienes ajenos».

Artículo 2815.– «No puede arrendar el copropietario de cosa indivisa, si no es sujetándose a las prescripciones establecidas en este Código respecto de los comuneros».

De otro lado, el Código Civil Hondureño de 1906, en su artículo 1681, establece lo siguiente:

Artículo 1681.– «El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio, un precio determinado.

Deberán constar por escrito los arrendamientos cuyo precio total y único exceda de doscientos pesos (la unidad monetaria actual de Honduras es el Lempira, según disposición del Decreto Legislativo número 102 de 3 de Abril de 1926) en cada período; no siendo admisible en estos casos la prueba testimonial, sino en conformidad a lo prescrito en el artículo 1530».

Por su parte, el Código de las Obligaciones de Suiza, prescribe en su artículo 253 lo siguiente:

Artículo 253.– «El arrendamiento es un contrato por el cual el arrendador se obliga a ceder el uso de una cosa al arrendatario, mediando una renta».

El Código Civil Brasileño trata acerca de la locación de cosas en el artículo 1188:

Artículo 1188.– «En la locación de cosas, una de las partes se obliga a ceder a otra, por tiempo determinado, o no, el uso y goce de una cosa no fungible, mediante cierta retribución».

De otro lado, el Código Civil Panameño de 1917 regula el tema en sus artículos 1294 y 1295:

Artículo 1294.– «El arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o servicios».

Artículo 1295.– «En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto».

En tanto, el Segundo Anteproyecto del Libro V del Código Civil del Perú de 1926, trataba el tema de la locación de cosas y de servicios en los numerales 552 y siguientes:

Artículo 552.– «La locación y conducción es un contrato por el cual una persona cede a otra el uso de alguna cosa, o se obliga a prestarle su servicio o trabajo personal, durante un tiempo determinado y por cierta renta convenida».

Artículo 553.– «Puede arrendarse toda cosa mueble o inmueble que está en el comercio de los hombres y que no se consume con el uso».

Artículo 555.– «Puede dar bienes en locación, el dueño que sea capaz de contratar; y también el que por ley o pacto tenga esta facultad en cuanto a los bienes que administra».

Artículo 556.– «El copropietario de una cosa indivisa, no puede arrendarla, ni aún en la parte que le pertenece, sin consentimiento de los demás partícipes».

De otro lado, el Código Civil del Distrito Federal de México de 1927 regula el tema en los artículos 2252 y siguientes:

Artículo 2252.– «Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente una a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra a pagar por ese uso o goce un precio cierto [...]».

Artículo 2254.– «Son susceptibles de arrendamiento todos los bienes que pueden usarse sin consumirse excepto aquéllos que la ley prohíbe arrendar y los derechos estrictamente personales».

Artículo 2255.– «El que no fuere dueño de la cosa podrá arrendarla si tiene facultad para celebrar ese contrato; ya en virtud de autorización del dueño, ya por disposición de la ley».

Artículo 2256.– «En el primer caso del artículo anterior, la constitución del arrendamiento se sujetará a los límites fijados en la autorización, y en el segundo, a los que la ley haya fijado a los administradores de bienes ajenos».

Artículo 2257.– «No puede arrendar el copropietario de cosa indivisa sin consentimiento de los otros copropietarios».

De otro lado, el Código Civil Chino de 1930 regula al arrendamiento en el artículo 421:

Artículo 421.– «Se llama arrendamiento el contrato por el cual las partes convienen que una de ellas arrendará a la otra una cosa para que la use o perciba sus frutos, y que la otra pagará por ella una renta.

La renta prevista en el párrafo anterior puede consistir en dinero o en frutos de la cosa arrendada».

El Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 trataba sobre la locación-conducción en el artículo 1475:

Artículo 1475.– «Por la locación-conducción una persona cede a otra el uso de alguna cosa, o se obliga a prestarle su servicio o trabajo personal, durante un plazo y por cierta renta convenida».

Por su parte, el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936, trataba el tema en los artículos 1015 y 1016:

Artículo 1015.– «Habrá locación de cosas, cuando una parte se obligue a ceder el uso y goce de un objeto, por tiempo limitado, y la otra a pagar por ello, un precio cierto en dinero.

Serán asimismo, susceptibles de locación los bienes que no sean cosas, cuando pueda cederse el uso de ellos.

Se aplicará subsidiariamente a este contrato, lo dispuesto sobre los requisitos esenciales de la compraventa».

Artículo 1016.– «Pueden darse en locación todos los bienes que estén en el comercio, aunque sean indeterminados. Los que estuvieren fuera de él, o los que no deban ser enajenados por prohibición legal o judicial, podrán ser objeto del contrato, si no fueren nocivos al bien público, o contrarios a la moral y buenas costumbres».

Por su parte, el Código Civil Venezolano de 1942, se ocupa del arrendamiento en el artículo 1579:

Artículo 1579.– «El arrendamiento es un contrato por el cual una de las partes contratantes se obliga a hacer gozar a la otra de una cosa mueble o inmueble, por cierto tiempo y mediante un precio determinado que ésta se obliga a pagar a aquélla.

Se entenderá que son ventas a plazo, los arrendamientos de cosas muebles con la obligación de transmitir al arrendatario en cualquier tiempo la propiedad de las cosas arrendadas».

En tanto, el Código Civil Italiano de 1942 lo hace en el artículo 1571:

Artículo 1571.– «(Noción) El arrendamiento es el contrato por el cual una parte se obliga a hacer gozar a la otra de una cosa mueble o inmueble por un determinado tiempo, mediante una determinada compensación».

Por su parte, el Anteproyecto de Código Civil para Bolivia elaborado por Angel Ossorio y Gallardo, de 1943, se ocupaba del arrendamiento en los artículos 1253 y siguientes:

Artículo 1253.– «Por el contrato de arrendamiento, una persona se obliga a dar a otra el uso y disfrute de una cosa por tiempo determinado y precio cierto pagadero en metálico o en especies».

Artículo 1254.– «Queda absolutamente prohibido el arrendamiento de fincas rústicas.

Los contratos vigentes en la actualidad cesarán al publicarse este Código. Unicamente por consentimiento escrito del arrendatario podrán convertirse en aparcerías o prorrogarse por un plazo nunca mayor de dos años».

Artículo 1255.– «Todos los demás bienes pueden ser objeto de arrendamiento, excepto los que se consumen con el uso y los derechos estrictamente personales».

Artículo 1259.– «Son aplicables al contrato de arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el contrato de compraventa.

5.5.3. En cuanto a su estructura

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

5.5.4. En cuanto a su contenido o área

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

En los casos en que proceda la devolución del precio, se hará la disminución proporcional al tiempo que el arrendatario haya disfrutado la cosa».

El Código Civil Portugués de 1967 trata acerca de la locación en sus artículos 1022 y 1023:

Artículo 1022.– «(Noción) Locación es el contrato por el cual una de las partes se obliga a proporcionar a otra el goce temporal de una cosa, mediante retribución».

Artículo 1023.– «(Arrendamiento y alquiler) La locación se llama arrendamiento cuando versa sobre cosa inmueble, alquiler cuando versa sobre cosa mueble».

Por su parte, el Código Civil Guatemalteco de 1973 trata del arrendamiento en los artículos 1880 y 1881:

Artículo 1880.– «El arrendamiento es el contrato por el cual una de las partes se obliga a dar el uso o goce de una cosa por cierto tiempo, a otra que se obliga a pagar por ese uso o goce un precio determinado.

Todos los bienes no fungibles pueden ser objeto de este contrato, excepto aquéllos que la ley prohíbe arrendar y los derechos estrictamente personales.

La renta o precio del arrendamiento debe consistir en dinero o en cualquiera otra cosa equivalente, con tal que sea cierta o determinada».

Artículo 1881.– «Puede dar bienes en arrendamiento el propietario que tenga capacidad para contratar, así como el que por ley o pacto tenga esta facultad respecto de los bienes que administra».

De otro lado, el Código Civil Boliviano de 1976 aborda el tema en su artículo 685:

Artículo 685.– «(Noción) El arrendamiento es el contrato por el cual una de las partes concede a la otra el uso o goce temporal de una cosa mueble o inmueble a cambio de un canon».

El Proyecto de Código Civil Brasileño de 1984 trata sobre el tema en el artículo 565:

Artículo 565.– «En la locación de cosas una de las partes se obliga a ceder a otra, por tiempo determinado o no, el uso y goce de cosa no fungible, mediando cierta retribución».

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

5.5.5. En cuanto a su autonomía

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

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

El Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre en el artículo 3 del Título 19, relativo al contrato de arrendamiento, establecía que el arrendatario puede subarrendar, pero para el mismo objeto que se le arrendó; no variando sus obligaciones con motivo del subarriendo. Este artículo señalaba adicionalmente que los bienes que introdujo el subarrendatario en el fundo, quedan obligados en subsidio del subarriendo.

Por otra parte, el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 establecía, en su artículo 1136, que el conductor puede subarrendar y aun ceder a otra persona su derecho, si no se le ha prohibido esta facultad, la cual es concesible en todo o en parte. Dentro de las reglas particulares de alquiler de casas y muebles, el artículo 1156 establecía que el sub-inquilino está obligado con el propietario solamente por el precio de la sublocación, y es su legítimo deudor por la parte que ocupa en la casa.

El Código Civil de 1852 establecía en su artículo 1581 que el conductor tiene derecho de subarrendar a otro el

todo o parte de la cosa, si en el contrato no se le privó de esta facultad; en tanto el artículo 1582 establecía que no hay facultad de subarrendar cuando el contrato se celebró a partir de frutos con el dueño, salvo que este la hubiese concedido expresamente. En el numeral 1583 se precisaba que por el subarriendo total o parcial, no se menoscaban los derechos ni las obligaciones que respectivamente corresponden al locador y al arrendatario ni se alteran tampoco las fianzas e hipotecas, convencionales o legales, que están destinadas a la seguridad del contrato.

Adicionalmente, el Código Civil Peruano de 1852, en su artículo 1597 establecía que el subarrendatario no está obligado al dueño sino subsidiariamente; mientras que el artículo 1598 señalaba que la obligación subsidiaria prescrita en el artículo anterior, constituye responsable al subarrendatario en favor del dueño, no solo de la cantidad que adeude por la renta del subarriendo, sino también de la que hubiese pagado anticipadamente sin estar vencidos los plazos que se prefijaron en este contrato.

Por su parte, el artículo 1599 decía que la obligación del subarrendatario es solidaria con la del conductor, si estos lo han pactado así; o si el conductor o el dueño estipularon, en el contrato principal, que esta clase de obligación resultaría en caso de subarrendamiento; en tanto el artículo 1600 agregaba que cuando están obligados solidariamente el conductor y el arrendatario, tiene este último derecho de procurar, antes o después de haber pagado la renta del subarriendo, que el locador reciba la que le corresponda en virtud del contrato principal. Por último, debemos señalar que el artículo 1601 establecía que todo subarrendatario a quien el dueño le haga una prevención por escrito, tiene obligación de retener la cantidad que adeude al conductor, y de no pagarle ni éstas ni las rentas que después se devenguen, sino con conocimiento del dueño; agregando que no se concede la facultad de hacer retener lo adeudado al arrendatario, sino en la parte que baste para pagar lo que se debe al

dueño por plazo cumplido o próximo a cumplirse. Sin embargo, cabe precisar que este mismo Código señalaba, en el inciso 7 del artículo 1606, que se acaba el contrato de locación por subarrendar el conductor contra pacto expreso.

El Código Civil de 1936 establecía en su artículo 1523 que el conductor tiene derecho de subarrendar a otro el todo o parte de la cosa arrendada, si en el contrato no se le privó de esta facultad. El artículo 1524 señalaba que la claúsula de que el conductor no puede subarrendar sin consentimiento del locador, no impide al conductor subarrendar, si el subarrendatario propuesto ofreciese todas las condiciones de solvencia y buen crédito. El numeral 1525 establecía que no hay facultades de subarrendar cuando el contrato se celebró a partir de frutos con el dueño; salvo que este la hubiese concedido expresamente; en tanto el artículo 1526 prescribía que el subarrendatario está obligado al dueño solidariamente con el conductor; mientras que el artículo 1527 anotaba que cesando la locación se resuelven los subarrendamientos cuyo plazo no hubiere concluido aún; salvo el derecho del subarrendatario para exigir del conductor la indemnización correspondiente. Debe mencionarse adicionalmente que el artículo 1528 establecía que no termina el subarrendamiento si la locación hubiese cesado por confusión en la persona del conductor o del locador; finalmente, el artículo 1531, inciso 5, de dicho Código establecía que se acaba el contrato de locación por subarrendar en los casos no permitidos.

El Código Civil Peruano de 1984 regula en un Capítulo especial (el Quinto) el tema del subarrendamiento y la cesión del arrendamiento (con esta última denominación se hace referencia a la cesión de posición contractual de arrendatario). En el artículo 1692 se define por primera vez el contrato de subarrendamiento, señalándose que es el arrendamiento total o parcial del bien arrendado que celebra el arrendatario en favor de un tercero, a cambio de una renta, con asentimiento escrito del arrendador. El artículo 1693 es-

tablece que tanto el subarrendatario como el arrendatario están obligados solidariamente ante el arrendador por las obligaciones asumidas por el arrendatario; en tanto que el numeral 1694 señala que a la conclusión del arrendamiento se extinguen los subarrendamientos cuyos plazos no han vencido, dejándose a salvo el derecho del subarrendatario para exigir del arrendatario la indemnización correspondiente. Por último, en el artículo 1695 se señala que el subarrendamiento no termina si el arrendamiento cesa por consolidación en la persona del arrendatario y del arrendador.

Debe mencionarse también que el artículo 1681, inciso 9, establece dentro de las obligaciones del arrendatario, la de no subarrendar el bien total o parcialmente, ni ceder el contrato, sin asentimiento escrito del arrendador. Por lo demás, el inciso 4 del artículo 1697 del propio Código establece como causal de resolución del arrendamiento la de subarrendar o ceder el arrendamiento contra pacto expreso, o sin asentimiento escrito del arrendador.

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

5.5.6. En cuanto a su formación

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

Cabe recordar, sin embargo, que el ya derogado Decreto Ley Nº 21938, y su Reglamento, que regulaban los arrendamientos de predios urbanos destinados a casa habitación, prescribían la obligatoriedad de celebrar dichos contratos en formularios impresos con cláusulas generales de contrata-

ción, en los que casi no cabía incluir algún punto adicional, salvo los datos elementales sobre el bien, la renta —que tenía topes— y las partes. El Decreto Ley aludido fue derogado por el Decreto Legislativo N° 709, del 8 de noviembre de 1991.

Debemos señalar adicionalmente, que si nos remitimos a los Códigos Civiles que antecedieron al vigente, comprobaremos también que no siempre el arrendamiento fue considerado como un contrato consensual. Dentro de tal orden de ideas, diremos que el Proyecto de Código del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre establecía en su artículo 22, que la escritura pública es de rito en el contrato de arrendamiento, salvo en el servicio personal u obras de industrias, en que podrá extenderse el contrato en documento privado; agregando que en la escritura se contendrá el inventario y tasación de lo movible, semoviente, consumible o deteriorable. En relación a esta norma, el autor del mencionado Proyecto de Código Civil, expresaba lo siguiente: «Habiendo en otro título designado los contratos que exigen escritura, y entre ellos el de arrendamiento, es inútil la repetición. Añado que en la escritura debe insertarse un cuidadoso inventario de todo lo que se recibe y debe devolverse, que todo lo movible, semoviente, consumible o deteriorable, debe tasarse, y esta tasación es muy preciso. Es un sacrílego contra la patria el que dilapida los instantes. La vida es muy corta, es menester aprovecharla útilmente. Levanto mi tarea».

Por otra parte, debemos mencionar que el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, prescribía en su artículo 1133, que se puede arrendar o alquiler por escritura o verbalmente. Acto seguido, el numeral 1134 señalaba que si el arrendamiento o alquiler hecho sin escritura no ha tenido aún principio, y una de las partes lo niega, no debe recibirse prueba de testigos, y solo se estará al juramento que preste el que niega el contrato. Por último, el artículo 1135 de este cuerpo legal prescribía que cuando haya contestaciones sobre el precio del

arriendo o alquiler verbal, y no exista documento de pago, se estará al juramento del propietario; precisando que si el conductor no conviene, se hará la estimación por peritos inteligentes; y si el precio que regulen fuese menor que el declarado por el propietario, este pagará los gastos de la diligencia, sujetándose a la regulación; en tanto que si el precio fuese hecho en mayor cantidad que la declarada por el propietario, será esta la cantidad que pague al conductor, al igual que los gastos ocasionados en la diligencia.

De otro lado, el Código Civil de 1852, en su artículo 1546, establecía que puede celebrarse el contrato de locación, ya sea de palabra, por cartas, por escritura pública o privada; agregando el artículo 1547 que se perfecciona el contrato de locación, por el mero consentimiento del locador y del conductor en la cosa que se arrienda y en la renta que ha de pagarse por usarla.

El Código Civil de 1936 no establecía ninguna formalidad específica para el contrato de arrendamiento, por lo que se entendía que el mismo era consensual.

5.5.7. En cuanto al tiempo

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

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

Haciendo un recuento de las disposiciones que los diversos Códigos Peruanos han contemplado en relación al plazo en el contrato de arrendamiento, podemos decir, en primer lugar, que el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre trató el tema en el artículo 6, a través del cual se establecía que en todo contrato de arren-

damiento habrá plazo señalado, el mismo que podrá extenderse hasta diez años. Agregaba De Vidaurre que no será rescindido por no haberse pagado la renta, salvo que así se pactare, que halle mutuo convenio en ello, o que el arrendatario no tenga bienes con qué satisfacer. Finalizaba este numeral señalando que durante el término del contrato, no podrá pedir el dueño el fundo rústico o urbano, ni con el pretexto de cultivarlo ni ocuparlo personalmente.

En adición, debemos mencionar que dicho Proyecto, en su artículo 7, establecía que en el arrendamiento de fundos rústicos, seis meses antes de cumplido el plazo, se intimará por escrito el desahucio al inquilino por el dueño, o al dueño por el inquilino, fijándose el día preciso para recibir el fundo. Precisaba además, que si el arrendatario no está expedito a la entrega, o continuará un año más, o pagará el daño que resulte al dueño, a cuya elección quedará esto; y si el dueño fue el culpable, será igual la acción del arrendatario. En tanto, en el artículo 8 se establecía que si durante el tiempo del arrendamiento es preciso hacer reparaciones en la finca, las que si no se hicieren en tiempo caería en ruina, y el arrendatario quiere sufrir las incomodidades de la obra; puede permanecer allí. Si esto no es posible, dejará la casa mientras se repara, y entre tanto, ni le corre la renta, ni el plazo estipulado, que continuará concluida la obra. Si en un fundo rústico fuesen precisas reparaciones, y mientras se hagan quedan imposibilitadas de sembrar algunas tierras, se rebajará el arrendamiento en proporción.

En el artículo 9 del mencionado Proyecto de Código del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre se establece que se rescinde el arrendamiento durante el plazo, si el arrendatario, usando mal de la cosa, la empeorase. En el artículo 10 se establece que por la muerte del que arrendó no concluye el arrendamiento, si no ha finalizado el plazo. En tanto, en el artículo 11 se señala que con la muerte del conductor se da por concluido el plazo; teniendo los herederos tres meses para dejar el fundo urbano y la estación de entrega para el

rústico; pero si los arrendantes fueron muchos, la muerte de uno no altera el contrato.

Adicionalmente, en el artículo 12 se establece que por la venta concluye el arrendamiento, si el nuevo dueño no quiere continuarlo, pero al arrendatario se le resarcirán todos los daños que le resulten; tendrá el derecho de retención por las mejoras necesarias; se le concederán tres meses para desocupar el fundo urbano y un año para el rústico, que correrá desde la fecha en que se hacen comúnmente las entregas. Por último, en el artículo 13 se señala que no finaliza el arrendamiento, si el fundo es legado, cuando no se ha cumplido aún el término.

Por otra parte, debemos señalar que el Código de la Confederación Perú-Boliviana, de 1836, establecía en su artículo 1141 que cuando el arrendamiento o alquiler se hace por unos años forzosos y otros voluntarios, estas calidades de forzosos y voluntarios son correlativas a ambas partes contratantes. De otro lado, el artículo 1147 señala que los arrendamientos o alquileres verbales cesan cumplido el término; y si este no se fijó, cuando el propietario desahucia o despide al conductor; en tanto que el artículo 1148, prescribe que si concluido el término señalado en la escritura o convenio, el conductor queda y se le deja poseyendo la cosa, resulta un nuevo contrato de arrendamiento con las mismas condiciones. El artículo 1149 agrega que cuando el inquilino o colono es despedido expresamente, aunque haya continuado poseyendo la cosa, no puede invocar la tácita reconducción.

El artículo 1150 señalaba que el contrato de arrendamiento o alquiler no se disuelve por la muerte del locador, ni por la del conductor; en tanto el artículo 1151 prescribía que si el arriendo o alquiler es hecho con escritura y el propietario vende la cosa, no puede el adquirente expulsar al colono o inquilino, a menos que se haya reservado este derecho en la escritura.

El artículo 1152 establecía que si se pactó que en caso de venta pueda el adquirente expulsar al colono o inquilino,

el arrendador debe indemnizar los daños e intereses al conductor, quien no puede ser despedido antes de ser satisfecho. El artículo 1153 señalaba que el usufructuario tiene derecho para arrendar o alquilar el que como a tal le corresponde; mas si mueren sus herederos o la persona en quien recae el usufructo, no está obligado a continuar el conductor, aunque no se haya cumplido el tiempo estipulado; en tanto el artículo 1154 prescribía que si en los arrendamientos o alquileres hechos por quince o más años se dudase sobre la satisfacción del precio, el inquilino o colono cumple con manifestar los recibos de los tres últimos años, con lo que se presumen pagados los anteriores, si no se prueba en contrario.

Todo lo anterior, en relación a los arrendamientos de predios urbanos y rústicos.

En adelante, las normas que el Código Civil de 1836 establecía en relación al alquiler de casa y muebles. En el artículo 1157 se establecía que el alquiler de una casa, una habitación o tienda se juzga hecho para un año, cuando se ha tratado a tanto por año; para un mes, cuando se ha hecho a tanto por mes; y por un día si se pacta un tanto diario; mientras que en el artículo 1158 se señalaba que los muebles que se dan para guarnecer una casa, una tienda o aposento, se consideran alquilados por el tiempo ordinario fijado a la casa, tienda o aposento. En el artículo 1159 quedaba establecido que el propietario no podía deshacer el contrato sino cuando él mismo quisiera ocupar la casa alquilada, en razón de haberse destruido o deteriorado la que habitaba, o si la necesitaba para un hijo o hija que une en matrimonio.

En el artículo 1160 del Código de la Confederación, quedaba prescrito que en los alquileres verbales, el desahucio o despedida se hará con el término de quince días; en tanto que si fuese aposento o tienda, tendrá el inquilino el término de treinta días para buscar otro. Por último, el artículo 1161 señalaba que si el contrato de alquiler ha sido pactado con

escritura y expresión de años forzosos y voluntarios, el desahucio no podrá hacerse sino con el término de tres meses.

Dentro de las reglas particulares a los arrendamientos de predios rústicos, en el artículo 1163 se señalaba que el arrendamiento pactado sin escritura se juzga hecho por el tiempo que es necesario para que el colono recoja todos los frutos. Así, el arrendamiento de fincas, cuyos frutos se recogen totalmente en el curso de un año, se juzga hecho para un año; en tanto que cuando se dividen por estaciones o temporadas, se limita el arrendamiento a la estación o temporada. En el artículo 1164 se señalaba que cuando resulta un tácito arrendamiento por haber dejado al colono en posesión de la finca después de cumplido el término, sus efectos se regularán por el artículo anterior.

En el artículo 1166 se señalaba que si el arrendamiento se hace por muchos años, y en el tiempo de su duración se pierde la totalidad o la mitad de una o más cosechas por casos fortuitos ordinarios, el arrendatario puede pedir una rebaja del precio, a no ser que esté indemnizado por las cosechas precedentes; y si no lo estuviese, la regulación de la rebaja no puede tener lugar sino al fin del arrendamiento, a cuyo tiempo se hará, si es que no se compensan los años malos con los buenos. Por su parte, el artículo 1167 establecía que si el arrendamiento no es sino para un año y se pierden los frutos en su totalidad o mitad, el colono será descargado proporcionalmente de una parte del precio, deducidas las expensas. Si la pérdida es menor que la mitad, no puede el arrendatario pedir rebaja alguna.

Por otra parte, el artículo 1169 establecía que en los arrendamientos sin escritura, el desahucio o despedida se hará diez días antes o diez días después de cumplido el término. En los escriturados con años forzosos y voluntarios, se advertirá al colono su despedida un año antes.

En lo referente al Capítulo del arrendamiento de ganado, podemos decir que el artículo 1177 precisaba que si no se ha fijado el tiempo que debe durar este arrendamiento,

se juzgará hecho por tres años; mas antes el arrendador puede pedir la disolución del contrato, si el arrendatario no cumple con las condiciones estipuladas.

En lo relativo al Código Civil Peruano de 1852, podemos decir que en el artículo 1553 se precisaba que se entiende que el arrendamiento de una heredad es cuando menos por el tiempo que el arrendatario necesita para recoger la cosecha, si no se ha estipulado su duración; en tanto que en el artículo 1554 se establecía que en los arrendamientos de haciendas de caña dulce cuya duración no se ha fijado en el contrato, se supone que el término es de tres años. Por su parte, el artículo 1555 señalaba que cuando no se prefijó la duración del arrendamiento de una heredad, cualquiera de las partes que se decida a terminar el contrato lo avisará a la otra con anticipación de seis meses; en tanto el artículo 1556 establecía que omitiéndose por ambas partes el aviso prescrito en el artículo anterior, continúa por otro año el arrendamiento de la heredad; mas en las haciendas de caña dulce, continúa el arrendamiento por un bienio, si ninguno de los interesados pide que se limite al año concedido por regla general. El artículo 1557 precisaba que el año rural se cuenta en cada lugar y para cada clase de heredades, desde el tiempo en que, según la naturaleza del cultivo, se acostumbra recibirlas en arrendamiento. Por otra parte, el artículo 1558 establece que el alquiler de casas por tiempo indeterminado, se reputa a ser por años, por semestres o por meses, según se pague la renta al año, al semestre o mensualmente; pero sin embargo, no termina el alquiler en el año, semestre o mes, si uno de los contratantes no avisa anticipadamente al otro que pone fin al contrato. Por su parte, el artículo 1559 precisa que dado por el locador el aviso prescrito en la segunda parte del artículo que antecede, se concederá al inquilino para que desocupe la casa, un término desde uno hasta cuatro meses, según la costumbre y las circunstancias; contándose este término desde el día del aviso. Adicionalmente, se establece que el inquilino tiene

facultad de devolver la casa cumplido el mes, el semestre o el año en que deba hacer el próximo pago de la renta, aun cuando entonces no se hallare vencido el término que se le hubiese dado para desocuparla.

De otro lado, debemos decir que el artículo 1560 establece que en los arrendamientos cuya duración se cuenta por años forzosos y por años voluntarios, estos últimos se convierten en obligatorios siempre que el contratante a quien se concedió el derecho de hacerlos valer, no avise al otro que finalizará el contrato cuando se acaben los años forzosos; en tanto que el artículo 1561 señalaba que seis meses antes de concluir los años forzosos, se dará el aviso para que los años voluntarios no se hagan obligatorios. Si en el contrato (artículo 1562) se declaró que los años serían voluntarios, no solo para una de las partes, sino para las dos, basta que cualquiera de ellas dé a la otra el aviso prescrito en el artículo anterior, para que el contrato termine al concluir los años forzosos. Finalmente, en el artículo 1563 se precisaba que una vez que empiecen a correr como obligatorios los años voluntarios, continuará el contrato hasta el vencimiento de todos.

Antes de terminar de exponer el tratamiento que el Código Civil Peruano de 1852 brindó al tema de la duración del contrato de arrendamiento, debemos precisar que dicho cuerpo legal regula bajo un título especial, los modos de rescindir y acabar la locación (artículos 1602 a 1614).

Pasando al análisis del Código Civil de 1936, diremos que este cuerpo legislativo en su artículo 1494 establecía que todo contrato en que se dé a un arrendamiento la duración de más de diez años, es nulo en lo que exceda de este plazo, cuando se trata del Estado, o de Corporaciones o personas que no tienen la libre disposición de sus bienes; rigiendo respecto de los menores e incapaces lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 528. Este Código señalaba también, en el artículo 1495, que cuando no se fijó la duración del arrendamiento de una heredad, cualquiera de las partes

que se decida a terminar el contrato, lo avisará a la otra con anticipación de seis meses; y en caso de omitirse por ambas partes el aviso, continúa por otro año el arrendamiento de la heredad.

Por otra parte, diremos que el artículo 1496 establecía que se entiende que el arrendamiento de una heredad es por el año rural; contándose este en cada lugar y para cada clase de heredades, desde el tiempo en que, según la naturaleza del cultivo, se acostumbra recibirlas en arrendamiento. En el numeral 1497 se señalaba que el alquiler de casas por tiempo indeterminado se reputa por años, semestres o meses, según se pague la renta al año, al semestre o mensualmente; pero sin embargo, no termina el alquiler en el año, semestre o mes, si uno de los contratantes no avisa anticipadamente al otro que pone fin al contrato. Según el artículo 1498, dado por el locador el aviso prescrito en la segunda parte del artículo anterior, se concederá al inquilino para que desocupe la casa, un término desde uno hasta cuatro meses, según las circunstancias; contándose este término desde el día del aviso. Además, esta norma establece que el inquilino tiene la facultad de devolver la casa cumplido el mes, el semestre o el año en que deba hacer el próximo pago de la renta, aunque entonces no se hallare vencido el término que se le hubiese dado para desocuparla.

El artículo 1499 del Código Civil de 1936 señalaba que en los arrendamientos cuya duración se cuenta por años forzosos y por años voluntarios, estos últimos se convierten en obligatorios, siempre que el contratante a quien se concedió el derecho de hacerlos valer, no avise al otro seis meses antes, que finalizará el contrato cuando se acaben los años forzosos. Por su parte, el artículo 1500 del Código en mención establecía que si en el contrato se declaró que los años serían voluntarios, no solo para una de las partes, sino para las dos, basta que cualquiera de ellas dé a la otra el aviso prescrito en el artículo anterior, para que el contrato termine al concluir los años forzosos.

Dentro del Código de 1936, debemos mencionar que en el artículo 1531 se establecían una serie de causales por las cuales acaba el contrato de locación; a saber: por concluir el término de duración que fijaron las partes, sin que sea necesario aviso de despedida del locador, ni del conductor; por ser vencido en juicio el locador sobre el derecho que tenía; por muerte del arrendatario, si sus herederos comunican al locador que no pueden continuar en el contrato; por ceder el arrendamiento contra pacto expreso, o sin consentimiento del locador, por subarrendar en los casos no permitidos; por entrar en el ejercicio de sus derechos civiles el menor de edad; por terminar el albaceazgo, en la locación que hubiese hecho algún albacea administrador.

El numeral 1532 contemplaba la figura de la reconducción tácita. Se decía que concluida la locación por haberse vencido el término, si pasan quince días sin que el locador solicite la cosa, ni el conductor la devuelva, se renueva el contrato, pero queda sujeto a las reglas de los de duración indeterminada; caso en el cual, no subsisten las garantías que constituyó una tercera persona en el contrato anterior.

En el artículo 1533 se señalaba que no se extingue el contrato, si la pérdida o destrucción de la cosa, ha sido por caso fortuito, y o del todo, sino de una parte de ella; pudiendo el arrendatario en este caso, pedir, según las circunstancias, o que se rebaje la renta, o que se rescinda la locación. Si el arrendatario pide la rebaja y el locador prefiere la rescisión, se disolverá el contrato.

En el artículo 1534 se establecía que siendo dos o más los herederos del arrendatario, si la mitad o el mayor número de ellos no manifiesta su voluntad de extinguirla, continúa el contrato para estos, sin ninguna responsabilidad de los otros; subsistiendo en este caso las garantías que estaban constituidas a favor del locador; quien tiene, sin embargo, el derecho de exigir nuevas garantías; y si no se le otorgan dentro de los quince días, se acaba el contrato.

Por su parte, el artículo 1535 señalaba que cuando se rescinda o acabe el contrato por causa imputable al conductor, caducará el derecho de preferencia que a este se le hubiese concedido para la locación inmediata. Y, por último, en el numeral 1536 se decía que en ninguno de los casos en que finaliza un arrendamiento puede ser obligado el locador de una heredad a recibirla antes de que se concluya el año rural; ni el locador de un predio urbano, antes de que se concluya el último mes, semestre o año, según se cuenten los plazos del alquiler.

Ahora nos corresponde tocar el tema en el Código Civil Peruano de 1984. Este Código trata en el Capítulo Cuarto del Título relativo a este contrato, lo referente a la duración del arrendamiento, entre los artículos 1687 y 1691. La primera de las normas citadas establece que el arrendamiento puede ser de duración determinada o indeterminada. El artículo 1688 señala que el plazo del arrendamiento de duración determinada, no puede exceder de diez años; agregando que cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces, el plazo no puede ser mayor de seis años; entendiéndose reducido a dichos plazos, todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados.

En el artículo 1689 se establecen dos presunciones en relación al arrendamiento de duración determinada. Así, se señala que a falta de acuerdo expreso, se presume que el arrendamiento es de duración determinada: cuando el arrendamiento tenga una finalidad específica, entendiéndose pactado por el tiempo necesario para llevarla a cabo; y, en segundo lugar, si se trata de predios ubicados en lugares de temporada, el plazo del arrendamiento será de una temporada.

El artículo 1690 señala que el arrendamiento de duración indeterminada se reputa por meses u otro período, según se pague la renta; en tanto el numeral 1691 establece que el arrendamiento puede ser celebrado por períodos forzosos y períodos voluntarios, pudiendo ser estos en favor de una o ambas partes.

Adicionalmente, debemos mencionar que en el Capítulo Séptimo del Título relativo al arrendamiento, se regula el tema de la conclusión de este contrato. Así, en el artículo 1699 se señala que el arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas.

En el artículo 1700 se señala que vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permaneciese en el uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento. Por su parte, el artículo 1701 establece que en el arrendamiento cuya duración se pacta por períodos forzosos para ambas partes y voluntarios, se irán convirtiendo uno a uno en forzosos, si la parte a la que se concedió la opción no avisa a la otra que el arrendamiento concluirá al finalizar los períodos forzosos o cada uno de los voluntarios; debiéndose cursar el aviso con no menos de dos meses de anticipación al día del vencimiento del respectivo período, si se trata de inmuebles, y de no menos de un mes, en el caso de los demás bienes.

El numeral 1702 señala que si en el contrato se establece que los períodos sean voluntarios para ambas partes, basta que cualquiera de ellas dé a la otra el aviso prescrito en el artículo 1701 para que el arrendamiento concluya al finalizar los períodos forzosos.

Se pone fin a un arrendamiento de duración indeterminada, dando aviso judicial o extrajudicial al otro contratante (artículo 1703). El artículo 1704 prescribe que vencido el plazo del contrato o cursado el aviso de conclusión del arrendamiento, si el arrendatario no restituye el bien, el arrendador tiene derecho a exigir su devolución y a cobrar la penalidad convenida o, en su defecto, una prestación igual a la renta del período precedente, hasta su devolución efectiva; no importando continuación del arrendamiento, el cobro de cualquiera de ellas. Adicionalmente, el artículo

1705 establece otras causales de conclusión del arrendamiento, sin necesidad de declaración judicial; a saber: cuando el arrendador sea vencido en juicio sobre el derecho que tenía; si es preciso para la conservación del bien que el arrendatario lo devuelva con el fin de repararlo; por la destrucción total o pérdida del bien arrendado; en caso de expropiación; si dentro de los noventa días de la muerte del arrendatario, sus herederos que usan el bien, comunican al arrendador que no continuarán el contrato.

El artículo 1706 establece que en todo caso de conclusión del arrendamiento o teniendo el arrendatario derecho para resolverlo, si pone el bien a disposición del arrendador y este no puede o no quiere recibirlo, aquel podrá consignarlo; en tanto que desde el día en que el arrendatario efectúe la consignación se extingue su responsabilidad por la renta, salvo que la impugnación a la consignación fuese declarada fundada.

Un artículo importante dentro de las normas que venimos tratando, es el 1708, el mismo que establece tres supuestos distintos de cómo se deberá proceder en caso de enajenación del bien arrendado. Estos supuestos son los siguientes: si el arrendamiento estuviese inscrito, el adquirente deberá respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador; si el arrendamiento no ha sido inscrito, el adquirente puede darlo por concluido. Excepcionalmente, el adquirente está obligado a respetar el arrendamiento, si asumió dicha obligación; tratándose de bienes muebles, el adquirente no está obligado a respetar el contrato si recibió su posesión de buena fe.

El artículo 1709 prescribe que cuando concluye el arrendamiento por enajenación del bien arrendado, el arrendador queda obligado al pago de los daños y perjuicios irrogados al arrendatario; en tanto que el numeral 1710 señala que si dos o más herederos del arrendatario usan el bien, y la mitad y el número mayor de ellos no manifiesta

su voluntad de extinguirlo, continúa el contrato para estos, sin ninguna responsabilidad de los otros; caso en el cual, no subsisten las garantías que estaban constituidas en favor del arrendador; teniendo este, sin embargo, el derecho de exigir nuevas garantías; y si no se le otorgan dentro de quince días, concluye el contrato.

El numeral 1711 precisa que para desocupar el bien, el arrendatario debe previamente recabar autorización escrita del arrendador o, en su defecto, de la autoridad respectiva; y en caso que el arrendatario desocupe el bien sin alguna de esas autorizaciones, será responsable: de la renta y de los pagos por los servicios a su cargo que se devenguen después de la desocupación hasta que el arrendador tome posesión del bien; de los daños y perjuicios correspondientes; y de que un tercero se introduzca en él.

Por último, el artículo 1712 señala que los contratos de arrendamiento regulados por leyes especiales se rigen supletoriamente por las normas de este Título. Sin embargo, este precepto ha perdido vigencia con la derogatoria del Decreto Ley N° 21938 y su Reglamento, ya que en forma progresiva todos los contratos de arrendamiento se rigen y regirán por el Código Civil.

5.5.8. En cuanto a su negociación

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

Por su parte, el arrendamiento puede ser un contrato de negociación previa, es decir, aquel en el cual las partes tienen la libertad de modelar su contenido (el más usual), uno por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, supuesto, este último, que consideramos de cierta frecuencia, sobre todo en lo que a predios multifamiliares se refiere. A lo

dicho en este punto es de aplicación lo anotado, cuando aludimos al Decreto Ley N° 21938.

5.5.9. En cuanto al rol económico

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

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

5.5.10. En cuanto a su función

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

5.5.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.5.12. En cuanto a la prestación

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

En el caso del arrendamiento, una parte, el arrendador, se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de

un bien, mientras que el arrendatario se compromete a pagar cierta renta convenida.

El Proyecto del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre establecía en el artículo 1 del Título relativo al Contrato de Arrendamiento, que este es propiamente un contrato consensual, de cosa inmueble fructífera, para que se use de ella, se goce y se utilicen sus producciones por tiempo señalado y precio cierto, según las condiciones que se incluyan en el pacto o estén expresas por las leyes, siendo necesaria la devolución al fin del plazo estipulado, o cuando la ley lo determine. Agrega el mencionado artículo que se alquilan los muebles de que puede hacerse uso. Debe precisarse que este Proyecto, al igual que los Códigos que le sucedieron: el Código Civil de 1836, el Código Civil de 1852 y el Código Civil de 1936, consideraron que el arrendamiento podía versar no solo sobre cosas, sino también sobre servicios y obras. Ello llevó a decir a De Vidaurre, al comenzar la Exposición de Motivos relativa a este contrato, lo siguiente: «Mucho tiempo debió pasar después de poblado el mundo, para que se idease el contrato de arrendamiento. Debiéronle preceder poseedores, propiedades, términos y todas las leyes que aseguran el dominio. En este contrato de derecho de gentes, admitido y practicado entre todas las naciones cultas, hallo mejor que Rousseau el verdadero origen de la desigualdad. Uno que arrienda y otro que recibe en arrendamiento, son personas de carácter muy distinto. ¡Ah que la naturaleza parece que se resiente al ver que como el pan un semi-máquina, que otro le presenta, sufriendo sobre sí el rigor de las estaciones! ¿Pero para qué exclamar? ¿para qué estas quejas? El orden social así lo exige. Sino fueran permitidas las riquezas, no hubieran dado un paso las industrias. Ese propietario que parece dichoso, es gravado con la enojosa negligencia, y sus hijos o nietos ya vivirán de su trabajo. Disminuyamos las penas sociales, no destruyamos graduaciones sin las cuales se puede subsistir».

Siempre en lo referente al Proyecto del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, podemos decir que en el mismo se re-

gularon, aunque dispersas, las obligaciones del arrendador, tanto como las del arrendatario. Así, a través del artículo 15 se establecía que «El arrendante es obligado a entregar la cosa arrendada, a defender a su costa la tenencia de ella, a hacer los reparos que sean precisos para su uso, a responder de todos los daños que resulten de los vicios de la cosa arrendada que conoció y debió conocer»; cómo los artículos 17, 18 y 19, regulaban las obligaciones del arrendatario. De esta forma, el artículo 17 establecía que «El arrendatario está obligado a pagar la renta pactada, y en los plazos pactados —todo lo que se halla en el fundo está legalmente hipotecado por ello—. No se disminuye la renta por casos fortuitos previstos o imprevistos»; en tanto el artículo 18 establecía que «Debe cuidar la cosa arrendada como un buen padre de familia —es responsable del deterioro que resulte por dolo, culpa, negligencia, impericia— debe avisar al dueño los reparos que se necesite, y exigirle la respuesta por escrito»; y el artículo 19 establecía que «Al arrendatario se abonarán las mejoras necesarias, aun cuando no fuesen pactadas, las útiles con arreglos a los pactos. El escribano que en la escritura de arrendamiento pusiere que se abonarán mejoras en globo, sin especificarlas, será penado en las costas del pleito que resulte por la falta de especificación».

Adicionalmente, puede mencionarse que en el artículo 20 del mencionado Título del Proyecto De Vidaurre, se establecía que «Seis meses antes de concluido el arrendamiento, se hará la tasación de mejoras. Entre los seis meses no se podrá hacer cosa alguna sin consentimiento expreso o intervención del dueño. Si la cosa se arrienda a dos, es preferido a aquel que tiene escritura más antigua; al segundo se resarcirá los daños y perjuicios».

Por otra parte, el Código Civil de la Confederación Perú-Boliviana, de 1836, establecía que el arrendamiento de cosas es un contrato por el cual una de las partes se obliga a dar a la otra, una cosa por cierto precio y tiempo determinado (artículo 1128). El mencionado cuerpo legal, efectuaba

una distinción de los diversos tipos de arrendamiento de cosas. En tal sentido, decía (artículo 1130) que en el arrendamiento de heredades rústicas, el arrendatario o el que recibe la heredad se denomina colono; mientras que en el arrendamiento de casas de alquiler, tomaba el nombre de inquilino.

Para este Código, las principales obligaciones del propietario en el mencionado contrato eran la de entregar al colono o inquilino la cosa arrendada o alquilada; a mantenerla en estado de servir en el uso para el que se ha dado; y a hacer que el conductor goce de ella sin ser inquietado, mientras la duración del contrato (artículo 1137). Adicionalmente, se establecía que el propietario también estaba obligado al saneamiento de las cosas arrendadas o alquiladas, según lo dispuesto en el contrato de venta (artículo 1138).

Las principales obligaciones de los inquilinos y colonos, eran aquellas que el Código establecía para el usufructuario (artículo 1139); pero adicionalmente prescribía que el inquilino y el colono estaban obligados a usar de la cosa arrendada o alquilada como un buen padre de familia y según el destino que se le ha dado en el contrato, o según el que presuma por las circunstancias, en defecto de convención; y a pagar el precio en los términos estipulados.

Cabe señalar, además, que el Código bajo análisis establecía en adición a las antes mencionadas reglas comunes, a los arrendamientos de predios urbanos y rústicos, normas sobre el alquiler de casas y muebles; preceptos referentes a los arrendamientos de predios rústicos; y, por último, referentes al arrendamiento de ganado.

Por otra parte, el Código Civil de 1852, en su artículo 1540, establecía que la locación y conducción es un contrato por el cual una persona cede a otra el uso de alguna cosa, durante un tiempo determinado y por cierta renta convenida. Adicionalmente, el artículo 1541 prescribía que la locación de bienes inmuebles se llama en general arrendamiento; en tanto que la de casas de habitación y la de muebles destinados al uso y ornato urbano, se llama con

más especialidad alquiler. Por el artículo 1542 se establece que se le da el nombre de renta al precio que se paga por usar una cosa; en tanto que en virtud del artículo 1543 se precisa que se denomina locador al que concede el uso de la cosa; conductor o arrendatario al que la recibe; y más especialmente inquilino al que toma en alquiler casas de habitación. Puede arrendarse toda cosa mueble o inmueble que está en el comercio de los hombres y que no se consume con el uso.

El Código de Echenique establecía a partir de su artículo 1584, cuáles eran las obligaciones del locador. Así, en la norma citada, se expresaba que el locador está obligado a entregar la cosa arrendada en el tiempo convenido, y en estado de servir al objeto de la locación; en tanto que el artículo 1585 establecía que si no se designa en el contrato el tiempo de la entrega, se verificará esta inmediatamente, salvo que por costumbre deba hacerse en otra época. El artículo 1586 señalaba que entregada la cosa al conductor, se presume, si no se prueba lo contrario, que se hallaba en estado de servir y con todo lo necesario para el uso a que se destinó.

Adicionalmente, puede mencionarse que a través del artículo 1587 se establecían otras obligaciones para el locador. Estas eran las siguentes: manifestar al conductor el vicio oculto que tenga la cosa arrendada; mantener al conductor en el uso de ella durante el tiempo de la locación; defender el uso de la cosa arrendada, contra un tercero que pretenda tener o quiera ejercer algún derecho sobre ella; soportar todas las pensiones y cargas reales que graviten sobre la cosa; y hacer en ella las reparaciones necesarias que, por pacto o costumbre, no sean de cuenta del arrendatario.

A través del artículo 1588 se establecía que el locador indemnizará al conductor de los perjuicios que este haya sufrido, y le pagará las costas que le haya causado, por falta de cumplimiento de las obligaciones prescritas en los artículos 1584 y 1587.

Entre los artículos 1589 y 1594 se establecen determinadas reglas complementarias del tema. En tal sentido, el artículo 1589 señala que el locador que arrendó de buena fe la cosa ajena, creyéndola propia, se libra de responsabilidad si presenta al conductor otra equivalente; en el numeral 1590 se establece que no está obligado el arrendatario a admitir la cosa equivalente que se le ofrezca en lugar de la que contrató; en tanto, el artículo 1591 prescribe que en el caso de haber sabido el arrendatario que era ajena la cosa arrendada, y de no haberse asegurado de la facultad con que se le daba el uso, no tendrá derecho a ninguna indemnización por falta de entrega, ni por privación de ella.

Por otra parte, debemos mencionar que el artículo 1592 establece que si el locador vende, dona o enajena de otro modo la cosa arrendada, no podrá el nuevo dueño negarse a mantener en el uso de ella al arrendatario que la tenga por escritura pública; a no ser que en el contrato de locación, se hubiese pactado lo contrario. También debemos señalar que a través del artículo 1593 se establece que el locador no puede eximirse de mantener al inquilino en la casa, aunque la necesite para sí mismo o para sus hijos, si no se reservó esta facultad en el contrato de locación. Por último, el artículo 1594 prescribe que cuando por reparar la cosa se impida al conductor que use de una parte de ella, rebajará de la renta una cantidad proporcionada al tiempo y a la parte de que no se ha hecho uso.

En lo referente a las obligaciones del conductor, el Código Civil de 1852 establecía en su artículo 1595 las principales, a saber: cuidar de la cosa arrendada como propia, y usarla en el destino para que se le concedió; pagar la renta en los plazos convenidos, y a falta de convenio, en cada semestre; dar aviso al locador de cualquier usurpación o imposición de servidumbre que se intente contra la finca; devolver la cosa a su dueño, vencido el término de la locación, en el estado en que la recibió, sin más deterioro que el del uso ordinario de ella; no abusar de modo alguno de la cosa

arrendada; hacer los reparos que determina la costumbre, si no hay pacto en contrario.

Por su parte, el artículo 1596 establecía que el arrendatario indemnizará al locador de los perjuicios que le cause, por haber empleado la cosa en otro destino diferente del convenido; por no devolverla concluido el tiempo de la locación; por no dar aviso de las usurpaciones; y, en fin, de todos los perjuicios que por culpa de él haya sufrido el dueño; comprendiéndose dentro de esta responsabilidad la del pago de costas.

Por otra parte, el Código Civil de 1936 definía en el artículo 1490 al contrato de locación-conducción, del que se decía que era aquel por el cual una persona cede a otra el uso de alguna cosa durante un plazo y por cierta renta convenida. Este Código Civil, establecía como principales obligaciones del locador (artículos 1511 a 1516), las siguientes: entregar al conductor la cosa arrendada en el tiempo convenido y en estado de servir al objeto de la locación; y en caso de no designarse en el contrato el tiempo de la entrega, se verificará esta inmediatamente, salvo que por costumbre deba hacerse por otra época (artículo 1511).

El artículo 1512 establecía que una vez entregada la cosa al conductor, se presume, si no se prueba lo contrario, que se hallaba en estado de servir y con todo lo necesario para el uso a que se destinó. Por su parte, el artículo 1513 mencionaba otras obligaciones del locador, a saber: mantener al conductor en el uso de la cosa durante el tiempo de la locación; defender el uso de la cosa arrendada contra un tercero que pretenda tener o quiera ejercer algún derecho sobre ella; hacer en ella los reparos necesarios que, por pacto o costumbre, no sean de cuenta del arrendatario.

Debe mencionarse adicionalmente al artículo 1514, que señalaba que en caso de haber sabido el arrendatario que era ajena la cosa arrendada, no tendrá derecho a ninguna indemnización por falta de entrega, ni por privación de ella; en tanto el artículo 1515 prescribía que si el locador enajena la

cosa arrendada, no podrá el nuevo dueño negarse a mantener en el uso de ella al arrendatario que tenga inscrito su derecho; a no ser que en el contrato de locación se hubiese pactado lo contrario. Por último, el artículo 1516 señalaba que cuando para reparar la cosa se impida al conductor que use una parte de ella, se rebajará de la renta una cantidad proporcional al tiempo y a la parte que no ha hecho uso.

Las obligaciones del arrendatario (el Código Civil de 1936 utilizó el término conductor) son tratadas en los artículos 1517 y siguientes. El artículo 1517 establecía como principales obligaciones del conductor, las de cuidar de la cosa arrendada como propia, y usarla en el destino para que se le concedió; pagar la renta en los plazos convenidos, y a falta de convenio cada mes; dar aviso al locador de cualquier usurpación o imposición de servidumbre que se intente contra la finca; devolver la cosa al dueño, vencido el término de la locación, en el estado en que la recibió sin más deterioro que el del uso ordinario de ella; hacer los reparos que determina la costumbre, si no hay pacto en contrario, y a poner en conocimiento del locador la necesidad de las reparaciones que a este le incumben.

Adicionalmente, el artículo 1518 prescribe que el arrendatario es responsable del incendio, a no ser que provenga de caso fortuito, fuerza mayor o vicio de construcción. Agrega el artículo 1519, que no responde el arrendatario del incendio que se haya comunicado de una casa vecina, a pesar de haber tenido la vigilancia que puede exigirse. El artículo 1520 prescribía que si son varios los arrendatarios, todos son responsables del incendio en la proporción de la parte que respectivamente ocupan, a no ser que se pruebe que el incendio comenzó en la habitación de alguno de ellos, quien en tal caso será el único responsable; agregando el artículo 1521 que si el locador ocupa alguna parte del inmueble, será considerado como arrendatario, respecto de dicha responsabilidad; en tanto el artículo 1522 precisa que cesa la responsabilidad del arrendatario en caso de incendio, en la

medida en que el locador estuviese asegurado; salvo el derecho del asegurador contra el arrendatario si el incendio fue causado por culpa de este.

Por otra parte, debemos señalar que el Código Civil Peruano de 1984 se constituye en el primer cuerpo legislativo nacional en distinguir como figura autónoma al contrato de arrendamiento con respecto a la locación de servicios y al contrato de obra. Así, en el artículo 1666 se establece el concepto de este contrato, al señalarse que por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario, el uso de un bien por cierta renta convenida.

Las obligaciones del arrendador se encuentran reguladas en el Capítulo Segundo. A través del artículo 1678 se establece que el arrendador está obligado a entregar al arrendatario el bien arrendado con todos sus accesorios, en el plazo, lugar y estado convenidos; agregando que si no se indica en el contrato, el tiempo ni el lugar de la entrega, este debe realizarse inmediatamente donde se celebró, salvo que por costumbre deba efectuarse en otro lugar o época. Por su parte, el artículo 1679 señala que entregado el bien al arrendatario, se presume que se halla en estado de servir y con todo lo necesario para su uso. Por último, en el artículo 1680 se establecen dos obligaciones adicionales del arrendador; a saber: mantener al arrendatario en el uso del bien durante el plazo del contrato, a conservarlo en buen estado para el fin del arrendamiento; y realizar durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias, salvo pacto distinto.

En lo que respecta a las obligaciones del arrendatario, las principales son enumeradas por el artículo 1681, precisándose en este numeral las que se mencionan a continuación: recibir el bien, cuidarlo diligentemente y usarlo para el destino que se le concedió en el contrato o al que pueda presumirse de las circunstancias; pagar puntualmente la renta en el plazo y lugar convenidos y, a falta de convenio, cada mes, en su domicilio; pagar puntualmente los servicios públicos suministrados en beneficio del bien, con

sujeción a las normas que los regulan; dar aviso inmediato al arrendador de cualquier usurpación, perturbación o imposición de servidumbre que se intente contra el bien; permitir al arrendador que inspeccione por causa justificada el bien, previo aviso que le correspondan conforme a la ley o al contrato; no hacer uso imprudente del bien o contrario al orden público o a las buenas costumbres; no introducir cambios ni modificaciones en el bien, sin asentimiento del arrendador; no subarrendar el bien, total o parcialmente, ni ceder el contrato, sin asentimiento escrito del arrendador; devolver el bien al arrendador al vencerse el plazo del contrato en el estado que lo recibió, sin más deterioro que el de su uso ordinario; cumplir las demás obligaciones que establezca la ley o el contrato.

Adicionalmente, en los artículos 1682 a 1686, se establecen algunas otras obligaciones del arrendatario. Así, se dice en el artículo 1682 que este está obligado a dar aviso inmediato al arrendador de las reparaciones que haya que efectuar, bajo responsabilidad por los daños y perjuicios resultantes; precisándose que si se trata de reparaciones urgentes, el arrendatario debe realizarlas directamente, con derecho a reembolso, siempre que avise al mismo tiempo al arrendador; agregando que en los demás casos, los gastos de conservación y mantenimiento ordinario son de cargo del arrendatario, salvo pacto distinto.

El artículo 1683 prescribe que el arrendatario es responsable por la pérdida y el deterioro del bien que ocurran en el curso del arrendamiento, aun cuando deriven de incendio, si no prueba que han ocurrido por causa no imputable a él; agregando que es también responsable por la pérdida y el deterioro ocasionados por causas imputables a las personas, que ha admitido, aunque sea temporalmente, al uso del bien. Este artículo es concordante con el artículo 1329 sobre culpa leve.

Por su parte, el artículo 1684 señala que si el bien destruido o deteriorado por incendio había sido asegurado por

el arrendador o por cuenta de este, la responsabilidad del arrendatario frente al arrendador se limita a la diferencia entre la indemnización abonada o por abonar por el asegurador y el daño efectivo; añadiendo que si se trata de bien valorizado y el seguro se ha fijado en una cantidad igual a la tasación, no hay responsabilidad del arrendatario frente al arrendador, si este es indemnizado por el asegurador; quedando a salvo, en todo caso, las normas concernientes al derecho de subrogación del asegurador. Este artículo concuerda con la teoría del riesgo prescrita en el artículo 1138 del Código Civil. Debe mencionarse adicionalmente, que el artículo 1685 establece que si son varios los arrendatarios, todos son responsables por la pérdida o deterioro del bien en proporción al valor de la parte que ocupan, salvo que se pruebe que el siniestro comenzó en la habitación o parte del inmueble arrendado a uno de ellos, quien, en tal caso, será el único responsable. Se trata de una responsabilidad solidaria. Por último, el artículo 1686 agrega que si el arrendador ocupa alguna parte del predio, será considerado como arrendatario, respecto a la responsabilidad a que se refiere el artículo 1685.

5.5.13. En cuanto a la valoración

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

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

Sin embargo, debemos precisar que resulta un punto discutible el referente a en qué debe consistir la renta. Lo usual es que dicha renta consista en dinero (moneda nacional) o signo que represente al dinero (moneda extranjera); pero sin embargo, cabría preguntarse si el hecho de que la renta consistiera en un bien distinto a los mencionados,

desnaturalizaría el contrato de arrendamiento. Debemos confesar que no tenemos una posición definitiva sobre el particular, admitiendo por ello, que se trata de un punto sumamente discutible, y sobre el cual nuestro único objetivo en estas breves palabras, es el de llamar la atención para el posterior estudio del tema.

5.5.14. En cuanto al riesgo

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

5.5.15. En cuanto a sus efectos

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

5.6. Con el contrato de hospedaje

5.6.1. En cuanto al nombre

La compraventa y el hospedaje son contratos nominados.

5.6.2. En cuanto a su regulación

Ambos contratos son típicos sociales y típicos legales.

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

5.6.3. En cuanto a su estructura

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

5.6.4. En cuanto a su contenido o área

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

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

5.6.5. En cuanto a su autonomía

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

5.6.6. En cuanto a su formación

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

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

5.6.7. En cuanto al tiempo

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

5.6.8. En cuanto a su negociación

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

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

5.6.9. En cuanto al rol económico

En lo que respecta al rol económico, hemos dicho que la compraventa es un contrato de cambio y de disposición; en tanto el contrato de hospedaje es un contrato de goce,

pues implica el disfrute del bien (habitación) sin tener su disposición.

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

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

5.6.10. En cuanto a su función

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

5.6.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.6.12. En cuanto a la prestación

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

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

5.6.13. En cuanto a la valoración

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

5.6.14. En cuanto al riesgo

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

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

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

5.6.15. En cuanto a sus efectos

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

5.7. Con el contrato de comodato

5.7.1. En cuanto al nombre

El contrato de comodato, al igual que la compraventa es de carácter nominado. Viene del latín *«commodatum»*. En su Exposición de Motivos, el Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, citando al Conde de Cépeda, escribió que «*Commodatum* quiere decir como cosa que es dada a pro de aquel que la recibió».

5.7.2. En cuanto a su regulación

Tanto la compraventa como el comodato son contratos típicos.

El comodato siempre ha tenido regulación legislativa.

En el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana, estaba regulado en el Libro III, De las diferentes maneras de adquirir la propiedad, Título XI, Del Préstamo, Capítulo I, Del Comodato y su Naturaleza, Capítulo II, Obligaciones del Comodatario; Capítulo III, Obligaciones del Comodante (artículos 1239 a 1253).

En el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, el comodato se regulaba en su Segunda Parte sobre Dominio y Contratos, en la que ocupaba el Título 12 (Comodato), con 16 artículos.

El Código Civil de 1852 lo regulaba en su Libro III, De las Obligaciones y Contratos, Sección Cuarta, De los Contratos Reales, Título Segundo, Del Comodato (artículos 1825 a 1844).

En el Código Civil de 1936 el comodato se encontraba legislado en el Libro Quinto, Del Derecho de Obligaciones,

Sección Quinta, De los Diversos Contratos, Título VIII, Del Comodato (artículos 1587 a 1602).

El Código Civil de 1984 lo regula en su Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, Sección Segunda, Contratos Nominados, Título VIII, Comodato (artículos 1728 a 1754).

En relación al objeto de las prestaciones en el Contrato de Comodato, la ley señala que debe tratarse de un bien no consumible, dado que se debe devolver el mismo bien.

Por ello, el Código de Santa Cruz señalaba «la entrega de una cosa» para que el comodatario «se sirva de ella, con el cargo de que se la ha de devolver después de hacerlo»; el Proyecto De Vidaurre establecía: «con cargo de restituir la misma [...]»; el Código Civil de 1852, se refería a la entrega gratuita de «alguna cosa no fungible»; y luego agregaba «sólo puede darse en comodato las que no consumen con el primer uso»; en el Código Civil de 1936: «una persona entrega a otra gratuitamente alguna cosa [...], y después la devuelva»; el Código Civil de 1984, finalmente, establece: «un bien no consumible».

Con la influencia del Código Civil Alemán (1900), se introdujo en nuestra legislación la figura del comodato de bienes consumibles. Esto es expresado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea en su Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código Civil de 1936: «El Anteproyecto modifica el artículo 1825 del Código Civil vigente (el de 1852), suprimiendo de él las palabras «no fungibles», bajo la influencia del artículo 598 del Código de Alemania, por la razón que el codificador alemán enuncia, cuando citando el ejemplo del Código Suizo de las Obligaciones, expone que es inoficioso decir que las cosas consumibles por el uso no pueden ser objeto de comodato, toda vez que se establece como condición indispensable, que el comodatario devuelva la misma cosa prestada, después de hacer de ella el uso convenido.

La fórmula alemana tiene la ventaja de que cubre la forma del comodato *ad ostentationem*, o sea el que opera cuando se prestan cosas que son consumibles, para fines de simple adorno, o para cumplir propósitos de mera exhibi-

ción, uso que no implica, como se advierte, la destrucción necesaria de las cosas».[53]

En tal sentido, el artículo 1825 del Código Civil de 1852 quedó modificado por el artículo 671 del Anteproyecto del Código Civil de 1936, de la siguiente manera: «El Comodato es un contrato por el que una persona entrega a otra gratuitamente alguna cosa, para que se sirva de ella por cierto tiempo o para cierto fin, y después la devuelva». Bajo una forma similar fue adoptada esta norma en el artículo 1587 del Código de 1936. Pero el Código Civil vigente, al señalar en la definición de este contrato solo a los bienes no consumibles, ha creído conveniente agregar que podrá tratarse de bienes consumibles solo si el bien es prestado a condición de no ser consumido, tal como es señalado por el Doctor Arias-Schreiber,[54] al precisar que se trata de una excepción que confirma la regla.

El Código Civil de 1984 ha introducido una presunción *iuris tantum*, que no registra antecedentes en el Perú, cuando señala que se presume que el comodatario recibe el bien en buen estado de uso y conservación.

El actual artículo 1732 establece que «corresponde al comodante el aumento y el menoscabo o pérdida del bien, salvo culpa del comodatario o pacto de satisfacer todo perjuicio». Norma parecida se encuentra solo en los Códigos de 1852 y 1936. Estos Códigos contienen también una norma similar respecto del artículo 1750, en la que se establece que en caso de imposibilidad de devolver el bien, el comodatario pagará, a elección del comodante, otro de la misma especie y calidad, o su valor, de acuerdo con las circunstancias y lugar en que debía haberse restituido.

El artículo 16 del Título 12 del Proyecto De Vidaurre establecía que el comodante perdía el dominio que tenía en

[53] CALLE, Juan José. *Código Civil de 1852*, página 604. Librería e Imprenta Gil, Lima, 1928.

[54] ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo III, página 44.

el bien comodado, cuando por su pérdida recibía por parte del comodatario el pago de su valor; y por consiguiente, decía, correspondía a este la acción reinvindicatoria, «salvo los pactos particulares celebrados entre ambos al tiempo del pago». El Código Civil de 1836 no se pronunciaba sobre este supuesto; en tanto que los Códigos Civiles de 1852 y 1936 establecían que una vez pagado el bien perdido, y el comodatario después lo encontrare, este no podrá obligar al comodante a recibirlo. El Código Civil vigente contiene la misma disposición, pero ha creído conveniente agregar que el comodante tiene «la facultad de recuperarlo devolviendo al comodatario lo que recibió». Tanto los Códigos Civiles de 1852, 1936 y 1984, han coincidido en que, en caso de que el comodante encontrare el bien, a su elección, podrá quedarse con él y devolver lo recibido al comodatario, o entregar a este el bien recibido.

Si el bien fuese hallado por un tercero, el comodatario tenía derecho a recobrarlo, como suyo, según los Códigos Civiles de 1852 y 1936; en tanto que el Código de 1984 solo expresa que el comodante está facultado para reclamarlo, y cuando lo haya recuperado devolverá al comodatario lo que este le hubiese pagado.

De aquí que también puede concluirse que el comodatario tiene derecho a recuperar el bien como suyo.[55]

[55] Como referencia podemos mencionar que el Código Civil Francés regula al préstamo de uso o comodato, entre otros, en sus artículos 1874, 1875 y 1878:

Artículo 1874.– «Existen dos clases de préstamo:
El de las cosas de que cabe usar sin destruirlas,
Y el de aquellas cosas que se consumen por el uso que de ellas se hace.
La primera clase se llama préstamo de uso o comodato;
La segunda se llama préstamo de consumo o simplemente préstamo».

Artículo 1875.– «El préstamo de uso o comodato es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra una cosa, para que ésta se sirva de ella, con la obligación para el comodatario de devolverla luego de haberse servido de la misma».

Artículo 1878.– «Puede ser objeto de esta convención todo lo que se encuentra en el comercio y que no se consuma por el uso».

Lo propio hace el Código Civil Belga:

Artículo 1874.– «Existen dos clases de préstamo:

El de las cosas de que cabe usar sin destruirlas,

Y el de aquellas cosas que se consumen por el uso que de ellas se hace.

La primera clase se llama préstamo de uso o comodato;

La segunda se llama préstamo de consumo o simplemente préstamo».

