MARIO CASTILLO FREYRE

TRATADO DE LOS CONTRATOS TÍPICOS

TOMO II

GACETA JURIDICA
Av. Angamos Oeste Nº 526, Urb. Miraflores
Miraflores, Lima - Perú / ☎(01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

TRATADO DE LOS CONTRATOS TÍPICOS
Tomo II

© Mario Castillo Freyre
© Gaceta Jurídica

Primera edición: marzo 2021
1600 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2021-03059
ISBN Obra completa: 978-612-311-789-4
ISBN Tomo II: 978-612-311-791-7
Registro de proyecto editorial
31501222100121

Prohibida su reproducción total o parcial
D. Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Lucy Morillo Olivera
Gabriela Córdova Torres

GACETA JURÍDICA S.A.

AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01) 710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetajuridica.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Marzo 2021
Publicado: marzo 2021

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CONTRATO DE SUMINISTRO

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El contrato de suministro

1. Historia. Consideraciones generales

La aplicación de lo que hoy se conoce como contrato de suministro ha existido desde el Derecho Romano, pero era de carácter público y se utilizaba para el abastecimiento del ejército o para la ejecución y mantenimiento de las grandes construcciones de la época republicana o para el funcionamiento de servicios públicos. Sin embargo, no existe documentación que dé evidencia de la existencia de este contrato en el ámbito privado.

Su desarrollo, sin embargo, tuvo lugar en la Edad Media, como una fase de la evolución mercantil de la venta.[1339] No se fijaba para nada en la repetición de la prestación, la cual resultaba indiferente. Su esencia era la disponibilidad de la mercancía en el momento de la celebración del contrato, esto quiere decir que había una posterior adquisición del suministrante para el cumplimiento de la obligación que habría contraído.

Tal como señala De Marino y Borregó, existieron dos clases de contratos de suministro de acuerdo con la índole de los sujetos: los suministros públicos y los suministros entre particulares.

1.1. Los suministros públicos

Eran aquéllos referidos a la administración para el ejército, los cuales servían como un medio para obtener la provisión de víveres, armas, municiones y vestidos para las tropas.

1.2. Suministros entre particulares

Esta figura jurídica nace paralelamente a la producción industrial y comercial, y da lugar a la satisfacción de diversas necesidades sociales.

Posteriormente, se da una división en la regulación legislativa del contrato, a saber: la latina y la germánica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1339 Schaube, citado por De Marino y Borregó, Rubén. *El suministro: teoría general del Derecho.* Salamanca: Talleres Gráficos Núñez, 1959, p. 27, habla de un contrato del año 1160 por el que A. Sardina se comprometía a suministrar de enero a junio «800 tavole da ponte di lavagna».

La noción latina surge al someter a jurisdicción mercantil las empresas de suministro. Esta situación llevó a extender el carácter mercantil a todos los suministros, lo cual se siguió en las demás legislaciones latinas, salvo la española y la portuguesa.

A pesar de todo, la doctrina de estos países ha venido asignando al suministro el carácter de contrato mercantil al estudiarlo en las obras de esta rama del Derecho.[1340] Es preciso señalar que lo consideran como un contrato autónomo.

El elemento objetivo se centra en la repetición de prestaciones.

Aquí, el elemento objetivo no es tan restringido como en la noción germana, ya que deja abierta la posibilidad de que el objeto de las prestaciones sea de cualquier naturaleza.

La esencia de la noción germana estriba en lo referente a la prestación diferida porque en su elemento objetivo, que son las prestaciones de cosas, no interesa la duración en su cumplimiento, y es de finalidad especulativa porque se centra también en la satisfacción de las necesidades futuras.

Esta noción es, en comparación con la latina, más restringida, pues se refiere solamente a prestaciones de cosas.

Además, reconoce la enajenación de cosa ajena por no encontrarse el objeto de la prestación en disponibilidad del enajenante, con lo cual la noción germana nos remite a las normas de compraventa.

En realidad, como señala De Marino y Borregó, los fenómenos de las prestaciones diferidas (concepción germánica) y las prestaciones reiteradas (concepción latina) son sustancialmente diversos, sin posibilidad de identificarse.

Las prestaciones reiteradas no son necesariamente todas diferidas, puesto que la primera de ellas puede ser simultánea o inmediatamente seguida al momento de la celebración del contrato. Aquí es esencial la repetición, a diferencia de aquéllas en las cuales lo fundamental es la dilación y la reiteración resulta indiferente.

Es importante, por ello, considerar uno u otro elemento en la definición del suministro.

En suma, el contrato de suministro se ha venido celebrando (más allá de su denominación) desde antigua data, tanto en actividades reguladas por el Derecho Público como por el Derecho Privado.

Así, pues, resultaba corriente que una persona, generalmente un comerciante o industrial, se obligara a suministrar bienes en forma permanente e indefinida,

1340 Benito, Lorenzo. *Manual de Derecho Mercantil.* Valencia: Establecimiento Tipográfico Domenech, 1908, p. 273.

o por tiempo determinado, al fisco, al ejército o a un particular. A cambio recibía una retribución determinada, generalmente, un precio asignado a cada unidad.

Sin embargo, aun en épocas recientes había dudas sobre su naturaleza jurídica.

Davis Supino, comerciante italiano del siglo pasado, citó un ejemplo que demuestra la falta de claridad que reinaba al respecto. Señalaba que mediante este contrato, al cual denominaba también «de abastos», una persona contrae la obligación de proporcionar a otra, durante un tiempo determinado o indeterminado y a cambio de una retribución, las cosas contenidas a título de venta o arrendamiento.

Como podemos observar, el citado comerciante no distingue el suministro de la compraventa.

Desde fines del siglo pasado se vio la necesidad de buscar alguna manera de regular las relaciones entre las partes, las cuales derivan de los nuevos bienes que entran en el mundo de las transacciones comerciales. Dicha necesidad se originó por los avances económicos, científicos y técnicos que daban lugar al empleo masivo de fuentes de energía (electricidad) y nuevas formas de comunicación (teléfono, télex), así como también al crecimiento demográfico, el cual exigía el goce de ventajas materiales (como es el caso del agua potable, entre otras).

La figura jurídica más adecuada que se encontró para la regulación de los acuerdos antes señalados fue el suministro. Este dejó de ser considerado como una modalidad del contrato de compraventa y pasó a ser un contrato autónomo, distinto de este último.

Así, el contrato de suministro, como las otras figuras contractuales, surgió en el devenir humano con el nacimiento de determinada necesidad social y económica que requería ser satisfecha; se buscaba un contrato con identidad propia que lograra diferenciarse de los demás.

Aparece legislado por primera vez, como contrato autónomo, en el Código Civil italiano de 1942. Fue regulado específicamente en el capítulo V del libro IV, y se refiere a la prestación de cosas. Finalmente, nuestro Código Civil de 1984 también lo regula, adoptando —con algunas modificaciones— el modelo italiano.

Como sabemos, en el Perú, el contrato de suministro fue regulado por primera vez en el Código de 1984.

Una de las primeras preguntas que podríamos formularnos gira en torno a cuál ha sido la razón por la que este contrato no fue materia de regulación legislativa en ninguno de los cuerpos legales que tuvieron vigencia en nuestro país: los Códigos Civiles de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, el Código Civil de 1852 y el Código Civil de 1936.

La razón fundamental de este proceder tal vez se deba a que el suministro no siempre tuvo autonomía conceptual, vale decir no siempre fue considerado como

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

un contrato autónomo, independiente en estructura y contenido de algún otro contrato. La ligazón entre el suministro y la compraventa ha sido (y es) muy grande.

Podríamos decir, incluso, que el suministro nace de la compraventa; no sería errado expresar que el suministro constituye una desmembración teórica o conceptual del propio contrato de compraventa.

Independientemente de algunas legislaciones mercantiles en las que se haya podido regular el contrato de suministro, no cabe duda de que fue el Código Civil italiano de 1942, el que le dio origen. Decimos esto no sólo porque fue la primera vez que el suministro adquiría regulación en un código civil, sino porque ésta se produjo en el código más importante de nuestra tradición jurídica a mediados del siglo XX.

Más allá de lo anotado, resulta evidente que el tratamiento italiano del suministro tuvo honda repercusión en la legislación civil peruana, en la medida en que el Código de 1984 se halla muy influenciado por los preceptos de su similar italiano.

Pero más aún, si bien en muchas áreas del Código nacional se puede apreciar la influencia italiana, sobre todo en aspectos relativos al Derecho de Contratos, esta influencia se ve notablemente acrecentada en lo que respecta al contrato de suministro, ya que no existe otro contrato en donde las disposiciones italianas hayan sido asumidas con tan poca reflexión y con tanta similitud.

Podría decirse, incluso, que el legislador peruano no sólo se inspiró en el suministro del Código italiano, sino que, aunque sea duro decirlo, copió sus disposiciones.

El objeto de este estudio, dada su naturaleza divulgadora, no nos va a conducir a analizar la génesis de las normas italianas, como tampoco el funcionamiento de este contrato en aquel país. Fundamentalmente, nos proponemos analizar, tanto los alcances de este contrato en el Perú, como el funcionamiento teórico y práctico de los preceptos que lo regulan.