Artículo 1875.– «El préstamo de uso o comodato es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra una cosa, para que ésta se sirva de ella, con la obligación para el comodatario de devolverla luego de haberse servido de la misma».

Artículo 1878.– «Puede ser objeto de esta convención todo lo que se encuentra en el comercio y que no se consuma por el uso».

Por su parte, el Código Civil Austríaco, trata acerca del contrato de comodato en el artículo 971:

Artículo 971.– «Cuando alguien entrega una cosa no consumible en forma gratuita para ser devuelta en un determinado tiempo se establece un contrato de préstamo. El contrato por el cual se acuerda prestar una cosa a alguien, pero sin haberla entregado, es obligatorio, pero todavía no es un contrato de préstamo».

De otro lado, recordaremos que el Código Civil Boliviano de 1831 trataba acerca del comodato y su naturaleza en el artículo 1239:

Artículo 1239.– «El comodato es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra una cosa, para que se sirva de ella, con el cargo de que se la ha de volver después de hacerlo».

El Código Civil Peruano de 1852 abordaba el particular en sus artículos 1825, 1826 y 1827:

Artículo 1825.– «El comodato es un contrato real por el que una persona entrega a otra gratuitamente alguna cosa no fungible, para que se sirva de ella por cierto tiempo o para cierto fin, y después la devuelva».

Artículo 1826.– «Sólo pueden darse en comodato las cosas que no se consumen con el primer uso».

Artículo 1827.– «Pueden celebrar este contrato, los que tienen libre disposición de sus bienes».

Por su parte, el Código Civil Italiano de 1865 regulaba al comodato en su artículo 1805:

Artículo 1805.– «El comodato o préstamo de uso es un contrato por el cual una de las partes consigna a la otra una cosa, a fin de que sirva por un tiempo y para un uso determinado, con la obligación de restituir la misma cosa recibida».

El Código Civil Uruguayo aborda al contrato de comodato o préstamo de uso en el artículo 2216:

Artículo 2216.– «El comodato o préstamo de uso es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible, mueble o raiz, para que use de ella gratuitamente, y se la devuelva en especie.

Este contrato podrá probarse por testigos, cualquier sea el valor de la cosa prestada».

Por su parte, el Código Civil Colombiano trata acerca del comodato en el artículo 2200:

Artículo 2200.– «El comodato o préstamo de uso es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso.

Este contrato no se perfeccionará sino por la tradición de la cosa».

El Código Civil Venezolano de 1880 legisla sobre el particular en el artículo 1663:

Artículo 1663.– «El comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una cosa, para que se sirva de ella, para uso o por tiempo determinado, con cargo de restituir la misma cosa».

Por su parte, el Código Civil Ecuatoriano lo hace en los artículos 2104, 2118 y 2125:

Artículo 2104.– «Comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso.

Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa».

Artículo 2118.– «Si la cosa no perteneciera al comodante, y el dueño la reclamare antes de terminar el comodato, no tendrá el comodatario acción de perjuicios contra el comodante, salvo que éste haya sabido que la cosa era ajena y no lo haya advertido el comodatario».

Artículo 2125.– «Se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular, ni se fija tiempo para su restitución.

También lo constituye precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño».

La regulación del comodato en el Código Civil Español se presenta en los artículos 1740 y 1741:

Artículo 1740.– «Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo.

El comodato es esencialmente gratuito.

El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés».

Artículo 1741.– «El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos; si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato».

El Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón elaborado por G. Boissonade, de 1890, regulaba al préstamo de uso o comodato en el artículo 890:

Artículo 890.– «El préstamo de uso o comodato es un contrato por el cual una de las partes remite a la otra una cosa mueble o inmueble, para servirse de ella, con la obligación de devolverla idénticamente y en naturaleza, después del tiempo expresa o tácitamente fijado.

Este préstamo es esencialmente gratuito».

De otro lado, el Código Civil Japonés aborda el particular en el artículo 593:

Artículo 593.– «Un préstamo de uso se hace efectivo cuando una de las partes recibe una cosa de la otra parte bajo el entendimiento que aquélla lo devuelva después de haberla usado graciosamente y sacado beneficio de ella».

Por su parte, el Código Civil Alemán contempla al comodato en el artículo 588:

Artículo 588.– «Por el contrato de comodato el comodante de una cosa se obliga a permitir gratuitamente al comodatario el uso de la cosa».

De otro lado, podemos decir que el Código Civil Nicaragüense de 1903, aborda el tema en los artículos 3416 y 3417:

Artículo 3416.– «Habrá comodato o préstamo de uso cuando una de las partes entregue a la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz con facultades de usarla».

Artículo 3417.– «El comodato es un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa.

La promesa de hacer un empréstito de uso no da acción alguna contra el promitente».

El Código Civil Hondureño de 1906 regula al comodato en sus artículos 1919 y 1920:

Artículo 1919.– «No se perfecciona sino por la tradición real o ficticia de la cosa depositada.

La tradición ficticia es suficiente cuando el depositario tiene ya en su poder, por cualquier otro título, la cosa que se consiente en dejarle a título de depósito».

Artículo 1920.– «El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero, no los frutos; si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato».

El Código de las Obligaciones de Suiza trata el tema en el artículo 305:

Artículo 305.– «El préstamo de uso es un contrato por el cual el prestamista se obliga a ceder gratuitamente el uso de una cosa que el prestatario se obliga a devolverle después de haberse servido de ella».

Por su parte, el Código Civil Brasileño legisla el comodato en el artículo 1248:

Artículo 1248.– «El comodato es el préstamo gratuito de cosas fungibles. Se perfecciona con la tradición del objeto».

El Código Civil Panameño de 1917 trata sobre el particular en los artículos 1431 y 1432:

Artículo 1431.– «Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y

se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo».

El comodato es esencialmente gratuito.

El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés».

Artículo 1432.– «El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos; si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato».

El Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú, de 1926, abordaba el tema en los artículos 671 y 672:

Artículo 671.– «El comodato es un contrato por el que una persona entrega a otra gratuitamente alguna cosa, para que se sirva de ella por cierto tiempo o para cierto fin, y después la devuelva».

Artículo 672.– «Pueden celebrar este contrato, los que tienen libre disposición de sus bienes».

Por su parte, el Código Civil Chino de 1930 trata sobre el particular en su artículo 464:

Artículo 464.– «Se llama préstamo de uso el contrato por el cual las partes convienen que una de ellas preste gratuitamente una cosa a la otra en miras de usarla, y que la otra restituya la cosa después de haberse servido de ella».

El Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 abordó el tema en el numeral 1570:

Artículo 1570.– «Por el comodato una persona entrega a otra gratuitamente alguna cosa, para que se sirva de ella por cierto tiempo, o para cierto fin, y después la devuelva».

El Proyecto de Código Civil Argentino de 1936 trataba acerca del comodato en su artículo 1183:

Artículo 1183.– «El contrato de préstamo será comodato, cuando una de las partes entregare a la otra gratuitamente, con facultad de usarla, alguna cosa no fungible, mueble o raiz. Podrá también entregarse una cosa fungible, siempre que fuere individualizada a los efectos de su restitución».

El Código Civil Venezolano de 1942 legisla sobre la materia en el artículo 1724:

Artículo 1724.– «El comodato o préstamo de uso es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra gratuitamente una cosa, para que se sirva de ella, por tiempo o para uso determinados, con cargo de restituir la misma cosa».

Por su parte, el Código Civil Italiano de 1942 aborda el tema en el numeral 1803:

Artículo 1803.– «(Noción) El comodato es el contrato por el cual una parte entrega a la otra una cosa mueble o inmueble, a fin de que se sirva de ella por un tiempo o para un uso determinado, con la obligación de restituir la misma cosa recibida.

El comodato es esencialmente gratuito».

5.7.3. En cuanto a su estructura

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

El Código Civil Portugués de 1967 regula al comodato en el numeral 1129:

Artículo 1129.– «(Noción) Comodato es el contrato gratuito por el cual una de las partes entrega a otra cierta cosa, mueble o inmueble, para que se sirva de ella, con la obligación de restituirla».

Por su parte, el Código Civil Guatemalteco de 1973 aborda el particular en los artículos 1957 y 1958:

Artículo 1957.– «Por el contrato de comodato una persona entrega a otra, gratuitamente, algún bien mueble no fungible o semoviente, para que se sirva de él por cierto tiempo y para cierto fin y después lo devuelva».

Artículo 1958.– «Sólo pueden dar en comodato el que tiene la libre disposición de la cosa y el arrendatario y usufructuario que no tenga prohibición».

El Código Civil Boliviano de 1976 trata el tema en sus artículos 879, 880 y 882:

Artículo 879.– «(Noción general y clases de préstamo)

I. El préstamo es un contrato por el cual el prestador entrega una cosa al prestatario, para que éste la use y consuma y se la devuelva o restituya su equivalente después de cierto tiempo.
II. Hay dos especies de préstamo: el de cosas fungibles y el de cosas no fungibles; el primero se llama mutuo o préstamo de consumo o simplemente préstamo, el segundo, comodato o préstamo de uso».

Artículo 880.– «(Carácter y gratuidad del comodato)

I. El comodato es el préstamo de cosas no fungibles, muebles o inmuebles.
II. Este contrato es esencialmente gratuito».

Artículo 882.– «(Facultad de disponer) Pueden celebrar este contrato los que tienen la facultad de disposición de los bienes que dan en comodato».

El Proyecto de Código Civil Brasileño, aprobado por la Cámara de Diputados en 1984, aborda al comodato en el artículo 579:

Artículo 579.– «El comodato es el préstamo gratuito de cosas no fungibles. Se perfecciona con la tradición del objeto».

Por su parte, el Código Civil Paraguayo de 1987, trata el tema en el artículo 1272:

Artículo 1272.– «El contrato de préstamo será comodato, cuando una de las partes entregare a la otra gratuitamente, con facultad de usarla, alguna cosa no fungible, siempre que fuere individualizada a los efectos de su restitución».

5.7.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.7.5. En cuanto a su autonomía

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

5.7.6. En cuanto a su formación

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

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

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

5.7.7. En cuanto al tiempo

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

En lo que respecta al comodato, el Código Civil vigente dispone que si no se ha determinado la duración del contrato, el comodatario estará obligado a restituir el bien cuando el comodante se lo solicite (artículo 1737). Norma similar contenía el Código Civil de 1852 (artículo 1834), donde se preveía, además, la no determinación del objeto del uso. Por su parte, el Código Civil de 1936 contemplaba el supuesto en que la duración no estuviese determinada tampoco por la costumbre (artículo 1594).

El artículo 9 del Título 12 del Proyecto De Vidaurre establecía que el comodato finalizaba cuando se cumplían el plazo o el objeto.

El Código Civil de 1852 no permitía la prolongación de este contrato con los herederos del comodatario, cuando se realiza solo en consideración a la persona de este. El Código Civil de 1936 tampoco permitía la prolongación de este contrato con la muerte del comodatario.

El Código Civil de 1984 contiene la misma regla, pero poniendo como salvedad el que el bien haya sido dado en comodato para una finalidad que no se pueda suspender.

5.7.8. En cuanto a su negociación

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

Por su negociación, el contrato de comodato es esencialmente uno de negociación previa, puesto que las partes se pondrán de acuerdo específicamente sobre las estipulaciones y condiciones en las cuales será prestado el bien que será objeto de

la prestación del comodante. El ser un contrato civil y sin fines de lucro, además de las especiales características que reviste el comodato, lo excluyen, por su naturaleza, de ser uno ajustado a cláusulas generales de contratación o celebrado por adhesión —estos últimos, rasgos de la contratación moderna—.

5.7.9. En cuanto al rol económico

La compraventa es un contrato de cambio y de disposición.

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

5.7.10. En cuanto a su función

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

5.7.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

En el Código Civil de 1984 se permite que los derechos y obligaciones que resulten del comodato se transmitan a los herederos solo cuando el bien haya sido dado para una finalidad que no se pueda suspender (artículo 1733). Criterio distinto adoptó el Código Civil de 1936, al señalar que «el

comodato se acaba por la muerte del comodatario» (artículo 1591). El Código Civil de 1852 estableció como excepción «cuando se presta sólo en consideración a la persona del comodatario, no pasan los derechos de éste a sus herederos». Al no pronunciarse sobre las obligaciones, tal vez se debía entender que estas sí se transmitían, criterio que también habría sido adoptado por el Código Civil de 1936 y el Proyecto De Vidaurre.

Cabe señalar además que el artículo 1749 del Código Civil de 1984 introdujo una norma que no tiene antecedentes, a través de la cual se hace responsables a los herederos del comodatario que hubieren enajenado el bien, con o sin conocimiento de la existencia del contrato.

Hay responsabilidad solidaria para las personas a las cuales se les ha dado un bien para que lo usen al mismo tiempo (artículos 1733 del Código Civil de 1984; 1602 del Código Civil de 1936; 1844 del Código Civil de 1852; y 1249 del Código Civil de 1836).

Tal como señala Arias-Schreiber,[56] de acuerdo con el artículo 1745, el comodante no tiene necesariamente que ser propietario del bien comodado. Al respecto el Código Civil de 1852 se manifestaba, señalando que solo los que tenían la libre disposición de sus bienes podían celebrar este contrato.

5.7.12. En cuanto a la prestación

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

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

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

El Código Civil de Santa Cruz hacía responsable al comodante de los defectos «que pueden causar perjuicio al que se sirve de la cosa, si conociendo estos defectos no los advirtió al comodatario» (artículo 1253). En este precepto se hacía referencia a los vicios ocultos que pudiese haber tenido el bien comodado. Al respecto, los Códigos Civiles de 1852 y 1936 mandaban al comodante «avisar si la cosa prestada tenía algún vicio oculto» (artículos 1832, inciso 1 y 1592, inciso 1, respectivamente). Y el Código Civil de 1984 establece que la comunicación debe ser oportuna. El Proyecto De Vidaurre sancionaba el incumplimiento de esta obligación ordenando el pago del doble del daño que resultare para el comodatario y agregaba que: «si el mal recayese en la persona, será sujeto a juicio criminal».

El artículo 1250 del Código del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana, precisaba que «el comodante no puede volver a tomar la cosa que prestó sino después del tiempo convenido, o en ausencia de convención, después que ella ha servido en el uso para el que fue prestada». Por su parte, los Códigos Civiles de 1852 y 1936 disponían lo mismo y con similares palabras: «No pedir lo que prestó, antes del tiempo estipulado; y, en defecto de convención, antes de haber servido en el uso para el que

---

[56] ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo III, página 58.

fue prestado» (artículos 1832, inciso 2, y 1592, inciso 2, respectivamente).

El Código Civil de 1984, empleando un lenguaje más técnico señala: «a solicitar la devolución del bien antes del plazo estipulado y, en defecto de pacto, antes de servir al uso para el que fue dado en comodato, salvo el caso previsto en el artículo 1736». Esta salvedad se refiere a dos supuestos. El primero se da cuando el comodante necesita el bien con urgencia imprevista; y el segundo, cuando acredita que existe peligro de deterioro o pérdida, si continúa en poder del comodatario. Los Códigos anteriores y el Proyecto De Vidaurre, solo tenían previsto el primer supuesto, en tanto el Código Civil de 1984 —con acierto— añadió el segundo.

La otra obligación del comodante está referida al pago que debe realizar por los gastos extraordinarios que haya hecho el comodatario para la conservación del bien. Todos los cuerpos legales estudiados y el Proyecto De Vidaurre contienen esta misma disposición, a la que el Código Civil vigente destinó una norma adicional —acertada— y que responde a la aplicación del avance doctrinario. Este precepto (contenido en el artículo 1754) establece la caducidad del comodatario para reclamar los gastos extraordinarios, la cual tiene un plazo de seis meses, contados desde la devolución del bien. Cabe señalar que, desde que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondientes (artículo 2003), si el comodante después de transcurrido dicho plazo hiciere el pago, estaría incurriendo en un pago indebido.

Las obligaciones del comodatario también han sido reguladas siguiendo básicamente las mismas reglas. El Código Civil de 1984 introdujo una nueva obligación, cual es la de permitir que el comodante «inspeccione el bien para establecer su estado de uso y conservación» (inciso 3 del artículo 1378). Con este dispositivo el comodante podrá, en caso de comprobar que existen peligros de deterioro o pérdida del bien en posesión del comodatario, hacer efectivo su derecho

a solicitar la devolución antes de cumplido el plazo o de haber servido al uso del comodatario.

El comodatario ha estado siempre obligado:

— A la custodia y conservación del bien. Los Códigos Civiles anteriores al actual señalaban «velar por la guarda y conservación de la cosa prestada» (artículo 1243 primera parte, del Código Civil de 1836; 1835, inciso 1, del Código Civil de 1852; 1595, inciso 1, del Código Civil de 1936); en tanto el actual Código Civil agrega que debe hacerse con la mayor diligencia y cuidado, y que por ello el comodatario es responsable por la pérdida o deterioro que no provengan de su naturaleza o uso ordinario.
— A emplear el bien en el uso establecido en el pacto, o a falta de este, por la naturaleza de aquel, siendo responsable del deterioro o pérdida provenientes del abuso (artículos 1243, segunda parte, del Código Civil de 1836; artículo 1835, inciso 2, del Código Civil de 1852; y artículo 1595, inciso 2, del Código Civil de 1936). El Código Civil de 1984 agrega a la costumbre (artículo 1738, inciso 2).
— Al pago de los gastos ordinarios que exijan la conservación y uso del bien. El Código Civil de 1836 no tuvo una norma expresa, pero esta obligación podía ser deducida de la obligación general de conservación, consignada en el artículo 1243; en el Proyecto De Vidaurre (artículo 10); en el Código Civil de 1852 (artículo 1835, inciso 3); en el artículo 1595, inciso 3, del Código Civil de 1936; y en el artículo 1738, inciso 4, del Código Civil de 1984.
— A la devolución del bien en el plazo estipulado, o, a falta de pacto, después del uso para el que fue entregado. El Código Civil de 1836 no tenía una norma expresa, pero se podía inferir de la responsabilidad que sobre la pérdida del bien adquiría el comodatario cuando lo usa-

ba por más tiempo del debido (artículo 1244); pudiéndose citar al artículo 1835, inciso 4, del Código Civil de 1852; en tanto que en el Proyecto De Vidaurre se deduce de los artículos 11 y 12; así como el numeral 1595, inciso 4, del Código Civil de 1936; en el artículo 1738, inciso 5, del Código Civil de 1984.

Según el artículo 1740 del Código Civil vigente «Los gastos de recepción y restitución del bien corren por cuenta del comodatario». Al respecto, consideraríamos que esta norma debería referirse únicamente a los gastos de recepción, ya que el supuesto de la restitución está comprendido dentro de la norma general del artículo 1241, referido al pago.

Está establecida también, la responsabilidad del comodatario «que emplea el bien para un uso distinto o por un plazo mayor del convenido» y se produce su pérdida o deterioro, «salvo que pruebe que estos hechos se habrían producido aun cuando no lo hubiese usado diversamente o lo hubiese restituido en su oportunidad». Esta norma tiene sus antecedentes en el artículo 1244 del Código Civil de 1836; el artículo 11 del Proyecto De Vidaurre; el artículo 1836 del Código Civil de 1852; y el artículo 1598 del Código Civil de 1936.

Podemos señalar, además, que tanto en el artículo 1741 del Código Civil de 1984, como en los Códigos anteriores, no se hace referencia al supuesto en el cual a falta de plazo convenido, el comodatario demora en la devolución después de que le ha entregado al bien el uso para el que fue dado en comodato. El Proyecto De Vidaurre se refería al comodatario que sin incurrir en los casos permitidos retiene el bien cuando ha finalizado el plazo, y también preveía el caso en que ya se hubiera cumplido el objeto.

El artículo 1739 del Código Civil de 1984 dispone que el comodatario no responde si el bien se deteriora o modifica por efecto del uso para el que ha sido entregado. A excepción del Proyecto de Vidaurre, todos nuestros Códigos Civiles han contenido una norma similar. En el Código Civil de Santa Cruz solo estaba previsto el caso de deterioro (artículo 1247). Por su parte, el Código Civil de 1852 al igual que el de 1936, se referían al deterioro y a la pérdida (artículos 1840 y 1597, respectivamente).

Consideramos que es correcto que se haya cambiado el término «pérdida» por el de «modifica», dado que es casi imposible que se produzca la pérdida de un bien sin que el comodatario lo haya usado actuando con la diligencia debida.

El artículo 1742 en vigencia, obliga al comodatario a pagar el valor del bien cuando este perece por causa que no le es imputable, cuando hubiese podido evitarla sustituyéndolo con uno de su propiedad. Una norma similar contenían todos los Códigos anteriores, pero se limitaban al caso fortuito. Cabe hacer la salvedad en el sentido que el Proyecto De Vidaurre no se pronunciaba al respecto.

Con el Código Civil de 1984 existen tres obligaciones del comodatario que no registran antecedentes en los Códigos estudiados y están reguladas en los artículos 1745, 1746 y 1747.

El Código Civil del Estado Nor–Peruano de la Confederación Perú–Boliviana, en su artículo 1248, disponía que el comodatario no podía «retener la cosa por compensación de lo que el comodante le debe». El Proyecto de Vidaurre permitía este derecho solo por las «expensas extraordinarias» y con consentimiento del comodante o con «licencia judicial». El Código Civil de 1852 señalaba «El Comodatario, no puede retener la cosa en seguridad ni en compensación de lo que le debe el comodante» (artículo 1843). El Código Civil de 1936 guardaba silencio al respecto. El Código Civil vigente permite el derecho de retención del bien al comodatario cuando el comodante no le ha pagado los gastos extraordinarios. Cabría preguntarse aquí qué pasa si el bien se pierde, deteriora o modifica, mientras el comodatario está haciendo ejercicio de su derecho de retención.

El Código Civil de 1984 establece en su artículo 1753 (y no hay norma precedente que sea similar) que «la acción del comodante para reclamar por el deterioro o modificación del bien, cuando la causa sea imputable al comodatario, caduca a los seis meses». Podríamos señalar que el plazo debería ser de prescripción, pues considerando que —básicamente— con el comodato el comodante realiza un acto de liberalidad, y —en tal sentido— no es justo que este pierda su derecho, mucho menos cuando la causa es imputable al comodatario.

5.7.13. En cuanto a la valoración

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

5.7.14. En cuanto al riesgo

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

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

5.7.15. En cuanto a sus efectos

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

5.8. Con la locación de servicios

5.8.1. En cuanto al nombre

La compraventa y la locación de servicios son contratos nominados.

Con respecto a la locación de servicios, podemos decir que en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, se utilizaba la denominación genérica de arrendamiento o alquiler para referirse al alquiler de cosas y de obras. En tal sentido, se decía (artículo 1129) que el arrendamiento o alquiler de obra es un contrato por el cual una de las partes se obliga a hacer algún servicio o trabajo, mediante un precio estipulado entre ellas.

El Código Civil Peruano de 1852, dentro de la denominación genérica de locación y conducción, comprendía tanto al arrendamiento de cosas como a la obligación de prestar un servicio o trabajo personal, durante un tiempo determinado y por cierta renta convenida (artículo 1540).

Por su parte, el Código Civil de 1936 (dentro de la denominación genérica de locación-conducción) trataba, además de la locación de cosas, a la locación de servicios (artículo 1547).

El Código Civil Peruano de 1984 se constituye en el primer cuerpo legal de nuestro país que establece una distinción legislativa clara, entre el contrato de arrendamiento y el contrato de locación de servicios, dándole a este último autonomía conceptual.

5.8.2. En cuanto a su regulación

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

Independientemente de la denominación que ha recibido el contrato de locación de servicios a lo largo del proceso

codificador nacional, tuvo regulación legislativa desde el Código Civil de la Confederación, el mismo que, confundiendo al contrato de locación de servicios y al contrato de obra, regulaba el tema en el Capítulo VI del Título IX —referente al arrendamiento o alquiler—, artículo 1179, norma que establecía que hay tres especies principales de alquiler de obras y de industrias; a saber: el alquiler o salario de las gentes de trabajo que se contratan para el servicio de alguno; el flete de animales y trabajo de los arrieros o carruajeros que se encargan del transporte de personas o mercaderías tanto por tierra como por agua; y el de los emprendedores de obras en virtud de contrata o por jornal. Este Código Civil trataba, en el Capítulo VII, acerca del salario de las gentes de servicio; en el Capítulo VIII, de los arrieros o carruajeros, y del flete de los animales; y en el Capítulo IX, del alquiler de las obras por contrato o por jornal.

El Código Civil de 1852, regulaba el contrato de locación de servicios en sus artículos 1632 a 1651, conteniendo subtítulos relativos a los domésticos, los portadores y los operarios.

El Código Civil de 1836 legislaba sobre este contrato entre sus numerales 1547 y 1552.

Por su parte, el Código Civil vigente regula el contrato de locación de servicios dentro del Título IX, relativo a los contratos de prestación de servicios, en el Capítulo Segundo, artículos 1764 a 1770.

5.8.3. En cuanto a su estructura

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

5.8.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.8.5. En cuanto a su autonomía

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

5.8.6. En cuanto a su formación

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

5.8.7. En cuanto al tiempo

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

El Código Civil de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 establecía en su artículo 1180, relativo al salario de las gentes de servicio, que no se pueden alquilar los servicios sino para cierto tiempo o para una empresa determinada. Agrega este Código, en su artículo 1182, que los criados de cualquier calidad que sean, pueden ser despedidos por sus amos, aun sin estar cumplido el tiempo prefijado, y pagándoles el salario correspondiente. Se agregaba en el artículo 1183 que también pueden los criados despedirse cuando gusten; mas esto se entiende si no hubieren recibido vestidos o dinero adelantado, en cuyo caso pueden ser compelidos a acabar de servir por el tiempo y sueldo estipulados.

Por su parte, el Código Civil de 1852 ponía énfasis, en el artículo 1632, que el servicio o industria al que una persona se podía obligar, debía estar referido a un cierto tiem-

po o para una empresa determinada. Agregaba este Código —en su artículo 1634— que los criados, de cualquier clase que sean, pueden ser despedidos en todo tiempo, aunque no se exprese la causa, pagándoles su jornal o salario devengado. En tanto, el artículo 1635 señalaba que pueden los criados despedirse cuando quieran si no han recibido anticipaciones de vestido o de dinero; y en caso de haberlas recibido, se les obligará a servir por el tiempo y precio convenidos, salvo que hubiese alguna causa grave para su salida.

El Código Civil de 1936 señalaba, en su artículo 1549, que la locación de servicios no se puede estipular por un plazo mayor de seis años, si se trata de servicios profesionales o de carácter técnico, y de tres años, si se trata de servicios materiales; en tanto el artículo 1550 prescribía que cuando no hay plazo estipulado, o cuando no se puede inferir de la naturaleza del contrato o de la costumbre del lugar, cualquiera de las partes puede, a su arbitrio, poner fin al contrato dando a la otra el aviso correspondiente. Señalaba además este Código, en su artículo 1551, que este contrato se acaba por la muerte del locador.

Finalmente, el Código Civil Peruano de 1984 establece que el plazo máximo de este contrato es de seis años, si se trata de servicios profesionales y de tres años, en el caso de otra clase de servicios. Si se pacta un plazo mayor, el límite máximo indicado solo puede invocarse por el locador (artículo 1768).

El locador puede poner fin a la prestación de servicios por justo motivo, antes del vencimiento del plazo estipulado, siempre que no cause perjuicio al comitente. Además tiene derecho al reembolso de los gastos efectuados y a la retribución de los servicios prestados (artículo 1769).

5.8.8. En cuanto a su negociación

La compraventa es un contrato que puede celebrarse con negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusu-

las generales de contratación; en tanto que el contrato de locación de servicios es, fundamentalmente, uno de negociación previa.

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

5.8.9. En cuanto al rol económico

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

5.8.10. En cuanto a su función

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

5.8.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

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

5.8.12. En cuanto a la prestación

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas.

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

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

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

El Código de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 no hacía mención expresa de la retribución que debía pagarse al locatario. Del texto de dicho Código se deducía, implícitamente, que el contrato podía ser de carácter gratuito u oneroso.

El Código Civil de 1852, al tratar sobre la locación de servicios de los domésticos, expresaba —en su artículo 1633— que en cuanto a la tasa, pago y buenas cuentas de los jornales o salarios de criados merece entera fe el señor de ellos, mientras no se pruebe lo contrario.

El Código Civil de 1936 establecía, en su artículo 1547, que si la locación es de servicios, la retribución se pagará después de prestado el servicio, cuando por el convenio, o por la costumbre, no deba pagarse adelantada. Adicionalmente, en el artículo 1548 se precisaba que cuando no se

estipuló la retribución, o cuando las partes no se pusieron de acuerdo, se fijará por el juez, atendiendo a la costumbre del lugar, al tiempo y naturaleza del servicio prestado, y a todas las demás circunstancias del caso.

Por último, el Código Civil de 1984 establece en el artículo 1764 que por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución. Adicionalmente, en el artículo 1767 señala que si no se hubiera establecido la retribución del locador y no puede determinarse según las tarifas profesionales o los usos, será fijada en relación a la calidad, entidad, y demás circunstancias de los servicios prestados.

Antes de concluir el punto, queremos hacer mención de que el artículo 1765 del Código Civil de 1984 vigente prescribe que pueden ser materia del contrato de locación de servicios toda clase de servicios materiales o intelectuales. Por su parte, el artículo 1766 establece que el locador debe prestar personalmente el servicio pero puede valerse, bajo su propia dirección y responsabilidad, de auxiliares y sustitutos, si la colaboración de otros está permitida por el contrato o por los usos y no es incompatible con la naturaleza de la prestación.

5.8.13. En cuanto a la valoración

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

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

5.8.14. En cuanto al riesgo

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

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

5.8.15. En cuanto a sus efectos

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

5.9. Con el contrato de obra

5.9.1. En cuanto al nombre

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

En relación al contrato de obra, vale la pena recordar que el Código Civil de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, lo incluía dentro del nombre genérico del arrendamiento o alquiler. En tal sentido, el arrendamiento o alquiler de obra era el contrato por el cual una de las partes se obligaba a hacer algún servicio o trabajo mediante un precio estipulado entre ellas (artículo 1129).

Por su parte, el Código Civil de 1852 no trataba a este contrato bajo la denominación de obra, sino que las reglas que concedía al mismo las agrupaba bajo el título de «operarios».

El Código Civil de 1936 abordaba el contrato de obra dentro de las reglas de la locación-conducción.

Por último, el Código Civil de 1984 denomina a este contrato como de obra.

5.9.2. En cuanto a su regulación

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

Como se puede deducir de lo señalado en el punto anterior, el contrato de obra, aunque con distintas denominaciones ha recibido regulación en los cuatro Códigos Civiles que han regido en nuestro país. El Código de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 trató el tema en el Capítulo VI del Título IX, Del arrendamiento o alquiler, bajo el nombre Del alquiler de las obras y de la industria (artículo 1179). Pero el desarrollo del tema lo efectúa en el Capítulo IX, Del alquiler de las obras por contrato o por jornal (artículos 1191 a 1198).

Por su parte, el Código Civil de 1852 trataba el tema —como ha sido señalado anteriormente— bajo la denominación de «operarios», entre sus artículos 1640 y 1651.

El Código Civil de 1936 reguló el particular entre sus artículos 1553 y 1569; en tanto el Código Civil de 1984 lo hace en el Capítulo Tercero del Título IX, relativo a los contratos de prestación de servicios, bajo la denominación de contrato de obra, entre sus artículos 1771 y 1789.

5.9.3. En cuanto a su estructura

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

5.9.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.9.5. En cuanto a su autonomía

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

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

5.9.6. En cuanto a su formación

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

5.9.7. En cuanto al tiempo

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

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

Podemos decir que el Código Civil de 1984 establece que este contrato se extingue con la muerte del contratista, caso en el cual el comitente está obligado a pagar a los herederos hasta el límite en que le fueren útiles las obras realizadas, en proporción a la retribución pactada para la obra entera, los gastos soportados y los materiales preparados (artículo 1787 del Código Civil). El comitente, por su parte, puede separarse del contrato, aun cuando se haya iniciado la ejecución de la obra, indemnizando al contratista por los trabajos realizados, los gastos soportados, los materiales preparados y lo que hubiere podido ganar si la obra hubiera sido concluida.

El Código Civil de 1936, en su artículo 1554, establecía que el empresario que solo pone su industria está obligado a hacer la obra en el tiempo señalado en el contrato, bajo pena de pagar los perjuicios. El dueño de la obra a destajo (artículo 1562) puede separarse del contrato, pagando al empresario su trabajo y gastos, y lo que justamente podría utilizar.

De otro lado, el artículo 1564 del referido Código Civil establecía que este contrato se disuelve por muerte del empresario con quien se celebró; exceptuándose el caso en que el dueño de la obra conviniera en que se continúe por el heredero, o por el empresario que este le proponga. Si no conviene, pagará al heredero el precio proporcional al trabajo hecho y el valor de los materiales preparados, si le fueren útiles.

El Código Civil de 1852 prescribía en su artículo 1642 que el operario que solo pone su industria está obligado a hacer la obra según el convenio, y en el tiempo señalado en el contrato, so pena de pagar los perjuicios. Por su parte, el artículo 1646 establecía que el dueño de una obra a destajo puede separarse del contrato, pagando al operario su trabajo y gastos, y lo que justamente podría utilizar. Adicionalmente, el artículo 1647 anotaba que este contrato se disuelve por muerte del operario con quien se celebró; exceptuando del artículo antes mencionado, el caso en que el dueño de la

obra conviniese, en que se continúe por el heredero o por el operario que este le proponga. Si no conviene, pagará al heredero el precio proporcional al trabajo hecho; y el de los materiales preparados, si fueren útiles.

Por último, el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, establecía en su artículo 1195 que el dueño puede deshacer el contrato a destajo aunque la obra esté ya comenzada, satisfaciendo al empresario sus gastos, trabajo y lo que justamente podía utilizar. Además, el artículo 1196 prescribía que este contrato se disuelve por la muerte del obrero o empresario; pero los propietarios están obligados a pagar a los herederos en proporción al precio convenido, el valor de las obras hechas, y aun el de los materiales preparados, siempre que estos y aquellos puedan ser útiles.

5.9.8. En cuanto a su negociación

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

5.9.9.En cuanto al rol económico

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

5.9.10. En cuanto a su función

Por su función, la compraventa y el contrato de obra

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

5.9.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.9.12. En cuanto a la prestación

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

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

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

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

En lo que se refiere a las obligaciones del contratista, estas se encuentran enumeradas en el artículo 1774; siendo las siguientes: hacer la obra en la forma y plazos conveni-

dos en el contrato o, en su defecto, en el que se acostumbre; dar inmediato aviso al comitente de los defectos del suelo o de la mala calidad de los materiales proporcionados por este, si se descubren antes o en el curso de la obra y pueden comprometer su ejecución regular; y pagar los materiales que reciba, si estos, por negligencia o impericia del contratista, quedan en imposibilidad de ser utilizados para la realización de la obra. Adicionalmente, en el artículo 1775, se establece que el contratista no puede introducir variaciones en las características convenidas de la obra sin la aprobación escrita del comitente.

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

En lo que respecta a los derechos del comitente, el artículo 1777 señala que aquel tiene derecho a inspeccionar, por cuenta propia, la ejecución de la obra; y cuando en el curso de ella se compruebe que no se ejecuta conforme a lo convenido y según las reglas del arte, el comitente puede fijar un plazo adecuado, para que el contratista se ajuste a tales reglas; transcurrido el cual, el comitente puede solicitar la resolución del contrato, sin perjuicio del pago de la indemnización de daños y perjuicios. Tratándose de un edificio o de un inmueble destinado —por su naturaleza— a larga duración, el inspector debe ser un técnico calificado y no

haber participado en la elaboración de los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra.

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

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

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

responsabilidad al contratista por las diversidades y los vicios exteriores de esta.

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

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

Por su parte, el artículo 1785 establece que no existe responsabilidad del contratista en los casos a que se refiere el artículo 1784, si prueba que la obra se ejecutó de acuerdo a las reglas del arte y en estricta conformidad con las instrucciones de los profesionales que elaboraron los estudios,

planos y demás documentos necesarios para la realización de la obra, cuando ellos le son proporcionados por el comitente.

Debe mencionarse que el artículo 1788 prescribe que si la obra se pierde sin culpa de las partes, el contrato se resuelve de pleno derecho. Si los materiales son suministrados por el comitente, el contratista está obligado a devolverle los que no se hubieren perdido y el comitente no está obligado a pagar la retribución de la parte de la obra no ejecutada. Cuando se trate de un contrato por ajuste alzado o por unidad de medida, el contratista debe devolver la retribución proporcional correspondiente a la parte de la obra no ejecutada, pero no está obligado a reponerla o restaurarla. Por su parte, el comitente no está obligado a pagar la retribución proporcional de la parte de la obra no ejecutada. Adicionalmente, el artículo 1789 establece que si la obra se deteriora sustancialmente por causa no imputable a las partes, es de aplicación el artículo 1788.

El Código Civil Peruano de 1936 establecía en su artículo 1555 que la recepción de la obra, sin observación del propietario, descarga de responsabilidad al empresario, por falta de conformidad de la obra con lo que fue estipulado, o por vicios externos. El artículo 1556 prescribía que si la obra se destruye, total o parcialmente, dentro de cinco años, por vicio de su construcción, es responsable el empresario o arquitecto. Es también responsable de la destrucción por defecto en el suelo, o por la mala calidad de los materiales, aunque estos le hubiesen sido suministrados por el propietario. Por su parte, el artículo 1557 señalaba que si el empresario que contrató la obra se obliga a poner los materiales, sufre la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiese habido morosidad del dueño para recibirla. Desde que el empresario pone la obra a disposición del propietario (artículo 1558) está este obligado a recibirla. Si no obstante el requerimiento del empresario, el propietario retarda sin justa causa recibir la obra, se reputará entregada.

Cuando el empresario pone únicamente su industria, no podrá exigir pago alguno, si la cosa se perdió antes de ser entregada y sin que el dueño estuviera constituído en mora (artículo 1559). Por su parte, el artículo 1560 establecía que el que se obliga a hacer una obra por piezas, o por medida, puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción; en tanto que el empresario de una obra a destajo (artículo 1561) no puede pedir aumento del precio estipulado.

El artículo 1563 del Código de 1936 prescribía que el empresario o arquitecto que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra, en vista de plano convenido con el propietario del suelo, podrá pedir aumento de precio, no obstante lo dispuesto en el artículo 1561, cuando se haya hecho algún cambio que produzca aumento de obra, siempre que hubiera dado su aprobación por escrito el propietario.

Al que ajustó una obra por honorario (artículo 1564), solo se le abonarán, además de los vencidos, los que correspondan a un mes contado desde la suspensión de la obra.

Por su parte, el artículo 1566 establecía que cuando se estipulare la obra se ha de hacer a satisfacción del propietario y se entiende reservada la aprobación, a falta de conformidad, al juicio pericial correspondiente. Si la persona que ha de aprobar la obra es un tercero, se estará a lo que este decida.

Si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al tiempo de efectuar la entrega (artículo 1567).

Ninguno de los operarios y dependientes del empresario, ni los proveedores de materiales, tienen acción contra el dueño de la obra construida a destajo, sino hasta la cantidad que se estuviese debiendo al empresario (artículo 1568).

Es importante señalar que el artículo 1553 del Código Civil, bajo tratamiento, precisaba que cuando el empresario pone materiales e industria hay una venta, y debe arreglar-

se a los principios establecidos en el Título que corresponde a este contrato.

Finalmente, el artículo 1569 establece que las convenciones de doy para que hagas y hago para que des, son arrendamientos de obras; y sobre ellas rigen los principios establecidos en el Título V del Código Civil de 1936, relativo a la locación-conducción.

Por su parte, el Código Civil de 1852, al tratar acerca de los Operarios, establecía en el artículo 1640, que el que se encarga de una obra, puede obligarse a poner los materiales y su industria, o solamente esta; agregando en el artículo 1641 que cuando el empresario pone materiales e industria hay una venta, y debe arreglarse a los principios establecidos en el Título que corresponde a ese contrato.

Si la obra perece (artículo 1643), no está obligado el operario sino por dolo o culpa. Si un edificio construído a destajo (artículo 1644) se destruye dentro de cinco años por vicio de su construcción, es responsable el operario o arquitecto. Es también responsable de la destrucción del edificio, por defecto en el área sobre la que fue construido, si no hizo al dueño la representación conveniente para disuadirlo de esa fábrica.

El operario no puede pedir aumento de salario estipulado, a no ser que se aumente también la obra (artículo 1645).

El empresario responde por las faltas que cometan sus operarios y demás personas que emplee por sí en alguna obra (artículo 1649). Ninguno de los operarios y dependientes comprendidos en el artículo anterior, tiene acción contra el dueño de la obra, sino hasta la cantidad que se estuviere debiendo al empresario (artículo 1650).

Por último, este Código —al igual que el Código Civil de 1936— establecía en su artículo 1651 que las convenciones de doy para que hagas y hago para que des, son verdaderos arrendamientos de obras; y sobre ellas rigen los mismos principios establecidos en este Título.

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

artículo 1191 que cuando uno se encarga de hacer alguna obra se puede convenir en que él pondrá solamente su trabajo o su industria, o que suministrará también los materiales. En caso el obrero suministra los materiales, si la cosa perece de cualquier manera que sea antes de ser entregada, la pérdida será para el obrero, a no ser que el dueño se haya demorado en recibirla (artículo 1192). Si el obrero ha recibido materiales y la cosa viene a perecer, no estará obligado sino a lo que resulte por su falta (artículo 1193). Si el edificio construido a destajo perece por vicio de la construcción o por vicio del suelo o terreno, el empresario es responsable de ella dentro del término de cinco años (artículo 1194).

Los albañiles, carpinteros y otros obreros que han sido empleados en la construcción de un edificio o de otras obras hechas por la empresa, no tienen acción contra aquel para quien se han hecho, sino hasta la cantidad que este se halle debiendo al empresario en el momento en que los obreros reclamen (artículo 1197). Los albañiles, carpinteros y otros obreros que hacen directamente contratos a jornal, están sujetos a las reglas prescritas en el Capítulo IX, en el cual se incluyen las normas antes señaladas. Ellos son empresarios en la parte que les toca (artículo 1198).

5.9.13. En cuanto a la valoración

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

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

5.9.14. En cuanto al riesgo

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

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

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

5.9.15. En cuanto a sus efectos

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

5.10. Con el contrato de mandato

5.10.1. En cuanto al nombre

La compraventa y el mandato son contratos nominados.

Al mandato, desde sus inicios, se le conoció con ese nombre. Así, en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana, de 1836 o Código de Santa Cruz, se le reguló en el Título XV, bajo la denominación «Del Mandato».

En el Proyecto del Doctor Manuel Lorenzo De Vidaurre, se le reguló en el Título 15, bajo la denominación «Mandato; apoderados; procuradores».

El Código Civil de 1852 lo reguló en la Sección Quinta del Título I, bajo la denominación «Del Mandato».

En el Código Civil de 1936, se abordó a este contrato en el Título X, bajo la denominación «Del Mandato».

En el Código Civil de 1984 se trata al mandato en el Capítulo Cuarto del Título IX, relativo a los contratos de prestación de servicios (artículos 1790 a 1813).

5.10.2. En cuanto a su regulación

La compraventa y el mandato son contratos típicos.

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

Pero la definición de mandato ha variado desde 1836 hasta nuestros días.

El Código Civil de 1836, en el artículo 1328 definía el mandato de la siguiente manera:

Artículo 1328.- «El mandato o la procuración es un acto por el cual una persona da a otra el poder de hacer alguna cosa a su nombre y en virtud del mandato».

El contrato no se perfecciona sino por la aceptación del mandatario».

Lo primero que podemos apreciar de esta definición es que se trata de un contrato consensual, por medio del cual el mandante, otorga facultades al mandatario para que celebre actos en su nombre, confundiéndose así con la representación.

El mandato podía ser especial o general:

Artículo 1332.- «El mandato es especial y para uno o muchos negocios determinados, o general para todos los negocios del mandante».

Artículo 1333.- «El mandato concebido en términos generales no comprende sino los actos de administración. Si se trata de enajenar, o hipotecar, o de cualquier otro acto de propiedad, el mandato debe ser expreso».

Así vemos que el mandato especial era aquel que se celebraba para determinados negocios debidamente especificados. Asimismo, era el que se concluía para los actos de disposición.

El mandato era general cuando abarcaba todos los negocios del mandante e implicaba la facultad de realizar los actos de administración.

En el Proyecto de Código del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, el artículo 1 del Título 15 definía a este contrato de la siguiente manera:

Artículo 1.- «Mandato es el contrato por el cual una persona que está en el libre ejercicio de sus derechos, se obliga a representar los de otro, en que pueda ser representado; en uno o más asuntos judiciales o extrajudiciales de cualquier clase, o en todo, lo que a él corresponde sin ninguna restricción».

Como podemos apreciar, esta definición es más completa que la adoptada por el Código Civil de 1836, ya que especifica que el mandatario debía ser un agente capaz, o, dicho en el lenguaje de la época, una persona que esté en el libre ejercicio de sus derechos, lo cual resulta lógico.

En su Exposición de Motivos, De Vidaurre señala: «Digo que el mandatario ha de estar en el libre ejercicio de sus derechos. Luego ha de ser un ciudadano, que tenga la edad prevenida por la ley, cuyos derechos no estén perdidos ni suspensos. Aquí se incluyen, sin necesidad de especificarlos como excepcionados, el menor, el loco, el furioso, el pródigo, la mujer casada, el infante, el criminal».

Sería absurdo delegar facultades en quienes no pueden realizar actos por sí mismos».[57]

Este Proyecto consideraba hasta cuatro formas de Mandato:

Artículo 2.- «El poder es general o especial o para pleitos, o para actos comunes sociales, no es de esencia del contrato el ser gratuito».

En su Exposición de Motivos, De Vidaurre no explica cada uno de estos tipos de mandato, pero sí anota reglas para el poder general.

En principio, todos los poderes sin excepción, debían precisar los actos para los cuales estaba facultado el mandatario:

Artículo 5.- «En el poder expresamente se señalará el objeto para que se dio. No se admiten ampliaciones, restricciones, ni deducciones. El defecto más leve causa nulidad.

---

[57] DE VIDAURRE, Manuel Lorenzo. *Op. cit.*, página 242.

Los jueces son responsables de los daños, si admiten poderes defectuosos, aunque las partes por lo pronto no aleguen contra ellos. Nunca prescriben las acciones, si los poderes no fueron completos, si no es a los 30 años».

Como podemos apreciar, esta norma iría en contra de la naturaleza misma de un poder general, donde no se pueden detallar los actos para los que se está facultado. Sin embargo, De Vidaurre no hace ninguna distinción en cuanto a qué tipos de poderes están incursos o no lo están dentro de este artículo.

Un punto interesante que podemos apreciar, tanto en este Proyecto de Código Civil, como en el ya comentado Código de 1836, es que se confunde la figura del contrato de mandato con la representación. Así, por ejemplo, en el ya citado artículo 1328 del Código de 1836, se señala que el mandatario celebrará actos en nombre del mandante, situación que es propia de la representación, mas no así del contrato de mandato.

De la misma manera, en el Proyecto De Vidaurre, en el también ya citado artículo 1, se señala que la prestación del mandatario es representar al mandante, en actos susceptibles de representación. Vemos, pues, que ambos términos se manejan como sinónimos.

En el Código Civil de 1852, encontramos la figura del mandato más delimitada. Así, en el artículo 1921 se daba la definición correspondiente:

Artículo 1921.- «Mandato o procuración es el contrato por el cual una persona encarga el desempeño de ciertos negocios a otra que los toma a su cargo».

Vemos, pues, que aquí ya no se señala que la actuación del mandatario será en nombre del mandante, o que la actuación del mandatario será en representación del mandante. Lo que se señala es que el mandatario toma a su cargo los negocios del mandante, situación que podría interpretarse como que actuará en nombre propio, pero en beneficio del mandante.

Las clases de mandato, según este Código Civil, son: general y especial:

Artículo 1923.- «El mandato es general o especial; general, el que comprende todos los negocios del mandante; especial, el que tiene por objeto uno o más negocios, pero ciertos y determinados».

Así, pues, será general aquel mandato que comprende la administración de todos los negocios del mandante.

Será especial, el mandato que tenga por objeto la administración de uno o más negocios ciertos y determinados, o los actos de disposición de la propiedad del mandante.

Artículo 1927.- «Para enajenar, hipotecar, afianzar, donar, transigir o disponer de cualquier otro modo de la propiedad del mandante, se necesita que el encargo conste expresamente y por escritura pública».

Para el Código Civil de 1936, la figura del contrato de mandato no se ve alterada en relación a la establecida por el Código Civil de 1852. La única variación que se aprecia es una de carácter estructural, ya que agrupa en un solo artículo, lo que para el Código Civil de 1852 fueron tres preceptos, pero ésta es una diferencia carente de importancia. Ello puede ser apreciado de la lectura del artículo 1627 del Código de 1936:

Artículo 1627.- «Por el mandato una persona encarga el desempeño de ciertos negocios, a otra que los toma a su cargo. Este contrato se perfecciona por la aceptación del mandatario.

El mandato es general o especial».

Así, según este Código, el mandato podía ser:

General (cuando se otorgan facultades de administración) o especial (para los actos de disposición de la propiedad del mandante).

Esto se ve traducido en los artículos 1632 y 1633, normas de texto siguiente:

Artículo 1632.- «Por el encargo que se hace en términos generales, sólo queda autorizado el mandatario para actos de administración».

Artículo 1633.- «Para disponer de la propiedad del mandante o gravarla, se necesita que el encargo conste expresamente y por escritura pública».

En el Código Civil de 1984 se define a esta figura de la siguiente manera:

Artículo 1790.- «Por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante».

Este concepto es similar a los recogidos por el Código Civil de 1852 y el de 1936.

La obligación esencial del mandatario no es realizar actos jurídicos en nombre propio, sino en interés del mandante.

En el Código de 1984, las clases de mandato son:

General, el mismo que abarca los actos de administración ordinaria; y especial, que comprende los actos de administración y/o disposición expresamente señalados en el contrato. Pero el Código Civil vigente extiende la facultad otorgada a todos aquellos actos que no han sido nombrados en el contrato de mandato, pero que resultan necesarios para el cumplimiento de aquellos actos sobre los que expresamente versa el contrato:

Artículo 1792.- «El mandato comprende no sólo los actos para los cuales ha sido conferido, sino también aquellos que son necesarios para su cumplimiento.

El mandato general no comprende los actos que excedan de la administración ordinaria, si no están indicados expresamente».

5.10.3. En cuanto a su estructura

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

5.10.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.10.5. En cuanto a su autonomía

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

5.10.6. En cuanto a su formación

La compraventa es básicamente un contrato consensual.

Con respecto al mandato, podemos recordar que el Código Civil de 1936, en el ya mencionado artículo 1328, establecía que este contrato se celebra con la aceptación del mandatario, es decir, con el solo acuerdo de voluntades. Para que se considerase a la aceptación del mandatario como generadora del contrato, bastaba fuera manifestada en forma tácita:

Artículo 1330.- «La aceptación del mandato puede ser solamente tácita, y resultar de la ejecución que le ha dado el mandatario».

Tal vez podría sostenerse —en criterio que no compartimos— que no se trata de un contrato consensual, sino de uno formal, ya que para que se considere válida la aceptación del mandato, ésta debe realizarse bajo una forma determinada, pues, de lo contrario, no surtirá efectos y no habrá contrato.

Pero a nuestro parecer, aquí se está identificando el momento de la celebración del contrato con el inicio de su ejecución.

Si el contrato se celebraba verbalmente, podía recurrirse —para efectos de su probanza— a la prueba testimonial:

Artículo 1329.- «Puede hacerse el mandato o por acto público o por escrito bajo la firma privada, y aun por carta. Pue-

de también hacerse verbalmente; pero la prueba testimonial no puede recibirse sino conforme al título de los contratos o de las obligaciones convencionales en general».

Para el Proyecto de Código del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, el contrato de mandato era consensual, pero se exigía una formalidad —la escritura pública— para poder probar la relación jurídica.

Artículo 17.- «Todo poder ha de constar por escritura pública».

Además, se exigía que el consentimiento del mandatario se manifestara de manera expresa, y no tácita, como en el Código de 1836.

Para el Código de 1852, el contrato se celebraba con la aceptación del mandatario. El Código señalaba los términos «se perfecciona», pero como ya hemos expresado, este cuerpo normativo confundía la figura de la celebración con la del perfeccionamiento.

En cuestiones de probanza, no se exigía ninguna formalidad en especial:

Artículo 1922.- «Este contrato se perfecciona por la aceptación del mandatario».

Artículo 1924.- «Puede celebrarse entre presentes o ausentes, por escritura pública o privada, y aun de palabra.

El instrumento en que consta el mandato se llama poder».

El Código Civil de 1936, en el ya comentado artículo 1627, establecía que el perfeccionamiento del contrato se daba con la aceptación del mandatario. Los artículos 1630 y 1631 señalaban el momento en que se presumía aceptado el contrato y por lo tanto, celebrado el mismo.

Por regla general, este contrato se presumía aceptado con el inicio de ejecución de las obligaciones del mandatario.

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

Es decir que el contrato se celebra con el acuerdo de voluntades, el mismo que se produce cuando la aceptación

es conocida por el oferente, o cuando el mandatario ejecuta su prestación (artículos 1373, 1374 y 1380 Código Civil).

5.10.7. En cuanto al tiempo

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

Así, para el Código Civil de 1836, entre las diferentes maneras de finalización del mandato, estaban la revocación del mandante; el desestimiento del mandatario; y la muerte natural, civil, inhabilitación o quiebra, sea del mandante o del mandatario.

Como vemos, no se señalaba el momento de finalización del contrato, por lo que deberíamos suponer que este contrato era uno de duración indeterminada. Debemos resaltar, pues, que no se contemplaba tampoco a la finalización del objeto del contrato como una forma de extinción del mandato:

Artículo 1346.- «El mandato se acaba: 1° por la revocación del mandante; 2° por el desistimiento del mandatario; 3° por la muerte natural, civil, inhabilitación o quiebra, sea del mandante o del mandatario».

Para el Proyecto del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre (artículos 9, 10 y 19), en cambio, se consideraban como formas de extinción del contrato, las siguientes: cuando ambas partes deciden disolver el contrato; cuando se cumpla el plazo fijado de la duración del contrato; y a la muerte del mandatario, si es revocado por los herederos.

El Proyecto de Código del Doctor De Vidaurre era más completo que el Código Civil de 1836, ya que abarcaba a todos los supuestos de finalización del contrato.

Por su parte, el Código Civil de 1852, en su artículo 1942, señalaba lo siguiente:

Artículo 1942.- «El mandato se acaba:

1. Por revocación del mandante;
2. Por renuncia del mandatario;
3. Por muerte, interdicción o quiebra del mandante o del mandatario;
4. Por concluirse el objeto para que se dio».

Vemos, que podía tratarse de un contrato de duración determinable o indeterminada.

El Código Civil de 1936 contemplaba los mismos supuestos de extinción, en su artículo 1649.

Durante la vigencia de ambos Códigos, aun cuando no se reguló nada acerca de la extinción del mandato por vencimiento del plazo de duración del contrato, la jurisprudencia daba a estos contratos la calidad de determinados. Un ejemplo es la Ejecutoria Suprema del año 1918 que establecía que «Cuando se fijó plazo al ejercicio del mandato, éste concluye al vencimiento de dicho plazo».[58]

En el Código Civil de 1984, se contemplan tres formas de extinción del mandato:

Artículo 1801.- «El mandato se extingue por:

1. Ejecución total del mandato;
2. Vencimiento del plazo del contrato;
3. Muerte, interdicción o inhabilitación del mandante o del mandatario».

5.10.8. En cuanto a su negociación

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

[58] ANALES JUDICIALES. página 196, Lima, 1918.

5.10.9. En cuanto al rol económico

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

5.10.10. En cuanto a su función

Al igual que la compraventa, el mandato es básicamente un contrato constitutivo, pero nada impide que sea uno modificatorio o regulatorio; sin embargo, nunca estaremos en presencia de un mandato extintivo, pues —en virtud de lo prescrito por el artículo 1790 del Código Civil— por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante.

5.10.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.10.12. En cuanto a la prestación

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

5.10.13. En cuanto a la valoración

Mientras la compraventa es un contrato que se celebra

a título oneroso, el mandato puede ser celebrado tanto a título gratuito como a título oneroso.

En el Código Civil de 1836, el mandato era un contrato de prestación unilateral, pero podía pactarse con prestaciones recíprocas. Así se establecía en el artículo 1331:

Artículo 1331.- «El mandato es gratuito, si no hay convención contraria».

Vemos, pues, que en este contrato la prestación del mandatario de cumplir con el mandato puede o no tener una contraprestación; todo dependerá del modo como se haya pactado.

De la misma manera, este contrato puede ser uno celebrado a título gratuito como oneroso.

Para el Proyecto De Vidaurre, se producía la misma situación: el contrato podía ser uno de prestación unilateral, como uno con prestaciones recíprocas, y de la misma forma, podía ser gratuito u oneroso:

Artículo 2.- «El poder es general, o especial o para pleitos, o para actos comunes, sociales, no es de esencia del contrato el ser gratuito».

Estamos ante el mismo supuesto anterior.

En el Código Civil de 1852 se parte del mismo supuesto: que el contrato se presume gratuito, pero cabe pacto en contrario:

Artículo 1928.- «El mandato se entiende gratuito, siempre que no haya convención en contrario».

En el Código Civil de 1936 la situación varía ligeramente, contemplándose un supuesto en el cual este contrato es obligatoriamente oneroso y por lo tanto de prestaciones recíprocas. La reciprocidad estaría dada en relación a si se trata de un contrato civil o comercial. En tal sentido, si la ocupación del mandatario es dedicarse a prestar servicios de mandato, sería lógico que su objeto fuese buscar una retribución, o un lucro:

Artículo 1635.- «El mandato se presume gratuito, a falta de estipulación en contrario.

Empero si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la clase a que se refiere el mandato, se supone la obligación de retribuirlo».

Si se trata del supuesto del mandatario frecuente, y no se ha pactado el monto de la retribución, ésta será fijada por peritos. Así lo estableció la jurisprudencia en 1894: «Los servicios prestados en el comercio por un factor o dependiente son, por su naturaleza, onerosos y deben regularse por peritos en defecto de convenio».[59]

Vemos, pues, que en este Código el mandato seguía presumiéndose de prestaciones unilaterales y/o gratuito, salvo pacto en contrario; con la excepción dada por la frecuencia con que el mandatario realizaba esa clase de servicios, situación en la cual estamos ante un contrato oneroso.

Sin embargo, la figura cambia en el Código de 1984, donde el contrato de mandato se presume oneroso; dándose la posibilidad de que si las partes lo consideran conveniente pacten un contrato de mandato gratuito, lo que puede apreciarse de la lectura del artículo 1791:

Artículo 1791.- «El mandato se presume oneroso, si el monto de la retribución no ha sido pactado, se fija sobre la base de tarifas del oficio o profesión del mandatario; a falta de éstas, por los usos, y a falta de unas y otros por el Juez».

Como podemos ver, no solo se presume oneroso, sino que para poder considerarlo gratuito, debe pactarse expresamente de esta forma, ya que no por el solo hecho de omitir fijar una retribución debe entenderse que es gratuito.

5.10.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es fundamentalmente conmutativa y excepcionalmente aleatoria.

---

[59] ANALES JUDICIALES, página 53, Lima, 1894. Citados por GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código Civil de 1936,* tomo III, página 1879. Cuarta edición, Editorial Científica S.R.L., Lima, 1982.

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

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

5.10.15. En cuanto a sus efectos

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

5.11. Con el contrato de depósito

5.11.1. En cuanto al nombre

La compraventa y el depósito son contratos nominados.

5.11.2. En cuanto a su regulación

La compraventa y el depósito son contratos típicos.

En lo que respecta al depósito, cabe recordar que el Código de Santa Cruz, lo trataba en el Título XII, «Del Depósito y Del Secuestro», y seguidamente el Capítulo I se denominaba «Del Depósito en general y de sus diversas especies». Es en este Capítulo donde se definía qué era el depósito; y así el artículo 1272 señalaba lo siguiente:

Artículo 1272.- «El depósito en general es un acto por el que se recibe la cosa de otro con cargo de guardarla y restituirla en especie».

De esta definición entendemos que el depósito consiste en guardar una cosa de otra persona, para luego restituirla. Lo que puede confundirnos es ¿en qué va a consistir la restitución?. El Código sólo señalaba «en especie», pero ¿a qué

se refería este término: o a cosas semejantes, en caso de hablar de cosas fungibles; o a las mismas cosas dadas a guardar?. Para poder aclarar esta duda, debíamos remitirnos al artículo 1288, precepto que se encontraba dentro del Capítulo III, denominado «De las Obligaciones del Depositario» y que a la letra decía:

Artículo 1288.- «El depositario debe devolver la misma especie que ha recibido [...]».

Así, la naturaleza del depósito consiste en guardar la cosa y posteriormente devolverla. Incluso, podemos apreciar que el mismo artículo 1288 señala a continuación de la frase citada, que «Así el depósito de monedas debe ser devuelto en las mismas especies que se han entregado, sea en el caso de aumento o en el de disminución de su valor».

Otro punto que debemos tener en cuenta es que en esta definición no se hace alusión a si la cosa debía ser entregada por el propietario. Sólo cuando se regula el depósito voluntario se aclara esta situación; y así el artículo 1278 señala lo siguiente:

Artículo 1278.- «El depósito voluntario no puede regularmente hacerse sino por el propietario de la cosa depositada, o con su consentimiento expreso o tácito».

Pero este artículo empieza señalando que se refiere al depósito voluntario. Ahora bien ¿Cómo podemos interpretar esta frase? Alude a que única y exclusivamente el depósito voluntario debe hacerlo el propietario? ¿O tal vez debemos interpretarla de manera extensiva y que por analogía cualquier clase de depósito debe ser hecho por el propietario, o con su consentimiento, ya sea expreso o tácito?

Nos inclinamos por la segunda interpretación, ya que el artículo 1305 señala:

Artículo 1305.- «El depósito necesario se rige además por todas las reglas anteriormente enunciadas».

Por lo tanto, como no se ha estipulado nada al respecto en el Capítulo del Depósito necesario, debemos remitirnos supletoriamente a lo regulado en el Depósito voluntario, y

—por tanto— el depósito debe ser realizado por el propietario o contar con su consentimiento, sea éste expreso o tácito.[60]

---

[60] Como referencia podemos mencionar que el Código Civil Francés aborda al contrato de depósito voluntario en sus artículos 1915 y siguientes:
Artículo 1915.- «El depósito en general, es un acto por el cual se recibe una cosa ajena, con la obligación de guardarla y restituirla en especie».
Artículo 1917.- «El depósito propiamente dicho es un contrato esencialmente gratuito».
Artículo 1919.- «No se perfecciona sino por la tradición real o ficticia de la cosa depositada.

La tradición ficticia es suficiente cuando el depositario tiene ya en su poder, por cualquier otro título, la cosa que se consiente en dejarle a título de depósito».
Artículo 1921.- «El depósito voluntario se perfecciona por el consentimiento recíproco de la persona que hace el depósito y el de aquélla que lo recibe».

Lo propio hace el Código Civil Belga:
Artículo 1915.- «El depósito en general, es un acto por el cual se recibe una cosa ajena, con la obligación de guardarla y restituirla en especie».
Artículo 1917.- «El depósito propiamente dicho es un contrato esencialmente gratuito».
Artículo 1919.- «No se perfecciona sino por la tradición real o ficticia de la cosa depositada.

La tradición ficticia es suficiente cuando el depositario tiene ya en su poder, por cualquier otro título, la cosa que se consiente en dejarle a título de depósito».
Artículo 1921.- «El depósito voluntario se perfecciona por el consentimiento recíproco de la persona que hace el depósito y el de aquélla que lo recibe».

Por su parte, el Código Civil Austríaco regula el depósito en su artículo 957:
Artículo 957.- «Cuando alguien toma en su custodia, una cosa ajena, se establece un contrato de depósito. La denominada custodia de una cosa ajena pero que todavía no ha sido entregada, establece una relación obligatoria, pero que no es todavía un contrato de depósito».

El Código Civil Boliviano de 1831 trata el tema en sus artículos 1275 y siguientes:
Artículo 1275.- «El depósito en general es un acto por el que se recibe la cosa de otro, a cargo de guardarla y restituirla en especie».
Artículo 1276.- «Hay dos especies de depósito; el depósito propiamente dicho, y el secuestro».
Artículo 1281.- «El depósito voluntario se forma por el consentimiento recíproco de la persona que hace el depósito y de la que lo recibe».
Artículo 1282.- «El depósito voluntario no puede regularmente hacerse sino por el propietario de la cosa depositada, o con su consentimiento expreso o tácito».

El Código Civil Peruano de 1852 trataba sobre el depósito en sus artículos 1845 y siguientes:
Artículo 1845.- «Depósito es un contrato real por el que una persona recibe de otra alguna cosa para custodiarla, obligándose a devolverla cuando la pida al depositante».
Artículo 1846.- «Este contrato se perfecciona por la tradición real o presunta de la cosa depositada.

La tradición presunta tiene lugar, cuando uno se constituye depositario de aquello mismo que tenía en su poder por otro título».
Artículo 1848.- «El depósito es voluntario, necesario o judicial.

El voluntario es el que hace una persona sin estar compelida por algún accidente imprevisto.

El necesario tiene por objeto librar la cosa de un peligro inminente, como en el caso de un incendio, o en el de ruina de un edificio, o en el de robo.

El judicial es el que ordena el juez».
Artículo 1850.- «Pueden ser depositadas las cosas o las personas».
Artículo 1851.- «El depósito voluntario no se forma sino entre personas capaces de contratar.

Sin embargo, la persona capaz, que es depositaria de los bienes de otra incapaz, queda sujeta a todas las obligaciones de este contrato».

El Código Civil Chileno regula el tema en sus artículos 2211 y siguientes:
Artículo 2211.- «Llámase en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie.

La cosa depositada se llama también depósito».
Artículo 2212.- «El contrato se perfecciona por la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario».
Artículo 2214.- «El depósito es de dos maneras: depósito propiamente dicho, y secuestro».
Artículo 2215.- «El depósito propiamente dicho es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble para que la guarde y la restituya en especie a voluntad del depositante».

Por su parte, el Código Civil Italiano de 1865 regulaba al depósito en sus artículos 1835 y siguientes:
Artículo 1835.- «El depósito en general es un acto por el cual se recibe la cosa ajena con el objeto de custodiarla y de restituirla en naturaleza».
Artículo 1836.- «Se distinguen dos tipos de depósito: El depósito propiamente dicho y el secuestro».
Artículo 1837.- «El depósito propiamente dicho es un contrato esencialmente gratuito el cual no puede tener por objeto otra cosa que los bienes muebles.

No se perfecciona sino con la tradición de la cosa.

La tradición se cumple con el solo consenso, si la cosa que se conviene a dejar en depósito se halle ya en poder del depositario en virtud de cualquier otro título».
Artículo 1838.- «El depósito es voluntario o necesario».

Artículo 1839.- «El depósito voluntario tiene lugar por consenso espontáneo de quien da y de quien recibe la cosa en depósito».
Artículo 1840.- «El depósito voluntario no se puede hacer regularmente si no es por el propietario de la cosa depositada, ya sea con su consentimiento expreso o tácito».

El Código Civil Uruguayo regula al depósito en sus artículos 2239 y siguientes:
Artículo 2239.- «El depósito en general es un acto por el cual alguno recibe una cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla en especie.

La cosa depositada se llama también depósito».
Artículo 2240.- «El depósito es de dos maneras: el depósito propiamente dicho y el secuestro.

El primero es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa para que la guarde y la restituya en especie a voluntad del depositante».
Artículo 2245.- «El depósito voluntario se forma por el consentimiento recíproco del depositante y depositario; sin que dé ocasión a él una calamidad».

El Código Civil Colombiano trata al depósito en sus artículos 2236 y siguientes:
Artículo 2236.- «Llámase en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardársela y de sustituirla en especie.

La cosa depositada se llama también depósito».
Artículo 2237.- «El contrato se perfecciona por la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario».
Artículo 2239.- «El depósito es de dos maneras: depósito propiamente dicho y secuestro».

Por su parte, el Código Civil Venezolano de 1880 abordaba el tema en sus artículos 1687 y siguientes:
Artículo 1687.- «El depósito en general es un acto por el que uno recibe la cosa ajena, con la obligación de guardarla y de restituirla».
Artículo 1688.- «Hay dos especies de depósito:

El depósito propiamente dicho y el secuestro».
Artículo 1689.- «El depósito propiamente dicho es un contrato, por naturaleza gratuito, que no puede tener por objeto sino cosas muebles.

No se perfecciona sino por la tradición de la cosa.

La tradición se verifica por el mero consentimiento sólo en el caso de que la cosa esté ya en poder del depositario por cualquier otro título y que se convenga que quede el depósito».
Artículo 1690.- «El depósito es voluntario o necesario».

El Código Civil Ecuatoriano regula el depósito en sus artículos 2143 y siguientes:
Artículo 2143.- «Llámase en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie.

La cosa depositada se llama también depósito».

Artículo 2144.- «El contrato se perfecciona por la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario».
Artículo 2146.- «El depósito es de dos maneras: depósito propiamente dicho, y secuestro».
Artículo 2147.- «El depósito propiamente dicho es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble, para que la guarde, y la restituya en especie a voluntad del depositante».

Por su parte, el Código Civil Costarricense de 1888 considera que existe un depósito llamado convencional y otro llamado judicial:
Artículo 1348.- «El depósito se constituye para la guarda y custodia de una cosa mueble.

Es gratuito y el depositario no puede usar de la cosa depositada.

El contrato en virtud del cual se entrega una cosa para su guarda y custodia, si se estipula precio o si se permite el uso de la cosa, se rige por las reglas del arrendamiento de servicios o del comodato según su caso».
Artículo 1360.- «Al depósito judicial son aplicables las reglas del depósito convencional, salvas las modificaciones que se expresan en los artículos siguientes y en el Código de Procedimientos».

De otro lado, el Código Civil Español trata acerca del depósito en sus artículos 1758 y siguientes:
Artículo 1758.- «Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla».
Artículo 1759.- «El depósito puede constituirse judicial o extrajudicialmente».
Artículo 1761.- «Sólo pueden ser objeto del depósito las cosas muebles».
Artículo 1763.- «Depósito voluntario es aquél en que se hace la entrega por la voluntad del depositante. También puede realizarse el depósito por dos o más personas, que se creen con derecho a la cosa depositada, en un tercero, que hará la entrega en su caso a la que corresponda».

El Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón elaborado por G. Boissonade, de 1890, abordaba el depósito en los artículos 901 y siguientes:
Artículo 901.- «El depósito propiamente dicho es un contrato por el cual una persona remite una cosa mueble a otra persona, para que esta última la guarde y se la restituya idénticamente, a la primera demanda o solicitud.

El depósito es esencialmente gratuito.

El es puramente voluntario o necesario».
Artículo 902.- «El depósito voluntario es aquel que tiene lugar en las circunstancias en las cuales el depositante ha podido libremente escoger el lugar del depósito y la persona del depositario».

Por su parte, el Código Civil Alemán trata el tema en sus numerales 688 y siguientes:
Artículo 688.- «Por el contrato de depósito el depositario se obliga a custodiar una cosa mueble a él entregada por el depositante».

El Código Civil Nicaragüense de 1903 regula al depósito en sus artículos 3449 y siguientes:

Artículo 3449.- «El depósito en general es un acto por el cual se recibe la cosa ajena con la obligación de custodiarla y restituirla en especie, sin facultad de usarla ni aprovecharse de ella».
Artículo 3450.- «Se llama simplemente depósito el que hace el dueño de la cosa: el que hace la autoridad pública o los litigantes de acuerdo, se llama secuestro. El primero también se llama depósito necesario».

El Código Civil Hondureño de 1906 trata sobre el particular en sus artículos 1939 y siguientes:
Artículo 1939.- «Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla».
Artículo 1940.- «El depósito puede constituirse judicial o extrajudicialmente».
Artículo 1941.- «El depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario».
Artículo 1942.- «Sólo pueden ser objeto del depósito las cosas muebles».
Artículo 1943.- «El depósito extrajudicial es voluntario o necesario».
Artículo 1944.- «Depósito voluntario es aquél en que se hace la entrega por la voluntad del depositante. También puede realizarse el depósito por dos o más personas, que se crean con derecho a la cosa depositada, en un tercero, que hará la entrega en su caso a la que corresponda».

El Código de las Obligaciones de Suiza regula el depósito en su artículo 472:
Artículo 472.- «El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga respecto del depositante a recibir una cosa mueble que éste le confía y a guardarla en lugar seguro.

El depositario no puede exigir una remuneración si es que ella no ha sido expresamente estipulada, o si, de acuerdo a las circunstancias, él debiera esperar a estar remunerado».

El Código Civil Brasileño aborda el depósito en su artículo 1265:
Artículo 1265.- «Por el contrato de depósito, recibe el depositario un objeto mueble, para guardar, hasta que el depositante lo reclame».
Parágrafo Unico.- «Este contrato es gratuito; pero las partes pueden estipular que el depositario sea gratificado».

El Código Civil Panameño de 1917 trata acerca del depósito en sus numerales 1451 y siguientes:
Artículo 1451.- «Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla».
Artículo 1452.- «El depósito puede constituirse judicial o extrajudicialmente».
Artículo 1453.- «El depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario».
Artículo 1454.- «Sólo pueden ser objeto del depósito las cosas muebles».
Artículo 1455.- «El depósito extrajudicial es necesario o voluntario».
Artículo 1456.- «Depósito voluntario es aquél en que se hace la entrega por la voluntad del depositante. También puede realizarse el depósito por dos o más personas, que se crean con derecho a la cosa depositada, en un tercero, que hará la entrega en su caso a la que corresponda».

El Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú, de 1926, definía al depósito en su artículo 686:

Artículo 686.- «Depósito es un contrato, por el que una persona recibe de otra alguna cosa mueble para custodiarla, obligándose a devolverla cuando la pida el depositante».

El Código Civil Chino de 1930 trata sobre el depósito en su artículo 589:
Artículo 589.- «Se llama depósito el contrato por el cual una de las partes remite una cosa a la otra parte, que se obliga a guardarla.

El depositario no puede exigir una remuneración, a menos que no se haya dispuesto lo contrario por contrato o a menos que en base a las circunstancias la guarda no deba ser asegurada sino mediando una remuneración».

El Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 abordaba el tema en su artículo 1586:
Artículo 1586.- «Por el depósito una persona recibe de otra alguna cosa mueble para custodiarla, obligándose a devolverla cuando la pida el depositante».

El Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936, abordaba el particular en sus artículos 1161 y siguientes:
Artículo 1161.- «Habrá depósito, cuando por contrato una persona se obligue a guardar y restituir la cosa mueble que hubiere recibido de otra con tal fin.

No valdrá como depósito la mera promesa de guardar la cosa, aunque hubiere sido aceptada; pero la negativa ulterior del prometiente a recibirla, le hará responsable por los daños y perjuicios.

Las disposiciones de este título, sólo se refieren al depósito convencional».
Artículo 1162.- «Quien se atribuya la tenencia de una cosa ajena, no se juzgará depositario de ella, y será considerado poseedor de mala fe, sin perjuicio de su responsabilidad por acto ilícito, cuando ésta procediere».

El Código Civil Venezolano de 1942 regula el tema en sus artículos 1749 y siguientes:
Artículo 1749.- «El depósito en general es un acto por el cual una persona recibe la cosa ajena con obligación de guardarla y restituirla».
Artículo 1750.- «Hay dos especies de depósito: el depósito propiamente dicho y el secuestro».
Artículo 1751.- «El depósito propiamente dicho es un contrato gratuito, salvo convención en contrario, que no puede tener por objeto sino cosas muebles.

No se perfecciona sino por la tradición de la cosa.

La tradición se verifica por el mero consentimiento, en caso de que la cosa esté ya en poder del depositario por cualquier otro título, y de que se convenga que queda en depósito».
Artículo 1752.- «El depósito es voluntario o necesario».
Artículo 1753.- «El depósito voluntario se efectúa por el espontáneo consentimiento del que da y del que recibe la cosa en depósito».

De otro lado, el Código Civil Italiano de 1942 define al depósito en su artículo 1766:
Artículo 1766.- «(Noción) El depósito es el contrato por el cual una parte

recibe de la otra una cosa mueble con la obligación de custodiarla y de restituirla en especie».

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Angel Ossorio y Gallardo, de 1943, abordaba el tema en sus artículos 1310 y siguientes:

Artículo 1310.- «El depósito consiste en recibir una cosa ajena, mueble, inmueble o semoviente, ya sea gratuita o remuneradamente con obligación de guardarla, custodiarla y restituirla, de modo voluntario o necesario, judicial o extrajudicial».

Artículo 1312.- «Depósito voluntario es aquél que se constituye por la voluntad del poseedor. También puede establecerse por la voluntad de varias personas que disputen sobre la cosa, hasta que se resuelva la contienda.

Cuando constituye el depósito un incapaz, tendrán derecho a la restitución sus representantes legítimos o él mismo cuando llegue a la capacidad. Si el depositante pierde su capacidad después de constituido el depósito, habrá de devolverse éste a los que tengan la representanción legítima de aquél.

Si el incapaz es el depositario, tendrá derecho el depositante a reclamar la cosa de quien la tenga en su poder legítimamente por título oneroso o gratuito y a pedir al depositario resarcimiento de perjuicios, en tanto en cuanto éste se haya enriquecido con la cosa o con el precio».

Por su parte, el Código Civil Portugués de 1967, trata el depósito en sus artículos 1185 y siguientes:

Artículo 1185.- «(Noción) Depósito es el contrato por el cual una de las partes entrega a otra una cosa, mueble o inmueble, para que la guarde y la restituya cuando fuere exigida».

Artículo 1186.- «(Gratuidad u onerosidad del depósito) Es aplicable al depósito lo dispuesto en el artículo 1158».

De otro lado, debe recordarse que el Código Civil Guatemalteco de 1973 establece el concepto de depósito en el artículo 1974:

Artículo 1974.- «Por el contrato de depósito una persona recibe de otra alguna cosa para su guarda y conservación, con la obligación de devolverla cuando la pida el depositante, o la persona a cuyo favor se hizo o cuando lo ordene el juez».

El Código Civil Boliviano de 1976 legisla sobre el depósito en sus artículos 838 y siguientes:

Artículo 838.- «(Noción)

I. El depósito es el contrato por el cual el depositario recibe una cosa ajena con la obligación de guardarla, custodiarla y devolverla al depositante.
II. En cuanto al depósito irregular se estará a lo dispuesto por el artículo 862».

Artículo 839.- «(Cosas susceptibles de depósito) Pueden ser objeto de depósito las cosas muebles o inmuebles».

Artículo 841.- «(Perfeccionamiento del contrato) El contrato de depósito se perfecciona por la entrega de la cosa al depositario o, si éste ya la tiene en su poder por cualquier otro título si el depositante consiente en dejarle la cosa».

Artículo 842.- «(Noción) El depósito voluntario es aquél en que la elección del depositario está liberada a la sola voluntad del depositante».

Este Código también trata sobre un supuesto especial de depósito al cual denomina depósito irregular:

Artículo 862.- «(Noción y régimen)

I. En el depósito de dinero u otras cosas fungibles, con facultad concedida para usar de lo depositado, el depositario adquiere la propiedad del depósito y queda obligado a restituir otro tanto, en género, calidad y cantidad iguales.
II. Se presume en el caso presente la facultad del depositario para usar del depósito; si no consta lo contrario.
III. El depósito irregular se rige por las reglas del mutuo en cuanto sean aplicables».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil Brasileño, aprobado por la Cámara de Diputados en 1984, trataba acerca del contrato de depósito en su artículo 627:

Artículo 627.- «Por el contrato de depósito recibe el depositario un objeto mueble, para guardar, hasta que el depositante lo reclame».

El Código Civil Paraguayo de 1987 regula al depósito en su artículo 1242:

Artículo 1242.- «El contrato de depósito obliga al depositario a guardar y restituir la cosa que le hubiese sido entregada».

Por otra parte y también como referencia, podemos mencionar las normas de diversos Códigos Civiles en relación al Contrato de Depósito Necesario.

Así, el Código Civil Francés trata sobre el contrato de depósito necesario en sus artículos 1949 y siguientes:

Artículo 1949.- «El depósito necesario es aquél que ha sido forzado por algún accidente; tal como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otro acontecimiento imprevisto».

Artículo 1951.- «El depósito necesario se rige además por todas las reglas enunciadas precedentemente».

Lo propio hace el Código Civil Belga:

Artículo 1949.- «El depósito necesario es aquél que ha sido forzado por algún accidente; tal como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otro acontecimiento imprevisto».

Artículo 1951.- «El depósito necesario se rige además por todas las reglas enunciadas precedentemente».

El Código Civil Boliviano de 1831 trataba acerca del depósito necesario en el artículo 1307:

Artículo 1307.- «El depósito necesario es aquel que se hace forzado por cualquier accidente, tal como un incendio, una ruina, un saqueo, un naufragio u otro acontecimiento imprevisto».

El Código Civil Chileno trata acerca del depósito necesario en el artículo 2236:

Artículo 2236.- «El depósito propiamente dicho se llama necesario, cuando la elección del depositario no depende de la libre voluntad del deposi-

tante, como en el caso de un incendio, ruina, saqueo, u otra calamidad semejante».

El Código Civil Italiano de 1865 abordaba el tema en su artículo 1864:

Artículo 1864.- «El depósito necesario es aquello a lo que uno está constreñido en virtud de cualquier accidente, como un incendio, un robo, un saqueo, un naufragio u otro acontecimiento no previsto».

Por su parte, el Código Civil Uruguayo trata sobre el particular en su artículo 2273:

Artículo 2273.- «Depósito necesario, que también se llama miserable, es el que se hace por ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes».

De otro lado, debemos recordar que el Código Civil Colombiano regula al depósito necesario en el artículo 2260:

Artículo 2260.- «El depósito propiamente dicho se llama necesario, cuando la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como en el caso de un incendio, ruina, saqueo u otra calamidad semejante».

Por su parte, el Código Civil Venezolano de 1880 trataba al depósito necesario en su artículo 1714:

Artículo 1714.- «El depósito necesario es el que hace uno apremiado por algún accidente, como ruina, incendio, saqueo, naufragio u otro imprevisto».

El Código Civil Ecuatoriano hace lo propio en el artículo 2168:

Artículo 2168.- «El depósito propiamente dicho se llama necesario, cuando la elección de depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como en el caso de incendio, ruina, saqueo, u otra calamidad semejante».

El Código Civil Español trata sobre el depósito necesario en su artículo 1781:

Artículo 1781.- «Es necesario el depósito:

1° Cuando se hace en cumplimiento de una obligación legal.

2° Cuando tiene lugar con ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade, de 1890, regulaba el tema en un acápite especial, estableciendo lo siguiente:

«El depósito se dice necesario cuando el depositante está constreñido a él por un accidente mayor e imprevisto, tal como incendio, inundación, naufragio, temblor de tierra, sedición.

El depósito necesario puede ser probado por todos los medios posibles, así como por presunción de hecho resultante de las circunstancias.

El depósito necesario está además sometido a las reglas del depósito voluntario, salvo la agravación de pena establecida por el Código Penal para el caso de abuso de confianza».

El Código Civil Nicaragüense de 1903 regula al depósito necesario en sus artículos 3502 y siguientes:

Artículo 3502.- «El depósito se llama necesario, cuando la elección de depositario no dependa de la libre voluntad del depositante, como en el caso

de un incendio, ruina, saqueo, u otra calamidad semejante».

Artículo 3505.- «En todo lo demás, el depósito necesario está sujeto a las mismas reglas que el voluntario».

Por su parte, el Código Civil Hondureño de 1906 aborda el tema en sus artículos 1963 y siguientes:

Artículo 1963.- «Es necesario el depósito:

1. Cuando se hace en cumplimiento de una obligación legal.
2. Cuando tiene lugar con ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes».

Artículo 1965.- «Se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones. Los fondistas o mesoneros responden de ellos como tales depositarios, con tal que se hubiese dado conocimiento a los mismos o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa, y que los viajeros, por su parte, observen las prevenciones que dichos posaderos o sus substitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos».

El Código Civil Brasileño trata acerca del depósito necesario en su artículo 1282:

Artículo 1282.- «Es depósito necesario:

1° El que se hace en desempeño de obligación legal.

2° El que se efectúa por ocurrir alguna calamidad, como un incendio, una inundación, un naufragio, o un saqueo».

El Código Civil Panameño de 1917 regula al depósito necesario en el numeral 1474:

Artículo 1474.- «Es necesario el depósito:

1° Cuando se hace en cumplimiento de una obligación;

2° Cuando tiene lugar con ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes».

El Código Civil Venezolano de 1942 legisla sobre el depósito necesario en el artículo 1775:

Artículo 1775.- «Depósito necesario es el que hace alguna persona apremiada por algún accidente: como ruina, incendio, naufragio u otro imprevisto».

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Angel Ossorio y Gallardo de 1943, establece la regulación del depósito necesario en el artículo 1326:

Artículo 1326.- «Es necesario el depósito:

1° Cuando se hace en cumplimiento de una obligación legal.

2° Cuando tiene lugar con ocasión de una calamidad.

3° Cuando lo ordena la autoridad judicial por vía de embargo o de aseguramiento de bienes.

4° Cuando se constituye por razón de hospedaje.

El primero se atemperará a las reglas legales. El tercero a las órdenes del Juez. El cuarto a las normas establecidas en el contrato de hospedaje.

El segundo se atendrá a las reglas del depósito voluntario, las cuales regirán también en todos los demás, a falta de otras disposiciones expresas y concretas».

5.11.3. En cuanto a su estructura

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

5.11.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.11.5. En cuanto a su autonomía

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

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

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

El Código Civil Boliviano de 1976 regula al depósito necesario en el artículo 858:

Artículo 858.- «(Noción) El depósito necesario es:

1. El que se hace en cumplimiento de una obligación legal.
2. El que se hace a causa de un accidente o por cualquier otro acontecimiento imprevisto o de fuerza mayor».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil Brasileño, aprobado por la Cámara de Diputados en 1984, trataba acerca del depósito necesario en el artículo 647:

Artículo 647.- «Es depósito necesario:

I. El que se hace en desempeño de la obligación legal.
II. El que se efectúa por ocasión de alguna calamidad; como un incendio, una inundación, un naufragio, o un saqueo».

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

Pero ¿qué sucede con el sub-depósito?

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

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

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

Por nuestra parte, creemos que sí se requiere el asentimiento del depositante, ya que se trata de un acto para el cual el depositario —como guardador o cuidador del bien— no se encuentra autorizado o facultado para celebrar dicho contrato.

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

5.11.6. En cuanto a su formación

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

Así, en el Código de 1836 o Código de Santa Cruz, el depósito en general, llámese depósito voluntario necesario o secuestro convencional o legal, era un contrato real, ya que se celebraba con la entrega (real o ficta) de la cosa. Veamos el texto del artículo 1275 de dicho Código Civil:

Artículo 1275.- «No se perfecciona sino por la tradición real o presunta de la cosa depositada. La tradición presunta o ficta es cuando el depositario está ya en posesión por cualquier otro título de la cosa que se consiente dejar en calidad de depósito».

Este artículo señala claramente que el depósito se celebra con la tradición de la cosa, lo que lo convertía en un contrato real.

Sin embargo, en lo que se refiere al depósito voluntario, teníamos al artículo 1277, el mismo que establecía lo siguiente:

Artículo 1277.- «El depósito voluntario se forma por el consentimiento recíproco de la persona que hace el depósito, y de la que lo recibe».

De la misma forma, el depósito necesario, en virtud del artículo 1305, se rige también por el artículo 1277:

Artículo 1305.- «El depósito necesario se rige además por todas las reglas anteriormente enunciadas».

Sin embargo, el depósito voluntario que excedía de los doscientos cincuenta pesos, debía acreditarse con prueba escrita. De lo contrario, el depositario tenía que declarar, sea por el hecho del depósito sobre la cosa depositada, o sobre su restitución; esto, de acuerdo a los artículos 1279 y 1280:

Artículo 1279.- «El depósito voluntario debe probarse por escrito. La prueba testimonial no se recibe por un valor que excede de doscientos cincuenta pesos».

Artículo 1280.- «Cuando el depósito que excede de doscientos cincuenta pesos no está probado por escrito, aquel que es demandado como depositario, será creído sobre su declaración, sea por el hecho del depósito, sea por la cosa que es su objeto, sea por el hecho de restitución».

En el caso del depósito necesario, en cambio, el contrato podía celebrarse por el solo consentimiento, ya que aun para efectos probatorios bastaba con la prueba testimonial:

Artículo 1304.- «La prueba de testigos puede recibirse para el depósito necesario, aun cuando se trate de un valor que se pase de doscientos cincuenta pesos».

En el llamado secuestro, el Código de Santa Cruz no establecía nada respecto a la forma que se debía seguir, ni de la probanza, por lo que es de presumir que cuando se trataba de un secuestro convencional bastaba con el simple acuerdo de voluntades para que se celebrara el contrato y —en todo caso— la probanza se haría por medio de prueba testimonial.

En tanto que en el depósito judicial no podemos presumir que se trate de un contrato consensual, ya que como fue expresado anteriormente, aquí no hay acuerdo de voluntades, sino que es el órgano jurisdiccional el que formula la declaración de voluntad, por lo que es lógico pensar que la formalidad a seguir sería la resolución judicial que ordene el depósito.

Para el Proyecto De Vidaurre, el contrato de depósito era formal. La formalidad podía variar de acuerdo a las circunstancias, pudiendo ser por instrumento público, en papel sellado, etc., tal como puede apreciarse de los artículos 12, 13, 14 y 15 del citado proyecto legislativo:

Artículo 12.- «Todo depósito que excede de doscientos pesos requiere instrumento público».

Artículo 13.- «De esa cantidad para abajo, se podrá hacer en papel sellado con dos testigos».

Artículo 14.- «Sólo en los depósitos tácitos, se admite prueba testimonial».

Artículo 15.- «El que quiera mantener un depósito secreto, cerrará el documento escrito en papel sellado. En la cubierta firmará un escribano y dos testigos. El mismo dirá documento secreto de D.N. Este documento será reservado en el oficio del escribano dando certificación de haberlo recibido. No se podrá abrir sin decreto judicial y citación del depositario, cuyo nombre entonces manifestará en su escrito el depositante».

Como vemos, en este Proyecto, a diferencia del Código Civil de 1836, se consideraba que el contrato de depósito era formal y sólo, excepcionalmente en los depósitos tácitos, era consensual.

Pero la formalidad empleada sólo tenía el carácter de *ad probationem*, es decir, el incumplimiento de la formalidad no acarreaba la nulidad del contrato, sino sólo su falta de medio probatorio.

En lo referente al Código Civil de 1852, como expresáramos en páginas anteriores, este cuerpo normativo fue el primero que consideró al depósito como un contrato real; y así lo señalaba expresamente en el ya comentado artículo 1845 y en el artículo 1846, precepto que establecía lo siguiente:

Artículo 1846.- «Este contrato se perfecciona por la tradición real o presunta de la cosa depositada. La tradición presunta tiene lugar cuando uno se constituye depositario de aquello mismo que tenía en su poder por otro título».

Siendo así, si no se realizaba la entrega de la cosa, no se consideraba celebrado el contrato.

Además, existía una formalidad *ad probationem*, consistente en celebrar el contrato por escrito cuando excediera de doscientos pesos (artículo 1855).

Para el Código Civil de 1936, la forma del contrato de depósito voluntario y necesario, era básicamente consensual; sin embargo, si el valor de la cosa depositada excedía de quinientos soles, la formalidad debía ser por escrito:

Artículo 1608.- «El depósito de una cosa cuyo valor exceda de quinientos soles debe hacerse por escrito. Exceptúase el depósito necesario, que pueda hacerse verbalmente, cualquiera que sea el valor de la cosa depositada».

Del análisis de esta norma, nos parecería claro y obvio que se refiere a una formalidad *ad probationem*, ya que no se encuentra sancionada con la nulidad. Sin embargo, la formalidad del artículo 1608 es *ad solemnitatem*, y así lo ratifica una Ejecutoria Suprema publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el día 26 de marzo de 1978:

«El depósito voluntario debe ser constituído por escrito para tener valor legal».[61]

Para el Código Civil de 1984, tanto el depósito voluntario como el depósito necesario se rigen, en materia de forma, por lo dispuesto en el artículo 1605 del referido cuerpo normativo, precepto atinente al contrato de suministro:

Artículo 1605.- «La existencia y contenido del suministro pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

Cuando el contrato se celebre a título de liberalidad debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad».

El secuestro, tiene una formalidad específica: debe celebrarse por escrito bajo sanción de nulidad, es decir, se trata de una forma *ad solemnitatem*, tal como se puede apreciar del artículo 1858 del Código Civil:

Artículo 1858.- «El contrato debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad».

---

[61] En: GUZMÁN FERRER, Fernando. *Op. cit.*, tomo III, página 1863.

5.11.7. En cuanto al tiempo

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

Todo lo contrario ocurre con el depósito.

Desde el inicio de su historia legislativa en el Perú, es decir desde su regulación en el Código de 1836, hasta el Código actual, este contrato se ha podido considerar como uno de duración, la misma que por regla general es continuada, pudiendo ser dicha duración, determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha), o indeterminada (aquella en la que se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final).

Así, el Código de Santa Cruz, en su artículo 1298 establecía lo siguiente:

Artículo 1298.- «El depósito debe entregarse al depositante luego que él lo reclame, aun cuando el contrato haya fijado un plazo determinado para la restitución, y a no ser que exista en manos del depositario un derecho de retención o una oposición a la entrega».

Aquí vemos claramente lo que antes expresáramos: que se trata de un contrato de duración continuada, el cual puede ser a plazo fijo, es decir, a tiempo determinado, o a plazo determinable y que aun en cualquiera de estas dos últimas situaciones, el depositario estaba obligado a entregar la cosa al momento en que lo solicitara el depositante.

Pero existían dos excepciones a esta regla, a saber:

(a) Que el depositario tenga una orden de retención de la cosa depositada.
(b) Que el depositario obtenga alguna oposición a la entrega.

En el caso del secuestro, el contrato será, no de duración determinable, ya que se encuentra sujeto al plazo resolutorio de que se ponga fin al litigio que versa sobre el bien. O, dicho de otra forma, la finalización de este contrato

se encuentra sujeta al plazo resolutorio de que se aclare la situación jurídica de la cosa depositada (será un contrato de duración determinable):

Artículo 1310.- «El secuestro convencional es el depósito que hace una persona o muchas, de una cosa contenciosa en manos de un tercero que se obliga a devolverla después de terminado el pleito a la persona que se declare deber obtenerla».

Sin embargo, podría surgir una pregunta: ¿Qué sucede si el depositario no desea continuar con el depósito?

En este caso se resolvería el contrato y se tendría que celebrar otro en las mismas condiciones con un depositario distinto. Pero el depositario sólo puede retirarse de la relación contractual por razones determinadas, tal como es señalado en el artículo 1314 del Código bajo análisis:

Artículo 1314.- «El depositario encargado del secuestro no puede deshacerse de él antes de que termine el pleito, sino de consentimiento de todas las partes interesadas, o por una causa que se juzgue legítima».

En el caso de secuestro judicial, se contempla el supuesto en que se solicite la remoción del depositario por incumplimiento de alguna de sus obligaciones:

Artículo 1318.- «Todo depositario puede ser removido por el juez de oficio, o a petición de parte, siempre que falte a alguno de los deberes, que como tal es obligado a cumplir».

Para el Proyecto del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, este contrato también era uno de duración continuada, a plazo determinado, determinable o indeterminado. Veamos:

Artículo 4.- «El depositante puede sin esperar el plazo, recoger la cosa depositada; pero no puede aumentarlo contra la voluntad del depositario».

Aquí vemos cómo este artículo da como valor entendido la existencia de un plazo de finalización del contrato, sea este determinado, determinable o indeterminado.

En la Exposición de Motivos del autor del referido Proyecto, no encontramos regla alguna acerca del contrato a plazo determinable. Nosotros, sin embargo, consideramos que sí

estaba permitido el contrato a plazo determinable, el cual finalizaba cuando el depositante recogía la cosa depositada.

Para el Código Civil de 1852, la finalización del contrato de depósito estaba supeditada al momento en el cual el depositante o el juez lo soliciten:

Artículo 1857.- «Son obligaciones del depositario:

[...]

4. Devolver con sus frutos y rentas la misma cosa depositada, cuando la pida el depositante o la mande el juez».

Esta regla se daba en los depósitos voluntarios. Además, en caso de tratarse de un contrato a plazo determinado, se le daba finalización cuando el depositante lo solicitara:

Artículo 1873.- «Aun cuando se haya fijado plazo para la restitución del depósito, debe entregarse luego que el depositante lo reclame; a no ser que se haya trasladado a otra parte la cosa depositada».

En el caso del depósito judicial, no se aplican estas normas, sino el artículo 1882:

Artículo 1882.- «El depósito judicial se acaba únicamente por mandato del juez. Es responsable el depositario que sin este requisito entrega la cosa».

Por otra parte, debe señalarse que para el Código Civil de 1936 éste era un contrato a plazo determinado, indeterminado o determinable. Caben en él cualesquiera de estas modalidades, ya que sólo se menciona al respecto que el depositario está obligado a restituir la cosa en cuanto lo solicite el depositante. A su vez, se incluye la posibilidad de que sea el depositario el que dé fin al contrato aun cuando éste sea de plazo determinado. Véamos:

Artículo 1622.- «En el caso de que pida la devolución el depositante, no puede el depositario retener la cosa con el pretexto de justificar o de estar justificando que es de su propiedad».

Artículo 1623.- «El depositario que tenga justo motivo para no conservar el depósito podrá aun antes del término designado, restituirlo al depositante, y si éste se resiste a recibirlo, podrá consignarlo».

Nos parece que el último artículo citado deja abierta una forma de faltar a la ejecución de las obligaciones, ya que si se celebró un contrato, fijándose un plazo determinado, es decir, una fecha inicial y una final, lo común es que ambas partes estén obligadas a cumplir tal plazo, y en caso de incumplimiento, la parte perjudicada podría solicitar una indemnización. Pero aquí vemos que esta figura —que como mencionamos sería lo más común y lógico— no se da, ya que el depositario sólo por existir un justo motivo puede dar por resuelto el contrato, y esto porque tal como expresa Ángel Gustavo Cornejo, «es un oficio de amistad, y que se inspira en elevados sentimientos de orden moral, no sería justo ni equitativo obligar al depositario a seguir custodiando y guardando el depósito si por tal causa podría acaecer graves perjuicios a su persona e intereses». Sin embargo, no nos menciona el supuesto ya comentado del artículo 1604, que trata de un oficio de amistad, pues es una relación meramente contractual (muchas veces de naturaleza comercial). ¿Sería justo acaso, que el depositante que paga una remuneración se vea de un día a otro con la carga de la cosa depositada; acaso esta situación no le ocasionaría perjuicio?

¿Cuáles serían según el legislador los justos motivos? En la misma obra de Ángel Gustavo Cornejo, se mencionan ejemplos de legítimas causas para la restitución del depósito antes de vencido el término. En esta ocasión, el Doctor Cornejo cita a García Goyena: «El transcurso de un largo tiempo desde que el depósito se constituyó; la necesidad de ausentarse el depositario a tierras lejanas, el grave peligro de que la cosa se pierda, condicionando con el natural deseo de rehuir esta responsabilidad».

Estos tres ejemplos son, a nuestro parecer, insuficientes:

— En lo que respecta al largo transcurso de tiempo, si existía acuerdo acerca del término inicial y del término final, el depositario —al aceptar y celebrar el contrato— asumió esta responsabilidad.

— En lo referente a la necesidad de ausentarse, tal vez por un hecho imprevisible o ajeno a su voluntad, en todo caso lo recomendable sería obtener la autorización del depositante para dar por finalizado el contrato, o —en todo caso— para nombrar un depositario sustituto.
— Y en cuanto al peligro de que la cosa se pierda, ella podría ser una manera de escapar a su responsabilidad, situación que consideramos no pasible de ser amparada por la ley.

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

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

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

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

Debemos notar aquí que esta facultad sólo es concedida al depositario cuando no se hubiere pactado un plazo determinado en el contrato, pero sin embargo, el siguiente artículo desecha esta condición, como puede apreciarse de la lectura de su texto:

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

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

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

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

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

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

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

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

Esto nos lleva a pensar que se trata fundamentalmente de un contrato a plazo determinable, ya que aun cuando se

pacte determinado, primaría la fecha en la que se ponga fin al litigio, o lo que llegue primero.

Por su parte, el numeral 1861 del Código Civil establece:
Artículo 1861.- «En caso de inminente peligro de pérdida o grave deterioro del bien, el depositario puede enajenarlo con autorización del juez y conocimiento de los depositantes».

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

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

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

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

5.11.8. En cuanto a su negociación

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

5.11.9. En cuanto al rol económico

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

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

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

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

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

La hipótesis de devolución a pluralidad de depositantes o herederos está contemplada en el artículo 1839:
Artículo 1839.- «Si son varios los depositantes y no se hubiera dispuesto a quién se hará la restitución, a falta de acuerdo deberá efectuarse según las modalidades que establezca el juez.

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

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

5.11.10. En cuanto a su función

El depósito, al igual que la compraventa, es un contrato fundamentalmente constitutivo, pero por excepción puede ser modificatorio o regulatorio; mas nunca se tratará de un contrato extintivo, ya sea en el caso del depósito voluntario (artículos 1814 a 1853) o del depósito necesario (artículos 1854 a 1856).

5.11.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.11.12. En cuanto a la prestación

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

5.11.13. En cuanto a la valoración

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

Así, cabe recordar que el Código de Santa Cruz, consideraba al depósito voluntario y al depósito necesario como un contrato de prestación unilateral, ya que se generaban obligaciones para una sola de las partes; lo que se deduce del artículo 1274 del referido cuerpo legal:

Artículo 1274.- «El depósito propiamente dicho es un contrato esencialmente gratuito. No puede tener por objeto, sino las cosas muebles».

Debemos recordar, a efectos de entender mejor este artículo, que para el referido Código existían dos clases de depósito: el depósito propiamente dicho, que podría ser voluntario o necesario; y el secuestro: judicial o convencional.

De la misma forma, podemos analizar el artículo 1301, precepto que regula las obligaciones del depositante. Allí vemos que su única obligación es la de reembolsar al depositario los gastos en que haya incurrido para la conservación de la cosa depositada:

Artículo 1301.- «La persona que ha hecho el depósito está obligada a reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa depositada, y a indemnizarle de todas las pérdidas que puede haberle ocasionado el depósito».

Vemos así, cómo el depositante no estaba obligado a realizar ningún acto que beneficie al depositario. Sin embargo, el depositario podría hacerse pago por otros medios, como era el servirse de la cosa depositada, siempre y cuando contase con el asentimiento del depositante, de acuerdo al artículo 1286 del referido Código:

Artículo 1286.- «No puede servirse de la cosa depositada sin el permiso expreso o presunto del depositante».

Lo que sí podemos afirmar es que este contrato era esencialmente gratuito y no cabía pacto en contrario.

En el caso del secuestro, éste podía ser un contrato con prestaciones recíprocas, ya que podía pactarse una remuneración al depositario. Esta remuneración se daba sólo si las partes la acordaran. Ello era señalado por los artículos 1311 y 1312, normas de texto siguiente:

Artículo 1311.- «El secuestro puede no ser gratuito».

Artículo 1312.- «Cuando es gratuito está sujeto a las reglas del depósito propiamente dicho, salvas las diferencias que se van a indicar».

Del artículo 1311, pareciera deducirse que la regla general es que este contrato sea gratuito y la excepción que sea oneroso.

Por ello es que sostenemos que en el caso de ser gratuito sería un contrato de prestación unilateral. Sin embargo, como expresamos anteriormente, queda la oportunidad al depositario de hacerse pago mediante el uso de la cosa, contando con la autorización del depositante, ya que aunque no lo señala expresamente este Código para los efectos del contrato de secuestro, sí se podría, por cuanto el artículo 1312 establece que cuando se trata de un secuestro gratuito se sujeta a las normas del depósito propiamente dicho.

Para el Proyecto de Código Civil elaborado por el Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, el depósito, que como ya vimos abarca tanto al depósito propiamente dicho como al secuestro, puede ser de prestación unilateral o de prestaciones recíprocas o bilaterales; aspecto que se deja al acuerdo de las partes, tal como señala el artículo 2 del Título 13:

Artículo 2.- «Si el depositario paga, ya no es depósito; si paga el depositante, el contrato no varía de naturaleza».

Es decir, que aquí depende de las partes si desean o no celebrar un contrato unilateral o bilateral; y, de la misma forma, si desean celebrar un contrato a título oneroso o uno a título gratuito.

El Código Civil de 1852 establecía en su artículo 1847 que el depósito era esencialmente gratuito:

Artículo 1847.- «El depósito es esencialmente gratuito, sin que mude de especie por la asignación o aceptación de alguna cantidad en recompesa de haberlo custodiado».

Aquí la norma es clara: todo beneficio que se otorgue al depositario de la cosa, tendrá carácter de recompensa y no de pago. Aun en el supuesto planteado de que se le otorgue la facultad de uso de la cosa, esta facultad sería como una gratificación por su custodia.

En consecuencia, no podemos afirmar —en modo alguno— que sea un contrato con prestaciones recíprocas, ya que el depositante no estará obligado a nada, en virtud de la naturaleza del contrato. Sin embargo, si se pactaba que el depositario tuviese como recompensa alguna cantidad, o el uso del bien, esta promesa, al ser aceptada por el depositario, tendría el mismo efecto obligatorio que un contrato, lo que se aprecia de la lectura del artículo 1222 de dicho cuerpo legal:

Artículo 1222.- «La promesa aceptada produce la misma obligación que un contrato».

Entonces podríamos afirmar lo siguiente:

En el Código Civil de 1852 el depósito es un contrato con prestación unilateral y gratuito.

Para el Código de 1936, donde solo se regulaba el depósito voluntario, éste podía tener prestación unilateral o ser de prestación bilateral, pero a diferencia de los anteriores Códigos, la regla era que se trataba de un contrato con prestaciones bilaterales y la excepción, que fuese un contrato con prestación unilateral. Así lo señalaba el artículo 1604:

Artículo 1604.- «El depositario tendrá derecho a percibir una remuneración, cuando ha sido estipulada, o cuando por las circunstancias deba estimarse tácitamente convenida».

De la misma forma, podemos afirmar que se trataba de un contrato a título oneroso en la generalidad de los casos, y excepcionalmente de un contrato a título gratuito.

Para el Código Civil de 1984, el contrato de depósito voluntario es fundamentalmente gratuito y excepcionalmente oneroso, ya que el Código señala que se presume gratuito, pero puede pactarse oneroso. Por lo tanto, este contrato es uno con prestación unilateral y excepcionalmente con prestaciones bilaterales:

Artículo 1818.- «El depósito se presume gratuito, salvo que por pacto distinto o por la calidad profesional, por la actividad del depositario u otras circunstancias, se deduzca que es remunerado».

Como sostuvimos anteriormente, aun cuando no se pacte una retribución dineraria o en especie, se puede pactar el uso del bien dado en depósito como contraprestación, con lo cual dejaría de ser un contrato unilateral para convertirse en uno de prestaciones recíprocas.

En cuanto al depósito necesario, así como para el secuestro, el Código Civil no especifica nada, por lo que se aplicaría supletoriamente el artículo 1818, ya citado, y el artículo 1820, el mismo que permite el uso del bien dado en depósito cuando existe el consentimiento del depositante:

Artículo 1820.- «El depositario no puede usar el bien en provecho propio ni de tercero, salvo autorización expresa del depositante o del juez. Si infringe esta prohibición, responde por el deterioro, pérdida o destrucción del bien inclusive, por caso fortuito o fuerza mayor».

5.11.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es generalmente conmutativa y por excepción aleatoria.

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

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

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

5.11.15. En cuanto a sus efectos

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

5.12. Con el contrato de secuestro

5.12.1. En cuanto al nombre

La compraventa y el secuestro son contratos nominados.

5.12.2. En cuanto a su regulación

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

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

De esta definición vemos que quienes celebran dicho contrato son los depositantes y el depositario.

Además, aun cuando la controversia versara sobre el bien materia del depósito, no se cuestiona ni la validez ni la vigencia del contrato de depósito, el mismo que se encuentra fuera del proceso, por lo que no nos parece que sea

competencia del juez decidir si el contrato deja o no de surtir efectos.

El secuestro es una especie del depósito. A su vez, el secuestro puede ser convencional y judicial.

El secuestro convencional está regulado en el artículo 1310:

Artículo 1310.- «El secuestro convencional es el depósito que hace una persona o muchas, de una cosa contenciosa en manos de un tercero que se obliga a devolverla después de terminado el pleito, a la persona que se declare deber obtenerla».

Aquí nos encontramos ante el cuestionamiento del derecho sobre la cosa, razón por la cual ésta se da en depósito hasta que se produzca la resolución de la contienda, quedando obligado el depositario a entregarla a quien resulte vencedor y no al que se la entregó.

Podemos apreciar, pues, que se trata de un depósito realizado por una causal distinta a las anteriormente estudiadas. Aquí no es la simple voluntad del depositante, ni un hecho de la naturaleza o un caso fortuito; aquí la causa de depósito es una cuestión litigiosa sobre la cosa dada en depósito.

Otro punto de interés es que a diferencia de las clases de depósito anteriormente estudiadas, en el secuestro el depositario no devolverá la cosa a aquella persona que se la entregó, sino a aquel que resulte vencedor en el litigio. Por tanto, cabe afirmar que este contrato de depósito no podrá concluir antes de la sentencia que ponga fin al litigio sobre la cosa materia del depósito, es decir, que el mismo se encuentra sujeto al plazo resolutorio en que finalice el proceso relativo al bien.

Por su parte, el secuestro judicial encuentra regulación en el proceso codificador nacional. Así, el artículo 1316 del Código Civil del Estado Nor Peruano de la Confederación Perú-Boliviana señala los bienes sobre los cuales recae el secuestro judicial:

Artículo 1316.— «La justicia puede ordenar el secuestro: 1° De los bienes muebles embargados a un deudor; 2° De los

inmuebles o de una cosa mueble cuya propiedad o posesión está en litigio entre dos o muchas personas; 3° De las cosas que un deudor ofrece para su descargo».

De acuerdo a este artículo, parecería que el secuestro convencional está incurso en el inciso 2° del artículo 1316 y más aún cuando el artículo siguiente faculta a las partes a elegir al depositario:

Artículo 1317.- «El secuestro judicial se da, o a una persona en quien las partes interesadas han convenido, o a una persona nombrada por el Juez de oficio. En ambos casos aquel a quien se ha confiado la cosa, está sujeto a todas las obligaciones que trae consigo el secuestro convencional».

La diferencia radica en que el secuestro judicial se hace por mandato del juez en circunstancias establecidas en la ley (en el ya citado artículo 1316), a diferencia del secuestro convencional, en donde sin existir las situaciones descritas en el artículo 1316, ni un mandato judicial, las partes se ponen de acuerdo para realizar un contrato de depósito.

Estos son los cuatro tipos de depósito legislados en el Código Civil de 1836 y sus respectivas denominaciones.

Veamos ahora qué sucedía en el Proyecto del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre.

En el Proyecto De Vidaurre, en el Título 13, se regulaba el contrato de depósito bajo la denominación «Del depósito».

El artículo 1 del referido Título lo definía de la siguiente manera:

Artículo 1.- «Depósito es el contrato por el que se recibe la cosa de otro de mano del dueño, de los pretendientes a ella o por decreto de juez competente; o la que el depositario toma por sí mismo en caso de desgracia sobrevenida al dueño, siempre con la obligación precisa de restituir la misma en el estado en que se halle al momento de la reconvención del deponente tácito o expreso, o de intimación de juez competente; pagándose antes los gastos necesarios, que se hubieren hecho; para mantener el depósito en su ser, e impedir su deterioro o ruina».

Aquí vemos condensada en una sola definición los cuatro tipos de depósito contemplados en el Código Civil de 1836. A nuestro parecer, cuando este artículo menciona que el depósito es el contrato por el que percibe la cosa de otro de mano del dueño, se está refiriendo a lo que el Código de Santa Cruz conoció como Depósito Voluntario.

Cuando el depósito lo celebran los pretendientes de la cosa, podría tratarse del depósito o secuestro convencional.

De la misma forma, el depósito celebrado por decreto del juez sería el secuestro judicial.

Y, finalmente, el depósito realizado por el depositario en caso de desgracia sobrevenida al dueño de la cosa, sería el depósito necesario.

Por lo demás, aquí no vemos ningún cambio fundamental en lo que respecta a la figura del depósito.

Lo que sí llama la atención, es la última clase de depósito, es decir aquel que realiza el depositario en caso de desgracia sobrevenida al dueño. A nuestro parecer, aquí no habría un contrato, sino una manifestación unilateral de voluntad —de parte del depositario— de hacerse por sí mismo depositario de la cosa. En esta figura no hay acuerdo de voluntades, ya que el dueño de la cosa no solicita el depósito. Lo único que puede hacer el propietario es solicitar que la cosa le sea devuelta en las mismas condiciones en que se encontraba al inicio del depósito. Se trata de una especie de gestión de negocios.

Conserva el depositario el derecho a que se le reembolsen los gastos que hubiere realizado para mantener la cosa tal como se encontraba; e incluso, el depositario tiene el derecho de retener la cosa hasta que se le reembolsen dichos gastos, tal como lo señala el artículo 10 del mismo Título del Código bajo análisis:

Artículo 10.- «El depositante está obligado a reembolsar al depositario los gastos que hizo para la conservación de la cosa depositada, y tiene éste el derecho de retención hasta que íntegramente se le satisfaga, no puede retener alegando compensación».

Creemos que en este supuesto no cabe la mala fe del depositario que se nombra a sí mismo, ya que a pesar de que puede retener la cosa, el propietario puede solicitarla en cualquier momento, y además el depositario no puede hacer uso de ella por ningún motivo.

En este mismo orden de ideas debemos analizar el Secuestro Judicial regulado en el Código Civil de 1836, al igual que el regulado en el Proyecto De Vidaurre.

Creemos que esta clase de depósito no era considerada como un contrato, ya que no se daba la declaración de voluntad del dueño de la cosa o de los pretendientes a ella. En este supuesto, el juez era quien ordenaba el depósito, el cual se realizaba en la escribanía o secretaría de juzgado; es decir, no estaba presente el elemento esencial de todo contrato que es el acuerdo de voluntades. Podemos afirmar, tal vez, que de lo que se trataba aquí es de un contrato forzoso, ya que el dueño de la cosa estaba obligado a aceptar el depósito y, a su vez, el escribano o secretario de juzgado cumplía con lo ordenado por el Juez.

El Código Civil de 1852, definía a este contrato en su artículo 1845:

Artículo 1845.- «Depósito es un contrato real, por el que una persona recibe de otra alguna cosa para custodiarla, obligándose a devolverla cuando la pida el depositante».

Como podemos observar, este Código otorgaba naturaleza real al contrato bajo estudio, pero este tema será materia de análisis en otro punto de nuestro trabajo.

Como en los Códigos ya mencionados, éste es un contrato de guarda, donde no se requería que el depositante sea propietario de la cosa. Este Código consideraba hasta tres clases de depósito: el voluntario, el necesario y el judicial, tal como lo establecía el artículo 1848:

Artículo 1848.- «El depósito es voluntario, necesario o judicial.

El voluntario es el que hace una persona sin estar compelida por algún accidente imprevisto.

El necesario tiene por objeto librar la cosa de un peligro inminente, como en el caso de un incendio, o en el de ruina de un edificio, o el de robo, etc.

El judicial es el que ordena el juez».

Por su parte, el artículo 1850 comprendía dentro del depósito tanto a cosas como a personas:

Artículo 1850.- «Pueden ser depositadas las cosas o las personas».

Podemos apreciar que en las dos primeras clases de depósito, el depositante une su voluntad de celebrar el contrato de depósito con la del depositario, produciéndose el consentimiento, ya sea por la simple voluntad o por una situación apremiante.

Sin embargo, en la tercera clase de depósito, es decir el judicial, no hay una verdadera manifestación de voluntad por parte del depositante, sino que es el juez quien manifiesta la voluntad por él, obligándolo; razón por la cual creemos que no se le debería considerar como un contrato.

En cuanto a las clases de bienes que pueden ser objeto de este contrato, el Código Civil Peruano de 1852 no hacía distinción entre las cosas muebles o inmuebles, por lo que no se podía presumir que recaía sólo sobre una clase de cosas. Incluso, se facultaba al depósito de personas, situación entendible por la época en la que se promulgó este Código, en la cual ciertas personas eran consideradas como objetos, susceptibles de disposición.

En el Código Civil de 1936, el Título IX regulaba este contrato bajo la denominación «Del Depósito» y la definición del mismo estaba dada por el artículo 1603, que a la letra señalaba lo siguiente:

Artículo 1603.- «Por el depósito una persona recibe de otra alguna cosa mueble para custodiarla, obligándose a devolverla cuando la pida el depositante».

Para este Código existían dos clases de depósito, consistiendo estas en lo que se conoce como depósito voluntario y depósito necesario. No se requería más que la simple voluntad

del depositante, manifestada en conjunto con la del depositario, para dar lugar al contrato de depósito voluntario. Si esta voluntad del depositante nacía de un hecho fortuito, de alguna situación litigiosa o de su simple deseo, ello no interesaba. Es decir, la causa de la voluntad no tenía relevancia jurídica.

La diferencia la hacía la persona que recibía el depósito. Así, si era hotelero, por ejemplo, se trataba de un depósito necesario.

Debemos tener en cuenta que en los últimos años de vigencia del Código Civil de 1852 y durante toda la vigencia del Código Civil de 1936, rigió el Código de Procedimientos Civiles de 1912, el cual, en su artículos 612 y siguientes, regulaba el embargo; especialmente, a partir del artículo 621 hasta el numeral 632, en donde se contemplaba el embargo en forma de depósito.

Este depósito era distinto al depósito o secuestro regulado en los Códigos Civiles precedentes, ya que mientras en aquellos Códigos el depósito procedía sobre el bien materia del litigio, el embargo en forma de depósito procedía sobre un bien del patrimonio de un deudor, pero aquí no se discutía acerca del bien sobre el que recaía el depósito, sino que era sólo una manera de garantizar el cumplimiento de una obligación.

Por su parte, el Código Civil de 1984 regula el depósito, el mismo que puede ser voluntario o necesario; y el contrato de secuestro.

El artículo 1814 prescribe sobre el depósito voluntario:

Artículo 1814.- «Por el depósito voluntario el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante».

El depósito necesario; es definido por el artículo 1854:

Artículo 1854.- «El depósito necesario es el que se hace en cumplimiento de una obligación legal o bajo el apremio de un hecho o situación imprevistos».

En esta figura se combinan lo que los anteriores Códigos llamaron «depósito necesario» y lo que el Código de Pro-

cedimientos Civiles de 1912 conoció como «embargo en forma de depósito».

Sin embargo, el Código Procesal Civil de 1993 denomina al depósito que recae sobre los bienes del deudor para asegurar el cumplimiento de una obligación, como «secuestro conservativo». Así podemos apreciar del artículo 643, segundo párrafo, del referido cuerpo legal:

Artículo 643.- «[...] Cuando la medida tiende a asegurar el pago dispuesto en mandato ejecutivo, puede recaer en cualquier bien del deudor, con el carácter de secuestro conservativo, también con desposesión y entrega al custodio [...]».

Esta última denominación nos parece más precisa, pues aquí celebramos un acto jurídico sin una voluntad real, vale decir que una orden judicial suplanta a nuestra voluntad y la declara. Por este motivo es que nos parece ilógico denominar a esta figura como contrato, ya que no existe un elemento esencial del mismo: la manifestación de voluntad.

De igual forma, lo que los Códigos anteriores conocieron como «secuestro judicial» mantiene su denominación con el Código Procesal Civil. Así, el artículo 643 señala —en su primer párrafo— lo siguiente:

Artículo 643.- «Cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, la medida puede afectar a éste, con el carácter de secuestro judicial, con desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el Juez [...]».

Como se puede apreciar, la diferencia entre estos dos tipos de secuestro radica en que para el secuestro conservativo el bien dado en depósito es sólo una garantía del pago de una obligación, mientras que para el secuestro judicial, el litigio versa sobre el mismo bien dado en depósito.

En el Código Civil de 1984, el Capítulo Sexto trata acerca del Contrato de Secuestro, definiéndolo de la siguiente manera:

Artículo 1857.- «Por el secuestro, dos o más depositantes confían al depositario la custodia y conservación de un bien respecto del cual ha surgido controversia».

Este contrato es aquel al que las legislaciones anteriores conocieron como «secuestro convencional»; y se trata de una figura distinta a la regulada en el Código Procesal Civil, ya que son las partes las que se ponen de acuerdo para celebrar el contrato de depósito o secuestro convencional. Hay, pues, una real voluntad de contratar.[62]

5.12.3. En cuanto a su estructura

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

---

[62] A modo de referencia, podemos decir que el Código Civil Francés regula el secuestro en sus artículos 1955 y siguientes:

Artículo 1955.- «El secuestro es convencional o judicial».

Artículo 1956.- «El secuestro convencional es el depósito hecho por una o varias personas, de una cosa litigiosa, en poder de un tercero, que se obliga a devolverla, una vez terminado el litigio, a la persona que se juzgue que debe obtenerla».

Artículo 1959.- «El secuestro puede tener por objeto no sólo efectos mobiliarios, sino también inmuebles».

Artículo 1961.- «La justicia puede ordenar el secuestro:

1. De los bienes muebles embargados a un deudor;
2. De un inmueble o de una cosa mobiliaria cuya propiedad o posesión sea litigiosa entre dos o más personas.
3. De las cosas que para su liberación ofrezca un deudor».

Lo propio hace el Código Civil Belga:

Artículo 1955.- «El secuestro es convencional o judicial».

Artículo 1956.- «El secuestro convencional es el depósito hecho por una o varias personas, de una cosa litigiosa, en poder de un tercero, que se obliga a devolverla, una vez terminado el litigio, a la persona que se juzgue que debe obtenerla».

Artículo 1959.- «El secuestro puede tener por objeto no sólo efectos mobiliarios, sino también inmuebles».

Artículo 1961.- «La justicia puede ordenar el secuestro:

1. De los bienes muebles embargados a un deudor;
2. De un inmueble o de una cosa mobiliaria cuya propiedad o posesión sea litigiosa entre dos o más personas.
3. De las cosas que para su liberación ofrezca un deudor».

El Código Civil Boliviano de 1831 trataba sobre el secuestro en sus artículos 1313 y siguientes:
Artículo 1313.- «El secuestro es convencional, o judicial».
Artículo 1317.- «El secuestro puede tener por objeto no solamente las cosas muebles, sino también las inmuebles».

El Código Civil Italiano de 1865 abordaba el secuestro en sus artículos 1869 y siguientes:
Artículo 1869.- «El secuestro es convencional o judicial».
Artículo 1870.- «El secuestro convencional es el depósito de una cosa litigiosa hecho por dos o más personas frente a un tercero que se obliga a restituirla, terminada la controversia, a quien será declarado como que deba pertenecerle».

Por su parte, el Código Civil Uruguayo regula el secuestro en el artículo 2285:
Artículo 2285.- «El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que se obliga a restituirla, concluido el pleito, al que según la sentencia deba obtenerla.

El depositario se llama secuestre».

El Código Civil Colombiano lo hace en el artículo 2273:
Artículo 2273.- «El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor.

El depositario se llama secuestre».

El Código Civil Venezolano de 1880 trata sobre el secuestro en sus artículos 1719 y siguientes:
Artículo 1719.- «El secuestro es convencional o judicial».
Artículo 1720.- «El secuestro convencional es el depósito de una cosa litigiosa hecho por dos o más personas en manos de un tercero, que se obliga a devolverla, después de la terminación del pleito, a aquél a quien se declare que debe pertenecer».

El Código Civil Ecuatoriano trata el tema en sus artículos 2181 y siguientes:
Artículo 2181.- «Secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga decisión judicial a su favor.

El depositario se llama secuestre».
Artículo 2182.- «Las reglas del secuestro son las mismas que las del depósito propiamente dicho, salvo las disposiciones que se expresan en los siguientes artículos y en el Código de Procedimiento Civil».
Artículo 2183.- «Pueden ponerse en secuestro no sólo cosas muebles, sino también bienes raíces».
Artículo 2184.- «El secuestro es convencional o judicial.

El convencional se constituye por el solo consentimiento de las personas que se disputan el objeto litigioso.

El judicial se constituye por decreto del juez y no ha menester otra prueba».

El Código Civil Español legisla sobre el secuestro en sus artículos 1785 y siguientes:
Artículo 1785.- «El depósito judicial o secuestro tiene lugar cuando se decreta el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos».
Artículo 1786.- «El secuestro puede tener por objeto así los bienes muebles como los inmuebles».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón elaborado por G. Boissonade, de 1890, regula el secuestro en su artículo 918:
Artículo 918.- «El secuestro es el depósito hecho en las manos de un tercero, de una cosa objeto de un litigio o de pretensiones contrarias, de parte de dos o más personas.

Puede tener por objeto muebles o inmuebles».

Entre tanto, el Código Civil Nicaragüense de 1903 aborda el particular en su artículo 3514:
Artículo 3514.- «El secuestro es convencional o judicial.

El secuestro convencional se verifica cuando los litigantes depositan la cosa litigiosa en poder de un tercero, que se obliga a entregarla, concluido el pleito, al que conforme a la sentencia tenga derecho a ella.

Es convencional o judicial».

El Código Civil Hondureño de 1906 trata sobre el secuestro en sus artículos 1967 y siguientes:
Artículo 1967.- «El depósito judicial o secuestro tiene lugar cuando se decreta el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos».
Artículo 1968.- «El secuestro puede tener por objeto así los bienes muebles como los inmuebles».

El Código Civil Panameño de 1917 aborda al secuestro en su artículo 1478:
Artículo 1478.- «El depósito judicial o secuestro tiene lugar cuando se decreta el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos o de cualesquiera bienes para asegurar las resultas del juicio».

El Código Civil del Distrito Federal de México, de 1927, regula al secuestro en su artículo 2393:
Artículo 2393.- «El secuestro es el depósito de una cosa litigiosa en poder de un tercero, hasta que se decida a quién deba entregarse».

De otro lado, el Código Civil Venezolano de 1942 legisla sobre el particular en sus artículos 1780 y siguientes:
Artículo 1780.- «El secuestro es convencional o judicial».
Artículo 1781.- «El secuestro convencional es el depósito de una cosa litigiosa hecho por dos o más personas en manos de un tercero, quien se obliga a devolverla, después de la determinación del pleito, a aquél a quien se declare que deben pertenecer».
Artículo 1785.- «El depositario debe poner en la conservación de los efectos embargados el cuidado de un buen padre de familia y tenerlos a disposición del Tribunal.

Si pierde la tenencia de la cosa puede el depositario reclamarla contra toda persona, inclusa cualquiera de las partes que la haya tomado sin licencia del Tribunal».

5.12.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.12.5. En cuanto a su autonomía

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

5.12.6. En cuanto a su formación

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

5.12.7. En cuanto al tiempo

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

Por su parte, el Código Civil Italiano de 1942 trata el tema en su artículo 1798:

Artículo 1798.- «(Noción) El secuestro convencional es el contrato por el cual dos o más personas confían a un tercero una cosa o una pluralidad de cosas, respecto de la cual haya surgido entre ellas controversia, para que la custodie y la restituya a aquélla a quien corresponda una vez que la controversia sea definida».

El Código Civil Boliviano de 1976, regula el secuestro en su artículo 869:

Artículo 869.- «(Noción y clases de secuestro)

I. El secuestro es el depósito de una cosa litigiosa en poder de un tercero, hasta que se decida el litigio sobre la cosa, para entregarla a quien corresponda.

II. Es convencional cuando todas las partes interesadas convienen en el depósito, judicial, cuando lo ordena el juez».

5.12.8. En cuanto a su negociación

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

5.12.9. En cuanto al rol económico

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

5.12.10. En cuanto a su función

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

5.12.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.12.12. En cuanto a la prestación

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

5.12.13. En cuanto a la valoración

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

5.12.14. En cuanto al riesgo

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

5.12.15. En cuanto a sus efectos

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

5.13. Con el contrato de fianza

5.13.1. En cuanto al nombre

La compraventa y la fianza son contratos nominados.

5.13.2. En cuanto a su regulación

Tanto la compraventa como la fianza son contratos típicos.

Cabe recordar que en el Código Civil de 1836, la fianza se encontraba dentro del Libro III «De las diferentes maneras de adquirir la propiedad», Título XVI «De la fianza», Capítulo II «Del efecto de la fianza entre acreedor y fiador», Capítulo IV «Del efecto de la fianza entre los cofiadores», Capítulo V «De la extinción de la fianza», Capítulo VI «Del fiador legal y del judicial» (artículos 1354 a 1385).

En el Proyecto de Código del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, la figura estaba regulada dentro de la Segunda Parte sobre «Dominio y Contratos», en el Título 9 «De las fianzas», con un total de 37 artículos.

En el Código Civil de 1852, la fianza fue regulada en el Libro III «De las Obligaciones y Contratos», Sección VI «Pactos y contratos que aseguran el cumplimiento de otras obligaciones», Título III «Fianza», artículos 2079 a 2109.

El Código Civil de 1936 trataba sobre este contrato dentro de su Libro V «Del Derecho de Obligaciones», Sección Quinta «De los Diversos Contratos», Título XVII «De la Fianza», artículos 1775 a 1801.

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

5.13.3. En cuanto a su estructura

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

5.13.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.13.5. En cuanto a su autonomía

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

5.13.6. En cuanto a su formación

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

En el Código Civil de 1936 (artículo 1776) se seguía el mismo criterio. Este numeral tomó como fuente al artículo 897 de su Anteproyecto, el cual modificó al artículo 2083 del Código de 1852 que señalaba: «Sólo quedará obligado el fiador, por aquello a que expresamente se hubiere obligado».

Y el artículo 12 del Título 9 del Proyecto de Código del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre expresaba: «El fiador ha de manifestar por instrumento público el modo como se obliga, sobre lo que ha de dar o hacer otro. No hay fianza en instrumento privado».

5.13.7. En cuanto al tiempo

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

5.13.8. En cuanto a su negociación

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

En el caso de la fianza, al tratarse de un contrato fundamentalmente mercantil, lo común será que se celebre por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Sin embargo, cuando estemos en presencia de fianzas civiles, será frecuente que para su celebración medie negociación previa.

5.13.9. En cuanto al rol económico

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

5.13.10. En cuanto a su función

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

5.13.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

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

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

El Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre establecía en su artículo 5 lo siguiente: «El que no puede obligarse no puede afianzar. No la mujer soltera, viuda o casada, a no ser que tenga giros o negociaciones públicas como el hombre, y en este caso no es en más que en la tercera parte de su fortuna». En el artículo 6 agregaba: «No podrá obligarse la madre por sus hijos, ni renunciar las leyes que prohiben a las mujeres fiadoras».

El artículo 2082 del Código Civil de 1852 prohibía otorgar fianza a: los obispos, militares y empleados; labradores, sencillos, a no ser por otros labradores; y a las mujeres. Esta norma fue suprimida en el Código Civil de 1936, por carecer de fundamento, dado que se trataba de personas que podían contratar.[63]

El artículo 1870 del Código Civil de 1984 permite que los representantes de las personas jurídicas puedan otorgar fianza en nombre de sus representadas, siempre que tengan poder suficiente.