La Real Academia Española[1341] define al suministro como la «acción y efecto de suministrar», la «provisión de víveres o utensilios para las tropas, penados, presos, etc.», y las «cosas o efectos suministrados». El mismo entiende por suministrar «proveer a alguien de algo que necesita».

Guillermo Cabanellas, en su *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, define al suministro como «provisión por lo común con carácter regular y en cantidad importante; como la de víveres, utensilios y pertrechos a las tropas, a los detenidos o presos».[1342]

1341 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de www.rae.es
1342 Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*

La *Enciclopedia jurídica Omeba* se refiere al contrato de suministro como aquél por el cual «una persona que se denomina suministrador se obliga a entregar una o más cosas y la administración pública a pagarle el precio convenido».[1343]

Es decir, aquí se alude al contrato de suministro en forma limitada, referido únicamente al ámbito administrativo. Consideramos que este concepto es muy reducido, puesto que el contrato de suministro puede darse entre particulares. En ese caso, nos encontraríamos ante un suministro de carácter civil.

Rubén De Marino y Borregó define al suministro como aquel «contrato por el que una parte se obliga a ejecutar o cumplir prestaciones duraderas por un precio determinado o determinable».[1344]

El citado profesor, al definir el contrato de suministro refiriéndose simplemente a «prestaciones duraderas», deja abierta la posibilidad de que el objeto de las mismas pueda ser de cualquier clase. Éste sería el caso si recayese sobre una prestación de hacer propiamente dicha —con lo cual se confundiría el contrato de suministro con uno de locación de servicios—; en una de hacer que termina en un dar —similar al contrato de obra—; o en una de no hacer —aquí estaríamos frente a una abstención y no quedaría claro qué tipo de suministro es éste, porque podríamos preguntarnos qué es lo que se estaría suministrando, ¿el silencio, acaso?—.

Es, pues, un poco confusa esta definición, ya que con ella se ingresa al terreno de otras figuras jurídicas tales como son el contrato de locación de servicios o, inclusive, el arrendamiento.

Gustavo Jimeno Escobar[1345] toma la definición del Código de Comercio colombiano que a la letra dice en su artículo 968: «Contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios». Y añade que

> [...] de esta definición se desprende que el contrato de suministro genera una obligación de dar por parte de uno de los contratantes, de unos bienes o servicios creados o prestados por el suministrante; así la obligación de dar se combina con la obligación de hacer, por cuanto el suministrante para cumplir con la obligación de dar tiene, incuestionablemente, que elaborar, es decir, hacer el producto que debe entregar. En el caso de servicios, la obligación se reduce a las denominadas «de hacer», y versan fundamentalmente sobre aquellas actividades en las cuales el suministrante tiene el monopolio.

1343 Editorial Bibliográfica Argentina. *Diccionario jurídico Omeba*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1966, tomo IV.

1344 De Marino y Borregó, Rubén. *Op. cit.*, p. 32.

1345 Jimeno Escobar, Gustavo. *El contrato de suministro y su responsabilidad civil derivada*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, 1987, pp. 13 y 14.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Así se puede concluir que aún subsiste la ausencia de una clara distinción entre el contrato bajo comentario y el de locación de servicios. Es más, con la definición del Código de Comercio colombiano nos atreveríamos a afirmar que se podría considerar como modalidad del contrato de suministro al de locación de servicios, ya que las prestaciones del suministrante pueden recaer tanto sobre cosas como sobre servicios.

Joaquín Garrigues define al suministro como «el contrato por el que una empresa (suministrador o proveedor) se obliga mediante un precio unitario a entregar a otra (suministrado) cosas muebles en épocas y cantidad fijada en el contrato o determinadas por el acreedor de acuerdo con sus necesidades».[1346]

La definición de Garrigues involucra el concepto de empresa, partiendo del presupuesto de que este contrato exige la necesidad de una organización administrativa para cumplir con la obligación contraída. Otro elemento sobresaliente, en la citada definición, es el concepto de cosas muebles, con lo cual se está delimitando qué tipos de bienes constituyen el objeto del contrato de suministro. Esto contrasta con lo dispuesto en el Código Civil italiano, el cual se refiere, en forma indeterminada, a cosas y servicios. Por su parte, en la legislación colombiana se habla simplemente de cosas y, por lo tanto, puede considerarse (por lo menos en el plano teórico) como objeto del contrato tanto a bienes muebles como a inmuebles.

Novoa sostiene que «el contrato de compra-venta por suministro es un contrato principal, consensual, conmutativo y oneroso por el cual una de las partes se obliga al suministro o entrega de cosas genéricas en cantidad y tiempos determinados (o sin determinar y según pedidos) mediante precio estipulado o que pueda fijarse con independencia de las partes».[1347]

Es preciso señalar que el mencionado autor considera al contrato de suministro como una modalidad del contrato de compraventa. Pero ambos son contratos autónomos y existen diferencias entre ellos. Éstas serán detalladas al tratar el tema referido a las diferencias con la compraventa.

Sin embargo, es importante señalar que dicho autor, al referirse a cosas genéricas, está delimitando de mejor forma el objeto de las prestaciones del contrato de suministro, ya que por cosas se entiende sólo a bienes materiales.

Castañeda refiere que el suministro es aquel contrato en el que «el vendedor se obliga a proporcionarle al comprador, por el precio que acuerden, una cierta

1346 Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. 8ª ed. Madrid: 1983, p. 95.

1347 Novoa, «Contrato de compraventa por suministro» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre de 1947, citado por Torres Vásquez, Aníbal. *El contrato de suministro en el Derecho Civil y el Derecho Administrativo*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1988.

cantidad de mercaderías, que será entregada parcialmente a medida de las necesidades de la industria».[1348]

Para Castán «es aquél [contrato] por el cual una de las partes se obliga a proporcionar a la otra, a cambio de un precio, determinadas cosas que han de ser objeto de entregas sucesivas en periodos determinados o determinables a posteriori».[1349]

Aníbal Torres Vásquez, profesor peruano, define al suministro como «un contrato en principio consensual, con prestaciones recíprocas, oneroso, principal, nominado, generalmente conmutativo y esencialmente es un contrato de duración que se ejecuta periódicamente o continuamente».

Entiende por prestaciones periódicas «[...] aquéllas que se ejecutan a intervalos determinados o no, conservando cada una su propia individualidad»; y por prestaciones continuadas «aquéllas en que la provisión de los bienes que forman su objeto —por lo menos potencialmente— son suministrados en forma continua [...]».[1350] La prestación continuada se prolonga por toda la duración del contrato y puede ser medida de acuerdo con la cantidad o el tiempo del consumo.

En el Derecho alemán, el suministro se regula como una institución que abarca diversas figuras contractuales, y distingue entre el suministro de venta y de obra.

Así:

> [...] cuando es fungible la cosa a fabricar con materia procurada por el empresario mismo para prestarla después son aplicables las disposiciones de la compraventa; cuando no es fungible la cosa que ha de hacerse con material a proporcionar por el propio empresario para suministrarla después, el concepto aplicable es el de compraventa, pero las cuestiones relativas a la fabricación de la cosa y en particular, a las responsabilidades por vicios de la cosa, traspaso de riesgo y deber de admitir o recibir la cosa, se regulan por las normas del contrato de obra.[1351]

Es preciso señalar que, en un principio, la concepción germánica del suministro se caracterizaba por el hecho de que el suministrador se encontraba en posesión directa de las cosas que debía entregar posteriormente a la celebración del contrato.

Actualmente, los tratadistas, al definir esta figura, otorgan importancia a la nota de periodicidad y a la pluralidad de prestaciones sucesivas.

1348 Castañeda, Jorge Eugenio. *Contrato de compra-venta*. Lima: Amauta, 1970, p. 139, citado por Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*

1349 Castán Tobeñas, José. *Op. cit.*, p. 68.

1350 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 11.

1351 Badenes Gasset, Ramón. *Op. cit.*, p. 69.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En Italia se regula el contrato de suministro en el Código Civil del año 1942, específicamente en el capítulo V del título III del libro IV (artículos 1559 a 1570). Considerándolo como un contrato autónomo se señala:

> Artículo 1159.- «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».

De este modo, se ha establecido una noción limitada de suministro referida a aquellos contratos que contengan prestaciones reiteradas de cosas. Los contratos que tienen por objeto prestaciones continuas o reiteradas de servicios son considerados como subcategoría del llamado contrato de *appalto*.

En nuestra legislación, el Código peruano regula al contrato de suministro (en el libro VII, sección segunda, título III, artículos 1604 a 1620) como un contrato típico y autónomo, y —como hemos señalado— sigue muy de cerca la normativa del Código Civil italiano de 1942.

Dentro de tal orden de ideas, el Código nacional 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».[1352]

A partir de este concepto, podemos establecer la necesidad de estudiar los puntos que desarrollamos a continuación.