5.13.12. En cuanto a la prestación

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

[63] OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. *Exposición de Motivos del Libro V del Código Civil de 1936.* En: APARICIO Y GÓMEZ SÁNCHEZ, Germán. *Código Civil*-Concordancias, tomo III, página 449. Librería e Imprenta Gil, Lima, 1938.

a las apreciaciones que sobre el particular formula el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, en su obra «El Contrato en General».

El Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, en el artículo1 —sobre la materia— de su Proyecto definió a la fianza como «la obligación accesoria a la principal en subsidio de ella, o consolidada con ella, por el todo o parte de la obligación, pero que no puede exceder en la entidad, quedando el derecho por lo que se diese o hiciese, intereses y perjuicios». El Código Civil de 1836 no contenía una definición, sino señalaba en su artículo 1354 que el «fiador es aquel que se constituye deudor de una obligación y se sujeta para con el acreedor a satisfacer esta obligación, si el deudor principal no lo hace»; es decir, describía los caracteres generales de esta relación obligacional desde la perspectiva de la función del fiador.

El Código Civil de 1852 definía a la fianza en su artículo 2079: «La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra, para el caso de que ésta no la cumpla»; y en el artículo 2080 señalaba las funciones de fiador y fiado, estableciendo lo siguiente: «Fiador es el que toma sobre sí el cumplimiento de la obligación principal; fiado la persona cuya obligación asegura el fiador».

Por otra parte, el Proyecto de Código Civil de 1936 suprimió del artículo 2079 la frase «para el caso de que éste no la cumpla». Según el Doctor Manuel Augusto Olaechea, esta supresión se hizo con la finalidad de que en la definición queden comprendidas las diversas clases de fianza, inclusive la fianza solidaria, la cual quedaba excluida en la definición de este artículo. Y el artículo 2080 fue suprimido por considerarse innecesario.

El Código Civil de 1936, en su artículo 1775, establecía una definición escueta: «Por la fianza una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra»; siendo superada por la que presenta el artículo 1868 del Código Ci-

vil vigente, cuando expone que «Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor»; y el mismo agrega que: «La fianza puede constituirse no sólo en favor del deudor sino de otro fiador», con lo cual se considera también a la fianza doble, más conocida como subfianza.

El artículo 1872 del Código Civil de 1984, ha introducido una norma que no registra antecedentes en los Códigos anteriores. Se permite otorgar fianza para garantizar obligaciones con prestaciones futuras determinadas o determinables cuyo importe no sea aún conocido; siendo también válida la fianza prestada para garantizar una obligación cuyo cumplimiento de la prestación está sujeto a condición o a plazo. Norma similar sólo está contenida en el artículo 859 del Anteproyecto del Código Civil de 1936 que prescribía: «Puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida».

El fiador no se debe obligar a responder por una prestación que excede a la del deudor principal, pero sí puede obligarse en una forma más eficaz que el fiado. Normas similares encontramos en nuestros Códigos Civiles anteriores, inclusive en el Proyecto De Vidaurre, el cual en su artículo 4 establecía que la «fianza no puede ser más gravosa que la obligación principal». Cabe resaltar que el artículo 1357 del Código Civil de Santa Cruz prescribía que «La fianza que excede a la deuda, o que es otorgada bajo condiciones más onerosas, no es nula, y se reducirá a la medida de la obligación principal». Lo mismo prescribía el artículo 2085 del Código Civil de 1852. Sin embargo, esto no fue acogido por el legislador de 1936. En el Código Civil vigente sí se ha vuelto a regular este aspecto, en el numeral 1874.

El artículo 1876 del Código Civil de 1984 contiene un precepto que registra antecedentes desde el Código de 1836, en su artículo 1362. El tema era tratado por el Código Civil

de 1852, en el numeral 2106: «El que esté obligado a dar un fiador, deberá presentar una persona que tenga capacidad de obligarse, que sea dueña de bienes suficientes para responder al objeto de la obligación, y que se halle en la misma provincia». El artículo 1793 del Código Civil de 1936 exigía que sea domiciliado en el mismo Departamento. Esta exigencia ha sido reemplazada por la de que el fiador tenga bienes realizables en el territorio de la República.

El segundo párrafo del artículo 1876 registra como antecedente inmediato al artículo 1794 del Código Civil de 1936, precepto que también permitía la sustitución de la fianza por otra garantía; pero, a diferencia de éste, ahora se requiere la aceptación del acreedor o «aprobación del juez, salvo disposición distinta de la ley».

El artículo 1877 registra antecedentes sólo en el Código Civil de 1936, en su artículo 1800, con ligeras modificaciones.

Los alcances de la fianza que no ha sido expresamente limitada, están fijados por el artículo 1878 y sólo halla su antecedente en el artículo 1777 del Código Civil de 1936.

El beneficio de excusión viene siendo regulado desde el Código Civil de 1836, en norma que prescribía que «El fiador no está obligado para con el acreedor, sino a pagarle en defecto del deudor». El Código Civil de 1852 disponía que el fiador gozaba de los beneficios de orden y de excusión; pero dicha división fue suprimida por el Código Civil de 1936, pues éste consideró que no son dos beneficios distintos, sino que constituyen uno solo. Y así se ha mantenido en el Código Civil de 1984.

El artículo 1781 del Código Civil de 1936 es reproducido por el numeral 1881 en vigencia.

En el artículo 1882 del Código Civil de 1984 (precepto que no registra antecedentes) se enumeran los tipos de bienes que no deben ser considerados para hacer la excusión.

El beneficio de excusión no tiene lugar en tres supuestos anotados en el actual artículo 1883, norma que deviene en copia literal del numeral 1779 derogado, el mismo que

tiene su antecedente en el numeral 863 de su respectivo Anteproyecto, el cual incluía además un cuarto supuesto, que consistía en que la excusión no tenía lugar cuando el deudor no podía ser demandado judicialmente dentro del territorio de la República.

La consecuencia de la negligencia del acreedor en la excusión, regulada en el artículo 1884, tiene sus antecedentes en el artículo 1781 del Código Civil de 1936, precepto que reproduce literalmente al artículo 865 del Anteproyecto.[64]

En estos dos últimos cuerpos normativos se establece que «El acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados, es responsable, hasta donde ellos alcancen, de la insolvencia del deudor que por aquel descuido resulte». El Código de 1984 es amplio, cuando señala que este acreedor asume el riesgo de la pérdida o no persecución de los bienes para los fines de la excusión.

El artículo 1885, que trata sobre las excepciones del fiador frente al acreedor, tiene como antecedente al artículo 1798 del Código Civil de 1936, el cual ha mantenido el precepto del artículo 882 de su Anteproyecto. En estos se permitía al fiador oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal, mas no las que sean puramente personales del deudor. En el Código de 1984 se ha agregado la frase «aunque éste (el deudor principal) haya renunciado a ellas».

Cuando hay pluralidad de fiadores, estos son solidariamente responsables (esa es la regla), lo que equivale a decir que cualquiera de ellos puede verse obligado a responder por el íntegro de la obligación; y, para que no sea así, tendrían que pactar el beneficio de la división. Esta fórmula adoptada por el artículo 1886 vigente, se encuentra en con-

[64] COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. BIGIO CHREM, Jack. *Exposición de Motivos Oficial del Código Civil.* Diario Oficial *El Peruano,* Lima, lunes 27 de noviembre de 1989.

traposición a lo que establecieron los artículos 1783 del Código Civil de 1936, 2088 del Código Civil de 1852 y 1369 del Código Civil de Santa Cruz, pues en estos se presumía el beneficio de división, mientras que la solidaridad debía ser pactada.

El Proyecto del Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre en su artículo 18 señalaba: «Si muchos se obligaron por el todo, les corresponde la Carta de Adriano, repartiendo la deuda entre los actualmente solventes» (De Vidaurre se refería a la Carta del Emperador Adriano que contenía el beneficio de división).

La norma del actual artículo 1888 es una repetición del artículo 1782 del Código Civil de 1936, que a su vez tomó el texto del artículo 866 del Proyecto de ese mismo año. En éste se decía: «El fiador de un fiador goza del beneficio de la excusión tanto respecto del fiador como del deudor principal».

Cuando paga el fiador, éste se subroga en los derechos que tenía el acreedor frente al deudor principal, y además tiene derecho a una indemnización, la misma que se encuentra establecida en el artículo 1890 del Código Civil de 1984, que tiene como antecedentes al artículo 1784 del Código derogado, y al numeral 868 del Proyecto de 1936. Estos artículos están referidos a cuatro puntos, pero el Código de 1984 ha variado el primero, poniendo sólo el total de lo pagado por el fiador, mientras que el Código Civil de 1936 y su Proyecto requerían el total de la deuda.

Como ha sido señalado, el deudor principal no forma parte del contrato de fianza, pero no por ello se debe permitir que resulte perjudicado por los actos del fiador. Por eso es que el artículo 1894 vigente, lo protege, permitiéndole oponer excepciones; norma que tiene como único antecedente al artículo 1785 del Código Civil de 1936.

El artículo 1896 del Código Civil de 1984 está referido al supuesto del fiador que pagó anticipadamente la obligación principal. En este caso el fiador no podrá subrogarse

contra el deudor sino después de vencido el plazo de la obligación principal. Cabe señalar aquí, que también ha debido considerarse al supuesto en el cual el fiador paga anticipadamente una obligación sujeta a condición suspensiva.

Desde el Código Civil de 1852 se han regulado los derechos que el acreedor tendría antes del pago. Literalmente, el artículo 2097 señalaba que: el fiador, aun antes de haber pagado, tiene derecho a exigir que el deudor le asegure las resultas de la fianza: en todos los casos en que se puede pedir la exoneración; cuando se ha vencido el plazo de la obligación principal; cuando el fiador está demandado judicialmente por el acreedor.

El artículo 1786 del Código Civil de 1936 ampliaba los alcances de la norma, al señalar que el fiador podía proceder contra el deudor cuando: el deudor está demandado judicialmente para el pago; el deudor estaba en quiebra; el deudor se había obligado a relevarlo de la fianza en un plazo determinado, y éste ha vencido; la deuda ha llegado a hacerse exigible por haberse cumplido el plazo en que debía satisfacerse; al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tenía término fijo para su vencimiento, a menos que haya sido de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor.

En el actual artículo 1897 se repite la norma derogada, pero es importante resaltar que en el cuarto supuesto, cuyo tenor coincide también con el cuarto inciso del Código derogado, se señala solamente «cuando la deuda se ha hecho exigible»; pues con esta frase se amplían los alcances que en el Código Civil anterior estaban limitados al cumplimiento del plazo.

Es importante señalar que el actual artículo 1904 no debió ser incluido por inútil y obvio, pues las cartas de recomendación u otros documentos en que se asegure o certifique la probidad o solvencia de alguien, son meras declaraciones unilaterales, mientras que la fianza es un contrato.

5.13.13. En cuanto a la valoración

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

5.13.14. En cuanto al riesgo

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

5.13.15. En cuanto a sus efectos

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

5.14. Con el contrato de renta vitalicia

5.14.1. En cuanto al nombre

La compraventa y la renta vitalicia son contratos nominados.

5.14.2. En cuanto a su regulación

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

En el Código de 1852 se regula a este contrato en el Título Tercero, bajo la denominación «De la Renta Vitalicia», siendo definido en el numeral 1745, precepto de texto siguiente:

Artículo 1745.- «Renta vitalicia es la que se constituye para que sea pagada anualmente, o al mes, o en otros períodos, durante la vida natural de una o muchas personas, y mediante cierto precio o por efectos de liberalidad».

Del texto del artículo 1745, podemos apreciar que se trata de la constitución de una renta establecida en períodos determinados y fijada para toda la vida de una o de muchas personas. Esta renta puede ser a título gratuito u oneroso.

En el Código Civil de 1936, el referido contrato se encontraba regulado en el Título XV, bajo la denominación «De la Renta Vitalicia». El artículo 1749 de dicho cuerpo normativo prescribía lo siguiente:

Artículo 1749.- «Por el contrato de renta vitalicia se constituye una pensión para que sea pagada anualmente, o al mes, o en otros períodos de tiempo, durante la vida natural de una o muchas personas, a título oneroso, o por efecto de liberalidad».

Esta definición no introduce ningún cambio importante en relación a su antecedente de 1852.

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

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

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

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

En el contrato se determinará la vida en que concluya la renta, cuando se hubiere fijado en cabeza de varias personas».[65]

[65] Como referencia podemos mencionar que el Código Civil Francés trata a la renta vitalicia a partir del artículo 1968:

Artículo 1968.- «La renta vitalicia puede constituirse a título oneroso, a cambio de una suma de dinero, o por una cosa mueble, apreciable o por un inmueble».

Artículo 1969.- «Puede constituirse también a título puramente gratuito, por donación entre vivos o por testamento. Debe estar revestida entonces de las formas requeridas por la ley».

Lo propio hace el Código Civil Belga:

Artículo 1968.- «La renta vitalicia puede constituirse a título oneroso, a cambio de una suma de dinero, o por una cosa mueble apreciable o por un inmueble».

Artículo 1969.- «Puede constituirse también a título puramente gratuito, por donación entre vivos o por testamento. Debe estar revestida entonces de las formas requeridas por la ley».

El Código Civil Peruano de 1852 trataba a la renta vitalicia en su artículo 1745:

Artículo 1745.- «Renta Vitalicia es la que se constituye para que sea pagada anualmente, o al mes, o en otros períodos, durante la vida natural de una o muchas personas, y mediante cierto precio o por efectos de liberalidad».

Por su parte, el Código Civil Italiano de 1865 trataba el tema en sus artículos 1778 y siguientes:

Artículo 1778.- «Se puede estipular una renta, bien sea en prestación de dinero o mediante especies, mediante la cesión de un inmueble o el pago de un capital que el cedente se obliga a no repetir».

Artículo 1779.- «La renta se puede estipular a perpetuidad o en forma vitalicia.

Las reglas relativas a las rentas vitalicias se determinan en el siguiente título».

Artículo 1789.- «La renta vitalicia puede ser constituida a título oneroso, mediante una suma de dinero u otra cosa mueble, o bien mediante un inmueble».

El Código Civil Colombiano aborda la renta vitalicia en el numeral 2287:

Artículo 2287.- «La constitución de renta vitalicia es un contrato aleatorio en que una persona se obliga, a título oneroso, a pagar a otra una renta o pensión, durante la vida de cualquiera de estas dos personas o de un tercero».

Por su parte, el Código Civil Venezolano de 1880 trataba acerca de la renta vitalicia en el artículo 1728:

Artículo 1728.- «La renta vitalicia puede constituirse a título oneroso, mediante una suma de dinero u otra cosa mueble, o mediante un inmueble».

Mientras tanto, el Código Civil Ecuatoriano lo hace en el artículo 2196:

Artículo 2196.- «Constitución de renta vitalicia es un contrato aleatorio en que una persona se obliga a título oneroso, a pagar a otra una renta o pensión periódica, durante la vida de cualquiera de estas dos personas o de un tercero».

El Código Civil Español regula a la renta vitalicia en el numeral 1802:
Artículo 1802.- «El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión».

De otro lado, el Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade, de 1890, regulaba a la renta vitalicia en el artículo 814:
Artículo 814.- «La renta vitalicia puede ser constituida a título oneroso, a cambio de la enajenación de un capital mueble o inmueble, o como precio de servicios prestados o por prestar.

Ella puede ser constituida a título gratuito, por donación o por testamento.

La renta vitalicia puede ser constituida sobre un capital enajenado a título oneroso o gratuito.

En este último caso, ella está sometida a las reglas particulares de los actos a título gratuito, por las formas de la liberalidad, por la capacidad de dar y de recibir y por la porción disponible de los bienes».

Este proyecto también regulaba al contrato de renta perpetua. Lo hacía en el numeral 886:
Artículo 886.- «El prestamista a interés nunca puede prohibirse el derecho de exigir el capital. En este caso, el contrato toma el nombre de 'constitución de renta' y los intereses se denominan '*Arrerages*'. (*Arrerage*: Retrasarse en el pago de las rentas).

Esta prohibición debe ser formal o resultar claramente de las circunstancias».

De otro lado, el Código Civil Nigaragüense de 1903 legisla sobre el contrato de renta vitalicia en su artículo 3625:
Artículo 3625.- «Habrá contrato de renta vitalicia, cuando alguien por una suma de dinero, o por una cosa apreciada en dinero, mueble o inmueble que otro le da, se obliga hacia una o muchas personas a pagarles una renta anual durante la vida de uno o muchos designados en el contrato».

Por su parte, el Código de las Obligaciones de Suiza, aborda los contratos de renta vitalicia y mantenimiento vitalicio, en sus artículos 516 y 521:
Artículo 516.- «La renta vitalicia puede ser constituida sobre la cabeza del acreedor, del deudor o de un tercero.

A falta de estipulación precisa, ella se presume constituida sobre la cabeza del acreedor.

La renta constituida sobre la cabeza del deudor o sobre la de un tercero pasa, salvo pacto en contrario a los herederos del acreedor».
Artículo 521.- «El contrato de mantenimiento vitalicio es aquél por el cual una de las partes se obliga respecto de la otra a transferirle un patrimonio o ciertos bienes a cambio de la obligación de mantenerlo y cuidar su vida durante este tiempo.

Si el deudor es instituido heredero del acreedor, el contrato se rige por las disposiciones relativas al pacto sucesorio».

De otro lado, el Código Civil Brasileño aborda la constitución de la renta en el numeral 1424:
Artículo 1424.- «Mediante acto entre vivos, o de última voluntad, a título oneroso, o gratuito, puede constituirse, por tiempo determinado, en beneficio propio o ajeno, una renta o prestación periódica, entregándonos cierto capital, en inmuebles o dinero, a la persona que se obligue a satisfacerla».

El Código Civil Panameño de 1917 trata sobre la renta vitalicia en el artículo 1494:
Artículo 1494.- «El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión».

De otro lado, el Código Civil Chino de 1930 define a la renta vitalicia en el artículo 729:
Artículo 729.- «Se llama contrato de renta vitalicia el contrato por el cual las partes convienen que la una de ellas hará a la otra o a un tercero pagos periódicos de dinero, mientras dure la existencia de la una o de la otra de las partes o de un tercero».

El Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 abordaba el particular en su artículo 1731:
Artículo 1731.- «Por el contrato de renta vitalicia se constituye una pensión para que sea pagada anualmente, o al mes, o en otros periodos de tiempo, durante la vida natural de una o muchas personas y mediante cierto precio, o por efecto de liberalidad».

De otro lado, el Código Civil Venezolano de 1942 regula a la renta vitalicia en su artículo 1788:
Artículo 1788.- «La renta vitalicia puede constituirse a título oneroso, mediante una cantidad de dinero u otra cosa mueble, o mediante un inmueble».

El Código Civil Italiano de 1942 aborda el tema en el numeral 1872:
Artículo 1872.- «(Modos de constitución) La renta vitalicia puede ser constituida a título oneroso, mediante enajenación de un bien mueble o inmueble o mediante cesión de capital.

La renta vitalicia puede ser constituida también por donación o por testamento y en este caso se observan las normas establecidas por la ley para tales actos».

El Anteproyecto de Código Civil Boliviano, elaborado por Angel Ossorio y Gallardo de 1943, trata sobre la renta vitalicia en sus artículos 1299 y siguientes:
Artículo 1299.- «Por el contrato de renta vitalicia, una persona entrega a otra un capital determinado a cambio de que ésta le abone una pensión durante toda la vida de aquélla, durante la vida del que da la renta o durante la de un tercero.

De igual modo puede constituirse la renta por plazo temporal siempre que no exceda de la duración de la vida de una persona».
Artículo 1300.- «No podrá constituirse la renta sobre la vida de dos o más

5.14.3. En cuanto a su estructura

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

5.14.4. En cuanto a su contenido o área

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

---

personas. El que quiera hacerlo, tendrá que celebrar un contrato con cada una de ellas».

El Código Civil Portugués de 1967 regula a la renta perpetua en el artículo 1231:

Artículo 1231.- «(Noción) Contrato de renta perpetua es aquél en el cual una persona enajena en favor de otra cierta suma de dinero, o cualquier otra cosa mueble o inmueble, o un derecho, y la segunda se obliga, sin límite de tiempo, a pagar, como renta, determinada cantidad en dinero u otra cosa fungible».

Y a la renta vitalicia en el artículo 1238:

Artículo 1238.- «(Noción) Contrato de renta vitalicia es aquél en que una persona enajena en favor de otra cierta suma de dinero, o cualquier otra cosa mueble o inmueble, o un derecho y la segunda se obliga a pagar cierta cantidad en dinero u otra cosa fungible durante la vida del enajenante o de un tercero».

El Proyecto de Código Civil Brasileño aprobado por la Cámara de Diputados, en 1984, aborda la renta vitalicia en el artículo 803:

Artículo 803.- «Puede una persona, por el contrato de constitución de renta, obligarse para con otra para una prestación periódica a título gratuito».

Finalmente, el Código Civil Paraguayo de 1987 regula la renta vitalicia en el numeral 1431:

Artículo 1431.- «Por el contrato oneroso de renta vitalicia una de las partes se obliga a entregar una suma o una cosa apreciable en dinero, y la otra se compromete a pagar una renta periódica o uno o más beneficios durante la vida del suministrador del capital, o de otras personas determinadas. Cuando la renta se constituye gratuitamente se aplicarán las normas establecidas para las donaciones o los testamentos, en sus casos, y subsidiariamente las de este capítulo».

5.14.5. En cuanto a su autonomía

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

5.14.6. En cuanto a su formación

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

En el Código Civil de 1852, se establecía que debía celebrarse por escritura pública:

Artículo 1746.- «Se constituye por escritura pública».

Lo mismo disponía el Código Civil de 1936:

Artículo 1750.- «Se constituye por escritura pública bajo pena de nulidad».

E igual precepto contiene el Código Civil de 1984:

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

5.14.7. En cuanto al tiempo

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

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

Así, en el Código de 1852 se permitía que sea la vida del acreedor de la renta, o la de un tercero, aquella que decida la duración del contrato. También podía señalarse la vida de varias personas, pero en este último supuesto debía determinarse la vida en la que concluye:

Artículo 1751.- «La renta vitalicia puede constituirse para que subsista, durante la vida del que da el capital, o durante la de un tercero que no adquiere derecho para disfrutarla».
Artículo 1752.- «Para la duración de la renta vitalicia puede señalarse la vida de una o de muchas personas.

En todo caso la escritura de renta vitalicia determinará la vida en que concluye, y lo que se han de pagar en cada una de ellas».

El Código Civil de 1936, en su artículo 1751, transcribía casi literalmente el numeral 1752 del Código Civil de 1852.

Este último cuerpo normativo reguló la finalización del contrato, la misma que operaba de pleno derecho a la muerte de la persona designada para la subsistencia de este derecho:
Artículo 1761.- «Muerta la persona cuya vida se designó para la subsistencia de la renta, se extingue la obligación de pagarla, sin que quede ninguna responsabilidad para devolver todo o parte del capital o de los bienes que sirvieron de precio al constituirse la renta, por corta que hubiese sido la vida señalada».

El Código Civil de 1984 también incluye en su ordenamiento un artículo similar a los numerales 1752 del Código Civil de 1852 y 1751 del Código Civil de 1936. Se trata del artículo 1926, de texto siguiente:
Artículo 1926.- «Para la duración de la renta vitalicia debe señalarse la vida de una o varias personas.

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

Este Código regula también la finalización del contrato dejado al tiempo de vida de un tercero, la misma que se podrá producir:

(a) Si el acreedor muere antes que el tercero, caso en el cual, el derecho a la renta pasa a sus herederos.
(b) Si el deudor de la renta muere antes que el tercero, supuesto en el cual la obligación pasa a los herederos del deudor:

Artículo 1928.- «Cuando el acreedor de una renta constituída en cabeza de un tercero muere antes que éste, la renta, pasa a sus herederos hasta la muerte del tercero».
Artículo 1929.- «Cuando el deudor de la renta muere antes que el tercero en cuya cabeza se ha establecido su duración, la obligación se transmite a los herederos de aquel».

5.14.8. En cuanto a su negociación

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

No obstante ello, en sede de contratos sobre materias previsionales, las Compañías de Seguros vienen introduciendo paulatinamente a la renta vitalicia como un mecanismo contractual de uso cada vez más frecuente (claro está en formatos preimpresos con cláusulas generales de contratación).

5.14.9. En cuanto al rol económico

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

5.14.10. En cuanto a su función

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

5.14.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.14.12. En cuanto a la prestación

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

5.14.13. En cuanto a la valoración

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

En el Código Civil de 1852, la renta vitalicia podía ser un contrato bilateral o unilateral, y, del mismo modo, podía celebrarse a título oneroso o a título gratuito. Todo dependía de la voluntad de las partes al celebrar el contrato.

Así, en los artículos 1747, 1748 y 1749, se señalaba lo siguiente:

Artículo 1747.- «Puede constituirse a título oneroso o a título gratuito.

Es a título oneroso cuando se adquiere el derecho de cobrar la renta, por haberse entregado, al que la paga, cierto precio en una cantidad de dinero, o en un inmueble, o en una cosa mueble de valor determinado, y es a título gratuito, como el de donación entre vivos o el de testamento, cuando se constituye sin que haya recibido ningún precio el que se obliga a pagarla».

Artículo 1748.- «En el caso de constituirse por donación entre vivos, se reducirá la renta vitalicia, si el capital donado excede de la cantidad que es permitido donar».

Artículo 1749.- «No es válida la que se constituya por testamento, sino en la parte de que podía disponer libremente el testador».

Vemos pues, como este Código Civil contemplaba dos supuestos de constitución de una renta vitalicia que no eran contratos, tales como la donación (antes considerada un acto unilateral) y la institución de un legado.

En el artículo 1747, vemos hasta tres formas de pago de la contraprestación: mediante pago en dinero; mediante pago con un bien inmueble; mediante pago con un bien mueble.

En caso se trate de un acto gratuito, éste podía ser mediante donación o mediante un legado. En ambos casos, por ser un acto de liberalidad, tenía que estar dentro de los márgenes de libre disposición, pero esto es algo muy difícil de cumplir, ya que —como sabemos— estamos en presencia de un contrato aleatorio por excelencia.

En el artículo 1758, podemos apreciar una disposición propia de los contratos con prestaciones recíprocas. Este numeral regula la posibilidad que tiene una de las partes de rescindir el contrato ante el incumplimiento de prestar las garantías pactadas por la otra parte.

En este supuesto, el acreedor de la renta tiene derecho a conservar las rentas devengadas y el deudor de aquella, devolverá el capital o los bienes que recibió como contraprestación, pero conservará los intereses o frutos respectivos generados hasta la fecha en que se dejó de pagar la renta.

Artículo 1758.- «La persona para quien se constituyó una renta vitalicia, mediante cierto precio, puede pedir la rescisión del contrato, si el que recibió este capital y se obligó a pagar la renta no da las seguridades que para su cumplimiento se estipularon.

En caso de rescisión, no está obligado el acreedor de la renta a devolver las cantidades que a cuenta de ella se hubiese recibido, ni tiene tampoco derecho a que se le restituyan, con sus capitales o bienes que dio por precio, los inte-

reses o frutos respectivos, sino desde la fecha en que dejó de pagársele la renta».

Sin embargo, si el deudor de la renta no cumpliese con su pago, el acreedor no podía solicitar la devolución del capital o del bien; lo que le era posible pedir era el embargo de los bienes del deudor:

Artículo 1759.- «La falta de pago de las rentas devengadas no autoriza al acreedor para pedir que se le devuelva el capital, el inmueble u otra cosa que hubiese dado como precio.

Sólo tiene derecho para pedir que se embarguen al deudor bienes bastantes para pagar el crédito».

Asimismo, el deudor de la renta no puede resolver el contrato, salvo que exista acuerdo con el acreedor:

Artículo 1760.- «El que se obligó a pagar una renta vitalicia no puede eximirse de su cumplimiento, ofreciendo devolver el capital, y renunciando el cobro de lo pagado.

Está obligado a seguir satisfaciendo la renta por toda la vida de las personas sobre cuya cabeza se constituyó, sea cual fuere el tiempo de su duración, y por onerosa que se haya hecho la continuación de la renta».

Artículo 1761.- «Sin embargo de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, puede disolverse el contrato por convenio de partes».

Para el Código Civil de 1936, en el ya citado artículo 1749, se señalaba que la renta vitalicia podía ser onerosa o gratuita, y, por tanto, de prestaciones bilaterales o unilateral.

Este Código recogía el precepto del artículo 1759 del Código Civil de 1852 y lo modificaba, adoptando la siguiente redacción:

Artículo 1757.- «La falta de pago de las pensiones vencidas, no autoriza al acreedor de la renta a exigir el reembolso del capital, ni a volver a entrar en posesión del bien enajenado; sólo tiene derecho a reclamar el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras».

En el Código Civil de 1852, como fue visto en su oportunidad, se permitía que se embarguen los bienes del deudor

hasta cubrir las rentas vencidas. Ahora, en cambio, además de poder solicitar el pago de las rentas atrasadas, se puede pedir una garantía del cumplimiento de las futuras.

Este Código asume además, casi textualmente, los ya comentados artículos 1758 y 1760 del Código Civil de 1852.

En el Código Civil de 1984 se establece que la renta vitalicia puede ser onerosa o gratuita:

Artículo 1924.- «La renta vitalicia puede constituirse a título oneroso o gratuito».

Este Código prescribe, al igual que los Códigos que le antecedieron, que la falta de pago de las pensiones vencidas no dan lugar a la resolución del contrato:

Artículo 1934.- «La falta de pago de las pensiones vencidas da al acreedor el derecho a reclamar sólo el pago de éstas y el aseguramiento de las futuras».

Sin embargo, también al igual que sus antecesores señala que, si el deudor no cumple con la garantía pactada, el acreedor tiene derecho de resolver el contrato:

Artículo 1935.- «El beneficiario para quien se constituyó la renta vitalicia a título oneroso puede solicitar la resolución del contrato si el que recibió el bien y se obligó a pagar la pensión, no da las garantías estipuladas».

5.14.14. En cuanto al riesgo

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

El Código Civil de 1852, en el ya comentado artículo 1745, establece que la renta vitalicia durará por toda la vida natural de una o muchas personas, y mediante cierto precio o por efecto de liberalidad.

En el caso de la renta vitalicia, se trata a todas luces de un contrato aleatorio, ya que el deudor de la renta no sabe con exactitud por cuánto tiempo pagará la renta, pues no se tiene conocimiento de cuánto durará la vida natural de su acreedor. En cambio, el beneficiario de la renta vitalicia sí sabe con exactitud el precio que debe pagar, pero no conoce si su prestación es superior, equivalente o inferior a la renta que recibirá como contraprestación.

Es más, toda estipulación que elimine aleatoriedad a este contrato es nula:

Artículo 1753.- «No produce efecto el contrato de renta vitalicia cuya duración se fijó en cabeza de una persona que había muerto el día del contrato.

Lo mismo sucede en el caso de constituirse la renta por vida de una persona que padece enfermedad, si a causa de ella murió dentro de treinta días contados desde la fecha del contrato».

Por su parte, el Código Civil de 1936, transcribe literalmente el ya comentado artículo 1753 del Código Civil de 1852.

El Código Civil de 1984, también adopta esta norma del Código Civil de 1852, introduciendo sólo un cambio:

Artículo 1927.- «Es nula la renta vitalicia cuya duración se fijó en cabeza de una persona que hubiera muerto a la fecha de la escritura pública.

También es nula la renta vitalicia constituída en cabeza de una persona que padece de enfermedad, si murió por efecto directo de ella dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la escritura pública».

5.14.15. En cuanto a sus efectos

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

5.15. Con el contrato de juego y apuesta

5.15.1. En cuanto al nombre

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

En el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, a estos contratos se les denominaba genéricamente como contratos aleatorios o que dependen de un éxito incierto.

El Código Civil de 1852 los regulaba bajo el Título De las apuestas y del juego.

El Código Civil de 1936 los trataba bajo la denominación Del juego y de la apuesta.

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

5.15.2. En cuanto a su regulación

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

Este contrato siempre fue regulado por los Códigos Civiles Peruanos. Así, el de 1836, lo hacía en el Título XIII, referido a los contratos aleatorios o que dependen de un éxito incierto, en un Capítulo Unico, entre los artículos 1319 y 1322.

El Código Civil de 1852 trató el tema en el Título Segundo, relativo a la Sección Tercera, que versaba sobre los contratos aleatorios; entre los artículos 1731 y 1744. En el artículo 1729 se decía que el contrato aleatorio es un convenio recíproco, cuyos efectos en cuanto a las utilidades y pérdidas para todos los contratantes o para uno o más de ellos, dependen de un suceso incierto. El artículo 1730 señalaba que de esta clase son: las apuestas y el juego; la renta vitalicia; el seguro; y el préstamo a la gruesa ventura.

Por su parte, el Código Civil de 1936 trataba sobre el juego y la apuesta en el Título XVI, artículos 1768 a 1774.

Finalmente, el Código Civil Peruano de 1984 aborda al juego y la apuesta en el Título XIII, artículos 1942 a 1949.

5.15.3. En cuanto a su estructura

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

5.15.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.15.5. En cuanto a su autonomía

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

5.15.6. En cuanto a su formación

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

5.15.7. En cuanto al tiempo

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

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

5.15.8. En cuanto a su negociación

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

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

5.15.9. En cuanto al rol económico

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

5.15.10. En cuanto a su función

Al igual que la compraventa, el juego y la apuesta son contratos fundamentalmente constitutivos, pero podrían ser regulatorios o modificatorios, mas no creemos que puedan

tener carácter extintivo, dado lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1942, norma que establece que por el juego y la apuesta permitidos, el perdedor queda obligado a satisfacer la prestación convenida, como resultado de un acontecimiento futuro o de uno realizado, pero desconocido para las partes.

5.15.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.15.12. En cuanto a la prestación

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

Se deduce de la definición anotada, que solo uno de los contratantes estará obligado a satisfacer la prestación: el que pierda el juego o la apuesta.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, establecía en su artículo 1322 que el que pierde, en ningún caso puede repetir lo que ha pagado voluntariamente, a menos que haya habido por parte del que ganó, dolo, estafa o fraude.

Por su parte, el Código Civil de 1852, que permitía las apuestas, precisaba en su artículo 1732, que la apuesta es nula y no produce obligación, cuando la parte que gana sabía con certeza el hecho presentado como eventual, y lo ocultó. Agregaba este cuerpo legal en el artículo 1733, que las apuestas hechas de buena fe serán válidas, siempre que

sean entre personas capaces de disponer libremente de la cantidad arriesgada, y cuando el valor haya sido pagado o depositado. La apuesta es válida (artículo 1734) aun cuando haya desigualdad, como de diez contra uno.

El artículo 1739 de este Código establecía que no se puede repetir lo pagado voluntariamente, por causa de juego, salvo que haya habido dolo o estafa, de parte del que ganó. En el artículo 1740 se señalaba que las ganancias en que hubiere dolo, serán restituidas con el duplo.

En el artículo 1741 anotaba que los dueños de casa en que haya juegos permitidos, están obligados a no consentir que los hijos de familia jueguen ningún interés; en tanto que en el artículo 1742, se señalaba que los padres, maridos y guardadores tienen derecho a demandar la restitución de lo que hayan perdido las personas que se encuentran bajo de su potestad; mientras el artículo 1743 prescribía que están obligados a la restitución indicada en el artículo anterior, no sólo los que ganaron, sino también los dueños de casa donde hubiese tenido lugar el juego; pudiendo repetirse de unos y otros, a elección de los demandantes, lo que se hubiese perdido al juego; y si no devuelven los unos, quedan responsables los otros.

Por su parte, el Código Civil de 1936 precisaba en su artículo 1773, que el contrato de lotería es obligatorio cuando ha sido aprobado por el Gobierno. En defecto de autorización, las loterías y rifas quedan sujetas a las disposiciones referentes al juego prohibido. Las loterías de las Sociedades de Beneficencia se rigen por las Leyes que las autorizan.

Resulta de interés recordar que este Código Civil mencionaba en su artículo 1774, que cuando las personas se sirvieren del medio de la suerte, no como apuesta o juego, sino para dividir cosas comunes; o para determinar cuestiones, producirá en el primer caso los efectos de una partición y en el segundo, los de una transacción. En nuestro Código Civil vigente, dicho artículo pasó al lugar que por su naturaleza le correspondía: la transacción, teniendo hoy

la siguiente redacción: «Cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones, ello produce los efectos de la transacción y le son aplicables las reglas de este título».

Por último, el Código Civil de 1984, señala, en su artículo 1945, que las deudas de los juegos y apuestas a que se refieren los artículos 1943 y 1944 no pueden ser materia de novación, otorgamiento de garantía para su pago, ni cualquier otro acto jurídico que encubra o envuelva su reconocimiento. Empero, la nulidad no puede oponerse al tercero de buena fe. Agrega este artículo que estas deudas tampoco pueden ser objeto de emisión de títulos de crédito a la orden del ganador y en contra del perdedor, salvo los derechos del tercero de buena fe.

Por su parte, el artículo 1946 establece que el tercero que sin asentimiento del perdedor paga la deuda de un juego o apuesta no autorizados, no tiene acción para reclamar su reintegro. Empero, si el perdedor le cancela el importe abonado, quedará sujeto a la disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 1943.

El artículo 1947 establece que los contratos de lotería, pronósticos sobre competencias deportivas, apuestas hípicas, peleas de gallos y otros espectáculos y concursos similares, se rigen por las normas generales o administrativas pertinentes; no siendo de aplicación, en estos casos, la reducción prevista en el segundo párrafo del artículo 1942. Las rifas y demás concursos públicos eventuales (artículo 1948) serán autorizados previamente por el organismo correspondiente.

Por último, el Código Civil Peruano de 1984, señala en su artículo 1949, que la acción para reclamar la deuda derivada de los juegos y apuestas permitidos caduca al año de haber sido puesto su resultado en conocimiento público, salvo plazo distinto señalado por ley especial.

5.15.13. En cuanto a la valoración

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

5.15.14. En cuanto al riesgo

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

5.15.15. En cuanto a sus efectos

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

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

lucrativo, sin estar prohibidos por la ley, y no otorgan acción para reclamar por su resultado.

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

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

Por su parte, el Código Civil de 1936 señalaba, en su artículo 1768, que la ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar; pero el que pierde no puede repetir lo que ha pagado, a no ser que hubiere mediado dolo, o que fuese menor, o estuviere inhabilitado para administrar sus bienes. Este mismo Código, en su artículo 1769, señala que se aplicará la disposición del artículo anterior a cualquier contrato que encubra o envuelva el reconocimiento, la novación, o garantía de deudas de juego, pero la nulidad no puede oponerse al tercero de buena fe. Por su parte, el artículo 1770 señalaba que se consideran prohibidas las apuestas que tienen analogía con los juegos prohibidos; siendo aplicable a las apuestas lo dispuesto en los artículos 1768 y 1769, antes mencionados.

A través del artículo 1771, el Código en mención precisaba que no puede exigirse el pago de lo que se presta para el juego o apuesta, en el acto de jugar o apostar; en tanto que el artículo 1772 señalaba que el que pierde en juego o apuesta de los no prohibidos queda obligado al pago; pudiendo el juez, sin embargo, reducir la obligación en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia.

Por su parte, el Código Civil de 1852 establecía en su artículo 1731 que la ley permite las apuestas; señalando en

el numeral 1735 que no hay acción para cobrar lo ganado en las apuestas, si la cantidad excede de la quinta parte de la renta mensual que tenga el que ha perdido, o de la quinta parte de lo que ordinariamente puede ganar al mes con su trabajo o industria; no pudiéndose exigir, en ningún caso, el pago de una apuesta que pase de doscientos pesos, aunque sea menor de la quinta parte de la renta anteriormente expresada.

Este Código, en su artículo 1736, indicaba adicionalmente que los juegos de suerte y azar están prohibidos, y no se da acción por las deudas contraídas en ellos, cualquiera que sea la cantidad.

Se permite los juegos de fuerza y destreza (artículo 1737), como las carreras de a pie, o de a caballo, las carreras de carruajes, los juegos de pelota, el de bolas o bochas, el de billar y los juegos de pura diversión; no concediéndose acción alguna (artículo 1738) para obtener el pago de una deuda resultante de los juegos permitidos, si excede de la cantidad fijada en el antes mencionado artículo 1735.

Por último, el Código Civil de 1852 establecía en su artículo 1744, que las obligaciones que nacen de una pérdida al juego, disfrazada bajo una forma legal, son nulas.

Por otra parte, el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, anotaba en su artículo 1319 que el contrato aleatorio es una convención recíproca, cuyos efectos, en cuanto a las ventajas y pérdidas, sea por todas las partes o sea para una o muchas de ellas, dependen de un acontecimiento incierto; siendo tales el contrato de seguro, el juego y la apuesta. Agrega este Código, en el artículo 1320, que la ley prohibe todo juego de envite, de suerte o azar; y permite los que comúnmente se conocen con la denominación de juegos de carteo, y aquellos que, por su misma naturaleza, contribuyen a la destreza y ejercicio del cuerpo. Adicionalmente, el artículo 1321 de este Código señalaba que la ley no concede acción para el reintegro de una deuda que resulta del juego prohibido; pu-

diendo los jueces rechazar aun en los juegos permitidos la demanda de suma excesiva, siendo tal la que pase de quinientos pesos.

5.16. Con la cesión de derechos

5.16.1. En cuanto al nombre

Tanto el contrato de compraventa como la cesión de derechos son figuras nominadas.

5.16.2. En cuanto a su regulación

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

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

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

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

que equivale a decir que su modo de trasmisión no se encuentre tipificado.

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

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

Tal vez el ejemplo más ilustrativo de las hipótesis a que hacemos referencia, esté dado por el acto a través del cual uno de los copropietarios de un inmueble celebra un acto con otro de los copropietarios o con un tercero, a través del cual se obliga a transferirle su derecho de copropiedad sobre su cuota parte.

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

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

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

Resulta muy diferente en el caso de la compraventa, pues aquí las partes son el comprador y el vendedor; a diferencia de la cesión de créditos (en donde dicha cesión se produce única y exclusivamente al interior de una relación obligacional). Esto significa que en la compraventa, tanto comprador como vendedor son a la vez acreedores y deudores recíprocos de diferentes obligaciones.[66]

[66] Como referencia podemos mencionar que el Código Civil Chileno trata la cesión de créditos en su artículo 1901:
Artículo 1901.- «La cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título».

Por su parte, el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936, regulaba la cesión de derechos en sus artículos 948 y siguientes:
Artículo 948.- «Cuando se transmita por contrato a otra persona, bienes incorporales que pertenezcan al cedente, quien los adquiera podrá ejercer en su propio nombre los derechos correlativos.

Si el bien fuere cedido por un precio en dinero, o rematado, o dado en pago, o adjudicado en virtud de sentencia, el acto será compraventa; donación cuando se efectuare gratuitamente, y permuta si el traspaso tuviere lugar a cambio de otro bien».
Artículo 949.- «Pueden cederse toda clase de derechos, y en particular:
1° Los derechos condicionales, eventuales, aleatorios, a plazo o litigiosos.
2° Los que versaren sobre cosas futuras.
3° Los emergentes de convenciones aún no concluidas».
Artículo 950.- «No pueden ser objeto de cesión:
1° Las acciones fundadas en derechos inherentes a la persona, o que comprendan hechos de igual naturaleza.
2° Los derechos, que en caso de ser ejercidos por otro, alterarían su contenido en daño del deudor.
3° Los inembargables, en su totalidad, o por la parte sujeta a esa prohibición.
4° Las cuotas alimenticias, devengadas o no.
5° Los montepíos, pensiones o reformas militares o civiles, salarios o sueldos, salvo en la parte embargable.
6° El usufructo, aunque sí el ejercicio del mismo.
7° Los derechos de uso y de habitación.
8° Aquellos derechos, cuya transferencia esté prohibida por la ley, por el título constitutivo, o por un acto posterior».

5.16.3. En cuanto a su estructura

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

5.16.4. En cuanto a su contenido o área

Por su contenido, el contrato de compraventa puede ser de naturaleza civil, mercantil o especial; no existiendo impedimento alguno para que la cesión de derechos crediticios o no crediticios, revista cualquiera de las naturalezas mencionadas.

5.16.5. En cuanto a su autonomía

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

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

5.16.6. En cuanto a su formación

Como sabemos, la compraventa es un contrato consensual. En cambio, la cesión de derechos es un acto formal,

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

5.16.7. En cuanto al tiempo

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

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

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

5.16.8. En cuanto a su negociación

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

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

En tal sentido, será poco probable asistir a la celebración de cesiones de derechos que consten en formularios preimpresos, ya sea por adhesión o con arreglo a cláusulas generales. La cesión de derechos constituye corrientemente un acto de formación paritaria o de negociación previa, en el

cual ambas partes tendrán márgenes lo suficientemente amplios como para modelar su contenido.

5.16.9. En cuanto al rol económico

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

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

5.16.10. En cuanto a su función

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

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

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

5.16.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

En tanto la cesión de derechos (y específicamente la cesión de créditos), no comparte este rasgo característico, ya que la cesión de créditos surte efectos contra el deudor cedido, teniendo en cuenta que ella puede realizarse sin su asentimiento e incluso contra su voluntad, a menos que

haya pactado con el acreedor lo contrario al momento de constituir la obligación o que tenga razones jurídicamente fundadas para tal oposición.

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

5.16.12. En cuanto a la prestación

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

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

5.16.13. En cuanto a la valoración

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

5.16.14. En cuanto al riesgo

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

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

Pero pensamos que en la cesión de derechos la regla no estará dada por la conmutatividad, sino por la aleatoriedad.

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

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

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

En el artículo 1211 se establece que la cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho trasmitido, salvo pacto en contrario; agregándose que en el caso de un bien dado en prenda, debe ser entregado al cesionario si estuviese en poder del cedente, mas no si estuviera en poder de un tercero.

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

Finalmente, el artículo 1214 prescribe que cuando la cesión opera por ministerio de la ley, el cedente no responde de su realidad, ni de la solvencia del deudor.[67]

[67] Para mayor información al respecto, remitimos al lector a un anterior trabajo nuestro (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, primera parte, tomo III, páginas 543 a 545).

5.16.15. En cuanto a sus efectos

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

5.17. Con la dación en pago[68]

5.17.1. En cuanto al nombre

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

5.17.2. En cuanto a su regulación

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

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

---

[68] Debemos precisar que este punto será abordado de acuerdo a la concepción doctrinaria adoptada por el Código Civil Peruano de 1984, en el sentido de otorgar autonomía conceptual a la dación en pago, independientemente de nuestra posición contraria al respecto, expresada en su oportunidad (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, tercera parte, tomo VIII, páginas 13 a 88, Lima, 1997).

Como se recuerda,[69] la doctrina alemana del siglo XIX, la moderna doctrina italiana y el Derecho Español —en especial— han considerado a la dación en pago como una forma o modalidad del pago.

Refieren Cazeaux y Trigo Represas[70] que existe una controversia doctrinaria, de antigua data, acerca de cuál es la naturaleza jurídica de la dación en pago, y que esas discrepancias interpretativas se han reflejado a veces en algunas legislaciones. Enunciando las principales doctrinas, los profesores citados precisan que una primera, tradicionalmente consideró a la dación en pago como una simple variedad o modalidad del pago, en la cual el acreedor asiente en recibir una prestación distinta a la adeudada.

En este sentido, Latour Brotóns[71] señala que la dación en pago no es más que un modo de extinción de las obligaciones por sustitución en el cumplimiento, que si posee ciertas afinidades con otras instituciones jurídicas, aquellas son más aparentes que reales, ya que la institución tiene ciertamente requisitos propios que la individualizan; es, pues, un subrogado del pago que ofrece sus caracteres fundamentales, siéndole de aplicación sus reglas.

De igual manera, De Ruggiero y Maroi —citados por Fernández Rodríguez[72]— sostienen que la *datio in solutum* no es más que un equivalente de la *solutio* y posee caracte-

---

[69] OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, tercera parte, tomo VIII, páginas 35 a 41.

[70] CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, páginas 282 a 285. Editorial Platense, La Plata, 1986.

[71] LATOUR BROTÓNS, Juan. *Notas sobre la Dación en Pago*. En: Revista de Derecho Privado, números 436-437, julio-agosto, página 631. Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1953.

[72] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. *Naturaleza Jurídica de la Dación en Pago*. En: Anuario de Derecho Civil, serie 1, número 2, nota de pie de página número 98, página 778. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, s/f.

rísticas fundamentales, debiendo aplicarse a la misma, en general, las reglas relativas al pago.

Por su parte, Raymundo Salvat[73] anota que, según una posición doctrinaria, esta operación constituye una simple modalidad del pago, en virtud de la cual, por una estipulación libremente convenida, el acreedor consiente en recibir una cosa diferente en lugar de la que le era debida. La obligación extinguida queda intacta, sin experimentar en todo lo demás cambio ni modificación alguna.

Gierke, también citado por Fernández Rodríguez,[74] considera a la dación en pago como un equivalente del pago, al señalar que en aquella la obligación se extingue mediante un contrato distinto del contrato de cumplimiento, en que la prestación realizada en virtud de aquel no tiene el valor de cumplimiento sino de equivalente del cumplimiento.

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

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

Al respecto, señala Borda[75] que mucho se ha discutido la naturaleza jurídica de la dación en pago. Para algunos,

[73] SALVAT, Raymundo. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en General,* tomo II, edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia, por Enrique V. Galli, páginas 485 y 486. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1952.

[74] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. *Op. cit.*, nota de pie de página número 96, página 778.

[75] BORDA, Guillermo A. *Manual de Obligaciones*, tomo I, página 623. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1975.

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

Dentro de esta línea de pensamiento, Jorge Eugenio Castañeda[76] afirma que el pago supone que el deudor entregue a su acreedor aquello que constituye el objeto de la obligación. Para que haya dación en pago se requiere que el deudor entregue a su acreedor cosa distinta de la que debe.

Héctor Lafaille[77] precisa que para un corto número de autores la dación en pago es tan solo una forma peculiar del pago que difiere únicamente del régimen ordinario en cuanto, por modificarse el objeto, se torna indispensable el asentimiento del acreedor. Sin embargo, se objeta esta teoría al no ocuparse de las consecuencias del acto extintivo en su integridad.

Refiere Larenz[78] que la satisfacción del acreedor puede tener lugar también cuando en lugar de la prestación debida recibe otra, pero la entrega de prestación distinta de la debida únicamente libera al deudor cuando el acreedor la acepta «en lugar del pago». A diferencia del cumplimiento, la prestación por dación en pago exige un contrato especial que acompañe al acto de la prestación en el sentido de que esta prestación se da y se recibe en lugar del pago.

[76] CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*, página 152. Lima, 1957.

[77] LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil. *Tratado de las Obligaciones,* tomo IV, volumen I, página 371. Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1943.

[78] LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones,* tomo I, página 418. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

Por su parte, Fernández Rodríguez[79] anota que «la teoría que sostiene que la dación en pago es una simple modalidad del pago, no resuelve, a causa de su imprecisión, el problema de la naturaleza jurídica que estamos estudiando. Es evidente que la *datio in solutum* no es pago en sentido técnico, ya que en una acepción estricta o técnico-jurídica significa 'el cumplimiento efectivo de la prestación convenida', y la dación en pago no supone el cumplimiento o realización de la prestación establecida en la obligación, sino de una distinta (el *aliud*)».

El profesor colombiano Antonio de la Vega Vélez[80] considera que la dación en pago es un fenómeno jurídico distinto de la extinción por pago efectivo, pues ella tiene lugar cuando por acuerdo mutuo entre el deudor y el acreedor, este recibe, en lugar de la suma o cosa que se le debe, otra equivalente. Así, consistiendo el pago en la prestación exacta de lo que se debe dar en pago, no podrá nunca entenderse la dación en pago como una forma de pagar.

Precisa Llambías[81] que con el pago la diferencia es notoria, pues mientras este consiste en el cumplimiento específico de la obligación, es decir, en la satisfacción de aquello mismo que debe el deudor, la dación en pago tiene por objeto un bien distinto del debido, mediante el cual el acreedor logra la satisfacción de su interés. Desde otro ángulo —dice Llambías—, el pago es un acto jurídico unilateral, mientras que la dación en pago es un acto jurídico bilateral que se sustenta en el consentimiento de acreedor y deudor.

A entender de Boffi Boggero,[82] la dación en pago no consiste en una especie de pago porque la figura entraña

[79] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. *Op. cit.*, página 779.

[80] DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. *Bases del Derecho de Obligaciones*, páginas 275 y 276. Editorial Temis, Bogotá, 1978.

[81] LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil*, tomo III, páginas 10 y 11. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1983.

[82] BOFFI BOGGERO, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, página 347.

una conducta compleja; extingue una obligación primitiva al sustituirla con otra que libera de la anterior; y, con casi simultaneidad jurídica, paga o cumple la obligación sustituyente; de modo que quienes ven un pago, solamente ven la cúspide del proceso, pero no todo él como unidad.

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

Según anota Fernández Rodríguez,[83] entre los autores que defienden esta tesis figura Franz Leonhard (Leonhard fue el primer civilista alemán que se ocupó de esclarecer la naturaleza jurídica del concepto en cuestión). La teoría de Leonhard sostiene que la dación en pago se limita a modificar la relación obligatoria sustituyendo su objeto inicial por el que ha de darse en pago. Es decir, la obligación pasa a tener, por modificación, un nuevo objeto, y, una vez modificada, se extingue por pago o cumplimiento normal. Así, la *datio in solutum* no se considera como una institución jurídica particular, sino como una subespecie de la modificación de la relación obligatoria. Bajo esta perspectiva, mediante la dación en pago, la obligación originaria subsiste.

Luciano Barchi Velaochaga[84] considera que la relación obligatoria puede experimentar a lo largo de su existencia modificaciones que alteren algunos de sus elementos —incluso los esenciales— pero permaneciendo inmutada y conservando su identidad.[85]

[83] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. *Op. cit.*, páginas 774 y 775.

[84] BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. *La Modificación Objetiva de la Relación Obligatoria: Replanteando la Dación en Pago*. En: Revista Peruana de Derecho El Jurista, año 1, número 3, página 108. Lima, Agosto de 1991.

[85] Entre esas modificaciones, el autor citado distingue dos tipos: una subjetiva, vinculada a cambios en la posición activa o pasiva de la obligación, y otra objetiva, referente a cambios en el objeto de la relación obligatoria. Dentro de tal orden de ideas, Barchi Velaochaga (BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. *Op. cit.*, página 123) concibe a la dación en pago como el acuerdo de partes para la modificación objetiva de una relación obligatoria preexistente.

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

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

Planiol y Ripert[86] afirman que el objeto es un elemento tan esencial de las obligaciones que no puede ser variado sin extinguirlas.

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

Sobre la base de tales consideraciones, creemos que, cuando el acreedor acepta que se ejecute la misma prestación, pero en un lugar, momento o forma distinto al pactado, no se configura dación en pago sino una modificación circunstancial de la obligación.[87]

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

---

[86] PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit*, tomo VII, página 589.

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

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

Como ha sido dicho en oportunidad anterior,[88] la equiparación de la *datio in solutum* al contrato de compraventa tiene profundas raíces históricas; ya en la época Justinianea la dación en pago se configuraba como un contrato semejante a la compraventa.

Los juristas medievales, con posterioridad, recogieron esta concepción, asimilando ambas figuras. En las actuales legislaciones, por tradición jurídica, se prevén preceptos similares a la referida norma.[89]

En las doctrinas francesa y española, la asimilación de la *datio in solutum* a la compraventa ha alcanzado mayor difusión. Así, Domat, citado por Fernández Rodríguez,[90] precisa que si el acreedor de una cantidad consiente recibir en pago una finca u otra cosa, constituirá esto una venta cuyo precio será la cantidad debida.

---

[88] OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, tercera parte, tomo VIII, páginas 79 a 85.

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

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

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

[90] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. *Op. cit.*, página 757.

Troplong,[91] por su parte, expresa que si ocurriera en seguida que el comprador no pudiese pagar en dinero, diera en pago otra cosa, éste sería siempre un contrato de venta. *Nom enim pretti numeratio, sed conventio perficit emptionem.*

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

En este sentido, anota Pothier,[92] que si las partes han estipulado por precio una cantidad de dinero, aunque luego el comprador dé en pago otra cosa, y sin mediar entrega de cantidad alguna, el contrato no dejará de ser y continuará siendo un contrato de venta.

Entre los autores españoles, Escriche, citado por Fernández Rodríguez,[93] afirma que la *datio in solutum* es un contrato equivalente a una verdadera venta, pues se encuentra en ella todo lo que es esencial a la venta, esto es, el consentimiento, la cosa y el precio.

En opinión de Badenes Gasset,[94] existe venta cuando el precio es estipulado en dinero, aunque por un acuerdo entre las partes se sustituya el precio por una cosa que se da *in solutum*, como dación en pago.

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

Bekker, también citado por Fernández Rodríguez,[95] considera que la dación en pago es equiparable a una compraventa, donde, quien recibe la cosa (acreedor de la obligación inicial), cuasi-comprador, viene obligado a satisfacer el precio, que se compensa con su propio crédito.

Al respecto, Cazeaux y Trigo Represas,[96] refieren que la dación en pago se asimila a la compraventa, atendiendo a que el deudor vendería a su acreedor un bien por un precio igual al monto de su deuda, extinguiéndose inmediatamente por compensación la obligación que por el precio nace para el acreedor y aquella a la que a su vez estaba primitivamente sujeto a su respecto el deudor.[97]

Starck, Roland y Boyer[98] precisan que es identificable la dación en pago con una venta; parece como si el deudor vendiera uno de sus bienes a su acreedor por un precio igual al monto de su venta.

Anota el profesor colombiano Antonio de la Vega Vélez[99] que se ha atribuido a la dación en pago naturaleza contractual y características similares a las de la compraventa, por estimar que la cosa dada en pago ocupa el lugar de la cosa vendida, y la prestación que cumplió en su momento quien la recibe, ocupa el lugar del precio pagado por el comprador. Las responsabilidades y prestaciones entre las partes son las mismas en ambos actos, y sólo es notable el distinto derecho que determina cada uno de estos actos cuando la cosa dada en pago no es de quien la da, o cuando dicha cosa, llegado el caso, es materia de restitución por quien la recibe.

---

91 TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, página 191.
92 POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, tomo I, página 20.
93 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. *Op. cit.*, página 758.
94 BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, página 235.
95 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. *Op. cit.*, página 759.
96 CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. *Op. cit.*, tomo II, páginas 283 y 284.
97 Recuerda Manuel Albaladejo (ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 143) que los tribunales españoles, en una resolución del 12 de marzo de 1931, han sentenciado que cuando alguien debe a otro una suma de dinero y los interesados acuerden que tal suma adquiera el concepto de precio y a cambio de él venda el deudor alguna cosa al acreedor, hay compraventa y no dación en pago.
98 STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. *Obligations*, página 80. Cuarta Edición, litec, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1992.
99 DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. *Op. cit.*, páginas 275 y 276.

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

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

Por otra parte, Blumenthal, citado por Fernández Rodríguez,[100] objeta la equiparación de la *datio in solutum* al contrato de compraventa, ya que tan sólo pueden asimilarse cuando se entrega una cosa en lugar de dinero, o viceversa; fuera de estos casos, no es posible equipararlas. De lo contrario —sostiene Blumenthal—, la dación en pago equivaldría a un contrato bilateral de naturaleza variable según cuando sea el objeto a que se refiere el *aliud*. Así, la dación en pago equivale a una compraventa o a una permuta, cuando se entregue una cosa en lugar de dinero o de otra cosa. Si la antigua prestación se refería a un *dare* o un *facere* y se realiza *in solutum* un *factum*, habrá tenido lugar un contrato innominado *facio ut facias*.

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

En este sentido, Diez Picazo y Gullón[101] sostienen que esta teoría tiene un defecto de partida: circunscribirse al supuesto de que el acreedor lo sea por una cantidad de dinero y el deudor, en lugar de entregarlo, da una cosa; de modo que no serviría para explicar la dación cuando ese deudor ejecutase un *facere*, o el acreedor tuviera derecho a un *facere* del deudor y éste entregase una cosa para liberarse. Agregan Diez Picazo y Gullón que esa tesis olvida que el cambio se produce no entre un dinero o cantidad y una cosa, sino entre un crédito (el derecho a exigir una prestación que tiene por objeto dinero) y una cosa, siendo así que el precio en la compraventa debe ser dinero o signo que lo represente. Y añaden, por último, que cabe objetar que nada se halla más lejos de la intención de las partes que el configurar la dación como una compraventa, pues las mismas no quieren concluir un contrato productor de obligaciones recíprocas (entrega de la cosa a cambio de un precio), sino un convenio para extinguir una obligación entre ellos existente.

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

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

Dentro de la tesis adoptada por el Código nacional, con la cual discrepamos, el cumplimiento de una prestación distinta a la que se debe, naturalmente con asentimiento del acreedor, no determinará que la diferente naturaleza de la nueva prestación cambie la naturaleza del contrato, debido a que la dación en pago, tal como es entendida por el Código Civil Peruano de 1984, es solo un medio extintivo de las

[100] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. *Op. cit.*, página 761.
[101] DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, volumen III, página 255. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985.

obligaciones (nunca un medio creador, modificatorio o regulador de las mismas).

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

En opinión de Héctor Lafaille:[102] «Todo ello se entiende tomando en cuenta la situación de las partes en el momento de celebrarse el acuerdo de voluntades. Si ulteriormente convinieran entre ellas un cambio en el objeto de la obligación, de suerte que quien había estado en el deber de entregar cierta cantidad de dinero quedaba liberado mediante la transferencia de un inmueble o de cualquiera otra cosa, tal acto no cambiaría el contrato primitivo. Con mayor motivo si en lugar de novar se tratara de una dación en pago que, como sabemos, no es en rigor más que un caso especial de aquella figura extintiva».

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

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

[102] LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, tomo II, página 71.

Sobre el particular, Fernández Rodríguez[103] precisa que la finalidad que se persigue con la asimilación de la *datio in solutum* a la compraventa, es —principalmente— aplicar a aquella la disciplina del saneamiento por evicción y vicios ocultos. No obstante ello, algunos autores olvidan que el saneamiennto por evicción es aplicable no solo al contrato de compraventa, sino a cualquier contrato por el cual una persona se obliga a enajenar un bien.

5.17.3. En cuanto a su estructura

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

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

5.17.4. En cuanto a su contenido o área

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

5.17.5. En cuanto a su autonomía

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

En cambio, la dación en pago no se concibe sin una obligación que le sea preexistente. En tal sentido, jamás po-

[103] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. *Op. cit.*, página 760.

dríamos imaginar una dación en pago como acto originario o principal.

5.17.6. En cuanto a su formación

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

5.17.7. En cuanto al tiempo

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

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

5.17.8. En cuanto a su negociación

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

Nunca hemos observado en la práctica, la existencia de daciones en pago que consten en formularios pre-impresos

(contratos por adhesión) o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

5.17.9. En cuanto al rol económico

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

5.17.10. En cuanto a su función

La compraventa es un contrato fundamentalmente constitutivo, aunque puede formar parte, por excepción, de uno modificatorio, pero no será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará la obligación de transferir la propiedad, de una parte y la de pagar el precio, por la otra. En esto difiere radicalmente de la dación en pago, el mismo que, dentro de las doctrinas adoptadas por el Código Civil de 1984, es un acto extintivo por excelencia.

5.17.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.17.12. En cuanto a la prestación

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

5.17.13. En cuanto a la valoración

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

5.17.14. En cuanto al riesgo

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

5.17.15. En cuanto a sus efectos

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

5.18. Con la novación

5.18.1. En cuanto al nombre

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

5.18.2. En cuanto a su regulación

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

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

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

5.18.3. En cuanto a su estructura

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

5.18.4. En cuanto a su contenido o área

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

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

5.18.5. En cuanto a su autonomía

Mientras el contrato de compraventa es un contrato principal, la novación no es un acto de carácter principal,

pues no se concibe la existencia de una novación sin una obligación que preexista, la misma que las partes desean extinguir y a la cual ellas quieran reemplazar por otra distinta.

5.18.6. En cuanto a su formación

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

5.18.7. En cuanto al tiempo

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

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

5.18.8. En cuanto a su negociación

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

5.18.9. En cuanto al rol económico

La compraventa es un contrato de cambio y de disposición.

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

5.18.10. En cuanto a su función

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

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

5.18.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.18.12. En cuanto a la prestación

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

5.18.13. En cuanto a la valoración

De lo señalado en el punto anterior, se desprende que en tanto la compraventa es un contrato que se celebra necesariamente a título oneroso, la novación objetiva es un acto que puede celebrarse a título gratuito u oneroso.

5.18.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es fundamentalmente conmutativa y por excepción aleatoria.

Toda la doctrina consultada en torno a la novación, apunta a su conmutatividad; sin embargo, pensamos que en los planos teórico y práctico no habría impedimento alguno

para plantearse supuestos en los cuales la novación revista carácter aleatorio.

5.18.15. En cuanto a sus efectos

Ambos actos son de carácter obligatorio u obligacional.

5.19. Con la transacción

5.19.1. En cuanto al nombre

Mientras la compraventa es un contrato nominado, la transacción es un medio extintivo, pero también creador, modificatorio o regulatorio de obligaciones, evidentemente nominado.

5.19.2. En cuanto a su regulación

En tanto la compraventa es un contrato típico, la transacción es un acto que también reviste tipicidad legal, regulado entre los artículos 1302 y 1312 del Código Civil, como medio extintivo de obligaciones.

Hemos incluido dentro del análisis comparativo de la compraventa respecto a otras figuras, reguladas por el Código Civil, a la transacción, por cuanto a través de ella las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado; pero con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes. Es así que podríamos estar ante el caso en el cual la transacción no sólo solucione el problema existente entre las partes, sino que para dicha solución una de ellas se obligue a transferir la propiedad de un bien, en tanto la otra se obligue a pagar una determinada cantidad de dinero.