1.3. Partes en el suministro

En el contrato de suministro intervienen dos partes: el suministrante, quien se obliga a ejecutar la entrega de diversas prestaciones periódicas o continuadas de bienes; y el suministrado (también llamado beneficiario del suministro), a quien se hará entrega de los referidos bienes. De acuerdo con la regulación del suministro en el Perú, el suministrado podrá celebrar el contrato tanto a título gratuito, caso en el cual no deberá pagar contraprestación alguna por los bienes recibidos, como a título oneroso, en cuyo caso deberá pagar un precio.

Cabe señalar que los conceptos antes mencionados no se deducen en su integridad del texto del referido artículo 1604 del Código nacional en la medida en que, en cuanto a la nomenclatura de las partes, esa norma sólo hace referencia al suministrante, mas no al suministrado o beneficiario del suministro. Sin embargo, a partir de una lectura de conjunto de los preceptos sobre este contrato se

1352 La Corte Suprema en la Casación n.° 2363-99-Lima, de 22 de junio de 2000, Sala Civil Permanente, ha establecido que «(...) el contrato de suministro es de tracto sucesivo, perfeccionándose en el tiempo, donde si bien es un contrato único, las prestaciones se desenvuelven independientemente, por lo que que el pago y la responsabilidad por el incumplimiento se pueden referir a cada entrega, las que son autónomas e independientes, siendo posible preverse las ventajas y riesgos existentes para cada una de las partes (...)». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1205.

puede afirmar que la contraparte del suministrante recibe, de manera indistinta, cualquiera de estas dos denominaciones.

No obstante, trataremos de emplear en la denominación de dichas partes las expresiones suministrante y suministrado, dado que aquella referencia al beneficiario del suministro deviene un tanto ambigua. Esto sucede debido a que, en el suministro, por razones obvias, las dos partes son beneficiarias del propio suministro; por lo tanto, queda claro cómo esta expresión puede originar una interpretación equivocada de aquello que se quiere decir.

1.4. Las obligaciones del suministrante

Conforme a lo que venimos expresando, el suministrante asume, respecto del suministrado, la obligación de ejecutar prestaciones periódicas o continuadas de bienes.

En tal sentido, conviene remitir al lector al análisis realizado por nosotros en torno al concepto de bien cuando estudiamos el contrato de compraventa, consideraciones plenamente aplicables al contrato de suministro y a todos los demás contratos típicos.

1.5. Las obligaciones del suministrado

Conforme al artículo 1604, el Código nacional no establece con claridad cuáles son las obligaciones que asume el suministrado en este contrato.

Como se verá más adelante, el artículo 1605 del Código Civil señala expresamente que el suministro puede celebrarse tanto a título oneroso como a título de liberalidad. Esto significaría que, en el primero de los casos, el suministrado debería pagar un precio al suministrante como contraprestación por la entrega periódica o continuada de bienes; en tanto que en el segundo, el suministrado no debe pagar nada, viéndose beneficiado —sin la obligación de ejecutar contraprestación alguna— con los bienes que recibirá, de manera periódica o continuada, por parte del suministrante.

En lo que respecta a este punto se puede afirmar que no es esencial para el Código nacional que el suministrado se obligue a ejecutar una contraprestación a favor del suministrante.

Sin duda alguna, en esta materia, el Código 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 suministrado de ejecutar dicha contraprestación, tal como se deduce de la lectura del 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».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin perjuicio de abordar el punto de manera más extensa en otro momento, podemos adelantar opinión en el sentido de que resulta más acorde con la naturaleza del suministro que dicho contrato se celebre a título oneroso, ya que se trata de una figura nacida fundamentalmente del ámbito del Derecho Mercantil, precisamente como una desmembración de la compraventa mercantil. Y como el fin de lucro es connatural al Derecho Mercantil, difícilmente podríamos entender la existencia de un contrato de suministro en el cual las partes, o al menos el suministrante, no persigan esta finalidad.

Estimamos que aquí el legislador peruano ha querido compatibilizar el carácter mercantil del contrato de suministro con la naturaleza civil del cuerpo normativo que lo acogió por primera vez.

Lo antes expresado de ninguna manera implica que sostengamos la imposibilidad de un suministro gratuito, ya que ello formaría parte del legítimo uso de la libertad contractual de los particulares; sin embargo, creemos que es algo que pocas veces ocurre.

En lo que respecta al suministro oneroso, vale decir, aquél en el que existe contraprestación por parte del suministrado al suministrante, dicha contraprestación consistirá en el pago del precio correspondiente a las entregas periódicas o continuadas de bienes.

En tal sentido, tal como afirmásemos en 1993,[1353] estimamos que, a pesar de que no existe ninguna norma legal expresa en tal sentido, los preceptos relativos al precio en el contrato de compraventa deberían ser de aplicación a los demás contratos con prestaciones recíprocas en los cuales una de las partes se obligue a entregar a otra una suma de dinero, o signo que lo represente, a cambio de una obligación de dar, hacer o no hacer.

Desde aquella oportunidad, considerábamos que la teoría del precio en el contrato de compraventa no es privativa de dicho contrato, ya que rebasa los límites propios del mismo —para el que fue concebida— porque muchos de los conceptos que encierra dicha teoría no son exclusivos ni excluyentes de este contrato, sino que más bien podríamos hacerlos extensivos a otros que reúnan las características que acaban de ser mencionadas.

Ahora bien, no sólo porque el Código expresamente denomina como precio a la prestación del suministrado en el suministro oneroso, sino fundamentalmente por las características del referido contrato, estimamos que la teoría general del precio, si a algún otro contrato se aplica además de la compraventa, es al de suministro.

1353 Castillo Freyre, Mario. *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta*, pp. 619 y 620.

En tal sentido, procederemos a recordar las ideas centrales en torno al precio, pero aplicadas al contrato de suministro.

Si bien la existencia del precio es esencial en una compraventa (ya que no se concibe la existencia de una compraventa celebrada a título gratuito), no ocurre lo mismo en lo que respecta al contrato de suministro, ya que, como ha sido dicho, este contrato puede celebrarse tanto a título oneroso como a título gratuito. De esta manera, el precio sólo estará presente en el suministro cuando éste se celebre a título oneroso.

Con respecto a en qué debe consistir el precio, existen básicamente dos posiciones legislativas y doctrinarias: la primera sostiene que debe consistir necesariamente en dinero; y, la segunda, que debe consistir en dinero o signo que lo represente. El Código Civil peruano se adhiere a la primera posición.

Tanto en lo que respecta al contrato de compraventa como al de suministro, consideramos que ambas doctrinas no son incompatibles, sino que la segunda es resultado de la evolución del Derecho. En tal sentido, las monedas extranjeras constituyen signos que representan al dinero; por tanto, pactar una compraventa o un suministro en los cuales el comprador o el suministrado se comprometa a pagar con estos elementos no desnaturalizaría dichos contratos.

Sin embargo, de haberse pactado el contrato en dinero (moneda nacional), el suministrado necesariamente deberá pagar con dicha moneda.

Por otra parte, en sede de compraventa reviste interés el tema del precio mixto; es decir, aquél que se pacta parte en dinero y parte en un bien distinto al dinero.

Como se recuerda, la importancia de ese tema es la de saber si el contrato, por la configuración especial del precio pactado, deberá regirse por las normas del contrato de compraventa o por las del contrato de permuta; en otros términos, si se trata de una compraventa o de una permuta. Es evidente que el pago del precio en el suministro podría convenirse parte en dinero y parte en un bien distinto al dinero, vale decir, como precio mixto. Sin embargo, este tema no tendría ninguna relevancia en lo que respecta al suministro, ya que siempre se tratará de un contrato de suministro, y el mismo se regirá por sus propias normas.

En el contrato de compraventa se plantea usualmente el supuesto en el cual las partes acordaran, luego de celebrado el contrato, que el vendedor pague con un bien distinto al dinero pactado originalmente. En ese caso, dicho pacto configuraría una dación en pago, la cual no afectará la esencia de la venta. Lo propio ocurriría con el contrato de suministro.

En lo que respecta a la venta, sin embargo, sería distinto el caso en el cual se hubiese efectuado una novación objetiva del precio, tornándolo en una prestación de distinta naturaleza. En este supuesto, probablemente, nos encontraríamos, luego de efectuada dicha novación, ante un acto distinto, como podría ser un contrato de permuta.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En lo que respecta al suministro, cabría preguntarnos qué pasaría si las partes acordasen que el pago del precio ya no se seguirá efectuando en dinero, sino en un bien distinto al dinero. Pensamos que, en este supuesto, aún nos encontraríamos ante un contrato de suministro. No obstante, este contrato de suministro tendría una variante muy especial que es la de constituir un suministro recíproco, es decir, aquél en el cual ambas partes efectúan una entrega periódica o continuada de bienes a la contraparte, pero en cuyo caso ninguna de las dos prestaciones que ejecutan las partes constituye dinero.

Esta sería una variante del suministro que, si se tratase de una compraventa, podría llegar a configurar una permuta; sin embargo, al no ser compraventa, seguirá teniendo la naturaleza jurídica de suministro.

Es cierto que esta modalidad no se encuentra expresamente contemplada por la ley, pero tampoco está prohibida; su aplicación práctica no reviste problema alguno ni configura ningún otro contrato típico en particular.

Recordemos que, en materia de compraventa, el segundo requisito del precio es que sea cierto; y dicha certidumbre se entiende en el sentido de que debe tratarse de un precio determinado o determinable (susceptible de determinación) en el momento de la celebración del contrato. En tal sentido, existen múltiples supuestos de determinabilidad del precio.

Precio determinado es aquél cuyo monto se fija expresamente al celebrar el contrato.

Precio determinable es aquél cuyo monto si bien no se fija en su cantidad exacta en el contrato, en el mismo se establecen las reglas necesarias y suficientes para que, sin la posterior intervención de las partes contratantes, se pueda determinar en tiempo posterior. Esta posibilidad puede revestir las más diversas formas.

Cuando la determinación del precio en una compraventa se deja a la exclusiva potestad de una de las partes contratantes, el contrato se considera nulo por contener un precio indeterminado. Sin duda, resultaría peligroso en extremo dejar el establecimiento del monto en manos exclusivas de una de las partes, la cual —está de más decirlo— se encontraría tentada de establecer un precio considerablemente alto o bajo, dependiendo de qué parte contractual sea.

Consideramos que la solución sería idéntica para el caso del contrato de suministro.

Entendemos que la única manera de comprender que un acto de esta naturaleza no fuese nulo sería considerarlo como un contrato en periodo de formación, invirtiendo las calidades de oferente por destinatario de la oferta y la de destinatario de la oferta por la de oferente, a modo de una invitación a ofrecer.

El problema de dejar la determinación del precio a decisión de tercera persona es de difícil solución.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Se discute si el Derecho Romano permitió siempre un pacto de estas características; pero se sostiene que el Derecho justinianeo sí lo aceptó.

La legislación de nuestra tradición jurídica acepta, de manera inmensamente mayoritaria, esta posibilidad, al igual que la doctrina. Sin embargo, esta última no presenta un criterio unánime respecto de la naturaleza jurídica del tercero designado por las partes para la determinación del precio.

Por nuestra parte, concluimos en que se trataría de un tercero que actúa como mandatario-arbitrador-perito o no perito, cuya función podrá revestir la de un arbitrio de equidad o la de un mero arbitrio.

Estimamos que el mandato convenido por las partes contratantes y el tercero es de carácter revocable, pero su revocación sólo podría provenir del acuerdo entre comprador y vendedor.

En la doctrina y la legislación de nuestra tradición jurídica, las consideraciones esbozadas se sostienen exclusivamente en torno al contrato de compraventa, pero, dada su naturaleza, son plenamente aplicables al contrato de suministro.

El supuesto del precio dejado voluntariamente al común del mercado, plaza o bolsa es otro de los casos de precio determinable, y es aceptado por un grueso sector de la legislación y doctrina consultadas. Este pacto es perfectamente posible de convenirse en el suministro.

Respecto de la naturaleza jurídica de este contrato, podemos decir que consideramos que posee similares características que aquél en el cual la determinación del precio se ha dejado a decisión de un tercero. Por esta razón, nos remitimos a los comentarios hechos cuando tratamos sobre el particular.

También resulta factible celebrar un contrato de compraventa con precio determinable, sujeto a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1235, al igual que el establecido respecto de cualquier otro índice de referencia. Ello también se aplica al suministro.

La compraventa y el suministro son válidos cuando se celebran tomando como referencia el precio que otra persona haya ofrecido por el bien; son nulos cuando toman como referencia el precio que otro ofrecerá por el bien.

Un supuesto, contemplado con mucha preocupación por la doctrina consultada, es aquél de la compraventa en la que se deje el precio al valor que tenga el bien o a su justo precio. Entendemos que este problema sería extensivo al suministro.

La legislación se divide respecto de este punto: unos códigos consideran que el contrato es nulo; mientras que otros lo consideran válido. La doctrina también se divide en ambas posiciones. Por nuestra parte, estimamos que un contrato de estas características sería nulo, salvo que resultara de aplicación lo dispuesto en el artículo 1547 del Código Civil peruano, por ser algo sumamente abstracto que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

equivaldría a que las partes en realidad no hayan señalado ningún precio, ni la forma para proceder a señalarlo posteriormente.

Es válida la compraventa, y también lo es el suministro, cuando la determinación del precio del bien se deja a su posterior tasación, rigiéndose por las reglas expuestas cuando tratamos acerca del contrato en el cual la determinación del precio se deje a decisión de un tercero.

Como se recuerda, el tercer requisito del precio es que sea verdadero. Precio verdadero es el realmente establecido, no ficticio o disimulado. En la doctrina consultada se establecen claramente dos tendencias de opinión: la primera, admite la posibilidad de que una compraventa, con precio disimulado, valga como contrato de donación, siempre y cuando se anule el acto aparente y las partes hayan cumplido con las formalidades requeridas por la ley; y la segunda, absolutamente minoritaria, no admite —para ningún supuesto— dicha posibilidad.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con la primera posición, la cual, además, es recogida por el Código Civil peruano en sus artículos 1623, 1624 y 1625, y concuerda con el artículo 191 del referido cuerpo legal. Este precepto establece que cuando las partes han querido concluir un acto distinto al aparente tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma, y no perjudique el derecho de tercero.

El cuarto requisito del precio es el de su seriedad. Hemos establecido que dicha seriedad debe entenderse referida al monto del precio; entonces, será o no será serio en razón de su relación con el justo precio.

Precio justo, equivalente o equilibrado es el que refleja exactamente el valor del bien. Pensamos que el precio justo es solamente una porción en la escala de valores del precio.

Precio suficiente es un precio proporcionado, pudiendo constituir o no un precio justo. De no serlo, debe reflejar siempre, de manera bastante cercana a la justicia, una representación del valor del bien vendido.

Al no existir precisión ni legislativa ni doctrinaria respecto a qué debe entenderse por precio proporcionado, estimamos que sea aquél que no supere, ni por exceso ni por defecto, en más de un quinto al precio justo. Resulta evidente que será desproporcionado el precio que exceda dicho porcentaje.

Precio bajo es aquél que, por defecto, no llega a ser suficiente ni tampoco lesivo.

Precio alto es aquél que, por exceso, llega a ser más que suficiente y menos que lesivo.

El supuesto de excesiva onerosidad de la prestación es susceptible de presentarse en lo que respecta al precio, siempre y cuando nos encontremos frente a un contrato cuyo pago del precio hubiese sido pactado a plazos o diferido por cualquier razón, como podría ser el caso del suministro.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La doctrina se pronuncia señalando que debe entenderse por vil al precio excesivamente desproporcionado. Sin embargo, al no establecerse parámetros objetivos para tal efecto, se presentan algunos problemas.

Similar situación de indefinición que la presentada con el precio vil se da en lo referente al precio usurario.

Consideramos que precio irrisorio es el excesivamente vil.

Para concluir con las precisiones referentes al tema de la seriedad del precio queremos definir al precio serio como aquél que no llega a ser lesivo (evidentemente por ninguno de los dos extremos).

Es criterio unánime de la doctrina consultada, que en la compraventa en la cual el precio se fija por peso, a falta de convenio, se entiende que se refiere al peso neto. Esta precisión también resulta aplicable al contrato de suministro.

2. Autonomía conceptual

Para reafirmar la autonomía del contrato de suministro, estimamos necesario referirnos a las diferencias existentes entre dicho contrato y otros contratos regulados en la ley peruana.

2.1. Diferencias con el contrato de compraventa

2.1.1. En cuanto a su antigüedad

El contrato de suministro adquiere autonomía conceptual recién durante el siglo XX.

En tal sentido, debemos recordar que el primer cuerpo legislativo que reguló de manera autónoma 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.

2.1.2. En cuanto a la naturaleza de los pagos periódicos

El suministro siempre 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, esto equivale a decir que tanto la entrega del bien y su transferencia de propiedad, como el pago del precio, son prestaciones que se ejecutan luego de la celebración del contrato, apenas nacidas las obligaciones a cargo de las partes.

Obviamente, este supuesto de compraventa no tiene hoy en día —ni nunca tuvo— similitud alguna con el contrato de suministro. Este último implica la

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ejecución prolongada en el tiempo, ya sea de manera periódica o continuada, de las prestaciones a cargo del suministrante, quien 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 éstas.

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

La compraventa a plazos tiene ciertas similitudes con el contrato de suministro; en éste, 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: en la compraventa, el comprador ejecuta una sola prestación de manera fraccionada, es decir, paga el precio por partes. En consecuencia, debe entenderse que cada pago corresponde a una fracción de la prestación única que tiene que ejecutar el comprador, la cual consiste en pagar el precio convenido por el bien.

En cambio, en el contrato de suministro, cuando el beneficiario del mismo (suministrado) paga el denominado precio del suministro, lo que está haciendo en cada una de las oportunidades en que efectúa dichos pagos es extinguir cada una de las prestaciones independientes entre sí, cada una de las cuales constituye precio. En el suministro, cada pago de precio es una prestación independiente, distinta de las anteriores y diferente, igualmente, de las siguientes o futuras.