En este caso, si bien nos encontraríamos ante una transacción, debido a que con dicho acto se ha solucionado un problema preexistente, el mismo se parecería muchísimo a una compraventa, y tal vez el principal rasgo distintivo se encontraría en el hecho de que la compraventa no presupone la solución de ningún conflicto, a diferencia de la transacción.

5.19.3. En cuanto a su estructura

Mientras la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica, la transacción podría consistir desde el acto más sencillo o simple, hasta el acto más complejo, caso —este último— en el cual se daría origen a una pluralidad de relaciones jurídicas.[104]

5.19.4. En cuanto a su contenido o área

En cuanto a su contenido, la compraventa y la transacción pueden ser de naturaleza civil, mercantil o de alguna otra especial.

5.19.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, la compraventa es un contrato principal, pues no depende jurídicamente de otro contrato; en tanto la transacción no es un acto principal, ya que no cabe imaginar la existencia de un acuerdo transaccional sin que previamente se haya dado origen (en virtud de algún

[104] En este punto se nos viene a la memoria una consulta profesional formulada en 1993 por una empresa, que buscaba solucionar todos los problemas que mantenía con respecto a otra compañía. Recuerdo que el proyecto de transacción que elaboré era un acto sumamente complejo, en el que se entremezclaban nítidamente rasgos característicos de la compraventa, de la donación, del arrendamiento, de la locación de servicios, de la compensación y de la condonación.

acto o hecho jurídico) a alguna relación entre las partes, la misma que —precisamente— es la que les ha acarreado los problemas e inconvenientes que desean solucionar con la transacción.

5.19.6. En cuanto a su formación

Mientras la compraventa es un acto consensual, la transacción es de carácter formal, ya que en virtud a lo establecido por el artículo 1304, la transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad (transacción extrajudicial), o por petición al juez que conoce el litigio (transacción judicial).

5.19.7. En cuanto al tiempo

Como ha sido dicho, salvo en los casos de excepción, la compraventa es un contrato que tiende a ejecutarse instantánea e inmediatamente; en tanto la transacción puede que revista estas características o que no las tenga. Ello dependerá del objeto de dicha transacción, en la medida que a lo mejor el problema que tiende a solucionar acaba al momento de celebrarse la transacción, o podría darse el caso en que la solución del mismo esté supeditada a la ejecución de las prestaciones a que da origen la transacción, supuesto en el cual podríamos encontrarnos ante un acto de ejecución diferida, continuada o periódica.

5.19.8. En cuanto a su negociación

La compraventa puede ser un contrato de negociación previa, como uno celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En cambio, la transacción siempre será un acto de negociación previa, ya que dada su naturaleza sería inconcebible la existencia de una transacción por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, pues si lo que se busca es la solución de un problema a través de concesiones recíprocas, esa solución nunca podría obtenerse a través de este tipo de actos en los cuales es sólo una de las partes la que impone todas las condiciones a la otra.

Si de imponer condiciones se trata, resultaría obvio que la parte que redactase el documento no incluiría disposición alguna en beneficio de aquella que en el futuro se adhiera al mismo. No obstante, si bien en el plano práctico ello resulta inadmisible, en teoría podría aceptarse, más allá de la improbabilidad de su ocurrencia.

5.19.9. En cuanto al rol económico

Por el rol económico, la compraventa es un contrato de cambio y de disposición. Sería muy difícil encasillar a la transacción dentro de alguno o algunos de los criterios clasificatorios referidos al rol económico, ya que podrá revestir varios de ellos, en la medida que dada su naturaleza es completamente posible que varíe en un espectro muy amplio.

5.19.10. En cuanto a su función

Hemos dicho que la compraventa es fundamentalmente un contrato constitutivo, pero que podría —por excepción— ser uno regulatorio o modificatorio; mas nunca tendrá carácter extintivo, pues a través de ella una parte (denominada vendedor) se obliga a transferir la propiedad de un bien a otra (denominada comprador), y esta parte se obliga a pagar su precio en dinero o signo que lo represente (argumento del artículo 1529 del Código Civil).

En cambio, la transacción tiene vocación extintiva, al buscarse a través de ella la solución de algún asunto dudoso o litigioso existente entre las partes. Sin embargo, como ha sido dicho anteriormente, la transacción también podría

revestir una función creadora, modificatoria o regulatoria de obligaciones o relaciones jurídicas preexistentes (argumento del artículo 1302 del Código Civil).

5.19.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

La compraventa y la transacción son actos de carácter individual, ya que las obligaciones creadas, modificadas, reguladas o extinguidas por ellos, afectan únicamente a las partes que los celebran.

5.19.12. En cuanto a la prestación

Resulta claro que la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. Más allá de considerar a la transacción como un medio extintivo de obligaciones, ella también es un contrato; y en tal sentido, resultaría ser un contrato con prestaciones recíprocas, rasgo que le es impuesto justamente por las concesiones de tal carácter, que constituyen requisito indispensable de toda transacción.

5.19.13. En cuanto a la valoración

Tanto la compraventa como la transacción son actos celebrados a título oneroso.

La onerosidad de la transacción es evidente, ya que si se tratase de un acto a título gratuito o de liberalidad, no habría concesiones recíprocas y así solo estaríamos frente a una condonación o perdón de una de las deudas.

5.19.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es —por regla general— un contrato conmutativo y por excepción uno aleatorio.

Cuando en Derecho de Obligaciones se aborda el tema de la transacción, nunca se cuestiona su carácter conmu-

tativo o aleatorio. Entendemos que ello obedece a que se da como valor entendido que ella reviste carácter conmutativo, al considerársele un medio extintivo de obligaciones, a través del cual las partes ponen término a un asunto dudoso o litigioso que mantenían entre sí.

Pero creemos que debería cuestionarse este carácter de la transacción, en la medida que si bien podrá ser conmutativa, nada impediría que se pactara de manera aleatoria, más aún si tenemos en cuenta que dicho rasgo de aleatoriedad podría estar referido a la ejecución de las prestaciones que eventualmente pudieran crearse, regularse o modificarse; y, sobre todo, cuando las partes recurran para la solución de sus controversias a relaciones diversas de aquellas que constituían materia del problema.

5.19.15. En cuanto a sus efectos

La compraventa y la transacción son actos meramente obligatorios u obligacionales.

5.20. Con el compromiso de contratar

5.20.1. En cuanto al nombre

El contrato de compraventa y el compromiso de contratar son contratos nominados.

5.20.2. En cuanto a su regulación

Cuando decidimos incorporar al compromiso de contratar dentro de aquellos actos sobre los cuales debíamos pronunciarnos acerca de sus semejanzas y diferencias con el contrato de compraventa, fue en base a que tal como lo establece el artículo 1414 del Código Civil, dentro del Título relativo a los Contratos preparatorios, por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo; y, evidentemente, podría ocurrir que el

contrato definitivo que las partes se obligasen a celebrar, fuera una compraventa. De ahí la necesidad de establecer las diferencias entre ambas figuras.

En lo que respecta a su regulación, el compromiso de contratar es un contrato preparatorio, el mismo que está legislado por el Código Civil en sus artículos 1414 a 1418 y 1425, situación que le da tipicidad legal, en tanto el contrato de compraventa también tiene —como todos sabemos— tipicidad legal.

5.20.3. En cuanto a su estructura

En este aspecto, la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica. El compromiso de contratar también reviste esta característica.

5.20.4. En cuanto a su contenido o área

Por su contenido, la compraventa puede ser un contrato civil como uno mercantil o de naturaleza especial. Pensamos que resulta un poco más complicado el asignar un calificativo a la naturaleza del compromiso de contratar.

Si bien está regulado en el Código Civil y su objeto es simplemente que ambas partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo (que podría ser una compraventa), pensamos que sí tendrá relevancia la naturaleza del contrato definitivo que se obliguen a celebrar, el que podría determinar el carácter civil, mercantil o especial del compromiso de contratar.

5.20.5. En cuanto a su autonomía

Como ha sido dicho en reiteradas ocasiones, la compraventa es un contrato principal, pues para tener existencia jurídica no depende de ningún otro contrato. Lo mismo ocurre con el compromiso de contratar, ya que para su celebración no se requiere la preexistencia de contrato alguno. Es más, el compromiso de contratar va a servir de base para la celebración de un futuro contrato (pero ello, porque las partes así lo desean y no porque resulte imprescindible).

5.20.6. En cuanto a su formación

El contrato de compraventa es de carácter consensual. Para el compromiso de contratar rige lo dispuesto en el artículo 1425 del Código Civil, norma que establece que será nulo si no se celebra en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo, bajo sanción de nulidad. Dentro de tal orden de ideas, si el compromiso de contratar está referido a la celebración de un futuro contrato de compraventa, obviamente estaremos frente a un contrato preparatorio de carácter consensual.

5.20.7. En cuanto al tiempo

Mientras que la compraventa es, salvo los supuestos de excepción analizados en este trabajo, un contrato que se celebra con vocación de ejecutarse inmediata e instantáneamente, el compromiso de contratar —dada su naturaleza— es un contrato de duración, ya que a través del mismo las partes se obligan a celebrar (en un momento futuro) un contrato definitivo, habiendo establecido en el compromiso de contratar, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo (argumento del artículo 1415).

Además, el compromiso de contratar debe tener necesariamente un plazo, relacionado con el momento en que se celebrará el contrato definitivo. Dicho plazo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1416, será no mayor de un año y cualquier exceso se reducirá a este límite; agregando la norma que, a falta de plazo convencional rige el máximo fijado por este artículo; en tanto que el numeral 1417 establece que el compromiso de contratar puede ser renovado a su

vencimiento por un plazo no mayor que el indicado como máximo en el artículo 1416 y así sucesivamente.

5.20.8. En cuanto a su negociación

Por la negociación, sabemos que la compraventa puede ser tanto un contrato paritario, como celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

En cambio, el compromiso de contratar generalmente es un contrato que se celebra por negociación previa, ya que recién en el futuro las partes celebrarán el contrato definitivo.

Esto no excluye que en la práctica se den casos en los cuales existen compromisos de contratar que constan en formularios pre-impresos, pero sin duda dichos supuestos son excepcionales.

5.20.9. En cuanto al rol económico

Como sabemos, la compraventa es un contrato de cambio y de disposición. El compromiso de contratar no comparte estas características, por más que tuviese por objeto la celebración de una compraventa. Es un contrato de obligarse a contratar, razón por la cual podría ser calificado como de colaboración o cooperación, pues a través de él las partes se obligan a celebrar un contrato definitivo.

5.20.10. En cuanto a su función

Por su función, la compraventa es fundamentalmente un contrato constitutivo, pero podría, por excepción, ser regulatorio o modificatorio, mas nunca extintivo.

El compromiso de contratar jamás podría ser extintivo, ya que genera en las partes la obligación de celebrar otro contrato.

Sin embargo, además de constitutivo, podría ser un contrato regulatorio o modificatorio, ya sea respecto a un

contrato definitivo anterior, o incluso en relación a otro contrato preparatorio celebrado con anterioridad al compromiso de contratar.

5.20.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Por los sujetos a quienes obliga, el contrato de compraventa y el compromiso de contratar son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos, afectan únicamente a las partes que los celebran.

5.20.12. En cuanto a la prestación

Por la prestación, el contrato de compraventa es uno con prestaciones recíprocas.

Por su parte, el compromiso de contratar puede ser un contrato con prestaciones recíprocas, en la medida que ambos contratantes se obliguen a celebrar en el futuro un contrato definitivo, pero también podría tratarse de un contrato unilateral, si es que solamente uno de los contratantes quedara obligado —en virtud del mismo— a celebrar en el futuro el contrato definitivo.

5.20.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, podría tratarse tanto de un contrato celebrado a título oneroso como de uno celebrado a título gratuito.

5.20.14. En cuanto al riesgo

En el caso de la compraventa, nos encontramos generalmente frente a un contrato conmutativo y, excepcionalmente, ante un contrato aleatorio.

En lo que respecta al compromiso de contratar, la generalidad de la doctrina no aborda el tema de su conmuta-

tividad o aleatoriedad. Pensamos que ello es así, en la medida que se tiene como valor entendido el que es un contrato conmutativo, ya que las partes conocen el contenido del contrato definitivo que se han obligado a celebrar. Ahora bien, nada obsta a que dicho contrato definitivo revista carácter aleatorio, pero esa situación resulta indiferente para calificar al compromiso de contratar.

5.20.15. En cuanto a sus efectos

La compraventa y el compromiso de contratar son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

5.21. Con el contrato de opción

5.21.1. En cuanto al nombre

Tanto la compraventa como el contrato de opción son contratos nominados.

5.21.2. En cuanto a su regulación

Ambos tienen tipicidad legal, encontrándose regulados en el Código Civil.

En el caso del contrato de opción, se halla normado por los artículos 1419 a 1425 del Código, dentro del Título relativo a los Contratos preparatorios.

Por el artículo 1419 se establece que a través del contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no; siendo válido el pacto de opción recíproca, en virtud del cual la opción puede ser ejercitada indistintamente por cualquiera de las partes (artículo 1420); y el pacto de opción mediatoria, conforme al cual el optante se reserva el derecho de designar a la persona con la que se establecerá el vínculo definitivo (artículo 1421 del Código Civil).

Si bien es cierto que el objeto del contrato de opción puede estar encaminado a la celebración de un contrato definitivo cualquiera, tal vez en la mayoría de casos la práctica nos enseña que la opción es una opción de compra, vale decir un contrato preparatorio a través del cual el propietario de un bien (futuro vendedor) celebra, con una persona interesada en adquirirlo (futuro comprador), un contrato por el cual el futuro vendedor concede al futuro comprador la facultad de decidir adquirir o no el bien durante un plazo preestablecido.

De ahí que hayamos considerado necesario estudiar las semejanzas y diferencias existentes entre el contrato de compraventa y el contrato de opción.

Finalmente, cabe recordar que en virtud a lo establecido por el artículo 1422, el contrato de opción debe contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo.

5.21.3. En cuanto a su estructura

Tanto la compraventa como el contrato de opción, son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

5.21.4. En cuanto a su contenido o área

La compraventa puede ser de carácter civil, mercantil o especial. El contrato de opción, más allá de que se encuentra regulado por el Código Civil, puede revestir los mismos caracteres que el contrato definitivo al cual precede.

5.21.5. En cuanto a su autonomía

Tanto el contrato de compraventa como el de opción son principales, pues jurídicamente no dependen de otro contrato para tener existencia y validez; es más, el contrato

de opción servirá de fundamento o base para la celebración de un futuro contrato definitivo (sin que resulte indispensable —claro está— para que exista dicho contrato definitivo).

5.21.6. En cuanto a su formación

Por su formación, la compraventa es un contrato consensual; en tanto el contrato de opción es nulo si no se celebra en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo, bajo sanción de nulidad (argumento del artículo 1425 del Código Civil); lo que significa que si nos encontramos frente a un contrato de opción de compra, este será de carácter consensual.

5.21.7. En cuanto al tiempo

La compraventa generalmente es un contrato que se celebra con vocación de ejecutarse instantánea e inmediatamente. El contrato de opción es —por esencia— un contrato de duración, realidad que se deriva de su propia naturaleza. Así, en virtud del artículo 1423 del Código Civil, se establece que toda opción está sujeta a un plazo máximo de seis meses y cualquier exceso se reduce a este límite; en tanto el numeral 1424 prescribe que al vencimiento de la opción, las partes pueden renovarla por un plazo no mayor al máximo señalado en el artículo 1423 y así sucesivamente.

5.21.8. En cuanto a su negociación

Mientras la compraventa se suele celebrar por negociación previa, cláusulas generales de contratación o por adhesión, muchos contratos de opción son de carácter paritario; pero es común encontrar contratos de opción redactados en formularios pre-impresos (por adhesión o con arreglo a cláusulas generales).

5.21.9. En cuanto al rol económico

Por el rol económico, la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, mientras el contrato de opción podría ser calificado como de colaboración o cooperación.

5.21.10. En cuanto a su función

La compraventa y el contrato de opción son generalmente contratos constitutivos, pero nada impediría que se celebraran con ánimo modificatorio o regulatorio; mas nunca serán extintivos.

5.21.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

5.21.12. En cuanto a la prestación

El contrato de compraventa es uno con prestaciones recíprocas. El contrato de opción será de prestación unilateral, en la medida que se trate de una opción simple, y será de prestaciones recíprocas, en la medida que estemos en presencia de una opción recíproca (figura regulada por el artículo 1420 del Código Civil).

5.21.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo establecido en el punto anterior, podemos decir que la compraventa es siempre un contrato celebrado a título oneroso, en tanto la opción podrá celebrarse a título gratuito o a título oneroso.

5.21.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. El contrato de opción es por esencia conmutativo, ya que en virtud de lo prescrito por el artículo 1422 del Código Civil, el mismo debe contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo (independientemente de si este último contrato sea conmutativo o aleatorio).

5.21.15. En cuanto a sus efectos

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

5.22. Con la promesa de la obligación o del hecho de un tercero

5.22.1. En cuanto al nombre

La compraventa es un contrato nominado; y siempre ha sido así. En cambio, la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, recién ha merecido tal nomenclatura por parte de la doctrina en el siglo XX, y en el Perú, si bien estaba jurídicamente regulada en el Código Civil de 1936, no recibía tal nombre, y recién se le empezó a conocer con esa denominación a raíz de la obra «Estudios Sobre el Contrato Privado», escrita por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, a fines de la década de los setenta, y cuyas concepciones doctrinarias se plasmaron —mayoritariamente— en el Código Civil de 1984.

5.22.2. En cuanto a su regulación

Por su regulación, la compraventa es un contrato típico, en tanto que la promesa de la obligación o del hecho de

un tercero es un mecanismo contractual típico, que en lo que respecta a la promesa de la obligación de un tercero, puede ser utilizado para la celebración de futuros contratos, sean estos de la más variada naturaleza, incluyendo a la compraventa. Ello significa que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero puede considerarse como un mecanismo para la futura celebración de un contrato de compraventa.[105]

En este caso, quienes celebren el contrato de promesa de la obligación de un tercero, serán promitente y promisario, en tanto que el tercero —por lo general— será el propietario del bien.

Es precisamente este supuesto el que nos lleva a considerar la promesa de la obligación o del hecho de un tercero como una figura contractual típica, que necesariamente debe confrontarse con el contrato de compraventa para apreciar sus semejanzas y diferencias. El tema resulta polémico, sobre todo cuando se analiza la venta de bien ajeno, a cuyo tratamiento remitimos.

5.22.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, tanto la compraventa como la promesa de la obligación o del hecho de un tercero son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

---

[105] La promesa de la obligación o del hecho de un tercero está regulada en el Título XI de la Parte General de Contratos del Código Civil, en los artículos 1470, 1471 y 1472, de texto siguiente:
Artículo 1470.- «Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente».
Artículo 1471.- «En cualquiera de los casos del artículo 1470, la indemnización a cargo del promitente tiene el carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero».
Artículo 1472.- «Puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización».

5.22.4. En cuanto a su contenido o área

La compraventa, al igual que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, podría ser de naturaleza civil, mercantil o de alguna otra especial.

5.22.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, ambos contratos son principales, pues para su existencia y validez jurídica, no requieren de ningún otro contrato que les anteceda. Es más, la promesa de la obligación de un tercero —como ha sido dicho— puede servir como mecanismo para la celebración de futuros contratos.

5.22.6. En cuanto a su formación

Ambos contratos son consensuales.

5.22.7. En cuanto al tiempo

Mientras la compraventa generalmente tiene vocación de ejecución inmediata e instantánea (salvo en los casos analizados por nosotros), la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es un contrato de duración, ya que su objeto consiste —precisamente— en la verificación del hecho u obligación del tercero, lo que —claro está— se esperará ocurra en un lapso determinado o determinable.

5.22.8. En cuanto a su negociación

Como ha sido dicho, la compraventa puede ser un contrato de negociación previa, o uno celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En lo que respecta a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, esta generalmente se celebrará por negociación previa; nunca hemos visto una promesa de la obligación o del hecho de un tercero celebrada por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

5.22.9. En cuanto al rol económico

En tanto la compraventa es un contrato de cambio y disposición, la promesa de la obligación o del hecho de un tercero podría ser calificada como un acto de colaboración o cooperación.

5.22.10. En cuanto a su función

Ambos contratos son fundamentalmente constitutivos, aunque en casos excepcionales podrían ser modificatorios o regulatorios; pero nunca extintivos.

5.22.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Los dos contratos son individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran. En el caso de la compraventa, al comprador y al vendedor; y en el caso de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, al promitente y al promisario.

5.22.12. En cuanto a la prestación

Sabemos que la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. La promesa de la obligación o del hecho de un tercero podría ser tanto un contrato con prestaciones recíprocas como uno de prestación unilateral, en caso el único obligado fuese el promitente, aunque —lo admitimos— este último supuesto podría desnaturalizar la figura.

5.22.13. En cuanto a la valoración

La compraventa es un contrato a título oneroso; mientras la promesa de la obligación o del hecho de un tercero podría celebrarse a título oneroso (si el promisario se obligara a pagar al promitente una prestación cuando se consiga lo prometido); pero podría ser un contrato a título gratuito en la medida que el promisario no se hubiera obligado a nada respecto al promitente.

5.22.14. En cuanto al riesgo

Como sabemos, la compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. Si bien para la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, por lo general se asume que es un contrato conmutativo, podría revestir aleatoriedad, en caso las partes lo hayan pactado así.

5.22.15. En cuanto a sus efectos

Por su efectos, ambos contratos son meramente obligatorios u obligacionales.

5.23. Con el contrato de donación con cargo

5.23.1. En cuanto al nombre

Ya nos hemos referido a que la donación es un contrato nominado. En este punto corresponde decir que el cargo es una modalidad del acto jurídico por todos conocida, y a la que también podríamos calificar como una figura nominada.

5.23.2. En cuanto a su regulación

El cargo es una figura típica, al igual que el contrato de

donación. Se encuentra regulada en los artículos 185, 187, 188 y 189 del Código Civil Peruano.[106]

En lo que respecta al contrato de donación con cargo, sólo se hace referencia al mismo en el artículo 1642 del Código Civil, norma que establece que «En el caso de donaciones remuneratorias o sujetas a cargo, su invalidación o revocación determina la obligación del donante de abonar al donatario el valor del servicio prestado o del cargo satisfecho».

Como dice Wayar,[107] la donación puede hacerse con cargo, es decir, imponiendo al donatario la obligación de cumplir con una determinada prestación, en favor del propio donante o de un tercero.

Agrega el citado profesor que cuando el cumplimiento del cargo beneficia a un tercero, la distinción de esta figura respecto de la compraventa es nítida; pero no ocurre lo mismo cuando el beneficiario del cargo es el propio donante, máxime si el cargo consiste en la entrega de una suma de dinero y el donatario recibió un bien cuyo valor es más o menos equivalente, caso en el cual la pregunta pertinente sería si estamos en presencia de una donación con cargo o de una compraventa encubierta.

---

[106] El texto de los referidos numerales es el siguiente:
Artículo 185.- «El cumplimiento del cargo puede ser exigido por el imponente o por el beneficiario. Cuando el cumplimiento del cargo sea de interés social, su ejecución puede ser exigida por la entidad a la que concierna».
Artículo 187.- «El gravado con el cargo no está obligado a cumplirlo en la medida en que exceda el valor de la liberalidad».
Artículo 188.- «La obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de un derecho pasa a los herederos del que fue gravado con ellos, a no ser que sólo pudiesen ser cumplidos por él, como inherentes a su persona.
En este caso, si el gravado muere sin cumplir los cargos, la adquisición del derecho queda sin efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos o a sus herederos».
Artículo 189.- «Si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno».

[107] WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 99 y 100.

Al emitir opinión, Wayar se basa en la parte final del artículo 1828 del Código Civil Argentino, norma que establece que «no está sujeta a ninguna de las condiciones de las donaciones gratuitas, si el valor de los cargos es poco más o menos equivalente al valor de la cosa donada, sea el beneficiario un tercero o el propio donante».

Así, considera Wayar que por esta primera comprobación se sabe que a las donaciones con cargo de valor equivalente no se les aplican las disposiciones de las donaciones gratuitas; preguntándose en tal caso cuál régimen habrá de aplicarse. Estima que para encontrar una correcta solución es preciso distinguir si el beneficiario del cargo es un tercero o si es el propio donante.

Si el beneficiario del cargo es un tercero, aunque el valor de él sea equivalente al valor de la cosa donada, cree que debe aplicarse el régimen previsto para las donaciones, con exclusión de las condiciones exigidas para las donaciones gratuitas.

En cambio, si el beneficiario del cargo es el propio donante, ante la equivalencia de valores, estima que tal convención deberá considerarse que es una compraventa encubierta bajo la forma de donación; y, en consecuencia, el régimen jurídico aplicable sería el relativo a la compraventa. Sin embargo, si el valor del cargo es sensiblemente inferior al de la cosa donada (lo que se determinará según las circunstancias de cada caso concreto), el contrato conservará su carácter de donación.

Por ello, Wayar coincide con Borda, al sostener que si el valor del cargo se torna equivalente por circunstancias sobrevinientes de carácter extraordinario, pero al tiempo de concertarse la donación había realmente en el donante un espíritu de liberalidad, la cuestión se resolverá en atención a estas circunstancias y no por aplicación inflexible de la regla enunciada. Es decir, si considerado el contrato en el momento de su celebración, se advierte que el valor de la cosa donada es superior al del cargo, no porque el cumplimiento

de éste se torne excesivamente oneroso con posterioridad, el contrato perderá su naturaleza de liberalidad originaria; debiendo todo ello apreciarse según la naturaleza de cada caso concreto.

Nosotros en el Perú carecemos de un precepto equivalente al contenido en la parte final del artículo 1828 del Código Civil Argentino. Sin embargo, estimamos que resultan aplicables al Derecho Peruano las observaciones efectuadas por Wayar, ya que si se trata de hallar la naturaleza jurídica del contrato, esos principios serán pertinentes.

5.23.3. En cuanto a su estructura

Tanto la compraventa como la donación con cargo son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

5.23.4. En cuanto a su contenido o área

Mientras la compraventa puede ser un acto de naturaleza civil, mercantil o especial, la donación con cargo será siempre un contrato civil.

5.23.5. En cuanto a su autonomía

La compraventa y la donación son contratos principales. Esto ya ha sido mencionado en su momento. Lo único que cabría agregar es que el cargo es un accesorio o una modalidad del acto jurídico (en este caso, del contrato de donación, sin cuya existencia tampoco podría nacer).

5.23.6. En cuanto a su formación

La compraventa es un contrato consensual. La donación con cargo revestirá carácter consensual o formal, de acuerdo a lo establecido por los artículos 1623, 1624 y 1625 del Código Civil, normas que ya hemos analizado cuando vi-

mos las semejanzas y diferencias existentes entre la compraventa y el contrato de donación sin cargo, razón por la cual allí remitimos al lector.

5.23.7. En cuanto al tiempo

Hemos dicho en reiteradas ocasiones que la compraventa es un contrato que generalmente se celebra con ánimo de ejecutarlo instantánea e inmediatamente (salvo los casos de excepción que estudiamos en este trabajo). Con la donación simple puede ocurrir lo mismo; pero con la donación con cargo, se apreciará —en mayor frecuencia— un ánimo de duración en el tiempo, ya que si bien la ejecución de la donación en sí puede hacerse de modo inmediato e instantáneo, es probable que la ejecución del cargo se haya pactado de manera periódica o continuada; y que incluso la misma pueda prolongarse durante lapsos considerables.

5.23.8. En cuanto a su negociación

La compraventa se suele celebrar por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

La donación con cargo se celebra fundamentalmente de modo paritario, vale decir, con negociación previa.

5.23.9. En cuanto al rol económico

Tanto la compraventa como la donación con cargo pueden ser considerados como contratos de cambio y de disposición.

5.23.10. En cuanto a su función

La compraventa y la donación con cargo, son contratos fundamentalmente constitutivos. Sin embargo, en el plano

teórico nada obsta para que sean actos modificatorios o regulatorios; mas nunca tendrán carácter extintivo.

5.23.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Si el cargo ha sido pactado en beneficio del donante, no cabe la menor duda de que estamos frente a un contrato de carácter individual. Sin embargo, en caso el cargo hubiese sido pactado en beneficio de un tercero, podría pensarse —de una primera impresión— que es un contrato colectivo, pues estaría afectando la esfera patrimonial de una persona que no ha celebrado el contrato. Sin embargo, ello no es así.

Dentro del Derecho positivo peruano, no se admite ningún acto de liberalidad que pueda ser susceptible de imponerse a alguien contra su voluntad. Esto significa que para la eficacia de un acto de liberalidad, siempre será necesario el asentimiento del supuesto beneficiario. Esto significa —para el caso de la donación con cargo— que si el cargo ha sido pactado en favor de un tercero (es decir, de alguien que no ha participado en la celebración del contrato), necesariamente tendrá que pedírsele su asentimiento para ejecutar el cargo a su favor, lo que en buena cuenta significa que él sería parte de ese contrato, razón por la cual la donación con cargo seguiría siendo un contrato de carácter individual.

5.23.12. En cuanto a la prestación

La donación con cargo constituye un supuesto peculiar, pues por mínimo que sea el cargo consistirá en ejecutar una prestación por parte del donatario a favor del donante o de un tercero. Esto significa que nos encontraríamos ante un contrato bilateral (el mismo que no nos atreveríamos a denominar como de prestaciones recíprocas).

5.23.13. En cuanto a la valoración

A pesar de lo señalado en el punto anterior, y por seguir siendo una donación y no considerarse una compraventa, tendríamos que concluir en que la donación con cargo es un contrato celebrado a título gratuito y no oneroso.

5.23.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. En el caso de la donación con cargo, nada obstaría a que si bien la doctrina lo considera fundamentalmente conmutativo, revistiese rasgos de aleatoriedad, ya sea referidos a la prestación del donante o al cargo que deberá ejecutar el donatario.

5.23.15. En cuanto a sus efectos

Como todos los contratos del Derecho nacional (incluida la compraventa), la donación con cargo es meramente obligatoria u obligacional.

5.24. Con el contrato estimatorio

5.24.1. En cuanto al nombre

Según anota Wayar,[108] el llamado contrato estimatorio queda celebrado cuando una persona entrega a otra una cosa, estimándola en cierto precio, con el encargo de venderla y autorizándolo a retener el mayor valor que obtenga de la venta.[109]

---

[108] WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 104 a 107.

[109] Sin embargo, como expresa Wayar, «No todos los autores están de acuerdo con denominar a esta figura 'contrato estimatorio'; COVIELLO, critica esta terminología y SALANDRA propone reemplazarla por la de

Como vemos, dentro de nuestra tradición jurídica, el contrato estimatorio es uno de carácter nominado, rasgo compartido con la compraventa.

5.24.2. En cuanto a su regulación

Mientras la compraventa es, dentro de nuestro Derecho positivo, un contrato típico, el contrato estimatorio es atípico; y diríamos nosotros que lo es tanto en el plano legal como en el social.

Según anota Wayar, existen diversas teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del contrato estimatorio. Unas lo ubican fuera del concepto de compraventa, en tanto que otras lo colocan dentro del concepto de compraventa. A su vez, estas últimas pueden subdividirse en cuatro grupos de teorías. Una primera que considera se trata de una venta bajo condición suspensiva, una segunda, que habla de una compraventa con cláusula rescisoria, una tercera, que lo explica como una compraventa bajo condición resolutoria y, finalmente, una cuarta, que expresa que se trata de una compraventa con reserva de dominio.[110]

'compraventa de cosa estimada' (SALANDRA, V., Lezioni sui contrati commerciali. Vendita e contratti afini. Assicurazioni, Padova, 1940, p. 183). De cualquier modo y pese a las críticas, la denominación 'contrato estimatorio' con que se conoce a esta figura ha alcanzado, como lo remarca BADENES GASSET, plena consagración en el lenguaje jurídico moderno (BADENES GASSET, El contrato de compraventa, t. I, p. 86). Alguien que se ha ocupado especialmente de este tema, GIOVANNI BALBI, llama a esta figura 'contrato estimatorio' (BALBI, GIOVANNI, Il contratto estimatorio, Torino, Utet, 1960, en especial p. 44 y siguientes)».

[110] En este sentido, Wayar hace un resumen de las teorías mencionadas y de los autores que las propugnan, el mismo que nos permitimos reproducir:

«a) Las que ubican al contrato estimatorio fuera del concepto de compraventa. Las teorías que sitúan al contrato estimatorio fuera del concepto de compraventa son varias.

Según el parecer de BAUDRY LACANTINERIE - WAHL, el contrato estimatorio debe asimilarse al mandato; en igual sentido se pronuncian

PLANIOL - RIPERT; para RUSSO es también un mandato sin representación. Para MAZZONE, en cambio, el contrato estimatorio constituye un contrato preparatorio para una venta, es decir, un contrato de depósito preordenado a facilitar los medios para la eventual formación de otro contrato, que sería de compraventa. Para GORLA, se trata de una figura compleja, que se integra por dos negocios: el primero, consignación, y el segundo, venta. A juicio de BOLAFFIO este contrato constituye un depósito *ad vendendum*, es decir, se deposita la cosa para su posterior venta. En opinión de SRAFFA, la figura se compone de dos contratos: una sociedad y una comisión, debiendo aplicarse las reglas de ambos contratos.

b) Las que ubican al contrato estimatorio dentro del concepto de compraventa. Un segundo grupo de teorías pregonan que el contrato estimatorio puede quedar dentro del concepto de compraventa, pudiendo, por ende, regirse por las reglas de ésta. Para una mejor exposición dividiremos estas teorías en cuatro grupos:

1) Se trata de una venta bajo condición suspensiva. Según piensan BRUNETTI, GARRIGUES, THALLER, LANGLE Y RUBIO y URIA, el contrato estimatorio es una venta bajo condición suspensiva. La condición que suspende los efectos del contrato, es el encontrar comprador; mientras esto no sucede, los intereses del *tradens* (propietario de las cosas) están convenientemente protegidos.
2) Se trata de una compraventa con cláusula de rescisión. Fue GIOVANNI BALBI quien formuló la teoría que considera que el contrato estimatorio es una compraventa pura con facultad de rescisión; para este autor, se trata sustancialmente de una venta, porque el acuerdo que celebran las partes es el mismo en una y otra figura. Pero se trata de una venta cualificada, es decir, verificándose el cambio de cosa contra precio en función de una cierta finalidad, que presenta ulteriores características, como la realidad (entrega del precio) y la facultad de una de las partes de hacer decaer los efectos del contrato.
3) Se trata de una compraventa bajo condición resolutoria. GRECO y LARGUIER, estiman que la figura en examen hay que tratarla como compraventa bajo condición resolutoria. Se afirma que la convención celebrada entre quien entrega las cosas y quien las recibe, es una compraventa que se resuelve si el segundo de los nombrados restituye las cosas recibidas por no haberlas vendido.
4) Se trata de una compraventa con reserva de dominio. TAMBURRINO y GALVAO TELLES sostienen esta tesis. Según afirman, el contrato estimatorio es una compraventa con reserva de dominio; mientras las cosas se encuentran en poder de quien debe venderlas, quien las entregó conserva el derecho de dominio sobre ellas; este derecho cesa cuando se opera la segunda transmisión».

En opinión de Wayar se trata de una figura compleja, en el sentido que la relación se establece —según él originariamente— entre una persona, que llama *tradens*, que es quien entrega las cosas (estimándoles el precio) para que sean vendidas, y quien las recibe para la venta, que llama *accipiens*. De esta forma —dice— si la venta se consuma, entra en escena una tercera persona, que es quien las adquiere definitivamente, a quien llama adquirente.

Para ilustrar lo dicho, Wayar propone el siguiente ejemplo: Juan (*tradens*) entrega a Pedro (*accipiens*) cincuenta mil kilos de tabaco para su venta, estimando el precio en una cantidad determinada, pero autorizando a Pedro a venderlo a mayor precio y quedarse con el excedente. En tales términos, Pedro vende el tabaco a Diego (adquirente), quien pagará el precio que Pedro exija.

Wayar considera necesario dividir la figura en dos etapas: a) la primera, comprende todo el proceso que va desde que Juan entrega a Pedro la mercadería, encomendándole su venta; b) el segundo, se produce cuando Pedro hace la venta a Diego. Según el citado profesor argentino, durante la primera etapa, el contrato debe calificarse como mandato; en tanto que en la segunda se trata de una simple compraventa.

Afirma que se trata de un mandato, porque estima que así resulta de la naturaleza de la convención, ya que el *tradens* encomienda al *accipiens* la venta de determinadas cosas a un cierto precio; pero admite que se podría objetar que el *accipiens* no actúa en nombre y representación del *tradens*, sino que lo hace en nombre propio, lo cual desvirtuaría la configuración del mandato, pero como existe la figura del mandato sin representación, se salvaría el obstáculo apuntado.

A entender del profesor argentino, durante el tiempo en que las cosas permanezcan en poder del *accipiens*, se aplicarán las reglas del mandato sin representación; en tanto que durante la segunda etapa, en la que el *accipiens* vende las mercaderías al adquirente, la calificación para Wayar es

menos dudosa, pues piensa que se trata de una simple compraventa. De este modo, el hecho de que el «vendedor» pueda exigir un precio superior al estimado y quedarse con el excedente, no altera ni modifica lo afirmado; recordando que el mandato puede celebrarse a título oneroso; y señala que tampoco modifica la conclusión expuesta la circunstancia de que el *accipiens* deba adquirir la propiedad para enajenarla después, pues esto puede considerarse como una modalidad del mandato.

En nuestra opinión, el contrato estimatorio no es una compraventa.

Si se quiere establecer entre él y algún otro contrato ciertas semejanzas, lo tendríamos que hacer en relación al mandato. No olvidemos que en virtud a lo prescrito por el artículo 1790 del Código Civil Peruano «Por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante».

Dentro de tal orden de ideas, el contrato estimatorio no sería sino una variante del mandato, pues en este contrato el mandante se obliga a entregar un bien al mandatario, a fin de que este último proceda a venderlo por un precio por encima del estipulado. Se tratará de un mandato a título oneroso, en la medida que sería raro concebir un contrato estimatorio (propio del Derecho Comercial) en que la labor del mandatario no fuese retribuida por el mandante. En el llamado contrato estimatorio, la retribución que el mandante otorgue al mandatario por el hecho de vender el bien a un tercero, consistirá en el plus que el mandatario haya conseguido como diferencia entre el precio de venta acordado con su mandante y el comprador del bien.

Se trataría, además, de un mandato sin representación, pues el mandatario vendería el bien (esto sobre todo se presentará en caso de bienes muebles) que pertenecerá en propiedad al mandante, sólo que al venderlo lo hará pasar como propio, situación que no contraviene —en lo absoluto— el hecho de que quien adquiere (el tercero comprador)

se haga propietario del bien, en virtud de lo estipulado por el artículo 912 del Código Civil Peruano, precepto que establece la presunción de que «El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito».

Pero ello no excluye la posibilidad de que el denominado contrato estimatorio se celebre a modo de mandato con representación. Si así fuese, cuando el mandatario vendiera el bien a un tercero, no estaría vendiendo lo ajeno, sino lo propio, pues se encontraría actuando en nombre y representación del propietario del bien (mandatario).

Finalmente, queremos dejar establecido que el denominado contrato estimatorio (que como vemos no es otra cosa que un mandato), no se asemeja tanto a la compraventa como a cierto sector de la doctrina le ha parecido. Lo que ocurre es que este mandato tiene por objeto que el mandatario celebre por cuenta y en interés del mandante, una compraventa con las características establecidas anteriormente. Pero dicho contrato de mandato habría podido tener por objeto la celebración de cualquier otro contrato distinto de la compraventa, como sería el caso, por ejemplo, de un arrendamiento, de una permuta, de un suministro, sólo por citar algunos casos ilustrativos.

Es así que no compartimos el parecer del profesor Ernesto Clemente Wayar, adhiriéndonos a la opinión de Baudry-Lacantinerie y Wahl, así como a la de Planiol y Ripert.[111]

---

[111] Como referencia podemos mencionar que el Código Civil Italiano de 1942 define al contrato estimatorio en el artículo 1556:
Artículo 1556.- «(Noción) Por el contrato estimatorio una parte entrega una o varias cosas muebles a la otra y ésta se obliga a pagar el precio, salvo que restituya las cosas dentro del término establecido».

5.24.3. En cuanto a su estructura

Tanto la compraventa como el denominado contrato estimatorio son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

5.24.4. En cuanto a su contenido o área

Mientras la compraventa puede revestir carácter civil, mercantil o especial, el contrato estimatorio es fundamentalmente uno mercantil, no excluyéndose, sin embargo, que pueda tener naturaleza distinta.

5.24.5. En cuanto a su autonomía

En lo que respecta a su autonomía, tanto la compraventa como el denominado contrato estimatorio son principales, pues para su validez no dependen de ningún otro contrato.

5.24.6. En cuanto a su formación

Es claro que el contrato de compraventa tiene carácter consensual. El denominado contrato estimatorio revestiría también el mismo carácter, pues —como ha sido dicho oportunamente— su naturaleza no difiere, en lo absoluto, de la del mandato; y al carecer de una regulación propia, obviamente le serían de aplicación las disposiciones relativas al contrato de mandato (artículos 1790 a 1813 del Código Civil); y, dentro de tal orden de ideas, al ser el mandato un contrato de carácter consensual, el denominado contrato estimatorio también lo sería.

5.24.7. En cuanto al tiempo

La compraventa es un contrato con vocación de ejecución inmediata e instantánea (salvo los casos de excepción

estudiados en este trabajo). El denominado contrato estimatorio es una variedad del mandato, que si bien comparte el rasgo característico de ser de duración, la misma estará limitada por el hecho de que el plazo del contrato estimatorio se reducirá al que se otorgue al mandatario para que proceda a vender el bien del mandante a un tercero comprador.

Con esto queremos señalar que no obstante tratarse de un contrato de duración, la misma por lo general no será de carácter prolongado.

5.24.8. En cuanto a su negociación

En lo que respecta al contrato de compraventa, hemos señalado oportunamente que el mismo se celebra por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Por su parte, el mandato es fundamentalmente un contrato de negociación previa, habiendo, naturalmente múltiples mandatos celebrados por adhesión. Sin embargo, en la modalidad de contrato estimatorio, consideramos que dadas las peculiaridades que presenta, el mismo se celebrará en la mayoría de casos de modo paritario o por negociación previa.

5.24.9. En cuanto al rol económico

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, el denominado contrato estimatorio sería uno de colaboración o cooperación.

5.24.10. En cuanto a su función

En lo que respecta a la función que desempeña, podemos decir que el contrato de compraventa y el denominado contrato estimatorio, son actos fundamentalmente constitutivos, generadores de obligaciones; por excepción, podrían

revestir carácter regulatorio o modificatorio; mas nunca tener naturaleza extintiva.

5.24.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

La compraventa y el denominado contrato estimatorio son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por cada uno de ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

5.24.12. En cuanto a la prestación

Sabemos que el contrato de compraventa es uno con prestaciones recíprocas. Con el denominado contrato estimatorio podría ocurrir lo mismo, en la medida que el mandante asuma la ejecución de una prestación en favor del mandatario; pero podría tratarse de un contrato de prestación unilateral, si el mandatario se obligara a vender el bien de propiedad del mandante, sin que este último asuma el deber de pagarle una contraprestación.

5.24.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, resulta claro que mientras la compraventa es de carácter oneroso, el denominado contrato estimatorio se puede celebrar a título gratuito u oneroso.

5.24.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. Por su parte, el denominado contrato estimatorio podría ser considerado como un acto que reviste evidentes rasgos de aleatoriedad, sobre todo si reparamos en el contrato estimatorio oneroso, en el cual la contraprestación que el mandante debería ejecutar

en favor del mandatario, estaría determinada por el plus que obtenga el mandatario al vender a un tercero el bien de propiedad del mandante. En tal sentido, podría ocurrir que no llegase a obtener plus alguno o que el mismo varíe desde un monto, tal vez razonable o equitativo, hasta haber logrado el mejor de los negocios, con lo cual la utilidad del mandatario sería apreciable.

5.24.15. En cuanto a sus efectos

La compraventa y el denominado contrato estimatorio son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

5.25. Con la expropiación

5.25.1. En cuanto al nombre

La compraventa es un contrato nominado. La propiación no es un contrato pero también es una figura de nombre conocido.

5.25.2. En cuanto a su regulación

La compraventa es un contrato típico, regulado en el Código Civil (artículos 1529 a 1600). La expropiación es una figura típica, regulada en la Constitución Política de 1993, y en su legislación especial (la Ley N° 27117).

El marco constitucional está dado por lo dispuesto en el artículo 70 de la Carta Política Peruana, ubicado como primera norma del Capítulo III, De la Propiedad, del Título III, Del Régimen Económico, norma que a la letra dice lo siguiente:

Artículo 70.- «El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad na-

cional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio».

Como dice el Doctor Marcial Rubio Correa:[112]

---

[112] RUBIO CORREA, Marcial. Para Conocer la Constitución de 1993. DESCO-Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, Tercera edición, Lima, 1994, páginas 94 y 95.
Por otra parte, como se sabe, recientemente ha entrado en vigencia la nueva Ley General de Expropiaciones, Ley N° 27117, que sustituyó al Decreto Legislativo N° 313. En adelante reproducimos el texto de la Ley vigente:

LEY GENERAL DE EXPROPIACIONES
(LEY N° 27117, PROMULGAGA EL 15/05/99 Y PUBLICADA EL 20/05/99)

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo 1°.- Del Objeto de Ley
La expropiación a que se refiere el Artículo 70 de la Constitución Política, el Artículo 928 del Código Civil y los Artículos 519 a 532 del Código Procesal Civil, se rigen por la presente Ley.

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 2°.- Del Concepto
La expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por la ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.
Artículo 3°.- Del Beneficiario
El único beneficiario de una expropiación es el Estado.
Artículo 4°.- De las causales
En la ley que se expida en cada caso deberá señalarse la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la expropiación, así como también el uso o destino que se dará al bien o bienes a expropiarse.
Artículo 2°.- De la improcedencia de la expropiación
La expropiación es improcedente cuando se funda en causales distintas a las previstas en la presente Ley, cuando tiene por objeto el incremento de las rentas públicas o cuando responde a la necesidad de ejercitar derechos reales temporales sobre el bien.
Artículo 6°.- De la ejecución de la expropiación
6.1 La ejecución de la expropiación autorizada por el Congreso de la República, se efectúa mediante la norma legal correspondiente, la misma que deberá ser publicada en un plazo no mayor a 60 (sesenta) días contados a partir de la vigencia de la ley autoritativa de la expropiación.
6.2 La norma a que se refiere el párrafo precedente será, en el caso del Poder Ejecutivo, una Resolución Suprema con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; en el caso de los Gobiernos Regionales, la norma correspondiente de acuerdo a la legislación de la materia; y, en el caso de los Gobiernos Locales, un Acuerdo de Concejo.
Artículo 7°.- De la expropiación para obras de gran envergadura
7.1 Excepcionalmente y sólo en razón de la envergadura de la obra de infraestructura de servicios públicos a la que esté destinado el bien a expropiar se podrá hacer uso del siguiente procedimiento:
a) La Ley de expropiación emitida por el Congreso de la República autorizará al sujeto activo para que, mediante la dación de múltiples resoluciones, realice la ejecución de la expropiación del bien, de tal modo que en un plazo de 2 (dos) años, contados desde la promulgación de dicha ley, se hayan iniciado todos los procesos de expropiación necesarios.
b) A fin de determinar el bien materia de la expropiación, el sujeto activo emitirá, en el plazo de 30 (treinta) días contados desde la promulgación de la ley una resolución provisional señalando la identificación precisa del bien a expropiar, de acuerdo a coordenadas UTM de validez universal.
c) En los casos a los que se refiere el presente artículo, el sujeto activo debe indemnizar al sujeto pasivo de la expropiación con un monto adicional al justiprecio, equivalente a los intereses correspondientes a los meses en que, dentro del plazo de 2 (dos) años a que se refiere el inciso a) precedente, se retrase la expedición de la resolución para la ejecución de la expropiación. La tasa de interés será la Tasa Activa en Moneda Nacional (TAMN).
d) Si en el plazo a que se refiere el inciso a) el sujeto activo no dicta las resoluciones correspondientes a alguno de los inmuebles comprendidos en el área señalada en la resolución provisional, su propietario puede exigir, adicionalmente a lo establecido en el inciso c), el pago de un monto equivalente al 10% (diez por ciento) del valor comercial del inmueble.

7.2 Todos los procesos de expropiación que se dispongan, al amparo de lo dispuesto en el presente artículo deben ajustarse a lo establecido en la presente Ley.
Artículo 8°.- De las Resoluciones
Las Resoluciones a que se refiere el segundo párrafo del Artículo 6° precedente, deberá (sic) precisar:
a) El sujeto activo de la expropiación.
b) El sujeto pasivo, de acuerdo al informe expedido por el Registro que corresponda, conteniendo el nombre del propietario de los bienes a ex-

propiar y las posibles duplicidades de inscripción que puedan existir, así como las cargas, gravámenes y demás anotaciones existentes.

c) La identificación precisa del bien a expropiar, de acuerdo a coordenadas UTM de validez universal y al informe expedido por la Oficina de Catastro del Registro respectivo.

d) El valor de tasación comercial actualizado, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 16° de la presente Ley.

Artículo 9°.- Del trato directo

9.1 Procede el trato directo sólo cuando, de acuerdo al informe registral correspondiente, no existan duplicidades registrales o proceso judicial en que se discuta la propiedad del inmueble. En estos casos, en un plazo de 5 (cinco) días útiles, contados a partir de la publicación de la resolución a que se refiere el artículo precedente, el sujeto activo de la expropiación formulará al sujeto pasivo, mediante Carta Notarial, una oferta igual al monto del valor comercial actualizado del inmueble a expropiarse más un porcentaje equivalente al 5% (cinco por ciento) de dicho valor por concepto de indemnización justipreciada.

9.2 El sujeto pasivo, podrá, en un plazo de 15 (quince) días útiles de recibida la comunicación de la oferta, presentar al sujeto activo una aceptación a la oferta, sin plazo ni condición. En este caso, con el pago del monto aceptado por el sujeto pasivo, culmina el proceso expropiatorio sin que éste pueda interponer acción alguna por concepto de la expropiación. El plazo para que el sujeto activo de la expropiación cancele el íntegro de su oferta es de 45 (cuarenta y cinco) días contados a partir de la fecha de recibida la carta notarial que contiene la aceptación de la oferta. En caso de acreditarse que el bien a adquirirse esté afecto a gravámenes, embargos u otras medidas judiciales o extrajudiciales, se consignará el monto necesario para asegurar el pago de dichas cargas, con conocimiento del interesado. Si el sujeto activo incumple con el pago de su oferta procederá únicamente la vía judicial o arbitral, de acuerdo a la presente Ley. Si el sujeto pasivo incumple con la suscripción de la escritura pública correspondiente ésta será otorgada por el Poder Judicial, consignándose el pago.

9.3 Si el sujeto pasivo opta por no aceptar el trato directo el sujeto pasivo deberá presentar al sujeto activo una justificación debidamente documentada de la compensación de los perjuicios que hubiere, de acuerdo al Artículo 70° de la Constitución, en el plazo de 20 (veinte) días contados desde la publicación de la resolución a que se refiere el artículo precedente.

9.4 En el mismo plazo el sujeto pasivo podrá comunicar al sujeto activo su decisión de acudir a la vía arbitral; de no hacerlo, el sujeto activo acude a la vía judicial, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.

9.5 Si en el plazo a que se refiere el presente artículo el sujeto pasivo de la expropiación no acepta la oferta del sujeto activo ni presenta su justificación de la compensación debidamente documentada, el sujeto activo únicamente deberá consignar el valor comercial actualizado, sin perjuicio del derecho del sujeto pasivo a solicitar dicha compensación en la etapa procesal judicial o arbitral correspondiente.

9.6 El sujeto activo de la expropiación podrá oponerse o cuestionar el monto de la compensación dentro del proceso expropiatorio. El sujeto pasivo de la expropiación también podrá oponerse a la tasación comercial actualizada presentada por el sujeto activo dentro de dicho proceso.

Artículo 10°.- Del sujeto activo de la expropiación

10.1 Se considera como sujeto activo de la expropiación a la dependencia administrativa que tendrá a su cargo la tramitación del proceso de expropiación.

10.2 Es obligatorio individualizar al beneficiario de la expropiación, que podrá ser el mismo sujeto activo de la expropiación o persona distinta, siempre y cuando sea una dependencia del Estado.

10.3 Es nula la expropiación a favor de persona natural o jurídica de derecho privado. Dicha nulidad se declara sin perjuicio de las acciones civiles y penales que en defensa de su derecho tiene expedito de ejercer el afectado.

Artículo 11°.- Del sujeto pasivo de la expropiación

11.1 Se considera sujeto pasivo de la expropiación al propietario contra quien se dirige el proceso de expropiación. Asimismo al poseedor con más de 10 (diez) años de antigüedad que tenga título inscrito, o cuya posesión se haya originado en mérito a resolución judicial o administrativa, o que haya sido calificado como tal por autoridades competentes, según las leyes especializadas.

11.2 Cuando el bien se encuentre inscrito a nombre de único titular del derecho de propiedad, el proceso de expropiación se entenderá con éste, salvo la existencia de poseedor que adquirió por prescripción, conforme al numeral 11.1.

11.3 En los casos en que exista duplicidad registral, se entenderá como sujeto pasivo de la expropiación a aquel que tenga inscrito su dominio con anterioridad; o exista proceso judicial o arbitral que discuta la propiedad del bien a expropiarse, que conste en el registro respectivo, se retiene el pago del monto de la indemnización justipreciada que incluye compensación, hasta que por proceso arbitral o judicial, debidamente consentido y ejecutoriado, se determine el mejor derecho de propiedad.

11.4 Cuando el bien no esté inscrito, el sujeto activo de la expropiación publicará un aviso una vez en un diario de circulación nacional y dos veces en un diario de mayor circulación del lugar en donde se encuentra ubicado el predio objeto de expropiación, con un intervalo de 3 (tres) días. El referido aviso debe contener:

a) El sujeto activo de la expropiación y su domicilio legal.

b) La ubicación exacta del inmueble.

c) El plazo que tendrá el afectado para presentarse, que será de 10 (diez) días contados a partir de la última publicación.

11.5 El afectado o su representante legal deberá presentar documento público o privado de fecha cierta que pruebe su titularidad. En caso de presentarse dos o más afectados, el proceso se entenderá con aquel que presente documento público de fecha más antigua.

11.6 Cuando no se presente ningún afectado se indemnizará a los poseedores, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 912° del Código Civil.
11.7 Cuando no exista poseedor se presume que el bien es del Estado, sin perjuicio del derecho de reivindicación al justiprecio que podrá ejercer el propietario.

TÍTULO II
DEL OBJETO DE LA EXPROPIACIONES

Artículo 12°.- Del objeto
12.1 Todos los bienes inmuebles de dominio privado pueden ser objeto de expropiación.
12.2 Los bienes de embajadas o misiones diplomáticas y de organismos internacionales no están sujetos a expropiación, de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, de la cual la República del Perú es Parte Contratante, salvo en los casos basados en el Principio de Reciprocidad o en el consentimiento previo.
Artículo 13°.- Del subsuelo y del sobresuelo
Pueden ser materia de expropiación el subsuelo y el sobresuelo, independientemente del suelo. Salvo que por el hecho de la expropiación del subsuelo o del sobresuelo, la propiedad del bien no pueda ser usada o explotada parcial o totalmente, o que el valor comercial de la propiedad del suelo se deprecie significativamente. En estos casos el Estado podrá optar entre expropiar todo el predio o pactar derecho de superficie.
Artículo 14°.- De la expropiación total
El sujeto pasivo de la expropiación podrá solicitar la expropiación total, cuando la fracción del bien que no es afectado por el acto expropiatorio sufre una real desvalorización o resultare inútil para los fines a que estaba destinado con anterioridad a la expropiación parcial.

TÍTULO III
DE LA INDEMNIZACIÓN JUSTIPRECIADA

Artículo 15°.- De la indemnización justipreciada
15.1 La indemnización justipreciada comprende el valor de tasación comercial debidamente actualizado del bien que se expropia y la compensación que el sujeto activo de la expropiación debe abonar en caso de acreditarse fehacientemente daños y perjuicios para el sujeto pasivo originados inmediata, directa y exclusivamente por la naturaleza forzosa de la transferencia.
15.2 La entrega efectiva y total del monto de la indemnización justipreciada, se efectuará en dinero, una vez transcurrido el plazo para la contestación de la demanda o de la contestación de la reconvención, según corresponda. En caso de oposición del sujeto activo a la compensación, el sujeto pasivo deberá otorgar garantía real o fianza bancaria por la diferencia existente entre su pretensión y la del Estado.
15.3 La indemnización justipreciada no podrá ser inferior al valor comercial actualizado conforme a lo dispuesto en el Artículo 16° de la presente Ley; ni podrá exceder de la estimación del sujeto pasivo.
15.4 En ningún caso la indemnización justipreciada podrá comprender el valor de las mejoras realizadas en el bien a expropiar por el sujeto pasivo con posterioridad a la fecha de publicación de la resolución a que se refiere el Artículo 8° de la presente Ley.
Artículo 16°.- De la tasación
El valor del bien se determinará mediante tasación comercial actualizada que será realizada exclusivamente por el Consejo Nacional de Tasaciones - CONATA.
Artículo 17°.- De la compensación
En caso que el sujeto activo de la expropiación observe la pretensión de compensación del sujeto pasivo, ésta será fijada por el Poder Judicial o Tribunal Arbitral, sobre la base de las pruebas que se actúen, de los fundamentos que expresen las partes y de las reglas de la crítica. Además deberá estimarse de acuerdo a la finalidad a que estaba destinado el bien al disponer la expropiación y de acuerdo a proyectos documentados antes de la fecha de publicación de la ley autoritativa de la expropiación.
Artículo 18°.- De la actualización de la indemnización
La indemnización justipreciada se actualiza para su consignación mediante la aplicación del Indice de Precios al por Mayor que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI. Por los meses o fracciones de mes cuyos índices no se hubieren publicado a la fecha de la consignación, se utilizará proporcionalmente el índice del último mes publicado.
Artículo 19°.- De la forma de pago
19.1 La consignación de la indemnización justipreciada, debidamente actualizada, se efectuará necesariamente en dinero o en moneda nacional.
19.2 En caso que en la sentencia el Juez determine monto distinto de la tasación comercial actualizada presentada por el demandante o del monto de la compensación presentada por el demandado, se ordenará en ejecución de sentencia se realicen las compensaciones correspondientes.
Artículo 20°.- Del pago del valor comercial
20.1 El pago por el valor de la tasación comercial actualizada se efectuará con la interposición de la demanda.
20.2 Cuando exista duplicidad registral o la propiedad del bien a expropiarse sea discutida judicial o arbitralmente, el pago se efectuará en ejecución de sentencia.
Artículo 21°.- Del pago de la compensación
21.1 El pago por la compensación se efectuará una vez otorgada la garantía o fianza bancaria, si el sujeto activo contradice el monto de la compensación pretendida por el sujeto pasivo. De no haber contradicción se deberá efectuar el pago por la compensación transcurridos 3 (tres) días de vencido el plazo de contradicción que la ley le otorga al sujeto activo.
21.2 En caso que el sujeto pasivo no hubiese presentado su pretensión a la compensación en el plazo a que se refiere el Artículo 9° de la presente Ley ni hubiese reconvenido, el pago se efectuará en ejecución de sentencia.

21.3 En caso de duplicidad registral o la propiedad del bien a expropiarse sea discutida judicial o arbitralmente, el pago de la compensación se efectuará en la etapa de ejecución de sentencia.
21.4 Si este monto se paga en ejecución de sentencia, el mismo deberá ser actualizado según el Indice de Precios al por Mayor que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI.
Artículo 22°.- Duplicidades Registrales Parciales
De existir duplicidades registrales parciales, se pagará de acuerdo a lo dispuesto en los literales 20.1, 21.1, ó 21.2, según corresponda. La porción sobre la cual no existe duplicidad, conforme a los literales 20.2, 21.3 y 21.4 se pagará a quien pruebe el mejor derecho de propiedad.

TÍTULO IV
NULIDAD DE LAS EXPROPIACIONES

Artículo 23°.- De la nulidad de las expropiaciones
23.1 El sujeto pasivo de la expropiación puede demandar judicialmente la nulidad de la expropiación cuando ésta no haya sido dispuesta conforme a lo establecido en los Artículos 3° y 4° de la presente Ley. Es discutible la declaración de necesidad pública o seguridad nacional dispuesta por el Congreso de la República mediante ley expresa, cuando no se ciña a lo dispuesto por esta Ley.
23.2 No procede plantear la nulidad cuando hay allanamiento expreso o tácito a la demanda de expropiación.

TÍTULO V
LA POSESIÓN PROVISORIA

Artículo 24°.- De la posesión provisoria
El Juez de la causa, de manera excepcional y solamente en los casos en que sean estrictamente necesarios para prevenir o corregir los efectos de fenómenos o catástrofes naturales, por razones de seguridad o en los casos de proyectos de gran envergadura a que se refiere la presente Ley, puede otorgar la posesión provisoria del bien a expropiarse a favor del beneficiario, siempre que se haya cumplido los siguientes requisitos:
a) El sujeto activo lo solicite expresamente.
b) Acredite la petición adjuntando el certificado de consignación en dinero del monto resultante de indemnización justipreciada. De no ser posible determinar en esta etapa el monto de la compensación, bastará la consignación del monto a que se refiere el literal d) del Artículo 8° de la presente Ley.
c) Que la posesión provisoria sea estrictamente necesaria para los fines de la ejecución de la obra.
d) Se haya notificado perentoriamente a los ocupantes o posesionarios del bien a expropiarse, para la desocupación inmediata o conforme a los términos que establece el procedimiento expropiatorio.

TÍTULO VI
DE LA VÍA ARBITRAL

Artículo 25°.- Del Arbitraje potestativo del sujeto pasivo
25.1 Dentro del plazo de 20 (veinte) días a que se refiere el párrafo tercero del Artículo 9° de la presente Ley, el sujeto pasivo puede cursar una comunicación al sujeto activo, indicándole su decisión de acudir a un arbitraje, con el objeto de resolver las siguientes pretensiones relativas a la expropiación:
a) Revisión del valor objetivo del bien expropiado.
b) Determinación de la reparación por los daños y perjuicios que se generen para el sujeto pasivo.
c) La solicitud de expropiación total del bien, en los casos que el sujeto activo pretenda una expropiación parcial.
25.2 El sujeto activo de la expropiación podrá negarse a acudir al arbitraje, sólo cuando el sujeto pasivo tenga domicilio legal fuera del territorio de la República.
25.3 La comunicación a que se refiere el primer párrafo del presente artículo suspende el cómputo del plazo de caducidad contemplado por el Artículo 531° del Código Procesal Civil.
Artículo 26°.- Del contenido de la comunicación mediante la que se decide ir a arbitraje
26.1 La decisión del sujeto pasivo debe contener de forma expresa y clara lo siguiente:
a) La pretensión o pretensiones que desea sean sometidas a arbitraje. Se entenderá que el sujeto pasivo renuncia a las pretensiones que no plantee de forma expresa en dicha carta, con la imposibilidad de intentar plantear dichas pretensiones en otro proceso judicial o arbitral.
b) El nombre del árbitro propuesto por el sujeto pasivo.
26.2 En caso que no se cumplan los requisitos establecidos en este artículo o si la comunicación del sujeto pasivo se formula de manera extemporánea se entenderá que dicho sujeto no ha optado por acudir al arbitraje.
Artículo 27°.- Del nombramiento del árbitro por parte del sujeto activo
Dentro del plazo de 8 (ocho) días contados a partir de la recepción de la comunicación a la que se refiere el Artículo 25° de la presente Ley, el sujeto activo pondrá en conocimiento del sujeto pasivo el nombramiento de su árbitro.
Artículo 28°.- Del nombramiento del tercer árbitro
Una vez conocido el nombramiento de los dos árbitros, éstos procederán al nombramientoo del tercero, quien presidirá el Tribunal Arbitral.
Artículo 29°.- Del nombramiento de los árbitros por el Juez
Si el sujeto activo no nombrara su árbitro dentro del plazo establecido en el Artículo 27° de la presente Ley, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 23° de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, con las siguientes particularidades:
a) Es competente el Juez del lugar del bien expropiado o el del domicilio del sujeto pasivo, a elección de este.

b) El sujeto pasivo acompañará la comunicación dirigida por el sujeto activo y la suya, en la cual manifiesta su voluntad de acudir a arbitraje e indica el nombre de su árbitro.
c) El Juez únicamente rechazará la solicitud de designación de árbitros cuando la decisión de acudir a arbitraje no hubiere cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 26° de la presente Ley o no se haya realizado dentro del plazo al que se refiere el Artículo 25°.
d) Contra lo resuelto por el Juez no procede medio impugnatorio alguno. Esta improcedencia se extiende a la resolución que pone fin al proceso arbitral.

Artículo 30°.- De los honorarios de los árbitros

Los honorarios de los árbitros se determinarán de acuerdo a una tabla que se establecerá por Resolución Ministerial. Dicha tabla considerará que los honorarios se calculen en base a la aplicación de un porcentaje sobre el monto de lo discutido, el cual se define como la diferencia entre las pretensiones de las partes.