En el contrato de suministro cada uno de los pagos del suministrado es una prestación independiente, a diferencia del contrato de compraventa en el que se hubiera acordado el pago a plazos. En este caso, cuando el comprador paga una cuota, lo que está haciendo no es un pago íntegro o total (como en el suministro), sino sólo un pago parcial, correspondiente a un todo que es el precio pactado.

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

Pero 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.

2.1.3. En cuanto al carácter en virtud del cual se ejecutan las prestaciones

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1529 del Código Civil peruano, por la compraventa, el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

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— se obliga a transferir al vendedor la propiedad del dinero que le tiene que entregar en calidad de precio y, por su parte, 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 al comprador la tranquila, pacífica y perpetua posesión del bien.

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

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

El Código nacional ha optado como definición del contrato de suministro una intermedia en doctrina, ya que no se comprende en ella a la ejecución de servicios por parte del suministrante.

Sin embargo, ello no debe conducirnos a la conclusión de que el contrato de suministro nunca contiene prestaciones de servicios. Lo que ocurre es que el rasgo distintivo y que imprime el carácter esencial de dicho contrato está constituido por la entrega de bienes. Pero en muchos casos, para que se puedan entregar dichos bienes, resultará necesario ejecutar diversos servicios.

En tal sentido, vamos a ilustrar lo dicho con dos ejemplos.

En el caso del suministro de agua potable, si bien está claro que constituye rasgo distintivo la entrega del agua al domicilio del suministrado, no sería posible la ejecución de dichas prestaciones si es que la empresa suministrante del agua no hubiese realizado el tendido de tuberías de agua y desagüe en la ciudad, además de la existencia de la planta de tratamiento de agua potable que surte a los consumidores de dicho bien. Es evidente, además, que todo el proceso de suministro de agua potable requiere del mantenimiento constante de la infraestructura perteneciente a la empresa. Sin duda, el mantenimiento a que hacemos referencia constituye un servicio que resulta indispensable para la adecuada ejecución del suministro.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Lo propio ocurre en el caso de nuestro segundo ejemplo, relativo al suministro de energía eléctrica, en el cual la empresa suministrante deberá dar mantenimiento constante a toda la red de transmisión de energía a su cargo, labor indispensable para la adecuada ejecución del contrato de suministro.

En ambos casos, los suministros van acompañados de servicios que son colaterales a la entrega de los bienes. Pero lo importante es que todos los servicios objeto de esos suministros se encuentran encaminados a la ejecución de las prestaciones principales, que consisten en la entrega de los bienes. En otras palabras, se prestan los servicios con la finalidad de entregar los bienes de manera óptima. Los servicios están subordinados a las prestaciones principales que son los bienes que se deben entregar. En esa medida se entienden los servicios dentro del suministro: como facilitadores del cumplimiento de las prestaciones principales.

Caso contrario, si los servicios constituyeran la prestación principal, la naturaleza del contrato podría ser otra.

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 los mismos sean entregados.

Ésta es, pues, otra diferencia notable que existe entre el contrato de compraventa y el contrato de suministro; ya que no se podría entender, dentro del concepto de compraventa, el que el vendedor asuma, la obligación de entregar el bien, o los bienes, a título diferente al de propiedad.

2.1.4. En cuanto a su onerosidad o gratuidad

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

En cambio, de acuerdo con lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1605 del Código Civil, el contrato de suministro puede celebrarse a título gratuito; es decir, en la eventualidad de que sólo el suministrante sea la parte que asuma obligaciones en este contrato y, en cambio, el beneficiario del suministro no asuma la obligación de pagar precio alguno.

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, a pesar de que el Código Civil peruano contempla esta posibilidad, ella resulta por lo demás irreal, en tanto que el contrato de suministro nació del Derecho Mercantil o Comercial y no del Derecho Civil.

El contrato de suministro tiene, básicamente, fin de lucro y es raro observar algún contrato de suministro en el cual el suministrante se obligue de manera gratuita.

2.1.5. En cuanto a su formalidad

Como se sabe, el contrato de compraventa es, en principio, de carácter consensual, vale decir, se celebra con el solo consentimiento de las partes y no requiere, para su validez, el cumplimiento de alguna otra formalidad.

Sin embargo, ocurre muchas veces que las partes recurren a celebrar el contrato de compraventa por escrito o, si se quiere ver el tema de esta forma, lo hacen constar por escrito luego de celebrarlo verbalmente. Incluso se llega a celebrar, con frecuencia, por medio de una minuta para su posterior elevación a escritura pública a fin de lograr su inscripción en los Registros Públicos, que halla su supuesto más representativo en la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble. Esto se hace por razones de evidente seguridad jurídica.

Pero, como sabemos, todo ello no es necesario para que estemos en presencia de una compraventa válida.

En el caso del contrato de suministro, éste es, en principio, consensual, es decir, se celebra con el solo consentimiento de las partes.

Sin embargo, debemos tener presente lo dispuesto por el artículo 1605 del Código Civil con respecto a la forma de este contrato. Dicha norma establece que la existencia y contenido del suministro pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley,[1354] pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

Este artículo agrega que el contrato, cuando se celebre a título de liberalidad, debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1354 En este sentido, la Casación n.° 203-94-Lambayeque, del 14 de junio de 1996, precisa que el contrato de suministro puede probarse por cualquiera de los medios probatorios que permite la ley, «(...) pero si se hubiese celebrado por escrito, su mérito prevalecerá sobre todos, que los otros medios probatorios, lo que significa que no se exige la forma *ad solemnitatem* sino *ad probationem* (...)» Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1205.

2.2. Diferencias con el contrato de donación

2.2.1. En cuanto a su onerosidad o gratuidad

En virtud de lo establecido por el artículo 1621 del Código Civil, por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien.

Esto significa, como sabemos, que el contrato de donación es, por esencia, un acto de liberalidad; éste no admite la posibilidad de que se pacte una contraprestación que eventualmente deba ejecutar el donatario a favor del donante, salvo la existencia de un cargo.

En cambio, el contrato de suministro puede ser, como hemos visto, tanto un contrato a título oneroso como un acto a título gratuito.

Vale decir, que si alguna semejanza pudiera haber entre ambos contratos, la misma se centraría en lo relativo al suministro a título gratuito —nunca respecto al oneroso—.

2.2.2. En cuanto al volumen de los bienes a entregar

Una diferencia importante entre ambos contratos consiste en que el suministro a título de liberalidad implica, necesariamente, la entrega periódica o continuada de bienes, en tanto que el contrato de donación implica fundamentalmente la entrega, en ejecución única, del bien o de los bienes donados.

No obstante, nada impediría que un contrato de donación se pacte con entregas periódicas o continuadas de bienes, caso en el cual adquiriría semejanzas con el contrato de suministro.

Sin embargo, la diferencia fundamental entre ambos contratos es que en la donación se sabrá, desde el momento de su celebración, cuál es el volumen total de los bienes que deberán ser entregados en propiedad al donatario.

En cambio, en el contrato de suministro, sobre todo si se ha pactado a plazo indeterminado o con volúmenes variables, será frecuente que no se sepa, en el momento de su celebración, cuál es el volumen total de bienes que deberán ser entregados al beneficiario del suministro.

2.2.3. En cuanto a la transferencia de propiedad de los bienes

A través de la donación, el donante se obliga a transferir al donatario la propiedad de un bien. Esto quiere decir que la donación es un contrato que genera, necesariamente, la obligación de transferir propiedad.

Sin embargo, tal como ha sido precisado por nosotros, el contrato de suministro no necesariamente implica que el suministrante se obligue a transferir al suministrado la propiedad de los bienes a entregar en la medida en que éstos

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

podrían ser entregados con un carácter diferente como, por ejemplo, a título de uso, disfrute o consignación.

2.2.4. En cuanto a eventuales límites de lo que se puede obligar a donar o suministrar

Conforme a lo establecido por el artículo 1629 del Código Civil, nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede disponer por testamento.

Este artículo agrega que la donación es inválida para toda cantidad que exceda de esta medida.

Por último, la referida norma establece que el exceso se regula por el valor que tengan o debían tener los bienes al momento de la muerte del donante.

Con esto queremos poner énfasis en que de todos los actos a título de liberalidad que puede efectuar una persona dentro del régimen legal peruano, solamente las donaciones y las disposiciones sucesorias tienen límites establecidos por la ley.

Dentro de tal orden de ideas resulta necesario recordar que el artículo 724 del Código Civil establece que son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge.

Por su parte, el artículo 725 señala que el que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes; en tanto el numeral 726 establece que el que tiene sólo padres u otros ascendientes puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes; y el artículo 727 prescribe que el que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726 tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes.

Por último, el artículo 728 aclara que si el testador estuviese obligado al pago de una pensión alimenticia conforme al artículo 415, la porción disponible quedará gravada hasta donde fuera necesario para cumplirla.

Curiosamente, ningún otro acto de liberalidad tiene, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, límite alguno.

Así, el suministro a título gratuito tampoco tiene límites; esto equivale a decir que no podríamos estar frente a un suministro que pudiera ser declarado como inoficioso, a diferencia de lo que ocurre en el contrato de donación.