Artículo 31°.- De la forma de pago de los honorarios

Los honorarios de los árbitros serán pagados de la siguiente forma:

a) El 50% (cincuenta por ciento) de los honorarios será pagado en partes iguales por cada uno de los sujetos que participan en el proceso arbitral antes del inicio de este.
b) El 50% (cincuenta por ciento) restante será pagado en partes iguales por cada uno de los sujetos que han participado del proceso arbitral, 10 (diez) días antes de que se dicte el laudo. Para tal efecto, el Tribunal Arbitral comunicará oportunamente la fecha en la que lo expedirá.
c) En caso que una de las partes incumpla con el pago del porcentaje que le corresponde, la otra podrá proceder al pago de èste. En este caso, el laudo arbitral establecerá como sanción para quien incumpla el pago oportuno de su parte, asumir el pago de la integridad de los honorarios.
d) Si ninguna de las partes cumpliera con efectuar el pago respectivo, los árbitros pueden decidir la conclusión del proceso arbitral. En este caso el sujeto pasivo perderá su derecho a acudir al arbitraje, pudiendo en consecuencia el sujeto activo iniciar de manera directa el proceso judicial.

Artículo 32°.- Del plazo para el pago por parte del sujeto activo

El tribunal Arbitral, requerirá al sujeto activo para que bajo apercibimiento de caducidad de la expropiación dentro de los 40 (cuarenta) días siguientes consigne en el Banco de la Nación, a disposición del Tribunal, la indemnización justipreciada fijada en el laudo, debidamente actualizada, así como un importe por los eventuales gastos de formalización de la transferencia. En caso de acreditarse que el bien a adquirirse esté afecto a gravámenes, embargos u otras medidas judiciales o extrajudiciales, se consignará el monto necesario para asegurar el pago de dichas cargas, con conocimiento del interesado.

Artículo 33°.- De las medidas cautelares

Durante cualquier etapa de la tramitación del proceso arbitral, el sujeto

activo podrá solicitar la medida cautelar de posesión provisoria a la que hace referencia el Artículo 530° del Código Procesal Civil.

Artículo 34°.- De los Centros de Arbitraje

El sujeto activo y el pasivo podrán acordar someterse al arbitraje de un Centro de Arbitraje, en cuyo caso el procedimiento aplicable será el que rija a dicho Centro.

Artículo 35°.- Aplicación supletoria de la Ley General de Arbitraje

En todo lo no previsto por este Título se aplicará la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Primera.- De las costas procesales y demás gastos

El sujeto activo de la expropiación asume todos los gastos que origine el procedimiento expropiatorio, incluyendo las costas procesales, gastos notariales y registrales y los honorarios de los peritos a excepción de los de parte.

Los honorarios de los peritos dirimentes son los que determinen las disposiciones pertinentes del Arancel de Derechos Judiciales.

Segunda.- De la expropiación en trámite

Los procedimientos expropiatorios en trámite se adecuarán a la presente Ley en lo que se refiere a la forma de determinarse el monto de la indemnización justipreciada, con excepción a los iniciados por efecto de la reforma agraria y para el saneamiento físico legal de la propiedad.

Por única vez, el Poder Ejecutivo, en un plazo no mayor de 120 (ciento veinte) días contados a partir de la vigencia de la presente Ley, ratificará mediante Decreto Supremo las reservas vigentes al 21 de enero de 1999, establecidas por norma del mismo rango o por ley. Los bienes cuya reserva se ratifique deberán identificarse de acuerdo a lo dispuesto por el literal c) del Artículo 8°.

Sólo se podrá ratificar reservas de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 4° de la presente Ley. Las reservas caducan al año de haber sido ratificadas.

Las reservas no ratificadas dentro del plazo señalado, caducan automáticamente al vencimiento del mismo.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.- De la extinción de los derechos

La adquisición de propiedad realizada dentro del marco de la presente Ley extingue todos aquellos derechos reales y personales que resulten incompatibles con los fines de expropiación, sin perjuicio de la correspondiente aplicación del importe de la indemnización justipreciada.

Segunda.- De los terceros

El pago efectuado dentro de los alcances de la presente Ley surtirá plenos efectos respecto del sujeto activo, sin perjuicio del derecho que tengan terceros afectados para accionar contra quien hubiera recibido el pago indebidamente.

Tercera.- De la inafectación de tributos
Las enajenaciones por causa de expropiación quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación de todos los tributos que graven transferencias.
Cuarta.- De las responsabilidades
Las autoridades, funcionarios y demás personas al servicio del sujeto activo, independientemente de su régimen laboral o contractual, incurrirán en responsabilidad por el incumplimiento de las disposiciones y plazos establecidos en la presente Ley.
Quinta.- De la norma complementaria
En un plazo no mayor de 30 (treinta) dias contados a partir de la vigencia de la presente Ley, el Poder Ejecutivo, mediante Resolución Ministerial, aprobará la tabla a que se refiere el Artículo 30° de la presente Ley. Durante dicho plazo regirá la tabla de honorarios aprobada por el Colegio de Abogados de Lima.
Sexta.- De las concesiones
El Estado podrá otorgar en concesión los bienes expropiados para la realización de obras de infraestructura de servicios públicos.
Asimismo, podrá ser representado en el trato directo, por el concesionario, pudiendo éste incluso realizar el pago del justiprecio.
Sétima.- De las derogatorias
Derógase el Decreto Legislativo N° 313 y déjase sin efecto legal su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 047-85-PCM; derógase asimismo las Leyes N°s 14184, 14220, el Artículo 4° de la Ley N° 24513, y todas las demás normas que se opongan a la presente Ley.

DISPOSICIONES MODIFICATORIAS

Unica.- De las modificaciones
Modifícase el texto contenido en el Subcapítulo Cuarto del Título II, Sección Quinta del Decreto Legislativo N° 768, en los términos siguientes:
«Artículo 519°.- Competencia por materia.- Todas las pretensiones derivadas o conexas con la expropiación se tramitan con arreglo a lo dispuesto en este subcapítulo.
Artículo 520°.- Requisitos de la demanda.- Además de los requisitos y anexos previstos en los Artículos 424° y 425°, la demanda deberá estar acompañada de:
1. Copias autenticadas de las disposiciones legales autoritativa o dispositiva y ejecutora de la expropiación.
2. Copia certificada de los asientos registrales del bien por expropiar o en su caso, certificación de que el bien no está inscrito. En este caso se deberán acompañar los documentos públicos o privados que acrediten la condición del propietario o del poseedor, en su caso.
3. Documentos técnicos de identificación y evaluación del bien a expropiar conforme al destino previsto. Cuando se trate de inmubles rústicos o urbanos se acompaña copia certificada de los planos de ubicación y perímetros y la memoria descriptiva del bien, extendidos conforme a la ley de la materia.

4. Tasación debidamente motivada del valor comercial actualizado del bien a la fecha de la resolución ejecutora de la expropiación, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 16° de la Ley General de Expropiaciones.
5. La comunicación mediante la cual el sujeto activo ofrece un monto por indemnización justipreciada.
6. Compensación debidamente documentada presentada por el sujeto pasivo de la expropiación en su oportunidad de acuerdo a lo establecido en el párrafo primero del Artículo 9° de la Ley General de Expropiaciones. Este requisito no es exigible en el supuesto que contempla el párrafo quinto del Artículo 9° de la referida ley.
7. Certificado de consignación de la indemnización justipreciada que incluya el valor de la tasación comercial actualizado y la compensación propuesta por el sujeto pasivo a favor del expropiado cuando corresponda, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley General de Expropiaciones.

Se declarará inadmisible la demanda cuando no se haya consignado a favor del sujeto pasivo la indemnización justipreciada, cuando así lo exija la Ley General de Expropiaciones.
Artículo 521°.- Emplazamiento de tercero al proceso.- Cuando se trate de bienes inscritos y exista registrado derecho a favor de tercero, se debe notificar con la demanda de éste, bajo sanción de nulidad de lo actuado.
Si de los actuados resulta que el bien expropiado o el crédito por la expropiación estuvieran afectos a gravámenes, embargos u otra medida judicial, el Juez retendrá el monto para asegurar el pago de dichas cargas con conocimiento del interesado.
Admitida la demanda, el Juez ordenará el bloqueo registral de la partida donde consta inscrito el inmueble a expropiar hasta la expedición de la sentencia.
Tratándose de bienes no inscritos y siempre que conste fehacientemente y razonablemente que el bien objeto de la expropiación está siendo explotado o poseído por tercero, éste será notificado con la demanda, bajo sanción de responder al demandante por los daños y perjuicios que tal omisión ocasione.
Si el tercero interviene, su actuación se sujeta, en cuanto sea pertinente a lo dispuesto en el Capítulo VII del Título II de la SECCION SEGUNDA de este Código.
Artículo 522°.- Requisitos de la contestación.- La contestación debe cumplir con los requisitos del Artículo 442° y sólo puede sustentarse en:
1. Caducidad del derecho, cuando la demanda de expropiación se hubiera interpuesto después de 6 (seis) meses de publicada o notificada, lo primero que ocurra, la disposición legal que autorice o disponga la expropiación.
2. Nulidad, ilegalidad, inadmisibilidad o incompatibilidad constitucional del dispositivo legal que autorice o disponga la expropiación.
3. Disconformidad con la tasación comercial actualizada.

Artículo 523°.- Reconvención.- La reconvención queda sujeta a lo dispuesto en el Artículo 445° y sólo podrá sustentarse en:

1. La pretensión de expropiación total del bien o complementaria con otros. Esta sólo puede sustentarse en el hecho que la parte o fracción del bien o los bienes no afectados por la expropiación se desvalorizan, o cuando resultan inútiles para los fines a que estaban destinados antes de la expropiación parcial o incompleta.
2. La pretensión de expropiación del suelo, conjuntamente con el sobresuelo y subsuelo materia de expropiación, cuando la propiedad de dicho terreno no pueda ser usada o explotada, parcial o totalmente, o que su valor comercial decrezca considerablemente.

Artículo 523°-A.- Contradicción.- En caso de contradicción por parte del sujeto activo de la expropiación de la compensación por daños y perjuicios, el Juez ordenará al sujeto pasivo de la expropiación otorga (sic) contracautela a favor del Estado, a través de garantía real o fianza bancaria.

El Juez sólo entregará el monto de la indemnización justipreciada, una vez otorgada la garantía real o fianza bancaria a que se refiere el párrafo anterior, de ser el caso.

En el supuesto que no se otorgue garantía a favor del sujeto activo, se entregará al sujeto pasivo el monto de la indemnización justipreciada en ejecución de sentencia.

El Juez entregará el monto de la indemnización justipreciada, cumplidos los plazos de la contestación de la demanda y de la reconvención, con la salvedad del párrafo anterior y de los casos en que de acuerdo a la Ley General de Expropiaciones el pago se efectúa en ejecución de sentencia.

Artículo 524°.- Efectos de la declaración de rebeldía.- La declaración de rebeldía del demandado hace presumir únicamente su conformidad con el valor de la tasación comercial actualizada acompañada a la demanda.

Artículo 525°.- Medios Probatorios.- De ofrecerse pericia, la aceptación del cargo por los peritos se formalizará mediante la firma puesta por éstos en el escrito que presenta la parte que los designa. En ningún caso se admite más de 2 (dos) peritos de parte para la valuación de cada bien, según su especie y naturaleza.

Artículo 526°.- Audiencia de Conciliación.- La conciliación sólo puede tener por objeto el acuerdo sobre el valor de la indemnización justipreciada, la validez de la causal de expropiación y, en su caso, sobre las pretensiones objeto de reconvención.

En defecto de conciliación y cuando el demandado hubiera ofrecido como medio probatorio la pericia de valor del bien, la Audiencia de Pruebas no se realizará antes de 10 (diez) ni después de 20 (veinte) días contados desde la audiencia anterior.

Artículo 527°.- Audiencia de Pruebas.- La Audiencia de Pruebas se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en el Artículo 202° y siguientes de este Código.

Cuando las conclusiones de la pericia actuada por el sujeto pasivo discrepen de la tasación comercial actualizada presentada por el demandante, el Juez puede disponer en la propia audiencia la designación de 2 (dos) peritos dirimentes. Aceptado su nombramiento, se citará a éstos, a las partes y a los demás peritos para una audiencia especial que se llevará a cabo en

un plazo no menor de 7 (siete) ni mayor de 15 (quince) días, y en la que con los concurrentes a la misma, con o sin pericia dirimente, se realizará un debate pericial bajo la dirección del Juez.

La sentencia señala quién es el obligado al pago de los honorarios de la pericia dirimente, según lo que resulte de las conclusiones de la misma.

Artículo 528°.- Ejecución de la sentencia.- Consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada total o parcialmente las pretensiones discutidas, se observarán las reglas contenidas en el Capítulo V del Título V de la SECCION QUINTA de este Código con las siguientes particularidades:

1. El Juez ejecutor exigirá al demandante o demandado, según corresponda, la devolución de la diferencia entre el monto de la indemnización justipreciada a que se refiere la sentencia y el pago efectuado por el sujeto activo de la expropiación. En caso que el sujeto pasivo no devolviera dentro del décimo día de notificado se ejecutará la garantía a que se refiere el Artículo 523°-A. En caso que el sujeto activo debiera devolver algún monto deberá cancelarlo en el mismo término bajo sanción de caducidad y reversión.
2. El Juez ejecutor requerirá al demandante para que bajo apercibimiento de caducidad de la expropiación dentro de 10 (diez) días útiles consigne en el Banco de la Nación, a disposición del juzgado, la indemnización justipreciada fijada en la sentencia debidamente actualizada hasta la fecha de la consignación, de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 18° de la Ley General de Expropiaciones, así como un importe, que el Juez fijará, para cubrir los eventuales gastos. Este inciso únicamente será aplicable en el caso que el demandante se haya opuesto al monto de la compensación y el demandado no hubiera ofrecido garantía.

En los procesos en los cuales se haya concedido la posesión provisoria a que se refiere el Artículo 530°, la consignación establecida en el párrafo precedente deberá realizarse por un monto equivalente entre el importe de la indemnización justipreciada fijada en la sentencia debidamente actualizada, y el monto consignado al momento de la solicitud de posesión provisoria.

3. El Juez dispondrá que el sujeto pasivo cumpla dentro de un plazo que no excederá de 5 (cinco) días de haber sido requerido, con suscribir los documentos traslativos de propiedad, según la naturaleza del bien expropiado y formalidades correspondientes. Para estos efectos, el demandante debe presentar el proyecto de los documentos respectivos.

En la misma resolución se ordenará también, de ser el caso, la entrega de la posesión en los plazos indicados en el inciso 6. de este artículo, bajo apercibimiento de entregarlo en rebeldía del obligado y trasladarle los gastos correspondientes. Si el bien se encuentra poseído por tercero, se le requerirá su entrega en los mismos plazos.

4. La oposición debidamente fundamentada del sujeto pasivo sobre el monto o forma de cálculo de la actualización de la indemnización justipreciada, de ser el caso, o sobre el texto de los documentos de transferencia, será resuelta por el Juez dentro del tercer día. La resolución debidamente motivada es apelable sin efecto suspensivo.

5. Concedida la apelación, de oficio o a solicitud de parte, el Juez podrá exigir al demandante o al demandado, según corresponda, el otorgamiento de las garantías apropiadas para el reembolso de las diferencias según lo declare la resolución apelada.
6. Cuando se trate de predios rústicos con cultivos temporales o de otros inmuebles sujetos a explotación o aprovechamiento comercial, industrial, minero o análogo, el Juez fijará el plazo de desocupación y entrega que no será menor de 90 (noventa) ni mayor de 180 (ciento ochenta) días considerando, en el caso de inmueble con explotación agrícola, el tiempo apropiado de acopio de la cosecha.
Cuando se trata de predios urbanos el plazo será no menor de 60 (sesenta) ni mayor de 90 (noventa) días contados a partir del requerimiento.
Cuando se trata de bienes muebles el Juez ordenará la entrega en el plazo no menor de 5 (cinco) ni mayor de 10 (diez) días de efectuado el requerimiento.
Artículo 529°.- Pretensión de tercero.- Salvo los casos indicados en el Artículo 521° no se admitirá ninguna intervención de tercero en el proceso.
El poseedor u otro tercero que se considera perjudicado por la expropiación o que estimara tener derecho sobre el monto del justiprecio, puede ejercer sus derechos en la vía que corresponda sin entorpecer el proceso expropiatorio.
Artículo 530°.- Posesión Provisoria.- La solicitud de posesión provisoria del bien en los casos excepcionales a que se refiere el Artículo 24° de la Ley General de Expropiaciones, puede formularse en cualquier estado del proceso después de la Audiencia de Conciliación, y se tramita como medida cautelar.
La solicitud de posesión provisoria expresará los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, acompañada del certificado de consignación por el importe que resulte del justiprecio, en caso que el demandante se hubiera opuesto a la compensación propuesta por el demandado, a que se refiere el inciso 7 del Artículo 520° debidamente actualizada con intereses legales hasta la fecha de la solicitud.
Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 627°, el 25% (veinticinco por ciento) del monto consignado servirá como contracautela por los eventuales perjuicios que pueda generar la posesión provisoria.
La resolución que se pronuncia sobre el pedido cautelar es apelable sin efecto suspensivo, salvo que en el proceso se esté discutiendo la causal de la expropiación.
Artículo 531°.- Caducidad.- El derecho de expropiación de cualquier sujeto activo, caduca en los siguientes casos:
Cuando no se haya iniciado el procedimiento expropiatorio dentro del plazo de 6 (seis) meses contados a partir de la publicación o notificación de la norma declaratoria ejecutora de la expropiación.
Cuando no se hubiera terminado el procedimiento judicial de expropiación dentro de los 24 (veinticuatro) meses contados desde la publicación o notificación de la Resolución Suprema correspondiente.

La propiedad es el derecho real (es decir, el derecho sobre las cosas) más completo que existe porque contiene todas las potestades que se puede ejercitar sobre ellas: usarlas, disfrutarlas, disponerlas y recuperarlas cuando otro las usurpa.
La propiedad, sin embargo, no es un derecho absoluto: debe ser ejercitada dentro de los límites de la ley y en armonía con el bien común. Siempre, en todo derecho que otorga la sociedad, hay una dimensión social que no puede dejar de ser tomada en cuenta porque, en última instancia, los derechos existen porque existe el todo social.

El tratamiento jurídico detallado de la propiedad se hace en leyes especiales y particularmente en el Código Civil.
Una de las características de la propiedad como derecho es que no puede ser vulnerada y que el Estado sólo puede privar al propietario de lo que es suyo mediante la expropiación, que es un procedimiento por el cual, en base a razones de seguridad nacional o de necesidad pública declaradas por ley, la autoridad toma para sí la propiedad de terceros mediante el cumplimiento de los trámites legales establecidos y pagando previamente en efectivo la indemnización correspondiente.

La caducidad se produce de pleno derecho. El Juez de la causa la declara a petición de parte no pudiendo disponer nuevamente la expropiación del mismo bien por la misma causa, sino después de 5 (cinco) años de dicho vencimiento.
Artículo 532°.- Reversión.- Si dentro del plazo de 12 (doce) meses, computados a partir de la terminación del proceso judicial de expropiación, no se hubiere dado al bien expropiado el destino que motivó esta medida o no se hubiere iniciado la obra para que se dispuso la misma, el anterior propietario o sus herederos podrán solicitar la reversión en el estado en que se expropió, reembolsando la misma suma de dinero percibida como indemnización justipreciada, teniendo derecho a reclamar por los daños y perjuicios que se hubiesen irrogado.
Dentro de los 10 (diez) días útiles de consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la pretensión del demandante, este deberá consignar en el Banco de la Nación el monto percibido con deducción de los gastos y tributos.
El derecho a solicitar la reversión caduca a los 3 (tres) meses contados a partir del día siguiente de finalizado el plazo a que se refiere el primer párrafo del presente artículo».

La indemnización, según la Constitución, debe incluir tanto el valor del bien expropiado como una compensación por el perjuicio que se cause.

Cuando se realiza una expropiación, parte del procedimiento consiste en la tasación del bien, es decir, el valor que el Estado deberá pagar por la expropiación. Durante mucho tiempo, en el Perú el propietario no podía discutir la tasación sino sólo aceptar la que se hubiera fijado. Ahora la Constitución permite discutir este aspecto del procedimiento mediante un proceso judicial.

La propiedad es también un derecho constitucional, como puede verse en el artículo 2, inciso 16.

Las semejanzas y diferencias del contrato de compraventa con la expropiación, han sido advertidas por un sector de la doctrina.

Así, Roque Fortunato Garrido y Rosa Cordobera González de Garrido,[113] anotan que el estudio detallado del instituto de la expropiación pública, a más de efectuarse en Derechos Reales, es propio del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo; interesando establecer que el presupuesto está dado por la Constitución nacional cuando indica que nadie puede ser privado de la propiedad sino por causa fundada en utilidad pública, previa ley que la declare y la correspondiente indemnización.

Para los profesores citados, el problema consiste en determinar si la expropiación es un supuesto de venta forzosa. Señalan que no lo es, porque en la expropiación no hay precio sino que existe una indemnización, ya que a pesar del interés público no deja de existir el ejercicio de una facultad sobre la voluntad del enajenante que no puede oponerse a la expropiación pública, pero hay diferencias con la compraventa, que según ellos se han morigerado con la orientación

[113] GARRIDO, Roque Fortunato y GONZÁLEZ DE GARRIDO, Rosa Cordobera. *Compraventa,* páginas 25 y 26. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982.

jurisprudencial argentina de principios de la década de los ochenta.

Recuerdan que el justo precio señalado por la Constitución nacional, según las leyes de expropiación por utilidad pública, tendía a restituir al propietario en la misma situación jurídica en que se encontraba antes de la privación de la posesión y de la propiedad, en virtud del cumplimiento de la ley de expropiación pública; por eso se establecía, y se sostenía, que no existía un precio en el sentido de la compraventa civil, sino una indemnización, donde se comprendía el valor de la cosa y los daños y perjuicios ocasionados; criterio que según los autores consultados se mantiene y marca una diferencia importante, que estaba agudizada por la posibilidad de requerir actualización monetaria en los casos de expropiación por utilidad pública, por tratarse de una obligación de valor, al ser una indemnización, y, en cambio, el precio en la compraventa civil es una obligación dineraria.

A pesar de ello, Garrido y González de Garrido, estiman que la diferencia fundamental se mantiene, porque en la expropiación hay una indemnización y en la compraventa existe un precio; siendo prevaleciente el criterio de considerar que se debe admitir la desvalorización monetaria en todos los supuestos de incumplimiento contractual o de mora en la compraventa (proceder al que puso fin la denominada Ley de Convertibilidad del Austral, que entró en vigencia el 1 de abril de 1991, situación que —a entender nuestro— suprime esa diferencia en el Derecho Argentino contemporáneo).

Opinamos que, si bien la expropiación en el Derecho Peruano se rige por criterios valoristas (argumento del artículo 1236 del Código Civil), y la compraventa por el principio nominalista (argumento del artículo 1234 del Código Civil), éste es un rasgo distintivo evidentemente accesorio, ya que lo fundamental estriba en calificar a la expropiación como contrato o como una figura distinta.

En primer lugar, debe quedar absolutamente claro que el Derecho Peruano no admite la figura del contrato forzoso

(en ninguna de sus dos modalidades), y el contrato es definido por el artículo 1351 del Código Civil como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial; a lo que se agrega lo dispuesto por el artículo 1352 relativo a la celebración de los contratos por el consentimiento de las partes. Esto último significa que si no hay consentimiento, simplemente no habrá contrato. Estaríamos, en todo caso, frente a una figura absolutamente distinta.[114]

[114] Más allá de no concordar en las conclusiones a que arriba el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle en cuanto a la posibilidad de que la ley obligue a las partes a través de una norma legal, a tener entre ellas una relación jurídica patrimonial o que pueda imponerles la obligación de contratar, no porque ello no ocurra en la práctica, sino por el hecho de que todo contrato implica la existencia de una voluntad que aquí —lo más probable— estaría ausente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General,* primera parte, tomo I, páginas 339 y siguientes), consideramos importante recordar sus expresiones respecto de la caracterización del contrato forzoso (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op., cit.* primera parte, tomo I, páginas 329 a 332):

«Bajo el concepto de contrato forzoso se han comprendido, en realidad, dos manifestaciones distintas, que muchas veces se han indebidamente confundido. Una primera, según la cual el ordenamiento jurídico dicta a las partes la obligación de contratar, o sea les impone la obligación de ponerse de acuerdo, para que de este acuerdo surja la relación jurídica. Una segunda manifestación, conforme a la que el ordenamiento jurídico, prescindiendo del acuerdo de voluntades, crea a cargo de las partes la relación jurídica, con carácter similar al contractual. Hay que distinguir, pues, como lo hace GHESTIN, entre 'una obligación legal de contratar' y la creación de 'una relación contractual de origen legal'.

En el primer caso, si bien las partes a quienes se dirige el mandato legal se encuentran obligadas a celebrar el contrato en los términos contenidos en dicho mandato, no se da por celebrado el contrato, sino que se limita a imponer la obligación de celebrarlo, generalmente acompañada de una sanción si no es acatada. Se trata, como dice NIPPERDEY, de 'la obligación impuesta a un sujeto jurídico sin su voluntad obligacional, en base a una norma de orden jurídico y en interés de un beneficiario, de concluir con éste un contrato determinado o a determinar por una parte imparcial'. Esta obligación que asumen las partes es una con prestación de hacer, pues a los obligados se les impone el deber de concordar sus voluntades y de declararlo así.

Por ejemplo, en el Perú el artículo 16° del Decreto Ley N° 18350, tal como ha quedado modificado por el artículo 11° del Decreto Ley N° 19262

y por el artículo 2° del Decreto Ley N° 21849, ha dispuesto que todas las empresas industriales que se constituyan en el país a partir del 1° de enero de 1974 con participación de capital extranjero superior al 49% del capital social, están obligadas a celebrar contrato con el Estado en el que se establecerá los plazos y condiciones para su transformación en empresas industriales mixtas.

LÓPEZ SANTA MARÍA califica esta obligación como contrato forzoso ortodoxo que, según él, se forma en dos etapas: 'interviene, en primer lugar, un mandato de autoridad que exige contratar. Más tarde, quien lo recibió procede a celebrar el contrato respectivo, pudiendo, generalmente, elegir a la contraparte y discutir con ella las cláusulas del negocio jurídico'.

La obligación de contratar puede tener la modalidad de obligar sólo a una de las partes, como ocurre tratándose de las empresas que se encuentran en situación de monopolio y proporcionan bienes o servicios al público, que quedarían obligadas a proporcionarlos a todos los que se le soliciten en las condiciones pre-redactadas por las empresas. Se discute, como se verá más adelante, si se trata de una obligación de celebrar contratos, o de una obligación de proporcionar los bienes o servicios.

La obligación de contratar debe recaer, desde luego, en crear una relación jurídica con finalidad lícita, pues sería inexigible si se tratara de una finalidad ilícita, ya que se estaría obligando a celebrar un contrato nulo, por aplicación del inciso 4, del artículo 219 del Código civil.

Surgen, sobre el particular, dos problemas. El primero radica en saber si es jurídicamente posible imponer a las partes la obligación de concordar sus voluntades, que es, en realidad, una obligación de querer. El segundo problema está relacionado con la exigibilidad del cumplimiento de la obligación.

En cuanto al segundo caso, o sea la creación legal de la relación jurídica, se trata de saber si el ordenamiento jurídico puede vincular obligacionalmente entre sí a dos o más personas o es ésta una función propia del contrato.

LARENZ cita como ejemplo la ley alemana de viviendas que otorgó a los organismos de la vivienda la facultad de exigir a los propietarios de espacio habitaciones 'la conclusión de una relación jurídica' con la persona que dichos organismos designen como arrendatario, estableciendo que 'caso que el propietario no dé su conformidad, podrá el organismo de la vivienda promulgar una disposición que producirá los efectos de un contrato de arrendamiento'.

Agrega el mismo autor que NIPPERDEY considera que tales relaciones de obligación análogas a los contratos, impuestas a las partes por disposición de la autoridad, deben considerarse intrínsecamente de acuerdo con las normas del Derecho privado.

LÓPEZ SANTA MARÍA llama a estas relaciones contratos forzosos heterodoxos, que se 'caracterizan por la pérdida completa de la libertad contractual. La fisonomía del contrato tradicional desaparece íntegramente, pues el legislador constituye el contrato de un solo golpe; no hay que distinguir etapas, ya que el contrato no precisa intercambio de voluntades.

Para nosotros queda claro que la expropiación es un acto de origen legal, ya que no existe expropiación sin Ley que la declare, así como tampoco sin un procedimiento administrativo (y hasta de carácter judicial, si el afectado decide impugnar el valor asignado al bien o —a nuestro entender— incluso la veracidad de las propias causales invocadas para la expropiación).

Dentro de este orden de ideas, podríamos estar frente a una expropiación que no solo carezca del asentimiento del expropiado, sino que cuente con su mayor oposición (situación que, en la práctica, se presentará en todos los procesos expropiatorios).

5.25.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, la compraventa es un contrato simple, ya que solo genera una relación jurídica entre comprador y vendedor.

La expropiación genera también una relación jurídica entre el Estado (expropiante) y el particular (expropiado).

5.25.4. En cuanto a su contenido o área

Mientras la compraventa puede revestir carácter civil, mercantil o especial, la expropiación tiene naturaleza constitucional y administrativa.

Tanto el vínculo jurídico, como las partes y el contenido negocial vienen determinados heterónomamente por un acto único del Poder Público'.

Entre nosotros, diversos Decretos Supremos, dictados al amparo de lo dispuesto por el inciso 20) del artículo 211 de la Constitución (medidas extraordinarias en materia económica y financiera), han prorrogado sucesivamente la vigencia de los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos y establecido el monto de la renta de los mismos».

5.25.5. En cuanto a su autonomía

La compraventa es un contrato principal, pues para su existencia no depende de ningún otro contrato previo.

Por su parte, la expropiación nace a partir de una Ley, acto del Estado que no necesita de ningún otro acto previo. Lo único que se requiere es que dicha Ley sea promulgada y publicada de acuerdo a los cauces establecidos por la Constitución Política y demás normas al respecto; y, naturalmente, que se den los presupuestos de hecho para que proceda tal expropiación.

5.25.6. En cuanto a su formación

La compraventa es un contrato consensual.

La expropiación nace en virtud de una Ley del Congreso de la República.

5.25.7. En cuanto al tiempo

La compraventa es un contrato con vocación de ejecución instantánea e inmediata (salvo los casos de excepción que son materia de estudio en este trabajo).

Por su parte, la expropiación supone un proceso administrativo que, dadas sus características está destinado a tener una duración considerable en el tiempo, hasta que concluya cualquier eventual inconformidad o reclamo por parte del afectado por la Ley expropiatoria.

5.25.8. En cuanto a su negociación

La compraventa es un contrato que se celebra por negociación previa, por adhesión o por cláusulas generales de contratación.

La expropiación, al no ser un contrato, no es susceptible de encuadrar dentro de los criterios clasificatorios, propios de este tipo de actos.

5.25.9. En cuanto al rol económico

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la expropiación podría ser considerada como un acto estatal de similares características, ya que —en cierta forma— está destinado a la circulación de la riqueza (aunque en este caso, extrayendo un bien del ámbito del comercio de los hombres), a la vez que significará un acto de disposición, en la medida que el propietario va a dejar de tener tal condición una vez concluya el proceso expropiatorio, en tanto el Estado va a hacerse de la propiedad de ese bien, a cambio de pagar al afectado su valor.

5.25.10. En cuanto a su función

La compraventa es un contrato fundamentalmente constitutivo, aunque por excepción podría ser regulatorio o modificatorio, mas nunca de carácter extintivo.

Por su parte, la expropiación puede considerarse como un acto de carácter constitutivo.

5.25.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El contrato de compraventa es de carácter individual, pues sólo obliga a las partes que lo celebran.

La expropiación podría ser considerada como un acto o disposición legal que también reviste carácter individual, y no general, pues se trata de un dispositivo destinado a afectar la condición jurídica de un bien perteneciente a una o varias personas.

5.25.12. En cuanto a la prestación

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas; en tanto que de acuerdo a las normas constitucionales y administrativas vigentes, la expropiación también debe revestir carácter de reciprocidad, en la medida que el Estado recibirá la propiedad del bien expropiado y el particular tendrá derecho a que el Estado le pague el valor de dicho bien.

Sin embargo, lamentablemente la historia del Perú ha demostrado que las expropiaciones antes de ser tales son meros actos confiscatorios, en los que el Estado se hace de la propiedad de un bien, a cambio de una suma simbólica —o incluso de nada—, la misma que no representa en lo absoluto el valor del bien. El ejemplo típico al respecto lo tuvimos en los procesos expropiatorios derivados del Decreto Ley N° 17716 (Ley de Reforma Agraria), del año 1969.

Nosotros no estamos a favor de que el Estado abdique de la posibilidad de recurrir a la expropiación, en caso ello resulte absolutamente necesario (a pesar de tener enormes reparos al respecto), pero a lo que sí nos oponemos es a que mediante la expropiación se configuren atropellos y arbitrariedades por parte del Estado en detrimento de los particulares.

5.25.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, la compraventa es un contrato a título oneroso; y, al menos en el plano teórico, la expropiación debe revestir el mismo carácter.

5.25.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio.

La expropiación es un acto de naturaleza conmutativa, aunque podría revestir algunos rasgos de aleatoriedad, en la medida que el Estado expropie un bien que se encuentre en peligro de dejar de existir.

No incluimos dentro de las posibilidades de aleatoriedad en la expropiación, cuando ella recaiga sobre un bien sujeto a litigio, ya que al hacerse de la propiedad del mismo, habrá concluido cualquier controversia; así como tampoco a la expropiación de un bien futuro, pues como se verá oportunamente, éste no ha llegado a tener existencia jurídica propia e independiente (o simplemente puede que ni siquiera exista en el orden físico, razón por la cual, al ser jurídicamente inexistente, mal podría ser objeto de una Ley y ulterior proceso expropiatorios.

5.25.15. En cuanto a sus efectos

La compraventa es un contrato meramente obligatorio u obligacional. La Ley expropiatoria ordena se produzca la transferencia de propiedad del bien expropiado, pero la Ley en sí misma no tiene tampoco efectos reales, ya que la transferencia de propiedad del bien se producirá recién cuando haya concluido el proceso de expropiación, ya sea en la vía administrativa o en la judicial.

5.26. Con el alquiler-venta o arrendamiento-venta

5.26.1. En cuanto al nombre

Tanto la compraventa como el alquiler-venta son contratos nominados.

5.26.2. En cuanto a su regulación

La compraventa es un contrato típico (regulado en los artículos 1529 y siguientes del Código Civil Peruano).

El alquiler-venta también es un contrato típico, tanto en el ámbito social como en el aspecto legal, ya que se hace referencia al mismo (aunque no se le asigna un nombre propio) en el artículo 1585 del Código Civil, norma que establece que las disposiciones de los artículos 1583 y 1584 (relativas a la compraventa con reserva de propiedad) son aplicables a los contratos de arrendamiento en los que se convenga que, al final de los mismos, la propiedad del bien sea adquirida por el arrendatario por efecto del pago de la merced conductiva pactada.

No está demás señalar que dado que el Código de 1984 emplea la expresión «arrendamiento», en vez de aquella que utilizaba el Código Civil de 1936: «locación-conducción», el nombre propio del alquiler-venta sería, en todo caso, «arrendamiento-venta», pero no solo en honor a la tradición, sino porque ello resulta usual en la práctica, vamos a seguir llamando a este contrato por el nombre de «alquiler-venta».

Sin embargo, admitimos que cabría sostener la tesis de que el alquiler-venta es un contrato atípico legal, en la medida que no tiene una regulación propia, sino que solamente existe el aludido artículo 1585 del Código Civil, en el que se hace referencia a la normatividad aplicable al referido contrato. A pesar de ello, nos inclinamos por la primera posición, es decir, aquella que sostiene que estamos en presencia de un contrato típico. Por lo demás, en lo que a este aspecto se refiere, remitimos al lector a lo expresado por nosotros al analizar el artículo 1585 del Código.

El parecido del alquiler-venta con el contrato de compraventa, se da sobre todo en lo que respecta a aquellas compraventas que incluyen una cláusula de reserva de propiedad (también conocida como cláusula de reserva de dominio), situación que queda en mayor evidencia al estar incluido el artículo 1585 dentro del Sub-Capítulo II de la compraventa con reserva de propiedad, parte integrante del Capítulo X del contrato de compraventa, relativo a los pactos que pueden integrar este contrato.

Así, en el artículo 1583 se establece que en la compraventa puede pactarse que el comprador se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él, aunque el bien haya sido entregado al comprador, quien asume el riesgo de su pérdida o deterioro desde el momento de la entrega; agregándose que el comprador adquiere automáticamente el derecho a la propiedad del bien con el pago del importe del precio convenido.

Por su parte, la otra norma del Sub-Capítulo II, el artículo 1584, prescribe que la reserva de la propiedad es oponible a los acreedores del comprador sólo si consta por escrito que tenga fecha cierta anterior al embargo; en tanto que si se trata de bienes inscritos, la reserva de la propiedad es oponible a terceros siempre que el pacto haya sido previamente registrado.

En el caso del alquiler-venta, las cuotas que está obligado a pagar el adquirente, tienen un doble carácter o naturaleza, ya que comparten el hecho de ser renta con el de ser parte del precio convenido (armadas o cuotas del mismo).

Esta dualidad se extiende, obviamente, al adquirente, quien compartirá la naturaleza de comprador y arrendatario, al igual que al enajenante, quien compartirá la condición de vendedor y arrendador.

5.26.3. En cuanto a su estructura

Mientras la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica, el alquiler-venta sería un contrato de carácter complejo, pues comparte rasgos, tanto de la compraventa como del arrendamiento, con lo que podría sostenerse que, independientemente de que le resulten aplicables los artículos 1583 y 1584 (propios de la compraventa), también será un acto que se enmarque dentro de las disposiciones y principios propios del contrato de arrendamiento, en cuanto a muchos otros aspectos distintos a los referidos en los aludidos numerales.

5.26.4. En cuanto a su contenido o área

Como sabemos, la compraventa puede ser un contrato civil, mercantil o de naturaleza especial, en tanto el alquiler venta —sin que ello sea excluyente— será en la mayoría de casos un contrato de carácter civil, sobre todo teniendo en consideración que se utiliza con frecuencia en materia de bienes inmuebles y que el adquirente (comprador-arrendatario) es un particular.

5.26.5. En cuanto a su autonomía

La compraventa y el alquiler-venta son contratos principales, pues para tener existencia no dependen de ningún otro contrato.

5.26.6. En cuanto a su formación

Es sabido que la compraventa y el arrendamiento son contratos de carácter consensual, vale decir, que se celebran con el solo consentimiento de las partes.

Si bien el Código Civil Peruano no incluye norma alguna acerca de la formalidad del contrato de alquiler-venta, podemos deducir que el mismo comparte el rasgo de consensualidad, ello en base a la aplicación de los principios generales de Derecho de contratos.

5.26.7. En cuanto al tiempo

Mientras la compraventa es un contrato que tiene vocación de ejecutarse instantánea e inmediatamente, el alquiler-venta es, por esencia, un contrato de duración, ya que su vigencia estará determinada por el plazo en que se haya pactado el pago de las cuotas, las mismas que a la vez comparten elementos característicos del precio y de la renta.

5.26.8. En cuanto a su negociación

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

Ello no ocurre en los mismos términos respecto al alquiler-venta, ya que generalmente se tratará de un contrato paritario. Sin embargo, podría celebrarse por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, en la medida que, por ejemplo, nos encontráramos ante una empresa que desea celebrar decenas o centenares de estos contratos con respecto a igual número de inmuebles, y, para tal efecto, haya redactado formularios pre-impresos, con el propósito de que todos esos contratos tengan el mismo contenido y todos quienes deseen celebrarlos, deban adherirse a los mismos, sólo llenando algunos datos de identificación, que son de rigor.

5.26.9. En cuanto al rol económico

Sobre este tema, la situación se plantea interesante, pues ambos serían contratos de cambio, en la medida que están destinados a la circulación de la riqueza.

Asimismo, serían contratos de disposición, pues están destinados a justificar la disminución del patrimonio de ambos contratantes. El vendedor-arrendador terminará transfiriendo la propiedad de su bien, en tanto el comprador-arrendatario terminará haciéndose de dicha propiedad, lo que incrementará su patrimonio, pero no debe olvidarse que para que ello pueda ocurrir, el comprador-arrendatario deberá haber pagado el íntegro de las rentas-precio convenido.

Pero, más allá de estas similitudes, hasta que se produzca ese momento final, el alquiler venta podrá ser considerado como un contrato de goce, pues está orientado a permitir que el acreedor disfrute de un bien, sin tener la disponibilidad del mismo.

5.26.10. En cuanto a su función

Ambos contratos son fundamentalmente constitutivos. Sin perjuicio de ello, podrían ser de carácter regulatorio o modificatorio, sobre todo cuando un arrendamiento común y corriente es convertido —por acuerdo de partes— en alquiler venta; pero lo que no podría darse es que estos contratos revistan carácter extintivo, pues ello sería contrario a su naturaleza.

5.26.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Tanto la compraventa como el alquiler-venta son contratos de carácter individual. Mientras la compraventa obliga a comprador y vendedor, el alquiler- venta obliga al vendedor-arrendador con el comprador-arrendatario.

5.26.12. En cuanto a la prestación

Ambos son contratos con prestaciones recíprocas, situación que se deduce de todo cuanto ha sido dicho hasta este momento.

5.26.13. En cuanto a la valoración

La compraventa y el alquiler-venta son contratos que se celebran a título oneroso.

Es claro que no se concibe una compraventa celebrada a título de liberalidad; pero tampoco podría concebirse un alquiler-venta que revistiera esta característica.

5.26.14. En cuanto al riesgo

En tanto la doctrina se ha ocupado profusamente de la conmutatividad como rasgo fundamental, mas no esencial de la compraventa, así como del estudio de los supuestos de

excepción en los cuales la compraventa puede llegar a ser un contrato de carácter aleatorio, no ha ocurrido lo mismo en cuanto al alquiler-venta. Sin embargo, estimamos que el alquiler-venta —si bien es un contrato básicamente conmutativo— nada impediría que el mismo revistiese signos de aleatoriedad, estén estos referidos al bien o a su contraprestación (renta-precio), situación para la cual serían aplicables nuestras doctrinas respecto a la eventual aleatoriedad de los mencionados contratos.

5.26.15. En cuanto a sus efectos

Como todos los contratos en el Derecho Peruano, la compraventa y el alquiler-venta son meramente obligatorios u obligacionales.

5.27. Con el contrato de arrendamiento financiero

5.27.1. En cuanto al nombre

En lo que respecta al nombre, la compraventa y el arrendamiento financiero son contratos nominados.

5.27.2. En cuanto a su regulación

En lo que respecta a su regulación, la compraventa y el arrendamiento financiero son contratos típicos, más allá de que se encuentran regulados en leyes distintas.

En tanto la compraventa está contemplada en el Código Civil, el arrendamiento financiero se rige por normas especiales (concretamente el Decreto Legislativo N° 299, de fecha 26 de julio de 1984 y el Decreto Supremo N° 559-84-EFC, de fecha 28 de diciembre de 1984).[115]

[115] El profesor Carlos Cárdenas Quirós (CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *El Contrato de Arrendamiento Financiero.* En: ARIAS-SCHREIBER PEZET,

Max. *Op. cit.,* tomo II, páginas 320 y siguientes) hace un exhaustivo estudio del contrato de arrendamiento financiero, dentro del cual recuerda cuáles han sido y son las normas que han regulado y regulan a este contrato en el Perú. Nos permitimos recoger sus palabras:

«El contrato de arrendamiento financiero ha sido objeto de modificaciones en la legislación peruana, tanto desde el punto de vista conceptual como de los elementos y los requisitos que se necesitan para la celebración de dicho contrato.

2.1.1. El Decreto Ley N° 18957 de 14 de setiembre de 1971.

Este dispositivo norma la actividad de las empresas financieras. En el artículo 13 de este Decreto Ley se precisan las operaciones que pueden ser realizadas por estas empresas y entre ellas no se encontraba el arrendamiento financiero. Es solamente a partir de la dación del Decreto Ley N° 22738 de 23 de octubre de 1979, por medio del cual se modifican las normas contenidas en el Decreto Ley N° 18957, que se autoriza a las empresas financieras para que puedan poseer maquinarias, equipos y vehículos destinados al arrendamiento financiero (Cfse, artículo 2 del Dec. Ley N° 22738 que sustituye el inciso n) del artículo 13 del D.L. N° 18957), el que consiste —según este Decreto Ley— en la entrega de los bienes muebles anteriormente mencionados a un arrendatario para emplearlos en una actividad económica, con o sin opción para este último, de adquirirlos al término del respectivo contrato.

De esta definición se deriva que los elementos requeridos para poder presentarse el arrendamiento financiero eran los siguientes:

a) Las partes contratantes:
— Una empresa financiera encargada de adquirir maquinarias, equipos y vehículos destinados al arrendamiento financiero.
— El arrendatario que recibe las maquinarias, equipos y vehículos para emplearlos en una actividad económica.

b) El objeto de la prestación:
Bienes muebles tales como maquinarias, equipos y vehículos.
La opción por parte del arrendatario para adquirir al término del contrato estos bienes, podía establecerse o no. Propiamente, sólo en el primer caso cabía la calificación del contrato como uno de arrendamiento financiero.
En el segundo caso, se trata de un contrato de arrendamiento de bienes muebles puro y simple, pues su destino —el de ser empleado en una actividad económica—, no es suficiente para que se le considere como un contrato de naturaleza especial.

2.1.2. El Decreto Legislativo N° 212 de 12 de junio de 1981.

Esta norma determina el tratamiento tributario del arrendamiento financiero, precisando las condiciones y requisitos que debe reunir dicho contrato. El artículo 2° de este Decreto considera como arrendamiento financiero 'el contrato mercantil que tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles adquiridos a terceros por una empresa locadora para el uso por la arrendataria, mediante el pago de cuotas periódicas y

con opción a favor de la arrendataria de comprar dichos bienes por un valor pactado'.

De acuerdo con la regulación establecida en el Decreto Legislativo N° 212, los elementos que se requerían para tipificarse el arrendamiento financiero eran los siguientes:

a) Las partes contratantes:
— Una empresa locadora, que debía ser necesariamente una empresa financiera o cualquier otra empresa autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros para operar de acuerdo a ley.
— La empresa locadora mantiene la propiedad de los bienes materia del contrato hasta la fecha en que la arrendataria ejercita la opción de compra por el valor pactado.
— La arrendataria, debía ser necesariamente una persona jurídica. De acuerdo con el artículo 6 de este Decreto, el contrato de arrendamiento financiero otorga a la arrendataria el derecho al uso de los bienes en el lugar, forma y demás condiciones estipuladas en el contrato. Señala, además, que es derecho irrenunciable de la arrendataria señalar la especificación de los bienes materia del contrato y el proveedor de los mismos, siendo de su exclusiva responsabilidad que dichos bienes sean adecuados para el uso que quiera darles la arrendataria, lo que deberá constar en el contrato.

b) El objeto de la prestación:
Bienes muebles o inmuebles. Establece el artículo 12 del Reglamento de Empresas de Arrendamiento Financiero, aprobado por el Decreto Supremo N° 097-82-EFC de 31 de marzo de 1982, que los bienes materia de arrendamiento financiero deberán ser plenamente identificables y estar inscritos en los Registros Públicos correspondientes. Igualmente, señala el artículo 13 del mencionado Reglamento, que los bienes muebles e inmuebles recuperados por la empresa como consecuencia de las acciones que ejercitase en su calidad de locadora podrán ser objeto de nuevo arrendamiento financiero.

c) La opción a favor de la arrendataria de comprar los bienes muebles o inmuebles objeto del contrato de arrendamiento financiero por un valor pactado:
Se señala en el tercer párrafo del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 212, que la opción de compra de la arrendataria tendrá obligatoriamente validez por toda la duración del contrato y podrá ser ejercitada en cualquier momento hasta el vencimiento del plazo mínimo de 3 años establecido para el contrato de arrendamiento financiero.

d) La forma:
El contrato de arrendamiento financiera debía celebrarse, según el Decreto Legislativo N° 212, mediante escritura pública, la que debía inscribirse en el Registro Público pertinente, en la ficha o partida correspondiente a la arrendataria.

2.1.3. Regulación actual (Decreto Legislativo N° 299 de 26 de julio de 1984 y Decreto Supremo N° 559-84-EFC de 28 de diciembre de 1984).

Según Cárdenas,[116] «Este contrato ha recibido diversas denominaciones: *leasing* en los Estados Unidos de América, *credit-bail* o crédito arrendamiento en Francia, locación financiera en Argentina, alquiler industrial, crédito-arrendamiento y arrendamiento financiero en España. Esta última denominación, que es la más usada en los países de legnua castellana, ha sido la adoptada por la legislación peruana [...]»

Agrega el citado profesor que se «justifica la necesidad de la regulación del denominado contrato de arrendamiento financiero, al que definiremos como un contrato complejo y autónomo por el cual la empresa locadora se obliga a adquirir el bien requerido por la arrendataria y le concede su uso —a cambio del pago de una cuota periódica— por un lapso determinado, vencido el cual la arrendataria podrá dar por terminado el contrato restituyendo el bien (que en ese momento no le resultará de gran valor porque se habrá tornado obsoleto ante el avance de la técnica y porque ya habrá aprovechado de su vida económica y útil, lo que lo motivará a celebrar un nuevo contrato de arrendamiento financiero sobre otro bien acorde con los nuevos desarrollos técnicos), continuar en el uso del bien, de convenirse ello con la locadora; o adquirirlo, ejercitando la opción de compra que tiene, por un precio equivalente a su valor residual.

Es obviamente un contrato básicamente financiero o de crédito, por lo que Trucco expresa que, 'el contrato entre el empresario y la empresa de *leasing* se celebra con anterioridad al momento de adquirir el bien; no tendría sentido que la empresa de *leasing* compre un bien —con la finalidad específica, según veremos, de arrendarlo— si no tiene como contrapartida un compromiso o vínculo contractual con el

El contrato de arrendamiento financiero se encuentra regulado actualmente por el Decreto Legislativo N° 299 de 26 de julio de 1984 y por el Decreto Supremo N° 559-84-EFC de 28 de diciembre de 1984».

[116] CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Op. cit.*, En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, páginas 323 a 325.

empresario; sin esta relación contractual 'empresario—empresa de *leasing*' bien podría darse un 'desistimiento' del empresario una vez que la empresa de *leasing* ya compró el bien de capital que aquel necesitaba' (Eduardo Trucco, ob. cit., pág. 163).

De lo expresado en la definición podemos concluir señalando que:

— El contrato se celebra con el acuerdo de voluntades por el que la empresa locadora se obliga a adquirir el bien y la arrendataria a recibirlo en uso y pagar las cuotas respectivas. La celebración del contrato se produce, por tanto, con anterioridad a la adquisición del bien.
— El contrato debe contener necesariamente una opción de compra a favor de la arrendataria, la que podrá ejercitarla pagando el valor residual del bien».

A lo largo de la historia se han esbozado varias teorías que han intentado explicar la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento financiero.

Una primera, intentó asimilarlo al contrato de préstamo; una segunda, al contrato de depósito, una tercera, al de compraventa; una cuarta, al de arrendamiento; una quinta, al mandato y una sexta, a la gestión de negocios.

Para efectos de nuestro trabajo, resulta de interés hacer referencia a la teoría que lo asimiló al contrato de compraventa.

Según Carlos Cárdenas,[117] quienes sostienen esta teoría afirman que entre la sociedad de *leasing* que transfiere el uso y goce del bien y el usuario —quien lo toma— existe acuerdo en torno al bien y al precio, y que la voluntad real de las partes es celebrar una compraventa a plazos. Agrega que según estos juristas se fortalece este criterio en la circunstancia de que la suma de los alquileres que el usuario debe satisfacer, sobrepasa el valor del material nuevo facilitado, y proporciona además, un beneficio a la sociedad del *leasing*. De otro lado, consideran que la cláusula de opción de compra a favor del usuario, que es esencial en este contrato, es otro argumento para calificarlo como compraventa.

[117] CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Op. cit.*, En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, página 327.

Pero como señala Cárdenas, el contrato de arrendamiento financiero transfiere el uso del bien, mientras que mediante el de compraventa se busca transferir la propiedad del mismo; siendo el mayor problema para distinguir una figura de la otra, el caso de la compraventa a plazos.

Sobre este particular, el propio Cárdenas[118] refiere que el arrendamiento financiero no conlleva una transferencia de la propiedad del bien objeto de la prestación a favor de la arrendataria; ya que a esta última se le transmite solamente la posesión del bien, su uso y disfrute, junto con el derecho a ejercitar la opción de comprar dichos bienes por el valor residual y en el momento pactados.

Igualmente señala que la compraventa a plazos supone desde el inicio, en cambio, la obligación del vendedor de transferir la propiedad de un bien al comprador y la del comprador de pagar su precio en dinero. Si esta obligación del comprador debe cumplirse a plazos, la situación no varía; incluso en el supuesto de que se hubiese pactado la reserva de la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él, no podemos olvidar que el comprador adquiere automáticamente el derecho a la propiedad del bien con el pago del importe del precio convenido.

Cárdenas recuerda las palabras de Daniel Ferrere Lamaison, cuando señala que el hecho de que «el *leasing* pueda ser usado como pantalla para ocultar un pacto de reserva

[118] CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Op. cit.*, En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, páginas 345 y 346.

de dominio en una compraventa, no implica que el *leasing* constituya una compraventa con tales características. La simulación no impide que el *leasing* sea un contrato autónomo y válido, como tampoco impide que existan contratos de arrendamiento con opción de compra que no oculten compraventas con reservas de dominio o que existan compraventas que no encubran una donación simulada. La posibilidad de simulación no afecta la entidad real del contrato. Deberá estarse a la voluntad de las partes, y cuando coinciden la voluntad real y la declarada en celebrar lo que hemos caracterizado como *leasing*, estaremos ante esa figura, y no ante otra. Y recordemos, además, que la simulación deberá probarse, y nunca presumirse. Si la jurisprudencia no reconoce esta realidad, estará creando dificultades innecesarias en la adaptación de las figuras contractuales a la cambiante realidad».

Cárdenas señala que el profesor Francisco Javier Zayas Sanza, al diferenciar estas dos figuras, expresa que: «El fin inicial del *leasing* financiero radica en el goce temporal de unos bienes, no en la transmisión de su propiedad al usuario. En el *leasing* financiero la propiedad de los bienes la conserva la sociedad del *leasing*, que sólo la pierde si el usuario ejercita la opción de compra. En la compraventa con precio aplazado, para que el vendedor conserve la titularidad dominial de los bienes durante el período de pago de las cantidades atrasadas, es necesario que las partes pacten una reserva de dominio o 'pacto de *lex comisoria*'».

5.27.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, sabemos que la compraventa es un contrato simple. El contrato de arrendamiento financiero es uno de naturaleza compleja, que como dice Cárdenas, constituye el resultado de la fusión de elementos propios de otros contratos o modalidades contractuales.

Al respecto, Carlos Cárdenas[119] sostiene —en criterio que compartimos— que el *leasing* es un contrato complejo «Porque su contenido da lugar a la aplicación de diversas formas obligacionales. En él, las prestaciones a cargo de cada una de las partes, se presentan de la siguiente manera: La empresa locadora tiene la obligación de adquirir determinados bienes de capital, maquinaria, equipos, o inmuebles, según las indicaciones de la arrendataria y entregarlos a ésta para su uso, quedando vinculada a su declaración de venderle dichos bienes por el valor pactado. A su turno, la arrendataria tiene la obligación de pagar las cuotas periódicas en el plazo señalado, devolver el bien dado en uso al vencimiento del plazo o ejercitar la opción de compra».

5.27.4. En cuanto a su contenido o área

Sabemos que la compraventa puede ser tanto un contrato civil, como de naturaleza mercantil o especial. En cambio, el arrendamiento financiero, a decir de Cárdenas Quirós,[120] es un contrato mercantil.

El citado profesor indica que:

> El Código Civil pomulgado el 24 de julio de 1984 y que entró en vigencia el 14 de noviembre del mismo año, señala en su artículo 1677 que: 'El contrato de arrendamiento financiero se rige por su legislación especial y, supletoriamente, por el presente título (disposiciones generales acerca del arrendamiento, obligaciones del arrendador y del arrendatario, duración, subarrendamiento, cesión, resolución y conclusión del arrendamiento) y los artículos 1419 a 1425, en cuanto sean aplicables'.

---

[119] CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Op. cit.*, En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, página 333.

[120] CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Op. cit.*, En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, MAx. *Op. cit.*, tomo II, páginas 331 y 332.

¿Se trata entonces de un contrato de naturaleza civil o mercantil?

Es obvio que la línea divisoria entre estos dos campos se difumina cada día más, al punto que los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil fueron unificados en su tratamiento legislativo por el artículo 2112 del Código Civil de 1984, quedando derogados los artículos respectivos del Código de Comercio. En lo que respecta al contrato de arrendamiento financiero, es un contrato mercantil porque así lo establece la legislación especial, aunque su naturaleza como tal es perfectamente discutible. A este respecto, compartimos plenamente la opinión de Garrigues al señalar que: 'No es fácil justificar desde el punto de vista legislativo la distinción entre contrato mercantil y contrato civil. En fin de cuentas, el concepto de contrato mercantil vuelve a plantear el concepto de acto de comercio y de la distinción entre acto de comercio y acto civil. Es el conocido criterio de la calificación automática'. Prosigue señalando el mencionado autor que: 'Si prescindiendo del criterio automático de la inclusión en el Código de Comercio, queremos definir el contrato mercantil atendiendo a su naturaleza específica, diríamos que es el contrato que se produce en el ejercicio de una empresa mercantil. Contrato mercantil y contrato de empresa son términos equivalentes. Por ello, la realidad económica del contrato mercantil subsiste aun en aquellos ordenamientos legislativos, como es el italiano, donde ha desaparecido el Código de Comercio como Código independiente'.

La opinión de Garrigues es válida cuando ambas partes contratantes son empresas. Si una de las partes es una persona natural, es perfectamente aplicable al contrato de arrendamiento financiero la observación que realiza De la Puente y Lavalle cuando analiza la fusión de la compraventa civil y mercantil y que nos permitimos transcribir a continuación: 'Es de todos conocida la dificultad que surge para solucionar el conflicto entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil tratándose de la compraventa mixta, o sea aquélla en que una de las partes busca una finalidad mercantil y la otra una civil, como ocurre en las operaciones bancarias de venta de valores que son mercantiles para el banco pero no para el cliente, o en las ventas en tiendas que son mercantiles desde el punto de vista del comerciante, pero no desde el del consumidor. Si no se quiere recurrir al absurdo jurídico de partir en dos el contrato de compraventa para someter a una de las partes al Derecho Civil y la otra al Derecho Mercantil, resulta actualmente necesario optar entre uno y otro Derecho, lo cual no siempre es tarea fácil'.

5.27.5. En cuanto a su autonomía

Tanto la compraventa como el arrendamiento financiero son contratos principales, pues no requieren la existencia previa de contrato alguno.

5.27.6. En cuanto a su formación

La compraventa y el arrendamiento financiero son consensuales.

5.27.7. En cuanto al tiempo

Mientras la compraventa es un contrato que tiene vocación de ejecutarse de manera inmediata e instantánea (salvo los casos de excepción analizados en este trabajo), el arrendamiento financiero es un contrato de duración y ejecución continuada, en lo que respecta al uso del bien y periódica en lo que se refiere al pago de las cuotas convenidas.

5.27.8. En cuanto a su negociación

La compraventa se celebra usualmente por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

5.27.9. En cuanto al rol económico

Consideramos que la compraventa y el arrendamiento financiero son contratos de cambio y de disposición.

5.27.10. En cuanto a su función

La compraventa y el arrendamiento financiero son fundamentalmente contratos constitutivos; pero podrían, por excepción, ser regulatorios o modificatorios, mas nunca extintivos.

5.27.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Tanto la compraventa como el arrendamiento financiero son contratos de carácter individual, pues solo obligan a las partes que intervienen en su celebración (las partes contratantes).

5.27.12. En cuanto a la prestación

El contrato de compraventa y el contrato de arrendamiento financiero son contratos con prestaciones recíprocas.

Como dice Carlos Cárdenas,[121] en el arrendamiento financiero, la empresa locadora es deudora del bien mueble o inmueble y acreedora de la renta señalada en cuotas periódicas, mientras que la arrendataria es deudora de la renta y acreedora del bien materia del contrato.

5.27.13. En cuanto a la valoración

La compraventa y el arrendamiento financiero son contratos que se celebran a título oneroso.

---

[121] CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Op. cit.*, En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, página 334.

5.27.14. En cuanto al riesgo

Sabemos que la compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo, y excepcionalmente aleatorio. La doctrina por lo general no repara en el tema del riesgo respecto del contrato de arrendamiento financiero, tal vez porque se da por entendido que es un contrato conmutativo, al conocerse perfectamente en el momento de celebrarse el contrato, en qué consistirán las prestaciones a ejecutar. Sin embargo, entendemos que pactar un arrendamiento financiero de carácter aleatorio sería plenamente posible, pues ello no atentaría contra la esencia del mismo.

5.27.15. En cuanto a sus efectos

El arrendamiento financiero, al igual que la compraventa y todos los contratos celebrados de acuerdo al Derecho nacional, es meramente obligatorio u obligacional.

5.28. Con el contrato de donación indirecta o atípica

Cuando analicemos el tema del cuarto requisito del precio, consistente en su seriedad, abordaremos el punto del problema planteado por los precios vil e irrisorio frente al tema de la llamada donación indirecta. Sin perjuicio de las apreciaciones que allí se sostendrán, recordaremos que el negocio indirecto —producto de la inercia jurídica— supone un recurso de las partes para conseguir no el fin práctico del medio empleado, sino un fin ulterior diferente. Existe en estos casos negocio indirecto porque las partes recurren a un negocio para conseguir por su intermedio, indirectamente, un fin diferente. El empleo del negocio medio se funda en la voluntad de las partes, que quieren sujetarse tanto a la forma como a la disciplina de fondo del negocio medio, así, por ejemplo, a través de una venta, lograr una liberalidad. En tal sentido, el negocio jurídico indirecto consistiría

en emplear una determinada forma jurídica para conseguir indirectamente una finalidad económica que no pueda alcanzarse de modo directo.

Víctor A. Villavicencio Cúneo[122] sostiene que las partes para alcanzar el fin ulterior que desean, hacen uso en la donación indirecta de un camino oblícuo, transversal; siendo la lenta adecuación del Derecho a las necesidades económicas, una de las causas de la utilización indirecta de las formas jurídicas.

Dentro de ese orden de ideas, en la donación indirecta el donante hace actuar la liberalidad recurriendo a un diverso medio jurídico, que solamente de reflejo lleva ventaja al beneficiario. En las donaciones indirectas, el primer plano lo ocupa un negocio distinto que el de la donación, el cual actúa ulteriormente el efecto económico de la liberalidad; siendo natural que se someta a la forma requerida para celebrar el negocio medio, porque éste es el único que interesa al Derecho.

Así, a manera de ejemplo de una donación indirecta, relacionada con un contrato de compraventa, podríamos citar el caso en que comprador y vendedor celebren una compraventa sobre un automóvil nuevo de una reconocida marca, que en el mercado tiene un valor aproximado de cuarenta mil dólares de los Estados Unidos de América; pactando como precio el de quinientos nuevos soles.

No se trata, por cierto, de un acto simulado, pues vamos a suponer que existe el ánimo por parte del vendedor de cobrar al comprador los quinientos nuevos soles y, más aún, que realmente los cobra.

También vamos a suponer que no existe ningún otro elemento que lleve a que dicho acto pueda perjudicar los intereses de terceros, así como tampoco alguna causal que haga peligrar la validez o eficacia del acto.

[122] VILLAVICENCIO CÚNEO, Víctor A. *Las Donaciones Indirectas o Atípicas*. Tesis elaborada y sustentada para optar el grado de bachiller en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, páginas 51 y siguientes. Lima, 1965.

Es dentro de este supuesto que vamos a analizar las semejanzas y diferencias existentes entre el contrato de compraventa y la donación indirecta, celebrada empleando la forma de compraventa.

5.28.1. En cuanto al nombre

Es claro que el contrato de compraventa es uno de carácter nominado. No podemos efectuar similar afirmación respecto a la donación indirecta; esto, por cuanto, como ha sido dicho, el tema del negocio jurídico indirecto, no solo no ha sido regulado en nuestra legislación, sino que tampoco es conocido con ese nombre ni en la doctrina peruana, ni en la práctica jurídica y judicial de nuestro país.

Es en virtud de estas consideraciones que podríamos llegar a la conclusión de que la llamada donación indirecta es un acto de carácter innominado dentro del Derecho Civil Peruano.

5.28.2. En cuanto a su regulación

En tanto la compraventa es un contrato típico, que se encuentra regulado en el Código Civil, la donación indirecta vendría a ser un contrato atípico, pues —lo reiteramos— ni ella ni el negocio jurídico indirecto han merecido regulación en ninguno de los Códigos Civiles que han tenido vigencia en el Perú.

5.28.3. En cuanto a su estructura

Si tomamos en cuenta que la donación indirecta (en la configuración que venimos manejando) es en realidad una compraventa, tendríamos que llegar a la conclusión de que por su estructura es un contrato simple, pues da lugar a una sola relación jurídica.

5.28.4. En cuanto a su contenido o área

En tanto la compraventa puede tener naturaleza civil, mercantil o especial, la donación indirecta es un contrato esencialmente civil, por cuanto se desprende de su configuración el hecho de que jamás podría tener un fin de lucro, ya que tras esa apariencia de compraventa existe un evidente ánimo de liberalidad, tendiente a favorecer al aparente comprador, parte que —en estricto Derecho— sería un donatario.

5.28.5. En cuanto a su autonomía

La compraventa y la donación indirecta son contratos principales, pues para tener existencia no dependen de que se haya celebrado previamente algún otro contrato.

5.28.6. En cuanto a su formación

La compraventa es un contrato consensual, pues se celebra con el solo consentimiento de las partes. La donación indirecta reviste apariencia y formalidades de una compraventa, pero dentro de la teoría del negocio jurídico indirecto, para ser considerada donación, debería cumplir con los requisitos de forma que el Código Civil Peruano establece en sus artículos 1623, 1624 y 1625.