2.2.5. En cuanto a su formalidad

Debemos tener presente lo dispuesto por el artículo 1605 del Código Civil con relación a la forma del contrato de suministro. Dicha norma establece que 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.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este artículo agrega que el contrato, cuando se celebre a título de liberalidad, debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad.

Por otro lado, en lo referente al contrato de donación podemos decir que éste, por su formación, puede ser tanto un contrato consensual como uno formal, conforme a lo establecido por los artículos 1623 y siguientes del Código Civil.

2.3. Diferencias con el contrato de arrendamiento

2.3.1. En cuanto al carácter en que se entregan los bienes

Mediante el suministro, el suministrante se puede obligar a entregar bienes en propiedad o a un título distinto (la ley no especifica cuáles pueden ser dichos títulos).

En cambio, a través del contrato de arrendamiento, el arrendador se obliga a entregar un bien al arrendatario sólo para que lo use y lo devuelva después de un plazo —determinado, determinable o indeterminado—, recibiendo a cambio el pago de cierta renta.

2.3.2. En cuanto a su onerosidad

Conforme a lo establecido por el artículo 1666 del Código Civil peruano, por el arrendamiento, el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida.

Con ello queda claro que el arrendamiento es, por esencia, un contrato a título oneroso, en tanto que no sería arrendamiento el contrato en virtud del cual se entregara un bien no consumible para su uso a título gratuito.

Si éste fuese el caso, ya no estaríamos en presencia de un contrato de arrendamiento, sino de un contrato de comodato o préstamo de uso, el mismo que está contemplado en el artículo 1728 del Código Civil. Esta norma establece que, por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible para que lo use por cierto tiempo, o para cierto fin, y luego lo devuelva.

2.3.3. En cuanto a quién puede celebrar el contrato

En cuanto a quiénes pueden ser las personas que se constituyan en calidad de partes en un contrato de suministro no existe restricción alguna; en cambio, en lo que respecta al contrato de arrendamiento, el artículo 1667 del Código Civil establece que puede dar en arrendamiento el que tenga esta facultad respecto de los bienes que administra.

Asimismo, el artículo 1666 del referido cuerpo legal establece que no puede tomar en arrendamiento el administrador, los bienes que administra y aquél que por ley está impedido.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.3.4. En cuanto a la posibilidad de que el bien o los bienes sobre los cuales recae el contrato estén sujetos al régimen de copropiedad

Existe disposición legal expresa en cuanto a la posibilidad de que un copropietario arriende un bien sujeto al régimen de copropiedad. Este precepto se encuentra en el artículo 1669, el cual establece que el copropietario de un bien indiviso no puede arrendarlo sin consentimiento de los demás partícipes; si a pesar de ello lo hace, el arrendamiento es válido sólo si los demás copropietarios lo ratifican expresa o tácitamente.

2.3.5. En cuanto a su formalidad

En virtud de lo dispuesto por el artículo 1605 del Código Civil con relación a la forma del contrato de suministro, se establece que la existencia y contenido del mismo pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley; sin embargo, si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

Este artículo agrega que el contrato, cuando se celebre a título de liberalidad, debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad.

Por otra parte, debemos señalar que el contrato de arrendamiento tiene libertad de forma, vale decir, es consensual.

2.4. Diferencias con el contrato de mutuo

2.4.1. En cuanto a la calidad por la que se entregan los bienes

En virtud de lo establecido por el artículo 1648 del Código Civil, mediante el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuatario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad.

En cambio, a través del contrato de suministro, como ya lo hemos señalado, el suministrante no necesariamente entregará los bienes al suministrado a título de propietario, ya que podría convenirse —según lo que se acuerde— que esa entrega se efectúe a título diferente.

2.4.2. En cuanto a la onerosidad o gratuidad

De acuerdo con lo que hemos visto oportunamente, el contrato de suministro puede celebrarse tanto a título oneroso como a título gratuito.

Igualmente, el contrato de mutuo puede celebrarse a título oneroso o a título gratuito.

Pero la diferencia consistirá en el objeto de la prestación del suministrado y del mutuatario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En el suministro a título gratuito, el suministrado no entregará prestación alguna al suministrante.

En cambio, en el mutuo celebrado a título gratuito, el mutuatario siempre debe ejecutar una prestación, la cual consiste en devolver el capital mutuado (prestado).

Por lo demás, cuando nos encontremos en presencia de un contrato de mutuo, celebrado a título oneroso, ello implicará que el mutuatario ha asumido, aparte de devolver el capital, el deber de pagar los intereses compensatorios pactados o debidos en virtud de la presunción legal de onerosidad.

Además, debe precisarse que tanto el suministro como el mutuo se presumen celebrados a título oneroso.

Decimos esto porque, si el suministro desea celebrarse a título de liberalidad, las partes deberán hacer constar dicho acto por escrito, bajo sanción de nulidad (argumento del artículo 1605, segundo párrafo).

En lo que respecta al mutuo, éste se presume oneroso (es decir, con intereses), tal como lo establece el artículo 1663 al prescribir que el mutuatario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto.

2.4.3. En cuanto a su formalidad

Como sabemos, el contrato de suministro es, en principio, consensual, con las salvedades y precisiones que se efectúan en el artículo 1605 del Código Civil.

Por su parte, el contrato de mutuo también es, fundamentalmente, consensual.

Este contrato 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). Esto quiere decir que su existencia y contenido pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley; sin embargo, si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los medios probatorios.

De acuerdo con la redacción original del Código Civil peruano de 1984, podía ser también un contrato formal si se celebrara entre cónyuges y su valor excediese de 150 sueldos mínimos vitales. Este acto debería 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, y al haberse eliminado el parámetro ahí señalado, debemos entender que al no existir actualmente la referencia a la cual hace mención el artículo 1650 del Código Civil, todo contrato de mutuo es consensual, incluido el mutuo entre cónyuges.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, debemos recordar que el Código Civil de 1936, como es sabido, consideraba al contrato de mutuo como uno de naturaleza real (artículo 1573); vale decir que recién se celebraba con la entrega del bien o bienes por parte del mutuante o mutuatario. Este criterio fue modificado en el Código Civil que hoy nos rige, tal como acabamos de mencionar.

2.5. Diferencias con el contrato de locación de servicios

2.5.1. En cuanto al objeto de la prestación

En virtud a lo establecido por el artículo 1764 del Código Civil, mediante 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.

Como vemos, en el contrato de locación de servicios, el locador se obliga a la ejecución de una prestación de hacer. En cambio, en el contrato de suministro, como hemos podido apreciar en reiteradas oportunidades, las prestaciones a las cuales se obliga el suministrante deben consistir en la entrega periódica o continuada de bienes.

2.5.2. En cuanto a la onerosidad o gratuidad

Como sabemos, el contrato de suministro puede celebrarse tanto a título oneroso, como a título gratuito.

Si bien es cierto que el Código Civil peruano define al contrato de locación de servicios mencionando que el locador recibirá una retribución a cambio del servicio prestado a favor del comitente (lo que pareciera distinguir como oneroso al contrato de locación de servicios), debemos señalar que, a nuestro entender, este contrato también podrá celebrarse a título de liberalidad. En efecto, dentro de las disposiciones generales relativas a los contratos de prestación de servicios (en el artículo 1759), se establece que, cuando el servicio sea remunerado, la retribución se pagará después de prestado el servicio o aceptado su resultado, salvo cuando por convenio, por la naturaleza del contrato o por la costumbre deba pagarse por adelantado. Esta disposición nos muestra claramente que los contratos de prestación de servicios pueden celebrarse no sólo a título oneroso, sino también a título de liberalidad.

2.5.3. En cuanto a su formalidad

El contrato de locación de servicios es, en principio, consensual.

Sobre el carácter del suministro no vamos a ahondar, en tanto que ya nos hemos referido en reiteradas oportunidades al contenido del artículo 1605 del Código Civil.

EDUARDO ALFONSO CASTILLO FREYRE

2.6. Diferencias con el contrato de permuta

2.6.1. En cuanto a su antigüedad

Si hemos señalado que el contrato de suministro se distingue del contrato de compraventa, en primer lugar, porque éste es un contrato sumamente antiguo y el suministro data recién de este siglo, con mayor razón se podría decir que el contrato de permuta es más antiguo que el suministro, ya que la permuta reviste una antigüedad mucho mayor que la compraventa (teniendo en cuenta que la aparición de la compraventa en la historia coincide con la del dinero).

2.6.2. En cuanto a la naturaleza de los pagos periódicos

Respecto de las diferencias existentes entre el contrato de permuta y el contrato de suministro, en lo referente a la naturaleza de los pagos periódicos, hacemos de aplicación, *mutatis mutandis*, nuestros comentarios vertidos en el análisis del contrato de compraventa.

2.6.3. En cuanto al carácter en virtud del cual se ejecutan las prestaciones

Con relación a las diferencias existentes entre el contrato de permuta y el contrato de suministro, en lo referente al carácter en virtud del cual se ejecutan las prestaciones hacemos también de aplicación, *mutatis mutandis,* nuestros comentarios vertidos en el análisis de las diferencias existentes entre el contrato de suministro y el contrato de compraventa.