Ahora bien, está claro que dentro de la lógica del Derecho Peruano, la donación indirecta podría ser considerada como una simple compraventa, razón por la cual, para su validez no se requeriría del cumplimiento de formalidad alguna.

5.28.7. En cuanto al tiempo

La compraventa y la donación indirecta son contratos cuya vocación es que se ejecuten de manera inmediata e instantánea, pero resulta posible que tanto en uno como en

otro las partes recurran a imponerse plazos suspensivos para la ejecución de sus prestaciones, o, en el caso de la compraventa a plazos, sería evidente que la misma se sujetaría a una ejecución cuya duración se prolongaría en el tiempo, y podría calificarse como periódica, en razón de los diversos momentos en los que el comprador tendrá que pagar el precio.

5.28.8. En cuanto a su negociación

Por su negociación, la compraventa puede ser un contrato paritario o de negociación previa o un contrato celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En cambio, la donación indirecta, al ser un acto de liberalidad, pensamos que básicamente se celebrará por negociación previa.

5.28.9. En cuanto al rol económico

En lo que se refiere al rol económico, sabemos que la compraventa es un contrato de cambio y de disposición. En apariencia, la donación indirecta también lo sería; y si vamos al fondo del tema, la donación indirecta sería un contrato de cambio, pues también se encontraría comprendido dentro de esa clasificación, ya que la riqueza circula mediante el simple cambio sin necesidad del intercambio (a diferencia de lo que ocurre en el contrato de compraventa).

Y en el fondo también sería un contrato de disposición, pues estaría destinado a justificar la disminución del patrimonio de una persona (en este caso, a cambio de una contraprestación insignificante).

5.28.10. En cuanto a su función

Tanto la compraventa como la donación indirecta son fundamentalmente contratos constitutivos, pero —por ex-

cepción— podrían tener carácter regulatorio o modificatorio; nunca extintivo.

5.28.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

La compraventa y la donación indirecta son contratos de carácter individual, pues solo obligan a las partes que los celebran.

5.28.12. En cuanto a la prestación

De acuerdo a nuestro ordenamiento positivo, la compraventa y la donación indirecta serían contratos con prestaciones recíprocas, pues —más allá de la insignificancia de una de las prestaciones en la donación indirecta— se encontraría presente el elemento de reciprocidad, ya que dentro de este negocio no se contempla la posibilidad de que se trate de un acto simulado, así como tampoco de que exista en el «vendedor» el ánimo de perdonar o renunciar al cobro de lo que le corresponde (por más mínimo que sea).

5.28.13. En cuanto a la valoración

Dentro del Derecho Peruano, tendríamos que llegar a la conclusión de que la compraventa y la donación indirecta son contratos celebrados a título oneroso (esto, porque la donación indirecta es un contrato que en el Perú —jurídicamente hablando— es considerado como una compraventa común y corriente); pero en el fondo la donación indirecta es un contrato que se celebra a título de liberalidad, con *animus donandi*, vale decir con la intención de beneficiar al aparente comprador.

5.28.14. En cuanto al riesgo

Sabemos que la compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo, pero que de manera excepcional podría revestir caracteres de aleatoriedad.

Como hemos dicho, en apariencia, la donación indirecta es una simple compraventa, mientras en el fondo se trata de una donación. Dentro de este orden de ideas, como compraventa le serían aplicables las consideraciones que en cuanto al riesgo acabamos de esbozar. Sin embargo, debemos reconocer que al no haberse abordado el tema en la doctrina nacional, tampoco se ha cuestionado la posibilidad de que dicha donación indirecta revista rasgos de aleatoriedad. Pensamos que conceptualmente no existe nada que lo impida, pero reconocemos que estos casos serán —sin duda— excepcionales en la práctica.

5.28.15. En cuanto a sus efectos

Como todos los contratos del Derecho Peruano, la compraventa y la donación indirecta son meramente obligatorios u obligacionales.

5.29. Con la hipoteca

5.29.1. En cuanto al nombre

La compraventa es un contrato nominado, en tanto la hipoteca es un derecho real de garantía, que también reviste la característica de ser nominado, pues siempre se le ha conocido con este nombre.

5.29.2. En cuanto a su regulación

La compraventa es un contrato típico (regulado en los artículos 1529 a 1600 del Código Civil), en tanto la hipoteca

es un derecho real de garantía, también de carácter típico, el mismo que es tratado por los numerales 1097 a 1122 del Código Civil Peruano.

Son muchas las diferencias entre la compraventa y la hipoteca.

En primer lugar, la compraventa es un contrato a través del cual una parte, denominada vendedor, se obliga a transferir la propiedad de un bien a otra parte, denominada comprador, en tanto dicho comprador se obliga a pagarle el precio en dinero o signo que lo represente.

Es claro que la compraventa puede versar sobre bienes muebles e inmuebles.

En cambio, la hipoteca es un derecho real, no un contrato (independientemente de si la constitución de dicho derecho real se basa en el cumplimiento de alguna obligación contractual). Además, la hipoteca solo recae sobre inmuebles.

La compraventa puede celebrarse respecto de bienes determinados (ciertos), determinables (inciertos) o fungibles, en tanto la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes específicamente determinados (argumento del artículo 1100 del Código Civil).

La compraventa puede versar sobre bienes propios o ajenos del vendedor; en tanto la hipoteca solamente puede constituirse sobre bienes del propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley (argumento del artículo 1009, inciso 1, del Código Civil).

La compraventa puede celebrarse sobre bienes futuros (argumento de los artículos 1534, 1535 y 1536 del Código Civil), en tanto la hipoteca no puede constituirse sobre bienes futuros (artículo 1106 del Código Civil).

La compraventa necesariamente es un contrato, pues nace del acuerdo de voluntades entre comprador y vendedor. En cambio, la hipoteca puede nacer de un contrato o de la ley, ya que existen las denominadas hipotecas legales,

las mismas que están reguladas por los artículos 1118 a 1121 del Código Civil.[123]

5.29.3. En cuanto a su estructura

La compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica entre comprador y vendedor.

Por su parte, la hipoteca es un derecho real que se constituye con su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, obligación que ha nacido en virtud de un contrato relativo a la hipoteca, celebrado entre quien se obliga a constituir la hipoteca y el acreedor, que en el contrato de compraventa será el vendedor del bien (independientemente del caso de las hipotecas legales). En tal sentido, podemos decir que el contrato de hipoteca también es de carácter simple, pues sólo obliga a las partes que lo celebran.

---

[123] Los textos de los referidos numerales son los siguientes:

Artículo 1118.- «Además de las hipotecas legales establecidas en otras leyes, se reconocen las siguientes:

1. La del inmueble enajenado sin que su precio haya sido pagado totalmente o lo haya sido con dinero de un tercero.
2. La del inmueble para cuya fabricación o reparación se haya proporcionado trabajo o materiales por el contratista y por el monto que el comitente se haya obligado a pagarle.
3. La de los inmuebles adquiridos en una partición con la obligación de hacer amortizaciones en dinero a otros de los copropietarios».

Artículo 1119.- «Las hipotecas legales a que se refiere el artículo 1118 se constituyen de pleno derecho y se inscriben de oficio, bajo responsabilidad del registrador, simultáneamente con los contratos de los cuales emanan.

En los demás casos, el derecho del acreedor surge de la inscripción de las hipotecas legales en el registro. Las personas en cuyo favor se reconocen dichas hipotecas, pueden exigir el otorgamiento de los instrumentos necesarios para su inscripción».

Artículo 1120.- «Las hipotecas legales son renunciables y también puede cederse su rango respecto a otras hipotecas legales y convencionales.

La renuncia y la cesión pueden hacerse antelada y unilateralmente».

Artículo 1121.- «Las reglas de los artículos 1097 a 1117 y 1122 rigen para las hipotecas legales en cuanto sean aplicables».

5.29.4. En cuanto a su contenido o área

El contrato de compraventa, así como el derecho real de hipoteca pueden revestir naturaleza civil, mercantil o alguna otra especial.

5.29.5. En cuanto a su autonomía

Mientras el contrato de compraventa es de carácter principal, pues no requiere de la preexistencia de ningún otro contrato, la hipoteca es un derecho real de garantía, por tanto, de carácter accesorio, nacido en virtud de un contrato principal en el que se establezca dicha obligación o, en virtud de un contrato posterior, el mismo que revestiría carácter accesorio. Esta naturaleza de la hipoteca se deriva de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1097 del Código Civil, precepto que establece que «Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía de cualquier obligación, propia o de un tercero».

5.29.6. En cuanto a su formación

Mientras el contrato de compraventa es de carácter consensual, el derecho real de hipoteca es de carácter formal. Resulta claro que hay que distinguir el título en virtud del cual alguien se obliga a constituir una hipoteca en garantía de una obligación, de la constitución de derecho real de hipoteca. El primer acto (como contrato) podrá ser de naturaleza consensual, carácter que nunca podrá tener el derecho real de hipoteca, ya que tal como lo establece el artículo 1098 del Código Civil, la hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley; a lo que se agrega lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 1099, en el sentido que uno de los requisitos para la validez de la hipoteca consiste en que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y que se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble.

5.29.7. En cuanto al tiempo

La compraventa tiene vocación de ejecutarse instantánea e inmediatamente (salvo los supuestos de excepción analizados en este trabajo); la hipoteca es un derecho real llamado a durar en el tiempo, pues se constituye como garantía del cumplimiento de una obligación. En tal virtud, la hipoteca durará lo que dure la obligación incumplida, extinguiéndose cuando ella se haya terminado de pagar.

5.29.8. En cuanto a su negociación

La compraventa puede celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación; en tanto lo propio ocurrirá con la hipoteca, la misma que puede constar en formularios pre-impresos. Ahora bien, sería muy difícil encontrar una hipoteca constituida por adhesión, ya que el formulario no podría contener los datos exactos y el valor del inmueble de que se trate, los mismos que tendrían que ser llenados en cada caso concreto.

5.29.9. En cuanto al rol económico

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la hipoteca es de garantía, pues está destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación (haciendo la salvedad que nos estamos refiriendo al contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir hipoteca, mas no al derecho real en sí —el mismo que obviamente no es un contrato—).

5.29.10. En cuanto a su función

Dada la naturaleza de la compraventa y de la hipoteca, estaremos en presencia de actos de carácter constitutivo, pero excepcionalmente podrían ser regulatorios o modificatorios, mas nunca extintivos.

5.29.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El contrato de compraventa y el contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir una hipoteca en favor de otra persona, son de carácter individual, pues sólo obligan a las partes que intervienen en su celebración (independientemente de que el derecho real de hipoteca sólo quedará constituido con su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble).

5.29.12. En cuanto a la prestación

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. El contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir hipoteca en favor de otra puede ser de prestación unilateral (en caso no exista contraprestación) o con prestaciones recíprocas.

5.29.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo que ha sido dicho en el punto anterior, la compraventa será siempre un acto a título oneroso en tanto la hipoteca puede que se celebre a título oneroso o a título gratuito (de liberalidad).

5.29.14. En cuanto al riesgo

Sabemos que el contrato de compraventa es fundamentalmente conmutativo, pero que por excepción puede ser

aleatorio. En cambio, con la hipoteca no ocurriría lo mismo, ya que podría decirse que es netamente conmutativa, dado lo establecido por el artículo 1100 del Código Civil, en el sentido que debe recaer sobre bienes inmuebles específicamente determinados, a lo que se agrega la prohibición de constituir hipoteca sobre bienes futuros, dispuesta por el numeral 1106 del mismo cuerpo legal.

5.29.15. En cuanto a sus efectos

El contrato de compraventa, así como el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir un derecho real de hipoteca, son, como todo contrato celebrado de acuerdo a nuestro ordenamiento positivo, de carácter obligatorio u obligacional.

5.30. Con la prenda

5.30.1. En cuanto al nombre

Mientras la compraventa es un contrato nominado, el derecho real de prenda también reviste dicho carácter.

5.30.2. En cuanto a su regulación

La compraventa es un contrato típico; la prenda es un derecho real de garantía típico, pues se encuentra regulado en la ley (artículos 1055 a 1090 del Código Civil).

En tanto la compraventa puede tener por objeto un bien mueble o inmueble, la prenda sólo recae sobre bienes muebles, al establecer el artículo 1055 del Código Civil Peruano que ella se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación.

Por otra parte, si bien cabe celebrar una compraventa sobre bienes futuros, se podría desprender de lo establecido

por el artículo 1058 del Código Civil que ello no cabe en el caso de la prenda, pues en el inciso 2 de dicha norma se establece como requisito de validez de la prenda que el bien se entregue física o jurídicamente al acreedor, a la persona designada por éste, o a la que señalen las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en la última parte del artículo 1059 (supuesto de prenda con entrega jurídica, en el cual la prenda sólo surte efecto desde su inscripción en el registro respectivo).

Es necesario señalar también que a diferencia de la compraventa, que puede recaer sobre bienes ajenos (artículos 1537 a 1542), la prenda sólo puede recaer sobre bienes propios, al establecer el inciso 1 del artículo 1058 que es requisito para validez de la prenda que grave el bien quien sea su propietario o quien esté autorizado legalmente. Resulta obvio, sin embargo, que a lo que alude el Código Civil es a la constituición del derecho real en sí, mas no al contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir un bien en prenda, ya que en este caso podría presentarse la hipótesis en la cual el obligado todavía no tenga la calidad de propietario de dicho bien.

5.30.3. En cuanto a su estructura

Tanto la compraventa como el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir prenda sobre un bien en garantía del cumplimiento de una obligación, son actos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

5.30.4. En cuanto a su contenido o área

La compraventa y la prenda pueden revestir carácter civil, mercantil o especial.

5.30.5. En cuanto a su autonomía

Mientras la compraventa es un contrato principal, la prenda es accesorio, pues se constituye para garantizar el

cumplimiento de cualquier obligación (argumento del artículo 1055). Sin embargo, es necesario precisar que la constitución de la prenda puede efectuarse en virtud de una obligación nacida del mismo contrato cuya ejecución garantizará, o de un contrato posterior.

5.30.6. En cuanto a su formación

Sabemos que la compraventa es un contrato consensual. El contrato por el cual alguien se obliga a constituir un bien en prenda, también revestiría ese carácter, mas no así el derecho real de prenda, ya que en virtud a lo establecido por el inciso 2 del artículo 1058 del Código Civil, es requisito para la validez de la prenda que el bien se entregue física o jurídicamente al acreedor, a la persona designada por éste o a la que señalen las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en la última parte del artículo 1059, caso en el cual la prenda sólo surte efecto desde su inscripción en el registro respectivo.

Además debe tenerse en cuenta que el numeral 1061 establece que la prenda no surte efecto contra tercero si no consta en documento de fecha cierta, salvo lo dispuesto en la última parte del referido artículo 1059. Por otra parte, el artículo 1062 señala que el documento en que consta la prenda debe mencionar la obligación principal y contener una designación detallada del bien gravado; en tanto el artículo 1063 prescribe que la prenda que garantiza una deuda sirve de igual garantía a otra que se contraiga entre los mismos acreedor y deudor, siempre que la nueva deuda conste por escrito de fecha cierta.

5.30.7. En cuanto al tiempo

La compraventa es fundamentalmente un contrato de ejecución instantánea e inmediata (salvo los casos de excepción estudiados en este trabajo). En cambio, la prenda es —por lo

general— un derecho real con vocación de permanencia en el tiempo, pues la vigencia del mismo se prolongará tanto como resulte impaga o incumplida la obligación que garantiza.

5.30.8. En cuanto a su negociación

Hemos dicho reiteradas veces que la compraventa puede celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En cambio, la prenda es fundamentalmente de negociación previa, sin perjuicio de admitir la posibilidad de casos excepcionales, a los cuales hacemos aplicables nuestros comentarios relativos a la negociación de la hipoteca.

5.30.9. En cuanto al rol económico

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir respecto a otra el derecho real de prenda sobre un bien, es un contrato de garantía.

5.30.10. En cuanto a su función

Tanto la compraventa como la prenda son actos fudamentalmente constitutivos, aunque por excepción podrían tener naturaleza regulatoria o modificatoria, pero nunca extintiva.

5.30.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Por los sujetos a quienes obliga, la compraventa y el contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir un derecho real de prenda sobre un bien, son contratos de carácter individual, pues sólo afectan a las partes que intervienen en su celebración.

5.30.12. En cuanto a la prestación

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. El contrato en virtud del cual nace la obligación de constituir una prenda puede ser celebrado ya sea con prestaciones recíprocas (de existir contraprestación a favor de quien otorga la prenda), como de prestación unilateral, en caso no existiese dicha contraprestación.

5.30.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, el contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir una prenda puede celebrarse tanto a título oneroso como a título gratuito.

5.30.14. En cuanto al riesgo

Hacemos de aplicación a este punto nuestros comentarios que sobre el particular vertimos al analizar las semejanzas y diferencias entre la hipoteca y la compraventa.

5.30.15. En cuanto a sus efectos

Independientemente de la naturaleza real del derecho de prenda, el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir una prenda, es, como todo contrato celebrado dentro de nuestro ordenamiento positivo, uno de carácter meramente obligatorio u obligacional.

5.31. Con la anticresis

5.31.1. En cuanto al nombre

Mientras la compraventa es un contrato nominado, la anticresis es un derecho real también de carácter nominado.

5.31.2. En cuanto a su regulación

La compraventa es un contrato típico. La anticresis es un derecho real de garantía igualmente de carácter típico, encontrándose regulada entre los artículos 1091 y 1096 del Código Civil.

En virtud del artículo 1091 se establece que por la anticresis se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos.

Por otra parte, en el artículo 1093 se señala que la renta del inmueble se aplica al pago de los intereses y gastos, y el saldo al capital; en tanto el numeral 1094 prescribe que las obligaciones del acreedor son las mismas del arrendatario, excepto la de pagar la renta; mientras el artículo 1095 señala que el acreedor no puede retener el inmueble por otra deuda, si no se le concedió este derecho; siendo aplicables a la anticresis las reglas establecidas para la prenda en lo que no se opongan a las consignadas en este título (argumento del artículo 1096).

5.31.3. En cuanto a su estructura

La compraventa, así como el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir el derecho de anticresis, son de carácter simple, pues dan lugar a una relación jurídica.

5.31.4. En cuanto a su contenido o área

La compraventa, al igual que la anticresis, puede revestir carácter civil, mercantil o alguno especial.

5.31.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía la compraventa es un contrato principal, mientras la anticresis es un derecho real de garantía,

razón por la cual siempre revestirá naturaleza accesoria, ya que no podría existir sin la existencia previa de una deuda que esté destinada a garantizar.

5.31.6. En cuanto a su formación

La compraventa es un contrato consensual. En cambio, el contrato en virtud del cual se constituye la anticresis se otorgará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacte (argumento del artículo 1092).

5.31.7. En cuanto al tiempo

La compraventa es un contrato que tiende a ejecutarse instantánea e inmediatamente (salvo los casos excepcionales tratados en esta investigación), mientras que la anticresis tiene vocación de duración en el tiempo, en la medida que subsistirá hasta que se pague (extinga) la obligación que garantiza.

5.31.8. En cuanto a su negociación

La compraventa puede celebrarse tanto por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. No ocurre lo mismo con la anticresis, fundamentalmente porque se trata de un acto constitutivo de un derecho real de garantía que no es usual en la sociedad peruana moderna, y cuya utilización se presenta —sobre todo— en las zonas de la sierra de nuestro país.

5.31.9. En cuanto al rol económico

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la anticresis es un derecho real de garantía.

5.31.10. En cuanto a su función

Tanto la compraventa como la anticresis tienen función fundamentalmente constitutiva; pero, por excepción, podrían ser regulatorios o modificatorios.

5.31.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El contrato de compraventa, así como el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir anticresis a favor de otra, son de carácter individual, pues sólo conciernen en cuanto a sus efectos a las partes que los celebran.

5.31.12. En cuanto a la prestación

Dada la normatividad legal peruana al respecto, podemos decir que la compraventa es un contrato de prestaciones recíprocas, en tanto la anticresis fundamentalmente es un acto de prestación unilateral (argumento de los artículos 1091 y 1094 del Código Civil).

Sin embargo cabría la posibilidad de imaginar la constitución de una anticresis que implicase la ejecución de una prestación a favor del propietario del bien, sobre todo en caso la constituya en garantía de la obligación de un tercero (y, precisamente, la contraprestación vendría de parte de ese tercero).

5.31.13. En cuanto a la valoración

Sabemos que el contrato de compraventa se celebra, por esencia, a título oneroso, en tanto la anticresis, si bien en la mayoría de los casos se celebrará a título gratuito (sin contraprestación alguna), resulta posible imaginar que se celebre de manera onerosa.

5.31.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y por excepción aleatorio. La conmutatividad o aleatoriedad de la anticresis es un punto que no ha sido abordado suficientemente por la doctrina. Sin embargo, consideramos que ello se ha debido a la presunción de su carácter conmutativo. Nada impediría imaginar una anticresis constituida de manera aleatoria.

5.31.15. En cuanto a sus efectos

Tanto el contrato de compraventa, como aquel por el cual una parte se obliga a dar en anticresis un bien en favor de otra, en garantía de una obligación, son de carácter meramente obligatorio u obligacional, como todos los contratos celebrados de acuerdo al Derecho Peruano.

5.32. Con el contrato de institución de heredero o legatario

Antes de comentar las semejanzas y diferencias existentes entre ambas figuras, consideramos conveniente señalar que todo el razonamiento que esbozamos a continuación parte del supuesto en que se considere válido —en abstracto— al contrato de institución de heredero o de legatario, ya que dicho contrato es nulo dentro del Derecho Peruano, por lo establecido en el artículo 1405, norma que prescribe la nulidad de todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora. Es el caso de los pactos o contratos sucesorios, los mismos que son nulos en casi todos los países de nuestra tradición jurídica, salvo los casos de Alemania y Suiza, en donde se les permite, pero sujetos a severas restricciones.

En primer lugar, vamos a ocuparnos del pacto de institución de heredero o legatario, en cuanto podría revestir si-

militud con respecto al contrato de compraventa. Creemos que el caso en el cual ambos contratos revestirían mayor semejanza sería el pacto de institución de legatario, en el cual el instituyente se obligue en vida para que al momento de su muerte un bien determinado de su patrimonio pase o se transfiera —a título de legado— al patrimonio del instituido o beneficiario; realizándose este acto a título oneroso, vale decir, incluyendo una contraprestación, a ejecutar por parte del beneficiario en favor del instituyente.

Es respecto de este pacto que analizaremos sus semejanzas y diferencias con el contrato de compraventa, a la luz de nuestra legislación civil.

5.32.1. En cuanto al nombre

Como sabemos, de acuerdo al nombre, la compraventa es un contrato nominado y así es conocido en toda nuestra tradición jurídica. En cambio, la nomenclatura del pacto de institución de heredero o legatario prácticamente es conocida solo en doctrina, pues al ser una figura sancionada con nulidad en la mayoría de países, el común de la población no conoce o es ajena al significado de este nombre. Pensamos que únicamente cierto sector de profesionales del Derecho, entendidos en la materia, tienen verdadero conocimiento del tema.

5.32.2. En cuanto a su regulación

La compraventa es un contrato típico y, obviamente, válido. En cambio, el pacto de institución de heredero o legatario no tiene tipicidad legal (así como tampoco social), a lo que se agrega el hecho de que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1405 del Código Civil, se le sanciona con nulidad, pero no de manera específica sino genérica, ya que el referido numeral establece la nulidad de todos los pactos sucesorios.

5.32.3. En cuanto a su estructura

Independientemente del tema de la validez, el pacto de institución de heredero o legatario resulta ser un contrato simple (al igual que la compraventa), pues da lugar a una relación jurídica entre el instituyente y el instituido o beneficiario, ya sea en calidad de heredero o legatario.

5.32.4. En cuanto a su contenido o área

Hemos dicho reiteradas veces que la compraventa puede ser de contenido civil, mercantil o especial. Entendemos que si fuera válido el pacto sucesorio de institución de heredero o legatario, revestiría fundamentalmente naturaleza civil.

5.32.5. En cuanto a su autonomía

Tanto la compraventa como el pacto de institución de heredero o legatario son contratos de carácter principal, pues no requieren (en el plano teórico) de ningún otro contrato previo para existir.

5.32.6. En cuanto a su formación

Siempre en el supuesto hipotético de que el pacto de institución de heredero o legatario fuese válido (de no existir el artículo 1405 del Código Civil), el mismo revestiría carácter consensual, al igual que la compraventa.

5.32.7. En cuanto al tiempo

La compraventa es un contrato que tiene por vocación —generalmente— ejecutarse de manera instantánea e inmediata (salvo los casos de excepción estudiados en este trabajo). En cambio, el pacto de institución de heredero o legatario no tiene vocación de ejecución inmediata, pues la transfe-

rencia de propiedad del bien estaría supeditada al momento de la muerte del instituyente, más allá de si la transferencia de propiedad del bien se produce de manera inmediata a dicho acontecimiento.

Es en virtud de ello que estimamos que los pactos de institución de heredero o legatario son contratos sujetos a un plazo suspensivo determinable, el mismo que estará signado por el momento de la muerte del instituyente. En la hipótesis de que estos pactos no fueran nulos, su validez comenzaría al momento de su celebración, en tanto que resultarían eficaces sólo a partir de la fecha de la muerte del instituyente, a menos que se hubiesen pactado con contraprestación a ejecutar por el instituido o beneficiario, en vida del instituyente.

5.32.8. En cuanto a su negociación

La compraventa puede celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Si fuese válida la institución de heredero o legatario, se celebraría fundamentalmente por negociación previa, ya que dadas las características de este contrato, no resultaría factible pensar en que se celebrara por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

5.32.9. En cuanto al rol económico

Ambos contratos (la compraventa y el pacto de institución de heredero o legatario) pueden ser considerados de cambio y de disposición.

5.32.10. En cuanto a su función

La compraventa y el pacto de institución de heredero o legatario serían contratos constitutivos, aunque excepcionalmente podrían ser modificatorios o regulatorios; mas nunca extintivos.

5.32.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Ambos contratos serían de carácter individual, ya que solamente obligarían a las partes que los celebran.

Sin embargo, deberíamos reparar en el hecho de que si el pacto de institución de heredero o legatario fuese válido, el mismo no sólo afectaría a quienes lo celebraron, sino también a los demás sucesores del causante que instituyó como heredero o legatario a alguien.

5.32.12. En cuanto a la prestación

Mientras la compraventa siempre es un contrato con prestaciones recíprocas, el pacto de institución de heredero o legatario podría celebrarse tanto a título de prestaciones recíprocas como a título de prestación unilateral (como liberalidad), siempre que el beneficiario de dicha institución no tenga que ejecutar prestación alguna en favor del instituyente o de un tercero.

5.32.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo sostenido en el punto anterior, la compraventa siempre será un contrato celebrado a título oneroso, en tanto el pacto de institución de heredero o legatario podría celebrarse, ya sea a título oneroso como a título gratuito.

5.32.14. En cuanto al riesgo

Como sabemos, el contrato de compraventa es fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. Poco se ha dicho sobre esta materia en relación al pacto de institución de heredero o legatario. Pero, pensamos que si fuese un contrato válido (es decir, sin considerar la existencia del artículo 1405 del Código Civil), y manteniendo intactas todas las normas de nuestro ordenamiento legal, podría

llegarse a la conclusión de que sería un contrato aleatorio, ya que se tendrían que respetar los preceptos relativos a la legítima hereditaria (artículos 724 a 727 del Código Civil); así como tener presente lo establecido por el artículo 1629 del propio Código, relativo a la donación inoficiosa (en caso que estemos frente a un pacto de institución de heredero o legatario celebrado a título de liberalidad).

5.32.15. En cuanto a sus efectos

De tener validez el pacto de institución de heredero o legatario, sería, dentro del Derecho Peruano —al igual que todo contrato— meramente obligatorio u obligacional.

5.33. Con la compraventa de herencia futura

Como ha sido dicho en nuestra introducción al tema de los pactos sucesorios, uno de ellos es la compraventa de herencia futura, a través del cual el eventual futuro heredero celebra un contrato con un tercero (que puede ser ajeno o no a la futura sucesión), a través del cual se obliga a transferirle la propiedad sobre la herencia que reciba en el futuro respecto de un determinado causante (que al momento de la celebración de dicho pacto se encuentra vivo). Así, al tiempo de la muerte del causante, quien tendría derecho al patrimonio hereditario que le correspondería al eventual heredero, no sería dicho heredero, sino el tercero que contrató con él, quien habría adquirido los derechos sobre la herencia de aquella persona que todavía vive.

Es claro que este pacto tiene similitudes con el contrato de compraventa, sobre todo si tenemos en consideración que el patrimonio hereditario podría estar compuesto solamente por uno o más bienes, caso en el cual el contrato se asemejaría mucho a la compraventa.

Finalmente, es necesario precisar que todas las consideraciones que esbozaremos a continuación las hacemos teniendo en cuenta que este contrato sucesorio (al igual que cualquier otro) es nulo, en virtud a lo establecido por el artículo 1405 del Código Civil Peruano; pero nuestro razonamiento lo efectuamos considerando la posibilidad teórica de que fuera válido.

5.33.1. En cuanto al nombre

Sabemos que la compraventa es un contrato nominado y es así conocido por toda la sociedad. No ocurre lo propio con el pacto de compraventa de herencia futura, en la medida que (tal como ocurre con el pacto de institución de heredero o legatario) no es conocido por la sociedad en general, la misma que no tiene una idea clara acerca de sus alcances, precisamente por la nulidad impuesta en el Perú y en casi todos los países de nuestra tradición jurídica respecto a los pactos sucesorios en general. Sin embargo, en el ámbito doctrinario sí se le conoce con el nombre a que hacemos referencia, tal vez como una especie de aquellos pactos sucesorios de disposición de herencia futura.

5.33.2. En cuanto a su regulación

Mientras la compraventa es un contrato típico, el pacto de compraventa de herencia futura no reviste dicha tipicidad legal, siendo nulo en base a lo establecido por el artículo 1405 del Código Civil, norma que —sin embargo— no establece la nulidad puntual de este pacto, sino en general de todos los contratos sucesorios. Por lo demás, incluso como pacto nulo, no podríamos decir que se trata de un contrato típico.

5.33.3. En cuanto a su estructura

De tener validez, el pacto de compraventa de herencia futura sería, al igual que la compraventa común y corriente,

un contrato simple, pues solo afectaría a las partes que lo celebrasen.

5.33.4. En cuanto a su contenido o área

En tanto la compraventa puede tener contenido civil, mercantil o especial, el pacto de compraventa de herencia futura tendría naturaleza fundamentalmente civil.

5.33.5. En cuanto a su autonomía

En el plano teórico, ambos contratos serían de carácter principal, pues para su existencia no dependerían jurídicamente de ningún otro contrato.

5.33.6. En cuanto a su formación

De ser válido el pacto de compraventa de herencia futura, sería, al igual que el contrato de compraventa, uno de carácter consensual, pues se celebraría con el solo consentimiento de las partes, no requiriéndose el cumplimiento de ninguna formalidad específica.

5.33.7. En cuanto al tiempo

Mientras la compraventa común y corriente es un contrato que tiene vocación de ejecución instantánea e inmediata (salvo los casos excepcionales analizados en esta investigación), la compraventa de herencia futura es un contrato que si bien tiene validez desde el momento de su celebración entre el eventual futuro heredero y un tercero, solo surtirá efectos a la muerte del causante, momento en el cual (en el plano teórico, naturalmente) dicho tercero recién podría exigir la titularidad de la porción del patrimonio hereditario que fuera objeto del referido pacto sucesorio.

5.33.8. En cuanto a su negociación

En tanto la compraventa es un contrato que se celebra, ya sea por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, pensamos que de ser válida la compraventa de herencia futura, dada su naturaleza y especiales características, ella solamente se celebraría por negociación previa.

5.33.9. En cuanto al rol económico

La compraventa y el pacto sucesorio de compraventa de herencia futura (de ser válido) serían contratos de cambio y de disposición.

5.33.10. En cuanto a su función

Ambos son contratos constitutivos, sin perjuicio de que excepcionalmente podrían tener carácter modificatorio o regulatorio, mas nunca extintivo.

5.33.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

En caso fuera válida la compraventa de herencia futura, tanto ella como la compraventa común y corriente serían contratos de carácter individual, pues sólo afectarían a las partes que intervinieran en su celebración.

5.33.12. En cuanto a la prestación

Resultaría evidente que al ser ambos contratos una compraventa, tendrían prestaciones recíprocas.

5.33.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo que acabamos de mencionar en el punto anterior, ambos serían contratos celebrados a título oneroso.

5.33.14. En cuanto al riesgo

Siendo ambos contratos una compraventa, les resultarían de aplicación las expresiones que en reiteradas oportunidades hemos vertido con relación a que se trata de un contrato fundamentalmente conmutativo, pero que —por excepción— podría revestir rasgos de aleatoriedad.

5.33.15. En cuanto a sus efectos

Ambos contratos (naturalmente, en el supuesto de validez de la compraventa de herencia futura) serían meramente obligatorios u obligacionales, pues el Derecho Peruano no admite la existencia de contratos de distinto orden.

5.34. Con el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura

En teoría, el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura es aquel que celebra un eventual futuro causante con un heredero forzoso, a través del cual (obviamente en vida del causante) el potencial futuro heredero acepta o renuncia a la herencia que —a la muerte del causante— como tal le correspondería.

Este pacto podría revestir semejanzas con el contrato de compraventa, en la medida que —hipotéticamente— el patrimonio hereditario solo estuviese constituido por uno o más bienes, y que además para aceptar o renunciar a dicha herencia, el potencial heredero recibiera una contraprestación en dinero o signo que lo represente, de parte de su eventual futuro causante.

5.34.1. En cuanto al nombre

Como sabemos, la compraventa es un contrato nominado, en tanto el pacto de aceptación o renuncia de herencia

futura también lo sería, si tenemos en consideración que en doctrina se le conoce con este nombre, más allá de la solución legislativa que se adopte sobre el mismo y de que la mayoría de personas en la sociedad desconocen su existencia.

5.34.2. En cuanto a su regulación

El pacto de aceptación o renuncia de herencia futura es considerado nulo, tanto en virtud de la disposición general del artículo 1405 del Código Civil, como por lo prescrito en el artículo 678 del mismo, numeral que establece textualmente que «No hay aceptación ni renuncia de herencia futura». En este sentido, podríamos —más allá de que es nulo— decir que se trata de un contrato típico.

Por lo demás, en cuanto respecta a la compraventa común y corriente, sabemos es un contrato típico, regulado por los artículos 1529 a 1600 del Código Civil.

5.34.3. En cuanto a su estructura

En el plano teórico, tanto la compraventa simple como el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura, serían contratos de carácter individual, en la medida que sólo afectarían a las partes que intervinieran en su celebración. Sin embargo, en la eventualidad de considerar válida a la aceptación o renuncia de herencia futura, tendríamos que llegar a la conclusión de que dicho pacto podría afectar (para bien) los derechos hereditarios de los demás herederos, pues ellos gozarían del derecho de acrecer.

5.34.4. En cuanto a su contenido o área

Sabemos que, por su contenido, la compraventa podría ser un contrato de naturaleza civil, mercantil o especial. Pensamos que el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura tendría fundamentalmente naturaleza civil.

5.34.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, ambos contratos serían de carácter principal, pues para su existencia no requerirían la de ningún otro contrato.

5.34.6. En cuanto a su formación

Por su formación, sabemos que la compraventa es un contrato consensual. De no existir los artículos 1405 y 678 del Código Civil, que lo proscriben, el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura también sería de carácter consensual.

5.34.7. En cuanto al tiempo

Es sabido que por el tiempo, la compraventa es un contrato que tiene vocación para ejecutarse inmediata e instantáneamente. De ser válida la aceptación o renuncia de herencia futura, dicha validez estaría centrada en el momento de celebración del contrato, pero necesariamente tendríamos que considerar al acto como uno sujeto a plazo suspensivo determinable, el mismo que estará signado por el momento de la muerte del futuro causante, fecha en la cual el acto recién podrá surtir efectos, salvo que haya sido celebrado a título oneroso y el futuro causante se hubiera obligado a ejecutar una prestación —mientras viviera— en favor del aceptante, renunciante o, incluso, de un tercero.

5.34.8. En cuanto a su negociación

En tanto la compraventa se celebra tanto por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, el contrato de aceptación o renuncia de herencia futura (en el entendido de que fuese válido), se celebraría por negociación previa, ya que un acto de esta

naturaleza escaparía de aquellos supuestos de contratación en masa, a los cuales están dirigidos los formularios de contratos por adhesión o celebrados con arreglo a cláusulas generales.

5.34.9. En cuanto al rol económico

En el plano teórico, la compraventa y el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura serían contratos de cambio y de disposición.

5.34.10. En cuanto a su función

Siempre teniendo en cuenta la validez, teóricamente hablando, del pacto de aceptación o renuncia de herencia futura, el mismo y la compraventa tendrían fundamentalmente naturaleza constitutiva, admitiéndose, sin embargo, la posibilidad de que revistan carácter modificatorio o regulatorio, mas nunca extintivo.

5.34.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Por los sujetos a quienes obliga, la compraventa es un contrato de carácter individual, al afectar solamente a quienes lo celebran. Por su parte, el pacto de aceptación o renuncia de herencia futura, podría ser de carácter individual, pero tal carácter se vería mediatizado en función del derecho de acrecer que asistiría a los demás herederos, en caso se tratara de una renuncia de herencia futura.

5.34.12. En cuanto a la prestación

La compraventa siempre será un contrato con prestaciones recíprocas. El pacto de aceptación o renuncia de herencia futura también podría serlo, en la medida que el aceptante o renunciante se obligara a ejecutar una presta-

ción en favor del futuro causante; pero resulta evidente que también podría ser un pacto de prestación unilateral, en la medida que el futuro causante no se obligue a nada respecto del eventual aceptante o renunciante de la herencia.

5.34.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, la aceptación o renuncia de herencia futura podría ser un contrato que se celebre a título oneroso como uno que se celebre a título gratuito.

5.34.14. En cuanto al riesgo

Sobre este particular, podemos decir que la aceptación o renuncia de herencia futura no ha merecido un estudio sobre su carácter conmutativo o aleatorio. Sin embargo, pensamos que —de ser válido— se trataría de un contrato fundamentalmente de carácter aleatorio, ya que el contenido de la herencia sobre la cual se efectúa dicha aceptación o renuncia no es conocido, sino presunto, pues en el lapso que media entre la celebración del contrato y la muerte del causante, el patrimonio hereditario podría variar de manera sustancial.

Por lo demás, como sabemos, la compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio.

5.34.15. En cuanto a sus efectos

De ser válida la aceptación o renuncia de herencia futura, deberíamos llegar a la conclusión de que tanto ella como la compraventa son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

5.35. Con el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro

El artículo 1406 del Código Civil Peruano establece que «Es nulo el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro».

Esta norma, que resulta, por su ubicación y contenido, aplicable a todos los contratos, sin embargo, solo está referida a aquellos contratos que impliquen obligación de disposición de bienes. Consideramos que deberíamos entender por «disposición» a aquellos actos que implican la enajenación del bien, lo que equivale a decir —en cuanto a contratos nominados— que el bien sea materia de la prestación en una compraventa, en una permuta o en una donación, o sea en aquellos contratos en los cuales una parte se obliga a transferir a la otra la propiedad de uno o varios bienes.

A nosotros, como resulta obvio, nos interesa el artículo 1406 en lo referido al contrato de compraventa. Si bien es cierto que en el Título relativo a este contrato y en el Capítulo del bien materia de la venta no se reitera este supuesto (a diferencia de otros ya analizados), es de entera aplicación al contrato de compraventa, lo que equivale a decir que es nulo el contrato de compraventa de la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro.

5.35.1. En cuanto al nombre

La compraventa es un contrato nominado, a diferencia del contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro, el mismo que no recibe por parte de la doctrina ni la legislación un nombre específico con el que se le conozca, más allá de la descripción de su contenido esbo-

zada al tratar de identificarlo. En este sentido, podríamos decir que estamos frente a un contrato innominado.

5.35.2. En cuanto a su regulación

Por su regulación, la compraventa es un contrato típico, regulado en el Código Civil, en tanto el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro es nulo, en virtud de lo prescrito por el artículo 1406 del Código Civil Peruano.

5.35.3. En cuanto a su estructura

Dentro del campo teórico, ambos serían contratos de carácter simple, pues cada uno de ellos da lugar a una sola relación jurídica.

5.35.4. En cuanto a su contenido o área

Mientras la compraventa puede tener naturaleza civil, mercantil o especial, pensamos que de permitirse la celebración de un contrato por el cual alguien disponga sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que pueda adquirir en el futuro, éste sería un contrato fundamentalmente de carácter civil, dada su peculiar naturaleza.

5.35.5. En cuanto a su autonomía

Fuera del tema de la validez, ambos contratos serían de carácter principal, pues no requieren de la preexistencia de contrato alguno.

5.35.6. En cuanto a su formación

En el entendido imaginario de no existir el artículo 1406 del Código Civil Peruano, podríamos señalar que tanto

la compraventa como el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro, son actos de carácter consensual, pues para su celebración sólo se requiere del consentimiento de las partes, sin que deba seguirse formalidad alguna.

5.35.7. En cuanto al tiempo

En lo que respecta al tiempo, ambos contratos difieren sustancialmente. Mientras la compraventa tiene vocación de ejecución inmediata e instantánea (salvo los casos excepcionales estudiados en esta investigación), el contrato por el cual se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro, necesariamente será un contrato sujeto a plazo resolutorio; en buena cuenta, se trataría de un contrato de duración, en la medida que para que surta efectos respecto a la transferencia de dichos bienes, tendrá que haber transcurrido el tiempo necesario para que dicha persona los adquiera o, expresado en otras palabras, para que esos bienes ingresen en su patrimonio.

5.35.8. En cuanto a su negociación

La compraventa puede ser celebrada por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, mientras que el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro (de ser válido), sería indudablemente un contrato celebrado por negociación previa, pues habida cuenta de sus características especiales, escaparía a cualquier lógica que el mismo se celebrara a través de formularios tipo (por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación).

5.35.9. En cuanto al rol económico

Siempre dentro del ámbito teórico, pensamos que ambos contratos serían de cambio y de disposición.

5.35.10. En cuanto a su función

La compraventa, así como un contrato por el cual se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro (en la eventualidad de que fuese válido), serían básicamente contratos constitutivos, sin dejar de reconocer la posibilidad de que revistan naturaleza modificatoria o regulatoria; pero nunca serían de carácter extintivo.

5.35.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Dentro del plano teórico, ambos contratos serían de carácter individual, ya que solo estarían afectando a las partes que intervienen en su celebración.

5.35.12. En cuanto a la prestación

La compraventa siempre será un contrato con prestaciones recíprocas. En cambio, de no existir la norma prohibitiva del artículo 1406, el contrato por el cual se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro, podría ser tanto un contrato con prestaciones recíprocas, como uno de prestación unilateral. Se trataría de un contrato con prestaciones recíprocas, en la medida que el beneficiado con la entrega de dichos bienes se obligara respecto a su contraparte a ejecutar alguna prestación. En cambio, sería un contrato de prestación unilateral, en ausencia de dicha contraprestación (lo que —siempre en el plano teórico— resultaría sumamente exótico).

5.35.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, queda claro que la compraventa siempre será un contrato que se celebre a título oneroso, en tanto el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro, podría celebrarse a título oneroso o a título gratuito.

5.35.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. Pensamos que de ser válido el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona puede adquirir en el futuro, éste sería un contrato básicamente aleatorio, ya que no habría certeza sobre el contenido de la prestación a ejecutar por parte del obligado a ello, ya que resultaría incierto el volumen de bienes que pueda adquirir en el futuro y el hecho mismo de que los llegue a adquirir o no.

5.35.15. En cuanto a sus efectos

De no existir la nulidad establecida por el artículo 1406, nos encontraríamos frente a un contrato meramente obligatorio u obligacional, característica que compartiría con el contrato de compraventa y con todos los contratos que se celebran dentro del ordenamiento jurídico peruano.

5.36. Con el contrato de donación disimulado con apariencia de compraventa

5.36.1. En cuanto al nombre

Un contrato de compraventa que las partes hayan celebrado solo en apariencia, pero que en realidad lo que hayan hecho es celebrar una donación, bajo el manto de la com-

praventa, mientras no sea anulado (y puede que nunca llegue a serlo) será considerado como un contrato de compraventa, y, por consiguiente, le serán de aplicación todas las normas relativas a este contrato. Dentro de tal orden de ideas, ambos contratos serían llamados compraventa.

5.36.2. En cuanto a su regulación

En lo que a este tema respecta, mientras el contrato no se invalide, se regirá por los preceptos relativos a la compraventa. Si se llegara a anular el acto aparente (la compraventa), valdría el acto oculto (la donación), siempre y cuando se cumplan con los requisitos de forma establecidos por los artículos 1623 a 1625 del Código Civil, y en concordancia con lo prescrito por el artículo 191 de dicho cuerpo legal.

5.36.3. En cuanto a su estructura

Tanto la compraventa simple como la donación disimulada de venta son contratos simples, pues cada uno de ellos da lugar a una sola relación jurídica.

5.36.4. En cuanto a su contenido o área

La compraventa simple y la donación disimulada de venta pueden revestir apariencia civil, mercantil o especial, pero en el caso de la donación disimulada de venta, en el fondo se tratará de un acto de carácter civil.

5.36.5. En cuanto a su autonomía

Ambos contratos son de carácter principal, pues para tener existencia no requieren que les preceda contrato alguno.

5.36.6. En cuanto a su formación

La compraventa es un contrato consensual. La donación disimulada de venta también lo es, con la salvedad de

que si el acto llegara a anularse carecería de valor si es que no cumple con los requisitos de forma que la ley establece para el contrato de donación.

5.36.7. En cuanto al tiempo

Ambos contratos tienen vocación de ejecución instantánea e inmediata; lo que no obsta para que las partes puedan haber establecido plazos suspensivos con respecto a la ejecución de las prestaciones materia de los mismos, caso en el cual estaremos frente a contratos de duración.

5.36.8. En cuanto a su negociación

La compraventa simple puede celebrarse tanto por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En cambio, la donación disimulada de venta, dada esta especial característica, necesariamente tendría que ser un contrato de negociación previa.

5.36.9. En cuanto al rol económico

Sobre este punto diremos que ambos contratos son de cambio y de disposición.

5.36.10. En cuanto a su función

Por su función, los contratos bajo estudio son fundamentalmente constitutivos, pero podrían —en casos excepcionales— ser de carácter regulatorio o modificatorio, mas nunca extintivos.

5.36.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Ambos contratos son de carácter individual, pues solamente implican a las partes que han intervenido en su celebración.

5.36.12. En cuanto a la prestación

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. La donación disimulada de venta sólo tendría esta característica en apariencia, pues en realidad —al ser una donación— estaríamos frente a un contrato de prestación unilateral.

5.36.13. En cuanto a la valoración

En apariencia ambos son contratos celebrados a título oneroso; pero en realidad sólo la compraventa tiene esta característica, pues la donación disimulada de venta es —en el fondo— un contrato celebrado a título gratuito.

5.36.14. En cuanto al riesgo

Ambos contratos son fundamentalmente celebrados a título conmutativo, pero en el plano teórico nada impediría que se celebraran de manera aleatoria.

5.36.15. En cuanto a sus efectos

Por sus efectos, ambos contratos, al igual que todos los del Derecho peruano son meramente obligatorio u obligacionales.

5.37. Con la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor

Antes de iniciar el estudio comparativo de la compraventa con la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor, consideramos necesario precisar que el supuesto en el cual ambas figuras podrían revestir cierto parecido es aquel en que se celebra un contrato de cesión de posición contractual, de cualquiera de estas dos formas: si en el contrato (tripartito) el vendedor cede su posición contractual al tercero, con asentimiento del comprador; o si el comprador cede su posición contractual al tercero, con asentimiento del vendedor.

Es a este supuesto al que nos vamos a referir.

5.37.1. En cuanto al nombre

La compraventa es un contrato nominado, en tanto la cesión de posición contractual es una figura contractual también nominada, pero que tiene regulación en la parte general de contratos (artículos 1435 a 1439), tema que es abordado con carácter general y no referido exclusivamente a la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor.

5.37.2. En cuanto a su regulación

La compraventa es un contrato típico, en tanto la cesión de posición contractual es un mecanismo contractual también de carácter típico.

5.37.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica. Lo mismo podría decirse de la cesión de posición contractual de vendedor o de comprador, luego de producida la cual, el tercero cesionario ocupará el lugar que originariamente ocupaba el comprador cedente o el vendedor cedente en el contrato de compraventa.

5.37.4. En cuanto a su contenido o área

Por su contenido, tanto la compraventa como la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor pueden ser considerados contratos civiles, mercantiles o de naturaleza diversa (especial).

5.37.5. En cuanto a su autonomía

Mientras la compraventa es un contrato principal, la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor no lo es. Se trata de un contrato derivado, pues tiene por finalidad mantener una relación contractual similar a la que existía antes de su celebración (la compraventa), pero con distinto comprador o diferente vendedor. Obviamente, no se concibe una cesión de posición contractual (en términos generales) ni una cesión de posición contractual de comprador o de vendedor (en especial), sin la existencia —en este último caso— de un contrato de compraventa.

5.37.6. En cuanto a su formación

La compraventa es un contrato consensual. En lo que respecta a la cesión de posición contractual, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 1436 del Código Civil, norma que establece que la forma de la transmisión se define en función del acto que sirve de base a la cesión y se sujeta a las disposiciones legales pertinentes. Esto significa que si el acto originario (el que sirve de base a la cesión) es una compraventa celebrada de manera consensual, la cesión de posición contractual no requerirá de alguna formalidad adicional. En cambio, sí requeriría de formalidades adicionales en caso las partes se hubieran impuesto, ellas mismas, alguna formalidad especial para la celebración del contrato de compraventa.

5.37.7. En cuanto al tiempo

Por el tiempo, el contrato de compraventa y la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor, son actos con vocación de ejecución inmediata e instantánea, sin perjuicio de que las partes pacten en contrario, de acuerdo a sus intereses.

5.37.8. En cuanto a su negociación

El contrato de compraventa puede celebrarse ya sea por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación; en tanto la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor, dada su naturaleza y peculiaridades, no es un contrato susceptible de estar comprendido en formularios tipo, vale decir, que se celebre por adhesión o con arreglo a cláusulas generales.

5.37.9. En cuanto al rol económico

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la cesión de posición contractual sería un contrato de cambio, de disposición y también de colaboración.

5.37.10. En cuanto a su función

La compraventa es un contrato fundamentalmente constitutivo y por excepción modificatorio o regulatorio. La cesión de posición contractual nunca podría ser constitutiva, pues —como ha sido dicho oportunamente— requiere de la preexistencia de un contrato que sirva de base a la cesión.

Por último, cabe anotar que ninguno de los dos contratos revestirá carácter extintivo.

5.37.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

La compraventa es un contrato individual, pues solo obliga al comprador y vendedor que lo celebran; en tanto la cesión de posición contractual de comprador o vendedor también sería un contrato individual, pero obligaría no a dos partes sino a tres: el cedente (comprador o vendedor), el cedido (vendedor o comprador) y el tercero cesionario.

5.37.12. En cuanto a la prestación

Mientras la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas, la cesión de posición contractual podría ser tanto de prestaciones recíprocas (en la medida que el comprador o vendedor cedente reciba del tercero una contraprestación a cambio de la cesión efectuada), o de prestación unilateral, en caso no exista dicha contraprestación.

5.37.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo que acaba de ser señalado en el punto anterior, resulta claro que la compraventa será siempre un contrato que se celebre a título oneroso, en tanto la cesión de posición contractual de comprador o vendedor se celebrará, ya sea a título oneroso o a título gratuito (de liberalidad).

5.37.14. En cuanto al riesgo

Como sabemos, la compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. La cesión de posición contractual de comprador o vendedor no ha merecido por parte de la doctrina un cuestionamiento al respecto. Sin embargo, pensamos que tal situación obedece al hecho de que se parte de la idea de su conmutatividad, pero a nuestro entender no es la conmutatividad lo que debe definir el punto de partida de este contrato, sino, por el contrario, la aleatoriedad, que será muy probable que el cedente proceda a ceder un derecho sin exacto conocimiento de su contenido, asumiendo el tercero cesionario las consecuencias de un acto de esta naturaleza.

5.37.15. En cuanto a sus efectos

La compraventa y la cesión de posición contractual de comprador o de vendedor son contratos meramente obligatorios u obligacionales, al igual que todos los comprendidos o regulados en el Derecho Peruano.

5.38. Con la gestión de negocios

Antes de iniciar el estudio comparativo del contrato de compraventa con la gestión de negocios, debemos precisar que el punto en donde consideramos existiría confluencia de ambas figuras, es aquel en el cual el gestor, dentro de la realización de actos propios de su gestión, deba adquirir la propiedad de uno o más bienes en beneficio de otro que lo ignora, teniendo derecho al reembolso de dichos gastos.

5.38.1. En cuanto al nombre

Mientras el contrato de compraventa es uno de carácter nominado, la gestión de negocios es una fuente de las obligaciones que también comparte la característica de ser nominada.

5.38.2. En cuanto a su regulación

En tanto la compraventa es un contrato típico (artículos 1529 a 1600 del Código Civil), la gestión de negocios es una fuente de las obligaciones distinta de los contratos (la ley misma), que está regulada entre los artículos 1950 y 1953 del Código Civil.[124]

---

[124] Los textos de los citados numerales son los siguientes:
Artículo 1950.- «Quien careciendo de facultades de representación y sin estar obligado, asume conscientemente la gestión de los negocios o la administración de los bienes de otro que lo ignora, debe desempeñarla en provecho de éste».
Artículo 1951.- «Cuando los actos a que se refiere el artículo 1950 fueran asumidos conjuntamente por dos o más personas, la responsabilidad de éstas es solidaria».
Artículo 1952.- «Aunque no hubiese ratificación expresa, el dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la gestión, debe cumplir las

5.38.3. En cuanto a su estructura

A través de la gestión de negocios la ley obliga al beneficiado por los actos del gestor a retribuir aquellos gastos efectuados por el gestor, con los intereses legales generados a partir del día en que se han realizado; e indemnizar los daños y perjuicios que haya sufrido el gestor en el desempeño de la gestión.

En virtud a lo señalado, la obligación de reembolso es impuesta por la ley, que es la fuente de obligaciones que vincula al gestor con el beneficiario de la gestión; a diferencia de la compraventa, que es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

Con ello no queremos decir que la relación jurídica creada por la gestión de negocios no sea simple; lo que queremos expresar es que a pesar de serlo, no nace en virtud de un contrato.

5.38.4. En cuanto a su contenido o área

Tanto el carácter o contenido de la compraventa como el de la gestión de negocios, puede ser civil, mercantil o especial, dependiendo de en qué consisten los actos de gestión, por un lado, y el objeto de la compraventa, por otro.

---

obligaciones que el gestor ha asumido por él en nombre propio y hacerse responsable de ellas; reembolsar los gastos efectuados por el gestor con los intereses legales generados a partir del día en que se han realizado; e indemnizar los daños y perjuicios que haya sufrido el gestor en el desempeño de la gestión.

La misma obligación le concierne cuando la gestión hubiese tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente, aunque de ello no resultase provecho alguno».

Artículo 1953.- «El juez apreciará las circunstancias que indujeron al gestor a encargarse de la gestión para fijar la amplitud de su responsabilidad, establecer el monto de los gastos que deban reembolsársele y fijar la indemnización por los daños y perjuicios que hubiere sufrido en el desempeño de la gestión».

5.38.5. En cuanto a su autonomía

La compraventa es un contrato principal. La gestión de negocios no puede ser calificada como tal, pues es una obligación nacida en virtud de la ley, pero se asemeja a la compraventa en cuanto no requiere de la preexistencia de contrato alguno.

5.38.6. En cuanto a su formación

La compraventa es un contrato de carácter consensual. La obligación de retribuir la gestión de negocios nace por mandato de la ley.

5.38.7. En cuanto al tiempo

Mientras la compraventa tiene vocación de ejecución inmediata e instantánea, la gestión de negocios está destinada a tener una duración mayor en el tiempo, ya que se prolongará durante todo el lapso en el cual el gestor realice los actos de gestión, hasta que los mismos sean reembolsados por el beneficiario de dicha gestión.

5.38.8. En cuanto a su negociación

La compraventa es un contrato que puede celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. En cambio, la gestión de negocios es una fuente de obligaciones de origen legal.

5.38.9. En cuanto al rol económico

El contrato de compraventa es de cambio y de disposición; mientras la gestión de negocios podría ser calificada como un acto de colaboración.

5.38.10. En cuanto a su función

Consideramos que la compraventa y la gestión de negocios son fundamentalmente constitutivos de obligaciones. En el caso de la gestión de negocios nacerán en el beneficiario de la gestión las obligaciones establecidas en el artículo 1952 del Código Civil.

5.38.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Al respecto, podemos decir que la compraventa es un contrato de carácter individual, pues sólo concierne a quienes participan en su celebración; en tanto la gestión de negocios es una figura legal que —igualmente— solo vincula al gestor y al beneficiado por la gestión.

5.38.12. En cuanto a la prestación

La compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. La gestión de negocios también implica reciprocidad, en la medida que se den los supuestos de los artículos 1950 y 1951, derivándose las consecuencias previstas en los numerales 1952 y 1953 del Código Civil.

5.38.13. En cuanto a la valoración

La compraventa es un contrato que se celebra a título oneroso. La gestión de negocios también implica onerosidad, en tanto los actos realizados por el gestor deberán recibir o merecer reembolso o indemnización de parte del beneficiario de los mismos.

5.38.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. Por su parte, la

gestión de negocios es una figura netamente aleatoria, pues el gestor —al tomar por propia iniciativa la realización de los actos establecidos en el artículo 1950—, es decir careciendo de facultades de representación y sin estar obligado, asume conscientemente la gestión de los negocios o la administración de los bienes de otro que lo ignora, debiendo desempeñarla en provecho de éste.

Decimos que se trata de una figura aleatoria, por cuanto el gestor no tendrá la certeza de que al final el beneficiado por su gestión le termine pagando, o si, por el contrario (en caso el resultado de la gestión no haya sido satisfactorio), el titular del bien o negocio termine reclamando al gestor una indemnización por los daños y perjuicios derivados —precisamente— de su gestión.

5.38.15. En cuanto a sus efectos

El contrato de compraventa es de carácter meramente obligatorio u obligacional, en tanto la gestión de negocios implica un mandato legal de la misma naturaleza.

5.39. Con la promesa unilateral

La promesa unilateral es una figura regulada dentro de las fuentes de las obligaciones en el Código Civil Peruano, entre los artículos 1956 y 1968 del mismo.[125]

---

[125] Los textos de los referidos numerales son los siguientes:
Artículo 1956.- «Por la promesa unilateral el promitente queda obligado, por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona.
Para que el destinatario sea acreedor de la prestación es necesario su asentimiento expreso o tácito, el cual opera retroactivamente al momento de la promesa».
Artículo 1957.- «La promesa unilateral solo obliga a la prestación prometida en los casos previstos por la ley o por acuerdo previo entre las partes interesadas».

Artículo 1958.- «La persona en favor de la cual se hace por declaración unilateral una promesa de pago o un reconocimiento de deuda, queda dispensada de probar la relación fundamental, cuya existencia se presume».
Artículo 1959.- «Aquel que mediante anuncio público promete unilateralmente una prestación a quien se encuentre en determinada situación o ejecute un determinado acto, queda obligado por su promesa desde el momento en que ésta se hace pública».
Artículo 1960.- «Cualquiera que se encuentre en la situación prevista en la promesa o haya ejecutado el acto contemplado en ella, puede exigir la prestación ofrecida.

Si varias personas tuvieran derecho a dicha prestación, ésta corresponde a aquélla que primero dé noticia al promitente de encontrarse en la situación o heber ejecutado el acto».
Artículo 1961.- «Si varias personas cooperan al objeto para el cual se prometió públicamente la prestación, ésta será dividida equitativamente entre todas, atendiendo a la parte que cada una tuviera en el resultado».
Artículo 1962.- «La promesa pública sin plazo de validez determinado, bien sea por no haberlo fijado el promitente o por no resultar de la naturaleza o finalidad de la promesa, obliga al promitente sólo por el plazo de un año contado a partir del momento en que se hizo pública».
Artículo 1963.- «Toda promesa al público puede ser revocada por el promitente en cualquier momento.

Empero, si fuese con plazo de validez determinado, sólo por justo motivo podrá ser revocada por el promitente dentro del indicado plazo, con cargo de indemnizar los daños y perjuicios que la revocación ha causado a quienes justificadamente depositaron su confianza en la vigencia de la promesa».
Artículo 1964.- «La revocación de que trata el artículo 1963 no tiene validez en los siguientes casos:

1. Si no se ha hecho pública en la misma forma de la promesa o en forma equivalente.
2. Si ya se hubiera verificado la situación prevista en la promesa o se hubiera ejecutado el acto contemplado en ella».

Artículo 1965.- «Puede renunciarse anticipadamente al derecho de revocar la promesa».
Artículo 1966.- «La promesa de prestación como premio de un concurso sólo es válida cuando se fije en el anuncio un plazo para la realización del concurso.

La decisión relativa a la admisión de los concursantes o al otorgamiento del premio a cualquiera de ellos, corresponde exclusivamente a las personas designadas en la promesa y, a falta de esta designación, al promitente, siendo obligatoria en ambos casos la decisión».
Artículo 1967.- «Las obras premiadas en los concursos de que trata el artículo 1966 sólo pertenecen al promitente si así se hubiera estipulado (sic) en el anuncio de la promesa».
Artículo 1968.- «Rigen, además, las disposiciones de los artículos 1361, se-

Tal vez el supuesto donde la promesa unilateral encuentre un mayor parecido con el contrato de compraventa sería aquel en el cual, por ejemplo, alguien que ha perdido su perro ofrezca a través de un aviso publicado en el periódico una recompensa de mil nuevos soles a quien se lo entregue sano y salvo. En caso alguna persona lo encuentre, lo devuelva y se haga acreedora de la recompensa, tendremos una figura en la cual el dueño del perro recibirá a su animal (un bien) y entregará la cantidad de dinero prometida a aquel que lo encontró y se lo trajo.

No cabe duda que una figura de estas características revestiría un parecido bastante grande con la denominada compra de bien propio, supuesto que analizaremos oportunamente.

5.39.1. En cuanto al nombre

Mientras la compraventa es un contrato nominado, la promesa unilateral constituye una fuente de obligaciones de carácter no contractual (de naturaleza legal), también nominada y conocida con ese nombre desde hace mucho tiempo.

5.39.2. En cuanto a su regulación

La compraventa es un contrato típico. La promesa unilateral es una figura legal típica, tanto en el aspecto legal como en el aspecto social.

5.39.3. En cuanto a su estructura

La compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una sola relación jurídica entre comprador y vendedor. La

gundo párrafo, 1363, 1402, 1409 y 1410, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la promesa».

promesa unilateral también es de carácter simple, pues es una figura que en virtud del mandato legal vincula al promitente y al destinatario de la promesa que cumple con el objeto de la misma.

5.39.4. En cuanto a su contenido o área

La compraventa puede ser de carácter civil, mercantil o especial. La promesa unilateral, dadas sus características y estructura, fundamentalmente será de naturaleza civil.

5.39.5. En cuanto a su autonomía

La compraventa es un contrato principal, pues no requiere para su validez de la preexistencia de algún otro contrato. La promesa unilateral también es una figura de carácter principal, pues para nacer resulta irrelevante que le preexista alguna otra.

5.39.6. En cuanto a su formación

La compraventa es un contrato de carácter consensual. La promesa unilateral, en principio también lo es.

5.39.7. En cuanto al tiempo

Mientras la compraventa es un contrato con vocación de ejecución instantánea e inmediata, la promesa unilateral es una figura con vocación de duración en el tiempo, por lo menos en tanto dure el plazo de la misma o, en caso de ser indeterminado (y el promitente no lo revoque), hasta que algún destinatario de la promesa cumpla con ejecutar aquello que ha sido objeto de la misma.

5.39.8. En cuanto a su negociación

La compraventa, como contrato que es, puede celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. La promesa unilateral no requiere de acuerdo alguno, bastando con la manifestación de voluntad de aquel que formula la promesa.

5.39.9. En cuanto al rol económico

Respecto al rol económico, sabemos que el contrato de compraventa es uno de cambio y de disposición. Dentro de tal orden de ideas, la promesa podría ser calificada como de colaboración y de disposición.

5.39.10. En cuanto a su función

Tanto la compraventa como la promesa unilateral tienen carácter eminentemente constitutivo. Sería difícil imaginar una promesa unilateral de carácter modificatorio o regulatorio (a diferencia de la compraventa, que sí puede revestir este carácter); pero ninguna de las dos figuras tendrá función extintiva.

5.39.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

En la compraventa quedan obligados comprador y vendedor, razón por la cual se le considera un contrato de carácter individual.

La promesa unilateral también sería individual, pues sólo vincula al que efectúa la promesa con aquel que cumple con obtener el objeto de dicha promesa y decide hacer efectiva la recompensa ofrecida.

5.39.12. En cuanto a la prestación

Por la prestación, la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas. En la promesa unilateral siempre debe haber reciprocidad, en la medida que el acto celebrado implica de por sí la ejecución de una recompensa en favor de aquel que cumple con un determinado acto o hecho, conforme a lo ofrecido.

5.39.13. En cuanto a la valoración

La compraventa y la promesa unilateral son actos de carácter oneroso. Sería imposible imaginar una promesa unilateral de carácter gratuito, pues si así fuese, simplemente no se estaría prometiendo nada.