2.6.4. En cuanto a su onerosidad o gratuidad

En cuanto a las diferencias existentes entre el contrato de permuta y el contrato de suministro, en lo que respecta a su onerosidad o eventual gratuidad, igualmente hacemos de aplicación —en lo que resultaran aplicables— los comentarios vertidos con ocasión del análisis del contrato de compraventa.

2.6.5. En cuanto a su formalidad

En lo referente a las diferencias existentes entre el contrato de permuta y el contrato de suministro, en lo que respecta a su formalidad, igualmente hacemos de aplicación, *mutatis mutandis*, nuestros comentarios vertidos en el análisis del contrato de compraventa.

2.7. Diferencias con el contrato de renta vitalicia

2.7.1. En cuanto al carácter en virtud del cual se entregan los bienes

Por el suministro, el suministrante se obliga a entregar al suministrado bienes en propiedad o por algún título diferente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En cambio, en lo relativo al contrato de renta vitalicia es consustancial a la naturaleza del mismo que los bienes sean entregados (por quien se obliga a pagar la renta) al beneficiario a título de propiedad.

2.7.2. En cuanto a la naturaleza de los bienes que deben entregarse

Respecto de la naturaleza de los bienes que deben entregarse en el contrato de suministro, la ley no establece restricción alguna. En virtud de ello, podría tratarse de bienes muebles o inmuebles (a pesar de que la generalidad de suministros versará sobre muebles, por razones obvias).

Además, al no establecerse restricción alguna con relación al contrato de suministro, los bienes objeto del mismo podrían ser ciertos (situación teóricamente factible pero inusual en la práctica), inciertos o fungibles.

En cambio, en lo relativo al contrato de renta vitalicia, el artículo 1923 establece que mediante este contrato se conviene la entrega de una suma de dinero u otro bien fungible, los cuales deberán ser pagados en los periodos estipulados.

2.7.3. En cuanto a su onerosidad o gratuidad

El suministro puede celebrarse tanto a título oneroso como a título gratuito.

Esto ya lo sabemos, sin embargo, no es algo usual ver suministros a título de liberalidad.

Por su parte, el contrato de renta vitalicia, tal como establece el artículo 1924 del Código Civil, puede constituirse a título oneroso o a título gratuito.

2.7.4. En cuanto a su formalidad

El contrato de suministro es, en principio, consensual.

Sin embargo, el artículo 1605 del Código Civil establece que 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.

Como también sabemos, el segundo párrafo del referido numeral señala que el contrato, cuando se celebre a título de liberalidad, debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad.

Por su parte, el artículo 1925 del Código Civil prescribe que el contrato de renta vitalicia se constituye por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

2.7.5. En cuanto a su duración

El contrato de suministro puede celebrarse a plazo determinado, determinable o indeterminado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El contrato de renta vitalicia, para su duración, debe constituirse señalando como referencia la vida de una o varias personas, tal como lo establece el artículo 1926 del Código Civil peruano. Esta norma señala, además, que en el contrato se determinará la vida en que concluya la renta, cuando se hubiere fijado en cabeza de varias personas.

Esto significa que siempre se celebrará a plazo determinable.

3. Principales características del contrato de suministro

Antes de abordar el análisis de las características del contrato de suministro en el Código Civil de 1984 debemos precisar que la metodología empleada se basa en la clasificación general de los contratos elaborada por Manuel de la Puente y Lavalle, la cual fue empleada por nosotros con ocasión del estudio del contrato de compraventa.

3.1. En cuanto al nombre

El suministro es un contrato nominado.

3.2. En cuanto a su regulación

Entendemos por contratos nominados aquellos que poseen un *nomen iuris;* y, por innominados, lo contrario, es decir, los que no tienen una nomenclatura que los individualice. Por típicos, aquellos contratos que tienen regulación propia con relación a una realidad.

Por tanto, cabría la posibilidad de la existencia de contratos nominados y atípicos como el *joint venture* o el *factoring* (hasta antes de la Resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros n.° 1021-98 del 1 de octubre, publicada el 3 de octubre de 1998). Estos poseían —cada uno de ellos— un nombre jurídico, mas no una regulación legislativa dentro del Derecho peruano.

De esta forma, el suministro fue en nuestro país, hasta la entrada en vigencia del Código Civil de 1984, un contrato nominado pero atípico. A partir de entonces, siguió siendo nominado y, además, pasó a ser típico.

Sin embargo, cuando hacemos referencia a los contratos innominados atípicos creemos que sí coexiste una relación directa entre ellos, ya que si no existe *nomen iuris* de por medio (es decir, que no existe ni siquiera con una propia denominación), mucho menos ostentará una regulación propia.

3.3. En cuanto a su estructura

La estructura del suministro es la de un contrato simple, pues da lugar a una sola relación jurídica que consiste en la obligación del suministrante de ejecutar prestaciones de entrega de bienes a favor del suministrado, y la de este último de pagar un precio como contraprestación si el contrato se hubiese celebrado a título oneroso.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3.4. En cuanto a su contenido o área

Por su contenido, el suministro puede ser un contrato mercantil, civil o administrativo.

Será mercantil en la gran mayoría de supuestos en los cuales el suministro es celebrado por empresas, vale decir, dentro del ámbito de los negocios privados.

Será civil, fundamentalmente, cuando quienes sean las partes intervinientes no tengan la condición de comerciantes, ya sea que el contrato se celebre a título oneroso o a título gratuito.

Es evidente que, en todos los casos en los cuales el suministro se celebra a título gratuito, nos encontraremos en presencia de un contrato civil.

Finalmente, tendrá naturaleza administrativa cuando nos encontremos frente a un servicio público como es el caso de los suministros de agua potable y energía eléctrica; éstos, en principio, no se rigen por los preceptos del Código Civil, sino por su regulación especial y, sólo supletoriamente, por los preceptos del referido Código.

3.5. En cuanto a su autonomía

Es un contrato principal porque no depende jurídicamente de otro contrato. Esto no significa que pueda tener contratos accesorios al mismo, como sería el caso de garantías reales o personales destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones de cualquiera de los contratantes.

3.6. En cuanto a su formación

El contrato de suministro es, en principio, consensual. Sin embargo, si es celebrado por escrito, se convierte en un contrato formal *ad probationem*, pero si es a título de liberalidad deberá celebrarse por escrito, siendo un contrato *ad solemnitatem* (argumento del artículo 1605 del Código Civil; esta norma establece que el suministro puede probarse por cualquiera de los medios que permite la ley, pero si hubiere sido celebrado a título de liberalidad, debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad).

Pero como en la mayoría de ocasiones el suministro es mercantil y oneroso, éste será consensual, porque para su celebración bastaría el consentimiento de las partes, más allá de si éstas deciden recurrir a alguna formalidad especial.

3.7. En cuanto al tiempo

El suministro tiene por finalidad mantener relaciones jurídicas estables.

Se considera un contrato de ejecución de duración, siguiendo el criterio del tiempo.

FONDO EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

Está en contraposición a los contratos de ejecución instantánea, ya que en aquéllos la ejecución del contrato dura sólo un momento, mientras que en el suministro dura un lapso considerable o apreciable.

El suministro genera relaciones obligatorias y no reales; el suministrado no tiene poder o derecho sobre los bienes que son objeto de la prestación del suministrante, sino sólo derecho a exigir que éste cumpla con su obligación (que consiste en prestaciones continuas o periódicas).

3.8. En cuanto a su negociación

En el caso del contrato de suministro, en la práctica se pueden presentar contratos de negociación previa, contratos por adhesión o contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Son de estas últimas dos clases los suministros de servicios públicos y otros que se celebran fundamentalmente en formularios preimpresos.

3.9. En cuanto al rol económico

El suministro es básicamente un contrato de cambio, pues su principal función es la circulación de la riqueza. Asimismo, es un contrato de disposición, ya que implica una disminución en el patrimonio del suministrante (la cual, de haberse pactado a título oneroso, se verá compensada con la respectiva contraprestación).

3.10. En cuanto a su función

El suministro puede ser un contrato constitutivo, modificatorio o regulatorio de obligaciones, aunque fundamentalmente será constitutivo.

En cambio, nunca será extintivo o resolutorio, pues en el suministro siempre se generará, en el suministrante, la obligación de ejecutar prestaciones periódicas o continuadas de bienes a favor del suministrado.

3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El suministro es un contrato individual, ya que las obligaciones creadas por él afectan únicamente a las partes que lo celebran.

3.12. En cuanto a la prestación

Los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas son aquéllos en los cuales el contrato produce obligaciones para ambas partes contratantes, es decir, surgen contemporáneamente, para una y otra parte, obligaciones y derechos recíprocos, ligados entre sí por una interdependencia.

Hay reciprocidad en las prestaciones. Esto significa que la prestación es causa de la contraprestación y viceversa; y cada una de las partes es, a la vez, acreedora y deudora de la otra.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En cambio, los contratos de prestación unilateral se caracterizan porque una sola de las partes se obliga hacia la otra, sin que ésta quede obligada a nada. Sólo una de las partes tiene derechos, en tanto la otra únicamente tiene deberes correlativos a tales derechos.