5.39.14. En cuanto al riesgo

La compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. La promesa podría revestir similares características, ya que en principio, cuando se promete algo, el destinatario de la promesa sabe qué es lo que se va a ejecutar; en tanto si dicho destinatario obtiene aquello por lo que se ha ofrecido algo en la promesa, tendrá derecho a reclamarlo —naturalmente, siempre y cuando cumpla con entregar aquello que era materia de la promesa—.

5.39.15. En cuanto a sus efectos

Tanto la compraventa como la promesa unilateral tienen carácter meramente obligatorio u obligacional.

5.40. Con el contrato de facturación (*factoring*)

5.40.1. En cuanto al nombre

Dentro del Derecho de nuestra tradición jurídica, el contrato de facturación ha ingresado proveniente del Derecho Anglosajón, donde recibe el nombre de *factoring*, y solo en la última década ha venido siendo conocido en nuestro país.

En este sentido, podríamos decir que es un contrato nominado, que se conoce en el Perú fundamentalmente con el nombre de *factoring* y no de facturación.

Dentro de tal orden de ideas, comparte dicho rasgo característico con la compraventa, más allá de que este último es un contrato muchísimo más antiguo.

5.40.2. En cuanto a su regulación

El contrato de *factoring* es un contrato atípico legal, ya que no merece regulación en nuestro ordenamiento jurídico positivo. Ahora bien, en lo que se refiere a su tipicidad social, el mismo viene adquiriéndola paulatinamente, sobre todo en cierto sector de nivel socioeconómico alto del mundo jurídico y comercial, mas no ha sido asimilado aún por la sociedad en su conjunto, a diferencia del contrato de compraventa, que es típico legal y típico social.

Sobre el concepto del *factoring*, Max Arias-Schreiber Pezet y Ángela Arias-Schreiber Montero,[126] anotan que los sujetos del contrato de facturación son el cliente y la empresa de facturación o factor.

---

[126] ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela. *Los Contratos Modernos*, tomo I, páginas 68 a 70. WG Editor, Lima, 1994.

Agregan que el cliente, llamado también factorado, es el que celebra con la entidad de facturación el contrato, persiguiendo la obtención de los servicios de gestión, garantía y financiación que el factor le brinda, pudiendo ser una persona natural o jurídica. En tanto, la empresa de facturación, compañía de *factoring* o factor, es una empresa financiera o un banco que por autorizarlo la ley presta el conjunto de servicios que comprende el *factoring*.

Señalan los profesores citados que los deudores del cliente no integran el contrato, pero son sujetos colaterales, ya que deben ser notificados de la cesión del crédito o créditos, a fin de cancelar las facturas; a pesar de lo cual su consentimiento no es necesario para la validez de la cesión, pues ésta puede llevarse a cabo sin tal requisito, en aplicación del principio contenido en el artículo 1206 del Código Civil Peruano.

Sobre el objeto de este contrato, anotan que puede afirmarse que, desde el punto de vista del cliente, es la intención de obtener los servicios administrativos y de gestión que el factor pueda brindarle, además de la financiación que puede suponerle la cesión de su cartera de clientes. Desde el punto de vista de la entidad de facturación, el objeto consiste en el propósito de obtener una comisión por los servicios que presta, además de un interés en caso de brindar financiación al cliente.

Luego, refiriéndose al objeto de las prestaciones que surgen de las obligaciones derivadas de esta figura, señalan que al tratarse de un contrato complejo, su objeto es también diverso. Así, en primer lugar, a cargo del factor, el objeto consiste en la prestación de una gama de servicios de índole administrativa; tratándose básicamente de servicios de gestión de cartera, investigación de clientela, contabilidad y cobranza, pudiendo extenderse también a servicios de garantía en caso que el factor asuma el riesgo de insolvencia de los deudores, y de financiación en caso que así se hubiere pactado.

En segundo término, refieren que el objeto de las prestaciones a cargo del facturado son los créditos que éste se

obliga a ceder al factor, los mismos que pueden estar representados por títulos valores, facturas, recibos, etc., indistintamente, pudiendo tratarse de créditos vencidos o no, existentes o futuros.

En tercer término, como contraprestación a los servicios que se le prestan, el facturado está obligado al pago de una suma de dinero, generalmente en forma de comisión a razón de un tanto por ciento.

Finalmente, los autores citados señalan que el objeto de la prestación a cargo del facturado puede consistir también en una abstención, lo cual ocurre cuando se pacta la exclusividad del *factoring* a favor de la entidad financiera; casos en los cuales el cliente debe abstenerse de ceder sus créditos a otras entidades mediante nuevos contratos de *factoring*.

5.40.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, sabemos que la compraventa es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

En cambio, el contrato de facturación es un contrato complejo, pues como dicen Max y Ángela Arias-Schreiber,[127] en él concurren tanto un arrendamiento de servicios como una comisión de cobro, una asunción de créditos y una asunción *pro nuptio*.

Señalan que en realidad no existe unanimidad de opiniones respecto a su naturaleza jurídica, considerándosele, en términos generales, como un contrato de financiación.

Citan el parecer de Eduardo Guillermo Cogorno, quien anota que este contrato no se relaciona con ningún otro, sino que es un contrato especial de naturaleza jurídica propia, que puede ser encuadrado dentro de los contratos de crédito. En él, el factor adquiere los créditos mediante la cesión de derechos y acciones, que si se realiza a cambio de un precio, como

---

[127] ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela. *Op. cit*, tomo I, páginas 70 a 72.

sucede en esta materia, adopta las características de una compraventa, pero si bien en realidad —opina Cogorno— dentro de este contrato existe la compraventa, ésta es solo un medio para materializar el crédito que se obtiene con el adelanto del capital por parte de la entidad financiera.

No compartimos el parecer de Cogorno, ya que si el contrato de *factoring* guarda similitud con algún otro acto típico, no es con la compraventa, sino —en todo caso— con la cesión de créditos o derechos crediticios.

5.40.4. En cuanto a su contenido o área

Mientras la compraventa puede ser tanto un contrato civil, como uno mercantil o de naturaleza especial, el contrato de *factoring* es, fundamentalmente, un contrato financiero.

5.40.5. En cuanto a su autonomía

La compraventa —no cabe ninguna duda— es un contrato principal, pues para existir no requiere de ningún otro contrato.

En cuanto al contrato de facturación, Arias-Schreiber[128] sostienen que se debate en doctrina si este contrato es definitivo o preparatorio. Recuerdan que autores como Bianchi y Sussfeld, consideran que el contrato de facturación es en realidad un acuerdo preliminar, por el cual el cliente se obliga a ofertar al factor los créditos que surjan de su actividad empresarial. Si la oferta es aceptada por la empresa de facturación, se celebra, en cada caso, un negocio de cesión de tales créditos. Según estos autores existen dos momentos distintos: el contrato de *factoring* como obligación de ofertar, y la posterior cesión de cada crédito; surgiendo las obligaciones del acuerdo preliminar únicamente para el cliente, ya que el

[128] ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela. *Op. cit.*, Tomo I, Páginas 71 y 72.

factor podría rechazar las ofertas de cesión que aquel fuese haciendo a su favor, sin estar comprometido a aceptarlas.

Arias-Schreiber sostiene además que la tesis del *factoring* como contrato definitivo, por el contrario, expresa que este instituto entraña una cesión global de créditos existentes y futuros; no presentándose, pues, dos momentos distintos, sino uno solo: la cesión de los créditos se produce en el momento de celebrarse el contrato, aun cuando pueda pactarse que, en cada caso, dicha cesión tenga como condición suspensiva que aquellos reúnan las condiciones previstas en el contrato. Arias-Schreiber se inclina por la segunda de las tesis expuestas, pues considera que contemplando todos los elementos presentes en el *factoring* —que no se limitan a la cesión de créditos, sino que abarcan servicios de diversa índole— no hay nada que se oponga a considerarlo como un contrato definitivo cuya ejecución se verifica a lo largo del tiempo; a pesar de lo cual comparten el parecer de García-Cruces cuando sostiene que no obstante el carácter definitivo del *factoring*, no puede olvidarse que, en ocasiones, este contrato se configura no con carácter definitivo y traslativo, sino, por las razones que sean, como un contrato cuadro (entendemos que se refiere a lo que conocemos como un contrato tipo) respecto a los posteriores negocios de cesión.

5.40.6. En cuanto a su formación

Dado que este contrato se asemeja a la cesión de derechos, sería un contrato de carácter formal, pues se debe celebrar por escrito, en virtud de lo establecido por el artículo 1207 del Código Civil Peruano; a diferencia del contrato de compraventa que —como sabemos— es un contrato consensual.

5.40.7. En cuanto al tiempo

La compraventa es un contrato con vocación de ejecución inmediata e instantánea (salvo los casos excepcionales estudiados en este trabajo), en tanto el contrato de *factoring* es de duración, pues tiene por finalidad prolongar su duración en el tiempo, en tanto se tengan que ejecutar las obligaciones nacidas del mismo.

5.40.8. En cuanto a su negociación

Mientras la compraventa puede celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, el contrato de *factoring* generalmente es por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, pues está destinado a celebrarse con infinidad de personas en formularios pre-impresos.

5.40.9. En cuanto al rol económico

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, el *factoring* es un contrato de cambio, disposición y colaboración.

5.40.10. En cuanto a su función

Pensamos que tanto la compraventa como el *factoring* son contratos fundamentalmente constitutivos, pudiendo —de manera excepcional— revestir carácter modificatorio o regulatorio, mas no creemos que en ningún caso puedan ser extintivos.

5.40.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Ambos son contratos individuales, pues solamente obligan a las partes que intervienen en su celebración. En la

compraventa, al comprador y al vendedor; y en el *factoring*, al cliente y a la empresa de facturación (también llamada factor).

5.40.12. En cuanto a la prestación

La compraventa y el contrato de facturación son contratos con prestaciones recíprocas. En este último caso, la prestación del cliente tiene como correlato la de la empresa de facturación o factor.

En el plano teórico, cabría imaginar un contrato de facturación que se celebrara con prestación unilateral, vale decir, uno en el cual solamente el factor asumiese obligaciones, pero dado que se trata de un contrato de carácter mercantil, ello sería algo inusitado en la práctica.

5.40.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo que acaba de ser señalado en el punto anterior, ambos contratos son celebrados a título oneroso; y en el contrato de facturación, el factor recibe la tarifa de facturación y la tasa de interés, en caso éste se haya pactado.

5.40.14. En cuanto al riesgo

Se ha dicho que la compraventa es un contrato fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. En cuanto al contrato de facturación podemos decir que tiene rasgos aleatorios, en la medida que la entidad de facturación no conocerá exactamente —al momento de celebrar el contrato— cuál será el monto total de dinero que perciba por efectos de la cesión de la cartera del cliente, ya que nada nos asegura que los créditos realmente podrán ser cobrados, además de los gastos en que tenga que incurrir el factor para poder conseguir la finalidad esperada.

5.40.15. En cuanto a sus efectos

El contrato de *factoring* es, al igual que la compraventa, un contrato meramente obligatorio u obligacional.

5.41. Con el contrato de franquicia *(franchising)*

5.41.1. En cuanto al nombre

Tanto el contrato de compraventa como el contrato de franquicia son de carácter nominado. La franquicia, originaria de los Estados Unidos de América (*franchising*), es tal vez uno de los contratos modernos que más difusión ha tenido en nuestro país en los últimos diez años, sobre todo con la celebración de franquicias entre empresas franquiciantes extranjeras y compañías franquiciadas peruanas. Casos y ejemplos sobran.

Por lo demás, estimamos que el concepto y el nombre del contrato de franquicia no se han limitado al ámbito jurídico y comercial, sino que muchas personas conocen acerca de qué trata.

5.41.2. En cuanto a su regulación

Mientras la compraventa es un contrato típico legal y social, la franquicia es un contrato atípico legal, pero que va adquiriendo paulatinamente tipicidad social.

5.41.3. En cuanto a su estructura

La compraventa es un contrato simple. La franquicia es un contrato complejo, pues presenta elementos que son propios de otros contratos.

Según refieren los profesores Arias-Schreiber,[129] no es

[129] ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela. *Op. cit.*, tomo I, páginas 102 y siguientes.

fácil definir al contrato de franquicia, debido a que concurren caracteres o modalidades propias de otros contratos, tales como la licencia, el *know how*, el uso del nombre comercial y otros.

Así, recuerdan que el profesor Juan M. Farina señala que la franquicia es básicamente una suerte de simbiosis. Una parte, que es conocida como franquiciante, otorga licencia a un comerciante independiente, llamado franquiciado, para que venda productos o servicios de su titularidad. También traen a colación las expresiones de los profesores Paulo C. Mauro y Gerardo Saporisi, cuando afirman que el contrato de franquicia es el documento que pone en claro el tipo de relación existente entre el franquiciante y el franquiciado dentro del sistema de la franquicia: mostrando qué papel corresponde a cada uno en el desarrollo del negocio, sus responsabilidades, derechos y limitaciones. Agregan que de esta manera, una vez que está bien definida la operación de *franchising*, con sus manuales de operación elaborados, es que puede comenzar a pensarse en la formalización del contrato de franquicia.

Max y Angela Arias-Schreiber también citan las expresiones de Hernán Figueroa Bustamante, cuando señala que por este contrato una empresa matriz o principal promueve y constituye una serie de empresas autónomas vinculadas, a fin de encomendarles la producción o venta de sus productos o servicios, permitiendo que sean ofrecidos al consumidor a precios más accesibles. Así, una empresa principal franquiciante o concedente otorga a la empresa vinculada y eventualmente controlada, franqueada o concesionaria, que actúa con gestión y riesgo propio, el derecho de ejercitar en determinadas condiciones y bajo el control de la concedente, una actividad que por lo general es de producción de bienes o prestación de servicios, valiéndose de medios comunes o de signos distintivos u otros elementos de identificación de la concedente, sea de patentes de invención o de otros conocimientos y de la asistencia técnica de la concedente, a

cambio de un precio o compensación compuesto de una renta fija y una variable proporcional a los ingresos producidos por la explotación del negocio por parte de la concesionaria.

También citan las expresiones del profesor francés Jean Guyenot, quien indica que son concesiones de una marca, producto o servicio a la que se añade la concesión de un conjunto de métodos y medios propios para que la empresa concesionaria asegure la explotación racional de la concesión, administrando la mejor rentabilidad para el concedente y concesionario.

Asimismo, recogen la opinión de Jaime Alberto Arrubla Paúcar, quien sostiene que la franquicia se define como la concesión de una marca de productos o de servicios a la cual se agrega la concesión de conjunto de métodos y medios de venta; habiendo también sido definido como el contrato mediante el cual una empresa concede a empresas independientes, a cambio de cierto canon, el derecho de utilizar su razón social y su marca por la venta de productos o servicios.

Finalmente, para los profesores Arias-Schreiber, el contrato de franquicia es aquel por el cual se otorga licencia a un comerciante independiente, para que pueda vender productos o prestar servicios de reconocido prestigio y eficiencia, a cambio del pago de un canon que se obtiene por este privilegio, más usualmente una regalía sobre las ventas. Agregan que se ha destacado que el significado idiomático de la palabra *franchising* no expresa con exactitud el concepto que encierra el contrato; siendo ésta, por lo demás, una característica propia de los contratos modernos, generalmente surgidos en países anglosajones, los que han venido utilizando sus propias denominaciones, a su vez incorporadas a los países latinos.

Agregan que este contrato es un medio en virtud del cual el titular de una marca o nombre comercial llega al consumidor final, pasando por una serie de establecimientos comerciales previa fabricación del producto u

otorgamiento del servicio de una marca o del nombre de acuerdo a las instrucciones y exigencias del titular; tratándose, en suma, de un medio de colaboración para asegurar la distribución de un producto o servicio, en mercados competitivos.

Cabe agregar, como expresan Max y Ángela Arias-Schreiber, que el contrato de franquicia es *intuitu personae*, pues en él el factor confianza es fundamental, ya que generalmente los franquiciantes ponen mucho cuidado en escoger a los franquiciados, esperando de ellos lealtad, trabajo, espíritu de empresa y, en suma, capacidad e idoneidad. Refieren que uno de los factores más trascendentes para lograr éxito en esta especie de distribución es la capacidad gerencial del franquiciado, quien en realidad maneja su propio negocio y ésta es una de las características que distinguen al *franchising* del contrato de distribución. Así —anotan—, al manejar su propio negocio, resulta obvio que el franquiciado debe ser apto para ello, teniendo las calidades necesarias para operar una empresa pequeña o mediana, por sí solo y a la distancia del franquiciante, muchas veces en zonas alejadas y de difícil acceso, debiendo tener condiciones para operar normalmente día a día.

5.41.4. En cuanto a su contenido o área

Sin duda la franquicia es un contrato de naturaleza mercantil. En cambio la compraventa puede ser tanto mercantil como civil o especial.

5.41.5. En cuanto a su autonomía

Tanto la compraventa como la franquicia son contratos principales, pues para tener existencia no dependen jurídicamente de otro contrato.

Siguiendo a Arias-Schreiber,[130] diremos que en doctrina no se ha establecido con claridad cuál es la naturaleza jurídica del contrato de franquicia. Ellos piensan que se trata de una aglutinación de modalidades de diversos contratos (marca, licencia, distribución, representación), aun cuando hay autores que lo califican como una de las formas de concesión más recientes —caso de Arrubla Paúcar—; en tanto que para Etcheverry, es un contrato completo que involucra en sus múltiples normas legales de Derecho, entre otros, de Derecho Comercial, Industrial, Constitucional y De competencia, toda vez que las relaciones entre las partes, así como sus derechos y deberes, sus responsabilidades y el funcionamiento del propio contrato deben necesariamente considerar las referidas regulaciones legales.

5.41.6. En cuanto a su formación

En el plano teórico, el contrato de franquicia podría ser de carácter consensual, ya que no existe norma alguna que lo regule ni mucho menos que imponga formalidades para su celebración. Pero, en la práctica siempre se celebra por escrito en formularios pre-impresos, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

5.41.7. En cuanto al tiempo

El contrato de compraventa tiene vocación de ejecución inmediata e instantánea (salvo los casos excepcionales estudiados en este trabajo). En cambio, la franquicia es un contrato de duración, en la modalidad continuada.

[130] ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela. *Op. cit.*, tomo I, página 110.

5.41.8. En cuanto a su negociación

Independientemente de los tratos comerciales que existan entre las empresas que pactan un contrato de franquicia, la celebración propiamente dicha de este acto es siempre por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, las mismas que son impuestas por una parte (la empresa franquiciante) a otra (la empresa franquiciada).

5.41.9. En cuanto al rol económico

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la franquicia es un contrato de cambio, pudiendo ser de disposición (cuando recaiga sobre bienes), y también es de cooperación, entre franquiciante y franquiciado.

5.41.10. En cuanto a su función

Tanto la compraventa como la franquicia son contratos fundamentalmente constitutivos, aunque en el plano teórico podrían ser regulatorios o modificatorios; pero nunca extintivos.

5.41.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Ambos son contratos individuales, pues sólo vinculan jurídicamente a las partes que intervienen en su celebración.

5.41.12. En cuanto a la prestación

La compraventa y la franquicia son contratos con prestaciones recíprocas.

5.41.13. En cuanto a la valoración

La compraventa es un contrato esencialmente oneroso. La franquicia también, sobre todo si tenemos en considera-

ción su naturaleza mercantil. Imaginar una franquicia que se celebre a título gratuito o de liberalidad sólo cabría en el terreno teórico.

5.41.14. En cuanto al riesgo

El contrato de compraventa es fundamentalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio. Podría decirse lo mismo del contrato de franquicia, a pesar de que la doctrina generalmente lo estima como conmutativo. Sin embargo, creemos resulta susceptible imaginar su celebración con rasgos de aleatoriedad, de la más variada índole.

5.41.15. En cuanto a sus efectos

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

5.42. Con el contrato de fideicomiso

5.42.1. En cuanto al nombre

La compraventa y el fideicomiso son contratos nominados.

Según anota el Doctor Manuel de la Flor Matos,[131] fideicomiso deriva del latín *fides commisus*; siendo el significado de *fides* «fe», y de *commisus* «comisión» o «encargo», por lo que esta palabra sugiere un encargo de confianza o una co-

[131] DE LA FLOR MATOS, Manuel. *El Fideicomiso. Modalidades y Tratamiento Legislativo en el Perú.* Tesis para optar el título de abogado sustentada en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, página 3. Lima, 1997.

Luego, el referido profesor publicó su tesis, como libro, por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en 1999. Sin embargo, nuestras referencias han sido hechas en torno al trabajo original.

misión basada en la fe que merece una persona. Agrega que lo propio ocurre con la palabra fiducea (expresión con la cual se conoce a este contrato en varios países latinoamericanos), la misma que también deriva del vocablo latín *fides* que, como se dijo anteriormente, significa —en términos generales— fe, confianza o aquello que depende del crédito que merece una persona.

De la Flor cita a Fraenkel, autor que ha estudiado el tema desde el plano filológico, quien caracteriza la *fides* genéricamente como la confianza en algo, señalando después en concreto los matices de esta primera idea. Precisa como uno de los matices, el hecho de que la *fides* radique en una propiedad moral que, atribuida a una persona, da lugar a la confianza, ya sea por amistad, lealtad, probidad, rectitud de conciencia, etc.; presentando como otro caso, la confianza que se puede tener a alguien por sí mismo; en otras palabras, que se confía en una persona haciendo abstracción de sus probables cualidades.

De la Flor resalta que Fraenkel hace referencia expresa a la confianza en la palabra dada por el sólo hecho de ser dada, como la posibilidad más característica de la *fides* en su primera y más antigua acepción.

Manuel de la Flor considera importante lo expresado, pues el contenido del fideicomiso reviste infinidad de matices, variando desde su más antigua acepción en la época romana, hasta aquella que se sustenta en el prestigio, excelencia y solvencia económica de los bancos.

Dentro de tal orden de ideas, podemos decir que en el Perú el contrato de fideicomiso es de carácter nominado, habiendo comenzado a emplearse y ser conocido en los últimos años, sobre todo desde que empezó a tener regulación legislativa en la derogada Ley de Bancos (Decreto Legislativo N° 770).

Anteriormente, se le conocía tanto como fideicomiso o como *trust*, palabra anglosajona, que denota también los orígenes del fideicomiso en la historia reciente.

En este sentido, puede decirse que tanto el fideicomiso como la compraventa son en el Perú contratos nominados.

5.42.2. En cuanto a su regulación

Por su regulación, la compraventa y el fideicomiso son contratos típicos legales. La compraventa se encuentra regulada en el Código Civil. El fideicomiso no se encontraba regulado de manera expresa en nuestra legislación con anterioridad al Decreto Legislativo N° 770 (antigua Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros), pero en base a la libertad de contratar consagrada en la Constitución Política del Perú y en lo dispuesto por el Código Civil en su artículo 1354 («Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo».), puede decirse, como afirma De la Flor Matos, que estaba permitido constituir un negocio fiduciario en nuestra legislación, ello a pesar de no haber sido contemplado expresamente por la ley, pues las partes tienen absoluta libertad para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, siempre que no vaya en contra de una norma de carácter imperativo, el orden público y las buenas costumbres, ni se logre mediante ella un abuso de derecho; pero De la Flor agrega[132] que es muy cierto también que las personas en el Perú no acudían a esta figura para establecer sus relaciones jurídicas, pues resulta evidente que no estamos acostumbrados a celebrar negocios de tal envergadura, como es el consistente en la disposición de bienes, sólo basados en la confianza; siendo así como el fideicomiso nunca fue utilizado en el Perú.

Actualmente, el fideicomiso se encuentra regulado en la nueva Ley de Bancos N° 26702, de fecha 9 de diciembre de 1996, concretamente en los artículos que van del 241 al 274.

[132] DE LA FLOR MATOS, Manuel. *Op. cit.*, página 225.

5.42.3. En cuanto a su estructura

A decir de Manuel de la Flor,[133] el contrato de fideicomiso es simple, a partir de un pensamiento unitario de lo que significa esta figura. De la Flor opina que existe una unión estructural, una sola relación jurídica patrimonial constituida en esencia por elementos tanto reales como obligacionales, teniendo sus efectos un mismo fundamento causal. De este modo, estima que la causa o motivo generador del fideicomiso establece un solo vínculo entre las partes contratantes, creando éste el efecto práctico querido por las partes, razón por la cual deja de lado la posición que considera al fideicomiso como un contrato complejo, que determina que en él existen dos tipos de contratos: uno de efectos reales y otro de efectos obligacionales, que están vinculados entre sí.

En este campo, el fideicomiso se asemeja a la compraventa, que también es un contrato simple.

5.42.4. En cuanto a su contenido o área

Sabemos que la compraventa es un contrato civil, mercantil o de naturaleza especial. De acuerdo a lo expresado por Manuel de la Flor,[134] la configuración del fideicomiso dependerá de cómo lo trate la legislación de cada país. De acuerdo a ello, y por lo visto en la mayoría de las legislaciones, el fideicomiso se configuraría como un contrato especial, en este caso, propio del Derecho Bancario.

5.42.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, tanto la compraventa como el fideicomiso son contratos principales. De acuerdo a lo manifes-

[133] DE LA FLOR MATOS, Manuel. *Op. cit.*, página 92.
[134] DE LA FLOR MATOS, Manuel. *Op. cit.*, página 93.

tado por De la Flor,[135] el fideicomiso tiene las características de un contrato principal, al no depender ni lógica ni jurídicamente de otro contrato, pues su existencia y validez solo están bajo su sujeción. De esta manera, el fideicomiso por sí solo satisface plenamente el efecto práctico querido por las partes; no obstante lo cual estima necesario tener presente que existe una modalidad operativa en la cual el fideicomiso se presenta como un contrato accesorio (el fideicomiso de garantía).

5.42.6. En cuanto a su formación

La compraventa es un contrato consensual. En cambio, según refiere Manuel de la Flor[136] el fideicomiso tiene carácter de contrato solemne, pues la mayoría de las legislaciones que tratan el tema establecen formalidades para darle validez al acuerdo entre las partes para constituir este tipo de contratos.

5.42.7. En cuanto al tiempo

Sabemos que la compraventa es un contrato que generalmente tiene vocación de ejecución inmediata e instantánea (salvo los casos de excepción estudiados). En cambio, según refiere De la Flor,[137] el fideicomiso es un contrato que puede ser tanto de ejecución inmediata o diferida, pues podremos encontrarnos con fideicomisos cuyo momento de ejecución varíe según lo que determine el acuerdo constitutivo; de manera tal que tendremos contratos de fideicomiso donde los términos del mismo tengan que ejecutarse de manera inmediata o en un momento posterior. Así, De la Flor

[135] DE LA FLOR MATOS, Manuel. *Op. cit.*, página 95.
[136] DE LA FLOR MATOS, Manuel. *Op. cit.*, página 103.
[137] DE LA FLOR MATOS, Manuel. *Op. cit.*, página 99.

cita como ejemplo el caso en el cual el fideicomitente encarga al fiduciario en fideicomiso valores para ser negociados en el mercado a su mejor precio actual (contrato de ejecución inmediata), el supuesto de un fideicomiso establecido a favor del hijo del fideicomitente, debiendo postergarse el momento de su ejecución hasta la muerte de este último.

Asimismo, existe la posibilidad, según De la Flor, de que los contratos de fideicomiso de ejecución inmediata o diferida, se combinen con los de ejecución instantánea o de ejecución de tracto sucesivo, pues ambos criterios de clasificación son complementarios y no excluyentes.

De esta forma,[138] los contratos de fideicomiso pueden tomar las características de cualquiera de estos contratos. Así, podremos tener fideicomisos de ejecución inmediata, como por ejemplo si el encargo trata sobre la venta de un inmueble al contado y al mejor precio actual; asimismo, podemos tener contratos de tracto sucesivo, como cuando se entrega un inmueble al fiduciario con la finalidad de que este administre una empresa.

5.42.8. En cuanto a su negociación

La compraventa y el fideicomiso pueden celebrarse por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Según Manuel de la Flor,[139] el fideicomiso puede responder a una negociación previa entre el fideicomitente y el fiduciario, llegando a un acuerdo sobre los términos del contrato, o responder a la adhesión por parte de la fiduciaria, aceptando los términos planteados por el fideicomitente a fin de que se destinen los bienes a la finalidad querida por él.

[138] DE LA FLOR MATOS, Manuel. *Op. cit.*, página 101.
[139] DE LA FLOR MATOS, Manuel. *Op., cit.*, página 104.

De la Flor estima importante señalar que al ser las entidades financieras las que han sido aceptadas por la mayoría de legislaciones como entidades fiduciarias, el contrato de fideicomiso rompe con la característica general de los contratos bancarios, en cuanto a la contratación en masa, donde son los clientes los que se adhieren a estos contratos, en aras de una mayor practicidad y las exigencias de la vida moderna. En el contrato de fideicomiso —dice De la Flor—, el fideicomitente o el cliente tienen un rol fundamental para la determinación de las cláusulas del contrato, donde la institución bancaria tendrá que negociar las estipulaciones del mismo con él, o simplemente adherirse a lo determinado por el fideicomitente.

5.42.9. En cuanto al rol económico

La compraventa es un contrato de cambio y de disposición. Pensamos que el fideicomiso, dadas las múltiples modalidades susceptibles de revestir, puede ser un contrato de cambio, de disposición; pero en todos los casos será un contrato de confianza. Sin duda, el fideicomiso es un contrato *intuitu personae*.

En este punto consideramos necesario hacer mención de uno de los temas que genera mayor polémica respecto al contrato de fideicomiso. Nos referimos a la posibilidad de que a través de este contrato se esté generando una especie de derecho real especial, distinto de todos aquellos que conocemos y que se encuentran regulados en el Código Civil, especialmente diferente del de propiedad. En tal sentido, si el fideicomiso constituye un derecho de estas características, tal situación marcaría una diferencia adicional importante entre el mismo y la compraventa (a través del cual, como sabemos, el vendedor se obliga a transferir al comprador la propiedad de un bien).[140]

[140] Sobre este particular, resulta de sumo interés recoger las expresiones del Doctor Manuel de la Flor (DE LA FLOR MATOS, Manuel. *Op. cit.*, páginas 105 a 118), que agrupa bajo el sub-título de «Propiedad Fiduciaria y Patrimonio Especial»:

«Entre los puntos jurídicos que significan una ventaja para la realización y empleo del fideicomiso, y que lo han llevado a ser una figura muy utilizada en muchos países latinoamericanos, está, en esencia, la posibilidad de constituir lo que la doctrina ha venido en llamar como la 'propiedad fiduciaria', que tiene como característica principal el ser un patrimonio afectado al cumplimiento de una finalidad determinada. Esto conlleva a que los bienes objeto del fideicomiso escapen a las vicisitudes económicas, tanto del fideicomitente, del fiduciario o del fideicomisario, logrando que el patrimonio de estos no se confunda con los del fideicomiso y no estén al alcance de los acreedores de las partes intervinientes en el fideicomiso. Hay que agregar, que significa una gran ventaja el hecho de que, al tenerse que cumplir con los bienes una finalidad determinada y entregar al fiduciario la propiedad en función de ello, se tenga una mayor seguridad en la obtención de los objetivos trazados.

Pero, ¿Qué tipo de propiedad es la que se transfiere al momento de la realización del fideicomiso? analizaremos este punto a partir del concepto jurídico de propiedad.

'Propiedad' para Manuel Albadalejo, en un sentido riguroso, significa 'uno de los derechos patrimoniales sobre los bienes, el máximo posible. En este sentido la propiedad puede ser definida como el poder jurídico pleno sobre una cosa. Poder en cuya virtud esta —en principio— queda sometida directa y totalmente (es decir en todos sus aspectos y utilidades que pueda proporcionar) a nuestro señorío exclusivo'.

Este poder jurídico pleno que se concede al propietario sobre la cosa, al entregarle el señorío total sobre esta, nos hacer ver que este poder es unitario. Sobre este poder descansan una serie de facultades o derechos, o posibilidades de hacer o no hacer sobre la cosa. En otras palabras, el ser propietario tiene como consecuencia que uno pueda usarla, disfrutarla, enajenarla, etc.

Hay que agregar que entre las otras cualidades de la propiedad como poder pleno tenemos que es un derecho absoluto, es decir que no cabe sobre una cosa un derecho más amplio que el de propiedad, y que es un derecho exclusivo, pues no permite que haya otra persona con igual derecho sobre la misma cosa.

Si bien las facultades que encierra la propiedad hacen imposible una enumeración exhaustiva de las mismas, es importante señalar las que la doctrina menciona como sus atributos clásicos: usar (*ius utendi*), disfrutar (*ius fruendi*), abusar (*ius abutendi*), poseer *ius possidendi*, disponer (*ius disponendi*) y reivindicar (*ius vindicandi*).

Todos los demás derechos reales 'solo conceden sobre aquella (la cosa) diferentes poderes en orden a la utilidad que (directa o indirectamente) pueda proporcionar en ciertos aspectos (así: obtener sus frutos (derecho de usufructo); utilizarla en una determinada faceta, por ejemplo para pasar a través de la misma (derecho de servidumbre de paso); [...], pero no

una dominación total de la misma. Es decir, no constituye sino un señorío parcial. Por eso se llaman derechos reales limitados. No en el sentido de que tengan límites que también el de propiedad los tiene, [...] sino en el de que son más reducidos que el derecho real pleno (propiedad)'.

En el fideicomiso, el fideicomitente transfiere la propiedad del bien al fiduciario. En esta forma este último se convierte en el nuevo propietario del bien, estando limitado su accionar sobre el mencionado bien en función de una finalidad determinada por el fideicomitente al momento del acuerdo que dio nacimiento al fideicomiso. El fiduciario fruto de este acuerdo no tiene el señorío total sobre el bien, pues no tendrá nunca el derecho de goce, por lo que no podrá beneficiarse de los frutos que se recojan del bien; asimismo, podrá tener los derechos de uso y disposición en función de las cláusulas del contrato de fideicomiso y estarán en estricta relación con la estructura finalista del contrato. Además, los bienes fideicometidos ingresarán al patrimonio del fiduciario, pero como una masa económica separada del resto de sus bienes. Lo que sí tendrá es el derecho reivindicatorio sobre el bien como manifestación plena del derecho y deber que posee el fiduciario de realizar todo lo que esté a su alcance para la concreción del fin.

Pero no solo el fiduciario adquiere derechos que son oponibles a terceros y que tienen carácter reivindicatorio; también el fideicomisario ha recibido por parte de varias legislaciones un reconocimiento de estos derechos sobre los bienes fideicometidos.

Sergio Rodríguez, al hablar de los derechos del fideicomisario, señala al respecto que a pesar de existir la facultad genérica de todo acreedor de permitírsele impugnar los actos llevados a cabo en fraude o perjuicio de los acreedores, de manera tal que las cosas vuelvan al estado anterior y si se quiere, los bienes se reintegren al patrimonio del deudor, [...] varias legislaciones consagran también, y en forma independiente, la posibilidad para el beneficiario de reivindicar los bienes que se encuentren en manos de un tercero. Disposición que ha sido criticada con justicia, porque la acción reivindicatoria o acción de dominio es propia del dueño, quien despojado de la posesión de uno de sus bienes se dirige contra el poseedor para que proceda judicialmente a su restitución. Teniendo en cuenta que, como lo hemos afirmado, el beneficiario no es dueño, es un simple acreedor y que en todo caso el reintegro de los bienes no va a hacerse a su patrimonio, de donde nunca han salido, sino al patrimonio del fiduciario, parece más técnico prescindir de dicha facultad especifica y más bien reiterar el principio de que pudiendo pedir la anulación de ciertos actos, el resultado será, en la mayoría de veces, que los bienes regresen al patrimonio del fideicomiso.'

Sin percatarse, Sergio Rodríguez nos da cuenta de la evolución de la figura, en donde las legislaciones van moldeando la misma en un afán por recoger la figura del *trust* inglés y a la vez centrarla en el pensamiento socio-económico de las prácticas comerciales en nuestros países. No creemos que se esté desnaturalizando el fideicomiso, sino que se está recreando la

figura, con la finalidad de tornarla en más atractiva para los agentes económicos, haciendo del fideicomiso una figura *sui generis* en nuestros ordenamientos.

Como podemos ver, el nuevo propietario (el fiduciario) tiene su derecho limitado, pues no está en capacidad de ejercer sobre el bien la totalidad de facultades posibles ni de ejercerlas de manera exclusiva y unitaria, de lo que sí dispone quien posee el señorío total sobre algún bien. Lo que sucede con esta figura es que al ingresar el *trust* anglosajón en los sistemas legales inspirados en el Derecho Romano, se ha introducido, desde nuestro punto de vista, un nuevo derecho real, que no posee el poder pleno que da el derecho de propiedad, sino que entrega un poder más reducido, que supone un desmembramiento del derecho de propiedad, aspecto propio de otros derechos reales, como pueden ser el usufructo, la servidumbre, entre otros.

Consideramos que esta sería la solución para entender la verdadera naturaleza jurídica de la 'propiedad' entregada en el fideicomiso y que la doctrina ha venido en llamar 'propiedad fiduciaria', teniendo esta características propias con respecto a los derechos reales clásicos.

Ya Arrocha advierte de ciertos autores que defienden otra posición, la misma que manifiesta que en el fideicomiso existen dos titulares del bien fideicometido, el fiduciario, como titular jurídico, y el fideicomisario, como titular económico. Basan su apreciación en la doctrina anglosajona que cuando habla del *trust* califica al *trusteey* al *cestui que trust* como propietarios del mismo bien, sin tomar en cuenta que estos fundamentos encuentran su lógica en un sistema muy distinto al nuestro, donde existen dos jurisdicciones que actualmente se complementan entre sí, como son el *common law* y el *equity law*. Además, emplean el término titularidad, cuya definición no es clara ni en nuestra doctrina, ni en las legislaciones ni jurisprudencia latinoamericanas. Hay que agregar, que en nuestros sistemas es admisible que sobre un mismo bien recaiga el mismo derecho de propiedad en dos personas distintas.

Nosotros estamos afirmando la presencia de un nuevo derecho real, pero para que esto ocurra debe contener las características propias de este tipo de derechos. Así, la propiedad fiduciaria debe contener el carácter inmediato y el carácter absoluto de este tipo de derechos. Mediante el primero —carácter inmediato—, el que detenta dicho poder lo realiza y ejercita directamente sobre los bienes sin intermediación de otras personas. Esto sucede en el fideicomiso, donde, una vez celebrado el contrato, el fiduciario tendrá una relación directa con el bien, no mediando entre ellos más que el actuar del fiduciario y la conciencia de éste de realizar sus acciones conforme a los lineamientos establecidos en el contrato que le dio origen. Por el segundo —carácter absoluto—, el titular del derecho real concretiza su derecho no solo frente a un sujeto determinado sino también frente a terceros, es decir es un poder *erga omnes*. En la propiedad fiduciaria, tal como estamos viendo, encontramos un derecho en el fiduciario *erga omnes*, porque lo podrá oponer a cualquiera que quisiese tener una rela-

ción directa con los bienes fideicometidos, inclusive en contra del fideicomitente o del fideicomisario.

Esta afirmación —de estar frente a un derecho real— se reafirma con la clásica distinción entre los derechos reales y los derechos de crédito o derechos personales. En los primeros, el derecho recae en forma directa o inmediata sobre el bien y genera una relación directa entre el individuo y el bien; sin embargo, en los derechos de crédito encontramos una relación entre dos o más personas, teniendo entre ellas la facultad de exigirse una conducta determinada.

En la propiedad fiduciaria, encontraremos que existe una relación directa entre los bienes fideicometidos y el fiduciario, pues éste podrá usar y disponer de los bienes de acuerdo con la finalidad determinada en el contrato. También existe entre el fiduciario y, el fideicomitente y el fiduciario, un derecho de crédito, al tener estos últimos la posibilidad de exigir al fiduciario una conducta encaminada a la consecución del fin establecido en el contrato de fideicomiso.

Somos conscientes de que esta distinción clásica ha recibido duras críticas en la doctrina, pero la mencionamos en primer lugar con fines didácticos. Entre las posiciones que han aparecido, podemos mencionar la concepción obligacionista de los derechos reales, la cual afirma que los derechos reales origina un deber universal de abstención, teniendo eficacia *erga omnes*, mientras que en los derechos de crédito hay un sujeto pasivo frente al titular del derecho, originando un derecho cuya eficacia es inter partes.

Dentro de esta concepción, parece claro notar que los derechos adquiridos por el fiduciario —al ser titular de la propiedad fiduciaria— son oponibles a terceros, pues él adquiere ante terceros la calidad de propietario del bien, siendo —por lo tanto— propio de este derecho el atributo *erga omnes*.

Otra disposición, cercana a la anterior, manifiesta que los derechos reales decide el asunto de la imputación de los bienes entre los diferentes integrantes de una sociedad. En cambio, los derechos de crédito están relacionados con la cooperación entre las personas de una colectividad; en otras palabras, el intercambio recíproco de bienes y servicios.

En este sentido, es importante señalar que la atribución de los bienes fideicometidos al fiduciario, forma parte fundamental de la naturaleza del fideicomiso, cosa que la comunidad está en la obligación de respetar, teniendo el fiduciario las acciones que la legislación ponga a su disposición para hacer valer su derecho. No estamos, pues, ante un derecho en el que estén implicados solo miembros específicos de la sociedad tengan solo ellos el deber de respetar, aspecto propio de los derechos de crédito.

De esta manera, al igual que cualquier derecho real, se reafirma el carácter subjetivo de la propiedad fiduciaria, al reconocerse al fiduciario un interés tutelado por un ordenamiento jurídico frente a los intereses de los demás, siendo así como el fiduciario podrá ejercer y poner en acción el valor de su derecho, pues es merecedor de la tutela del derecho.

La propiedad fiduciaria será entonces un nuevo derecho real en la que

su titular no ejerce el poder pleno sobre los bienes fideicometidos, pues su accionar sobre estos estará mediatizado en función de la finalidad establecida al momento de celebrar el contrato, pero que ante terceros el fiduciario figura como propietario del bien (y por eso utilizamos el término propiedad para acentuar la relación de pertenencia), a pesar de ser otros los beneficiarios de tales derechos.

Esto se debe a que a pesar de recibir la propiedad de los bienes fideicometidos y recaer sobre él la titularidad de los mismos, el fiduciario solo tendrá las atribuciones necesarias para realizar el fin determinado al momento de constituir el fideicomiso. Esto hace notr que mientras un propietario en el uso pleno de sus derechos tiene la posibilidad de gozar, usar y disponer de sus bienes, el fiduciario o propietario fiduciario no tendrá idénticas facultades, al no tener definitivamente el derecho de goce y en cuanto al uso o administración y enajenación de los bienes fideicometidos, ambos estarán en función del acto constitutivo. Es así como el fiduciario podrá realizar la administración del bien como una facultad, pero también como una carga, porque de la conducción, manejo, guarda, custodia, conservación y explotación económica del bien, dependerá la apropiada e idónea realización de la establecido en el fideicomiso.

En otro orden de ideas, hemos mencionado que una de las caracteristicas de la propiedad fiduciaria es el constituirse en un patrimonio afectado a una finalidad determinada, escapando estos bienes de las vicisitudes económicas de los agentes económicos que intervienen en el fideicomiso. De esta manera, se forma este conjunto de bienes fideicometidos que componen una unidad patrimonial separada del resto de bienes del fiduciario.

Este patrimonio escapa de la concepción clásica de patrimonio, el cual es definido como el conjunto de derechos y relaciones jurídicas unidas a una persona, siendo para esta un único patrimonio, no pudiendo existir varias masas patrimoniales a un solo sujeto.

Podemos definir al patrimonio como 'un conjuntto de relaciones jurídicas activas y pasivas de contenido económico que se consideran como integrantes de una universalidad jurídica que tiende a un mismo fin y corresponde a una persona'.

Los Mazeaud explican que:

'Los derechos extranjeros rechazan la noción del patrimonio unido a la personalidad. El derecho anglosajón no la ha admitido jamás. El derecho alemán y el derecho suizo la han abandonado. Para estos mondernos derechos el patrimonio es cesible, incluso en vida del titular (artículo 419 del Código Civil alemán); y, sobre todo, una persona puede tener varios patrimonios afectados a fines diferentes.

Hacia esa noción del patrimonio de afectación, del patrimonio existente como universalidad desde que se halle destinado a un fin, es hacia donde debería dirigirse resueltamente el derecho francés.

[...]

En todo caso se impone una reforma, la del reparto o la división del patrimonio: los derechos de que sea titular una persona deben poder cons-

tituir masas de bienes distintas, verdaderos patrimonios, susceptibles de ser transmitidos separadamente, incluso en vida del titular'.

Al igual que en otras figuras, en el fideicomiso encontramos una masa de bienes separada del patrimonio de su titular, obedeciendo a reglas distintas y formando una universalidad diferente. Los Mazeaud brindan una serie de ejemplos de estas otras figuras; así encontramos en el Derecho de sucesiones, la separación de la patrimonios demandada por los acreedores o en caso de ausencia, los bienes del ausente forman parte de una masa distinta en poder del heredero; en los regímenes matrimoniales, los bienes comunes; en el Derecho comercial, el fondo de comercio tiende a convertirse en un patrimonio autónomo, o la noción de empresa, que a su entender, unifica las numerosas actividades que concurren a un mismo fin implica una universalidad más amplia que el patrimonio.

A pesar de estar de acuerdo en que el patrimonio tipo dentro de nuestras legislaciones debe ser el patrimonio de la persona con carácter único, es necesaro advertir que las exigencias del tráfico económico y jurídico exigen la presencia de figuras como el fideicomiso, con el fin de insertar nuestras economías al mercado mundial, estando acorde con la cultura de globalización de las actividades comerciales en el mundo, y sobre todo, para evitar el que se realicen esfuerzos de ingenio entre los actores jurídicos para adecuar a nuestros sistemas figuras tan dinámicas como la que estamos estudiando, sin estar seguros de no desvirtuar la verdadera naturaleza de las mismas.

Nosotros calificamos a los bienes entregados en fideicomiso como un patrimonio afectado a un fin determinado. En este sentido, este patrimonio, que tiene como titular el mismo fiduciario, contará con ciertas características especiales:

1. Los bienes están separados del resto de activos del fiduciario, diferencia exigida sobre todo en términos contables, a fin de que los bienes de un fideicomiso no se confundan con los bienes del fiduciario, ni de otros bienes fideicometidos y que están bajo la administración del mismo.
2. Los bienes están excluidos de la garantía general de los acreedores, tanto del fiduciario, del fideicomitente o del fideicomisario; así, al formar un patrimonio autónomo, este último escapará de las posibles pretensiones de los acreedores de los sujetos mencionados. De esta manera, a pesar de ser el fiduciario propietario del bien fideicometido, estos bienes no podrán estar dentro de las pretensiones de sus acreedores, por el carácter autónomo de los mismos y porque otros figuran como beneficiarios de tales derechos. En cuanto al fideicomitente, el haber transferido la propiedad del bien hace que los bienes del fideicomiso estén fuera de su patrimonio y que estén fuera del alcance de sus acreedores, salvo que este fideicomiso se haya constituido con finalidad fraudulenta. Sobre el fideicomisario, sus acreedores no podrán recaer sobre los bienes fideicometidos, al no formar parte de su patrimonio. Máximo podrán pretender algún derecho sobre los frutos percibidos por el fideicomiso».

5.42.10. En cuanto a su función

Tanto la compraventa como el fideicomiso son contratos fundamentalmente constitutivos, pero por excepción podrían ser regulatorios o modificatorios, mas nunca extintivos.

5.42.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

La compraventa y el fideicomiso son contratos de carácter individual, pues sólo obligan a las partes que los celebran.

Cabe recordar, como lo hace Manuel de la Flor,[141] que el fideicomiso podrá tener como fuente a actos jurídicos unilaterales, es decir, aquellos celebrados por la declaración de voluntad de una sola parte, la misma que produce los efectos jurídicos deseados por ella.

En tal sentido, en opinión de De la Flor, podemos tener fideicomisos testamentarios, siempre y cuando la ley les otorgue la virtud de producir efectos jurídicos. Refiere el citado profesor que algunas legislaciones han optado por esta postura, ya sea indicándola expresamente (como es el caso peruano) o dando la posibilidad de entenderla así. De igual forma, refiere que otras legislaciones señalan que si no se designa fiduciario en el testamento, el juez lo designará, y si el fiduciario nombrado no aceptara, podrá nombrar un sustituto; presentándose en ambos casos la posibilidad de que el acto unilateral del fideicomitente produzca efectos jurídicos con su sola declaración de voluntad.

Pero, como bien anota De la Flor, el fideicomiso también tendrá como fuente a actos jurídicos bilaterales, a los cuales podemos definir como aquellos actos que necesitan del concurso de las manifestaciones de dos partes para producir el efecto jurídico querido por ellos, es decir, crear, re-

[141] DE LA FLOR MATOS, Manuel. *Op. cit.*, páginas 83 y 84.

gular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Así, el fideicomiso en las relaciones entre vivos tiene carácter bilateral, celebrándose con el acuerdo de voluntades entre el fideicomitente y el fiduciario. De la Flor puntualiza que nunca será un acto jurídico plurilateral, pues el fideicomisario tiene el papel de tercero, no siendo fundamental su aceptación para la constitución del fideicomiso.

5.42.12. En cuanto a la prestación

Tanto la compraventa como el fideicomiso son contratos con prestaciones recíprocas.

5.42.13. En cuanto a la valoración

La compraventa siempre será un contrato celebrado a título oneroso. Según Manuel de la Flor,[142] debe considerarse al fideicomiso como un contrato a título oneroso, pues es característica en él la correspondencia de prestaciones entre las partes que lo celebran. De un lado encontramos que el fiduciario tiene la obligación de realizar ciertas prestaciones de acuerdo al contrato que dio origen al fideicomiso, pudiendo ser la obligación de administrar y disponer determinados bienes. Por otra parte —agrega De la Flor—, tenemos la obligación del fideicomitente de entregar los bienes al fiduciario y —eventualmente— solventar la retribución que corresponde al fiduciario por los servicios prestados.

Según De la Flor Matos, de esta manera, el carácter oneroso del fideicomiso es esencial, pues resulta fundamental para su existencia. No se podría explicar un contrato de fideicomiso sin esta característica, ya que tal como está estructurada la figura, las partes implicadas no permitirían

[142] DE LA FLOR MATOS, Manuel. *Op. cit.*, páginas 88 y 89.

otra situación y las legislaciones (entre ellas la peruana), lo han entendido así.

A decir del citado catedrático, queda claro que lo que busca el banco fiduciario o la entidad fiduciaria es la retribución por los servicios que presta al fideicomiso, esto, como parte de la amplia gama de posibilidades que tienen sus clientes para realizar operaciones bancarias, muy especialmente las referidas a operaciones neutras que no implican una operación de crédito. Agrega que también queda claro que el fideicomitente, al celebrar el contrato de fideicomiso, busca en el banco fiduciario o en la entidad fiduciaria la posibilidad de aprovechar el enorme potencial de conocimientos sobre negocios que poseen las instituciones financieras para realizar estos, o el buen respaldo económico y moral que rodea a los bancos, que garantice una buena administración o gestión de sus bienes; todo lo cual hace que ambas partes asuman —en igual equivalencia— prestaciones a su cargo que permitan que sus intereses se vean claramente satisfechos.

5.42.14. En cuanto al riesgo

Como ha sido dicho, la compraventa es fundamentalmente un contrato conmutativo, siendo aleatorio por excepción.

De acuerdo a la opinión de Manuel de la Flor,[143] el fideicomiso constituye un contrato conmutativo, pues al momento de su celebración, las partes que intervienen en ella saben a ciencia cierta el contenido de las prestaciones que estarán a su cargo. Así, el fideicomitente sabrá por anticipado que entre sus obligaciones estará la de transferir el dominio del bien una vez llegado el acuerdo; y el fiduciario será consciente de que tendrá como una de las prestaciones

[143] DE LA FLOR MATOS, Manuel. *Op. cit.*, páginas 90 y 91.

a su cargo el disponer de los bienes en función a la finalidad determinada en el contrato.

En tal sentido, recogiendo expresiones del citado profesor, es claro que al momento de celebrar el contrato de fideicomiso, las partes se obligan mutuamente en función de hechos serios y concretos, conociendo por anticipado el contenido de sus prestaciones.

5.42.15. En cuanto a sus efectos

Como todo contrato celebrado dentro del ordenamiento jurídico peruano, la compraventa y el fideicomiso son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

5.43. Con el contrato de licencia o *know how*

5.43.1. En cuanto al nombre

Como expresan Max Arias-Schreiber Pezet, Angela Arias-Schreiber Montero y Manuel Muro Rojo,[144] la expresión inglesa *know how* traducida literalmente al español significa «saber cómo», es decir, tener el conocimiento acerca de la manera de hacer algo. Agregan que el término resulta sumamente significativo, y sin perjuicio de las discrepancias existentes en cuanto a su definición, opinan que el *know how* está siempre referido a un conocimiento de orden técnico, económico o comercial, no protegido por la legislación industrial, que se mantiene en secreto entre las partes, y cuya explotación facilita que el beneficiario produzca y venda objetos y realice otras actividades empresariales.

Más adelante los autores citados señalan que evidentemente, los conocimientos a que hacen referencia excluyen a

[144] ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y MURO ROJO, Manuel. *Los Contratos Modernos,* tomo II, páginas 105 y siguientes. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1996.

aquellos protegidos por la legislación industrial (como es el caso de las patentes y marcas), puesto que son susceptibles de registro; lo que les lleva a afirmar que los conocimientos objeto de este contrato evidentemente son secretos, puesto que su divulgación pública causaría perjuicios económicos a las empresas agraviadas, al ponerlos al alcance de la competencia.

Puede decirse que el contrato del *know how*, proveniente del Derecho Anglosajón, se ha venido convirtiendo paulatinamente en un contrato nominado dentro de nuestra tradición jurídica, y que en el Perú paulatinamente ha venido adquiriendo importancia, sobre todo en esta última década, pero su conocimiento está restringido todavía a determinados ámbitos profesionales y comerciales.

5.43.2. En cuanto a su regulación

Como sabemos, la compraventa es un contrato típico, tanto en el aspecto social como en el aspecto legal.

El contrato de licencia es atípico, ya que no está regulado por el ordenamiento legal peruano.

5.43.3. En cuanto a su estructura

Según refieren Arias-Schreiber y Muro,[145] Massaguer define el contrato de *know how* como aquel negocio jurídico celebrado entre personas, físicas o jurídicas, en virtud del cual una de ellas (el licenciante), titular de un *know how* (el *know how* licenciado), autoriza a su contraparte (el licenciatario o receptor) a explotarlo durante un tiempo determinado y, con este fin, se obliga a ponerlo en su efectivo conocimiento; y en virtud del cual el licenciatario o receptor

[145] ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y MURO ROJO, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, páginas 108 y siguientes.

se obliga, por su lado, a satisfacer un precio cierto en dinero o en especie, fijado normalmente en forma de suma de dinero calculada en función del volumen de fabricación o ventas de productos o servicios realizados con empleo del *know how* licenciado.

Los profesores citados recuerdan que los autores Chuliá y Beltrán citan la definición contenida en una Guía para la redacción del contrato, editado por la Generalitat Valenciana en 1988, a saber: «negocio jurídico en virtud del cual una de las partes (transferente) se compromete a poner a disposición de la otra parte (adquirente o receptor) los conocimientos técnicos constitutivos del *know how* de modo definitivo, desprendiéndose de ellos en todo o en parte, o bien, a comunicar dichos conocimientos, posibilitando su explotación por un tiempo determinado, a cambio de una contraprestación determinada normalmente en forma de cantidad de dinero calculada como porcentaje sobre producción o venta».

Arias-Schreiber y Muro agregan que Gómez Segade lo define como el «contrato en virtud del cual el licenciante autoriza al licenciatario (de ordinario a título oneroso), a utilizar una técnica desarrollada y mantenida en secreto por el primero».

Recuerdan también que los autores distinguen entre dos tipos de contratos: el de *know how* puro, en el cual no se da ninguna otra figura jurídica, y el mixto, en el que concurre la trasmisión de otro tipo de derechos (marcas, patentes, etc.). Manifiestan que el Reglamento de la Comunidad Económica Europea N 556/89 del 30.11.89 define los contratos puros como «aquellos por los que una empresa, el licenciante, accede a comunicar el *know how*, a otra empresa, el licenciatario, para su explotación en el territorio concedido» (artículo 1.7.5); y los mixtos, «por los que se concede una tecnología constituida a la vez por elementos no patentados y patentados en uno o más Estados miembros».

En lo que respecta a las diferencias del contrato de *know how* con el contrato de compraventa, resulta de interés lo señalado por Arias-Schreiber y Muro[146]:

> Igualmente conviene distinguir entre el *know how* y los contratos de compraventa. Conforme al artículo 1529 del Código Civil peruano, por este contrato una de las partes se obliga a entregar un bien determinado y la otra a pagar un precio cierto en dinero o en signos que los representen. En el *know how*, el transmitente no enajena sus conocimientos y sólo permite su utilización, lo que se produce mediante entrega de informes, maquinaria, planos, disquetes, y otros medios de reproducción y de conocimiento.
>
> Otra diferencia radica en que el contrato de licencia de *know how* normalmente es de tracto sucesivo, estableciéndose una duración en el tiempo que las partes desean, puesto que generalmente tiene lugar en el transcurso de un proceso productivo. Como afirmáramos en 'Exégesis' (Tomo I), '... lo fundamental es que la distribución de la ejecución está dada en el tiempo y éste es su carácter relevante o esencial' (...).
>
> Otra nota distintiva tratándose de la compraventa radica en que los bienes objeto del *know how* no son susceptibles de apropiación y, por lo mismo, no existe transferencia de derecho de propiedad alguno. La demostración de este hecho está en que los conocimientos objeto del contrato pueden ser explotados simultáneamente por el licenciante y el licenciado, lo cual no sería posible si se tratase de bienes cuya propiedad se transmitiese.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con las dos primeras diferencias que los profesores citados anotan en relación al contrato de compraventa, mas no con la tercera, ya que el *know how* no recae sobre bienes, sino sobre conocimientos, datos o informaciones que —precisamente— no

---

[146] ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y MURO ROJO, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, páginas 110 y 111.

constituyen bienes (en este caso derechos incorporales), porque no son susceptibles de apropiación por el hombre. En todo caso, la información que se brinde en el *know how* podría ser calificada como un servicio o una prestación de hacer, pero nunca una de dar.

5.43.4. En cuanto a su contenido o área

Sabemos que por su contenido la compraventa puede ser tanto un contrato civil como uno mercantil o especial. En lo que respecta al contrato de licencia, éste será de naturaleza fundamentalmente mercantil.

5.43.5. En cuanto a su autonomía

Tanto la compraventa como la licencia son contratos principales, pues para existir no dependen de la pre-existencia de algún otro contrato.

5.43.6. En cuanto a su formación

El contrato de compraventa es consensual. En relación a la formación del contrato de licencia, Arias-Schreiber y Muro[147] anotan lo siguiente:

> Por su forma, podemos afirmar que en principio se trata de un contrato consensual, pues se perfecciona con el mero consentimiento de los contratantes, no requiriendo de ninguna formalidad o requisito adicional. Es importante señalar, empero, que si el cedente del *know how* fuese extranjero, habrá que observar las normas de la Decisión N° 291 que imponen la literalidad del contrato, al establecer que éste deba ser celebrado por escrito y registrado ante el organismo nacional competente.

---

[147] ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y MURO ROJO, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, página 115.

5.43.7. En cuanto al tiempo

Mientras la compraventa es un contrato que tiene vocación de ejecución instantánea e inmediata, el contrato de licencia es básicamente uno de duración.

5.43.8. En cuanto a su negociación

En lo que respecta a su negociación, sabemos que la compraventa puede celebrarse tanto por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Pensamos que similares conceptos podríamos aplicar al contrato de licencia, pero dadas sus especiales características y las peculiaridades que presentará en cada caso, pensamos que por lo general se celebrará por negociación previa.

5.43.9. En cuanto al rol económico

Mientras la compraventa es un contrato de cambio y de disposición, la licencia es un contrato de disposición (pues implica una disminución en el patrimonio del licenciatario) y de colaboración (la que prestará el licenciante a su contraparte).

5.43.10. En cuanto a su función

La compraventa y la licencia son fundamentalmente constitutivos, aunque excepcionalmente podrían ser regulatorios o modificatorios, mas nunca extintivos.

5.43.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Por los sujetos a quienes obliga, la compraventa y la licencia son contratos individuales, pues solo vinculan a las

partes que los celebran (la compraventa a comprador y vendedor y la licencia a licenciante y licenciatario).

5.43.12. En cuanto a la prestación

Ambos contratos son con prestaciones recíprocas; pero nada impediría —en el plano teórico— que la licencia se celebre sin pago alguno, lo que no resulta usual, por tratarse de un contrato mercantil.

5.43.13. En cuanto a la valoración

De lo que acaba de ser dicho, se deduce que ambos son contratos que se celebran fundamentalmente a título oneroso, aunque en el plano teórico cabría la posibilidad de imaginar una licencia celebrada a título gratuito o de liberalidad.

Sin embargo, Arias-Schreiber y Muro[148] anotan que «Ello ocurre con frecuencia, por ejemplo, en el ámbito de los contratos de suministro de bienes de equipamiento industrial, que incluyen cláusulas de cesión gratuita de *know how* como parte integrante de los mismos. Es importante recalcar, sin embargo, que se trata de situaciones especiales y que lo usual es que se trate de un contrato que implique una obligación de pago por parte del adquirente».

5.43.14. En cuanto al riesgo

Se ha dicho que la compraventa es fundamentalmente un contrato conmutativo y excepcionalmente aleatorio. A pesar de que por lo general no se cuestiona la conmutatividad del contrato de licencia, nada impediría que se celebrara con rasgos de aleatoriedad.

[148] ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y MURO ROJO, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, página 114.

5.43.15. En cuanto a sus efectos

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

6. Jurisprudencia peruana del artículo 1529

Los Tribunales Peruanos han definido el contrato de compraventa en múltiples Ejecutorias Supremas. Aquí algunas de ellas:

Así, por ejemplo, tenemos una primera que data del 23 de marzo de 1970,[149] la cual dispuso que:

1. La calificación del acto jurídico, como manifestación de voluntad depende de los elementos esenciales del mismo y no de la designación que le asignan las partes.
2. La plena concordancia entre las partes en cuanto a la determinación del bien objeto de la transferencia y a la fijación del precio estipulado, configura el contrato de compraventa, según el artículo 1383 del Código Civil.
3. El hecho de la entrega del inmueble materia del contrato hace desaparecer el carácter preparatorio de la promesa venta.
4. La acción reivindicatoria deviene improcedente, por cuanto al haberse perfeccionado el contrato de compraventa, la demandante ha perdido su condición de propietaria.

Igualmente, encontramos otra Ejecutoria Suprema del 21 de noviembre de 1973, la cual dispuso lo siguiente:

1. Existe contrato de compraventa cuando se conviene en la cosa, en el precio y en la forma de pago.
2. Es nulo el contrato de venta de bienes de menores si no existe autorización judicial.

[149] REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA. Número 315, año XXIX, páginas 464 y 465, Lima, abril de 1970.

3. El comprador que ha poseído de buena fe el objeto materia de la compraventa, tiene derecho a hacer suyos los frutos, aún cuando se haya anulado dicho contrato por no revestir la forma prescrita por la ley.[150]

Asimismo, en la Resolución Suprema del 18 de septiembre de 1975 quedó prescrito que:

1. Cuando existe acuerdo en la cosa y el precio, se ha pagado éste y entregado aquélla, el contrato no es de promesa de venta sino de compraventa.
2. La acción para que se anule la venta de la cosa ajena corresponde al comprador de acuerdo con el artículo 1394 del Código Civil.[151]

Por otro lado, hallamos la Ejecutoria Suprema del 12 de diciembre de 1995 en la que se dictaminó lo siguiente:

> El Contrato de compraventa queda perfeccionado con el simple consentimiento de las partes respecto a la cosa y al precio, aún antes de la entrega del inmueble y del pago del precio.[152]

La Ejecutoria Suprema del 14 de enero de 1997 establecía que: «Si en el contrato existe acuerdo tanto sobre el inmueble materia de enajenación, así como el precio del mismo, dicho contrato es uno de compraventa y no de promesa de venta».[153]

---

[150] REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA. Número 359, año XXXII, páginas 1482 a 1484, Lima, diciembre de 1973.
[151] REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA. Número 381, año XXXIV, páginas 1106 y 1107, Lima, octubre de 1975.
[152] LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Ejecutorias*, tomo III, páginas 90 y 91. Cultural Cuzco S.A., Editores, Lima, 1996.
[153] LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisprudencia Actual*, tomo I, página 204. Gaceta Jurídica Editores S.R.L., Lima, 1997.

Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1529

Artículo 1529.- «Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero, *o, de haberse pactado, en signo que lo represente».*

Fundamento

Consideramos adecuado el concepto que otorga el Código Civil al contrato de compraventa, ya que se adhiere a la tendencia doctrinaria y legislativa imperante, por la cual se establece que a través de este contrato el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al vendedor a cambio de un precio.

En lo que respecta a aquello en que deberá consistir el precio, creemos necesario precisar que deberá consistir, fundamentalmente, en dinero, pero hacemos la salvedad que, de haberse pactado su pago en signo distinto que represente al dinero, dicho acto también constituiría una compraventa.

Si se hubiese celebrado el contrato estableciendo que el pago se hará en dinero, y más tarde el comprador aceptase, a iniciativa del vendedor, el pago en signo que represente al dinero (por ejemplo, con un cheque de gerencia), no se habrá producido un supuesto de dación en pago, ya que ambos elementos o medios de pago, son considerados por nosotros como equivalentes (siempre que el comprador acepte algo distinto al dinero y que represente a éste), ni tampoco se habrá producido un supuesto de novación objetiva por cambio de objeto —todo ello, naturalmente, si las partes convienen en considerar que el momento del pago es el de la entrega del cheque—.

También sería el caso del precio pactado en monedas extranjeras que en el Perú no reúnen las características de tener curso legal y forzoso a la vez; pues ellas no son dinero, pero sí signos que lo representan.

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

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