Sin embargo, podríamos estar en presencia de un suministro de prestaciones unilaterales en caso fuere celebrado a título de liberalidad.

3.13. En cuanto a la valoración

En principio, el contrato de suministro es oneroso al sufrir ambas partes un sacrificio y una ventaja patrimonial. Por excepción, es gratuito cuando sólo una de las partes recibe una ventaja y la otra sufre sólo un sacrificio sin recibir nada a cambio. El suministro constituido a título de liberalidad muy raramente se presenta, porque lo común es que cada parte con el sacrificio de su patrimonio obtenga beneficios o ventajas que la otra se obliga a proporcionar.

3.14. En cuanto al riesgo

Con relación al riesgo debemos decir que el suministro es fundamentalmente un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, es decir, son conocidas de antemano o, al menos, determinables.

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

3.15. En cuanto a sus efectos

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

4. 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 numeral 1605, relativo a la probanza de la existencia y contenido del contrato de suministro.

En tal sentido, el mencionado precepto señala lo siguiente:

> 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.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

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

Con relación a la primera parte de la norma, la cual hace referencia a que «La existencia y contenido del suministro pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley [...]», consideramos que 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». Sin embargo, cabría preguntarnos si, 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. A decir verdad, consideramos que, en general, esta norma es intrascendente.

Por otra parte, ella establece un criterio de prueba tasada, es decir, aquélla que tiene un determinado valor asignado *a priori* por la ley, acorde con el sistema probatorio contemplado por el Código de Procedimientos Civiles de 1912 —vigente al tiempo de la promulgación del Código Civil de 1984—, pero contrario al sistema imperante en virtud del Código Procesal Civil de 1993, que otorga libertad de criterio y valoración al juez con relación a los diversos medios probatorios.

Tal situación, incluso, podría llevarnos a considerar que tal vez existiría una derogatoria implícita de este extremo del artículo 1605 del Código Civil, por el Código Procesal Civil que entró en vigencia el 28 de julio de 1993.

No opinamos de la misma manera respecto del segundo párrafo del artículo mencionado ya que, al no representar la regla (el suministro celebrado a título gratuito), 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 resulta pertinente.

5. Volumen del suministro

Los artículos 1606 y 1607 del Código de 1984 regulan lo que el Código Civil italiano de 1942 contempla bajo la sumilla de «Importancia del suministro». 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:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> 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 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 suficientes 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 siempre así.

Por ejemplo, si 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 ésta requiera, es decir, las necesidades de la planta para operar habitualmente? Consideramos que no, pues podría presentarse el caso en el que las necesidades de un suministrado sean superiores a la capacidad que tiene el 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 tener en consideración las posibilidades del suministrante de cumplir con aquello que se ha comprometido suministrar.

Pero aun con la inclusión de este parámetro adicional consideramos que dichos parámetros serían insuficientes ya que las necesidades del suministrado y las posibilidades del suministrante, vistas ambas en el momento de la celebración del contrato, deberían ser apreciadas de acuerdo con las circunstancias de dicha celebración.

A nuestro entender, de no incorporar en la interpretación de esta norma esos dos parámetros adicionales, estaríamos dejando el camino abierto para la producción de hipotéticas malas interpretaciones del precepto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

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

> 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 trascripción casi textual 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»; sin embargo, 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 aquél 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 preestablecidos, cuál será el volumen de lo debido.

Y consideramos que es de justicia que se establezca algo así, ya que quién más que el suministrado para considerar cuáles son sus necesidades con respecto al producto a suministrar.

Adicionalmente, debemos precisar que no consideramos que el hecho de que se deje al arbitrio del suministrado la tarea de señalar el volumen del suministro constituya la posibilidad de 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.

6. Pago del precio en el suministro

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

6.1. Suministro con prestaciones periódicas

El artículo 1608 regula 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 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 a 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.

6.2. Suministro con prestaciones continuadas

Este caso no resulta tan claro como el anterior en lo que se refiere al momento en que debiera considerarse, para el suministrado, la obligación 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 el citado artículo 1610 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 que ésta 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, mediante 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 razonable en el sentido de que da la amplitud necesaria para que, dentro de su supuesto, estén comprendidas las más variadas hipótesis.

ISLEVIS MARIO CASTILLO FREYRE

7. 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 aquéllos 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.

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 cuál es la norma aludida. Pero ésta es, sin duda, el artículo 1547, precepto 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 precios 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, el cual 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 citado. La ventaja del 1561 italiano sobre el artículo 1609 peruano es que remite directamente al numeral que considera aplicable a los efectos respectivos.

8. Establecimiento del plazo del suministro en interés de ambas partes

El artículo 1611 del Código Civil peruano señala lo siguiente:

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Esta norma está dirigida a conducir una ordenada ejecución de las prestaciones derivadas de las obligaciones del contrato de suministro.

Si bien el citado precepto 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 cometidas por el suministrante.

Por ejemplo, supongamos que A, suministrante, se ha comprometido a suministrar a B, suministrado, doscientos kilos de legumbres y hortalizas cada viernes a cambio de una contraprestación de trescientos 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; esto quiere 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 ejemplo, son suficientes para ilustrar cuán importante puede llegar a ser, y de hecho lo es, un cumplimiento ordenado y puntual de las prestaciones a las cuales 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. Ambos se diferencian únicamente en el hecho de que el Código peruano emplea la palabra «plazo», mientras que el Código italiano utiliza 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».

9. SUMINISTRADO CON FACULTAD DE FIJAR EL VENCIMIENTO DE LAS PRESTACIONES SINGULARES

Con respecto a este tema, resulta pertinente recordar lo establecido por el artículo 1612 del Código Civil peruano de 1984:

> 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 transcrita contempla el supuesto en 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. Dicho precepto establece lo siguiente:

EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

> 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 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 importante, ya que ha optado, en aras de buscar una mayor precisión, por eliminar los plazos generales o flexibles que otorga, para diversas situaciones relativas al contrato de suministro, el Código Civil italiano de 1942. 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:

9.1. Que ambas partes contratantes hayan pactado, en el 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 con el 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.

9.2. 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 sí 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 arbitraria.

Consideramos que el criterio señalado en la alternativa 9.1 es justo e imprescindible de asumir, ya que, en la vida diaria, al celebrarse infinitas modalidades de suministro, y éstas versar sobre prestaciones de los más variados objetos, podría 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.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por estas consideraciones disentimos del criterio esgrimido por Max Arias-Schreiber,[1355] en el sentido de que, respecto del plazo de los siete días como mínimo, no cabría pacto en contrario.

10. Suministro a plazo indeterminado

El artículo 1613 del Código Civil peruano establece lo siguiente:

> 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, la cual 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 su plazo de vencimiento, eso no implicará que ambas partes estén obligadas a continuar, al infinito, con la ejecución de las prestaciones derivadas de las obligaciones generadas por el contrato. Simplemente, cada una de las partes contratantes podrá separarse del contrato de dos maneras alternativas:

10.1. 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.

10.2. Si no se hubiese pactado ningún plazo para realizar dicha comunicación, ésta 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 podría representar, en una multiplicidad de casos, un plazo excesivo e inclusive, en otros supuestos, hasta un plazo reducido, 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 susceptibles 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.

1355 Arias-Schreiber Pezet, Max en Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, p. 264.

ESTUDIO MARIO CASTRO PRIVE

11. 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 donde 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 con 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 correspondiente 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 aquélla sólo contempla el pacto o cláusula de preferencia en la cual 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 exclusivamente en favor de una de las partes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero el artículo 1614 que acabamos de comentar no reviste mayores problemas en su comprensión y alcance. Es la norma siguiente, el artículo 1615, la que merece 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 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 función 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.

11.1. 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 con 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, 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 con la redacción del artículo 1615, el proceso antes descrito podría ser graficado de la siguiente manera:

El suministrante comunica al suministrado las propuestas de terceros.

SUMINISTRANTE ⇉ SUMINISTRADO

El suministrante debe comunicar al suministrado su decisión de hacer valer la preferencia.

Similar situación se plantearía en el supuesto de que la cláusula de preferencia esté estipulada en favor del suministrado, como exponemos a continuación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

11.2. 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 a la otra (el suministrante), en forma indubitable, 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 con lo antes señalado, podríamos graficar el proceso descrito de la siguiente manera:

El suministrado comunica el suministrante las propuestas de terceros.

SUMINISTRADO ⇉ SUMINISTRANTE

El suministrado debe comunicar al suministrante su decisión de hacer valer la preferencia.

Como hemos podido apreciar de una interpretación literal de los esquemas planteados por los artículos 1614 y 1615 del Código Civil éstos 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 del mismo sea admisible. Estas interpretaciones serían las siguientes:

- 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 tanto tiene el derecho de ejercer dicha preferencia; y la otra, en tanto 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, cuando señala en su artículo 1615 a la parte que tenga la preferencia, 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.

- Interpretar la norma en el sentido de 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 los términos «a su vez», está estableciendo una distinción entre aquella parte de la cual 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.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El referido texto es el siguiente:

> Artículo 1566.- «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 con el texto de la norma antes trascrita 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:

El suministrado debe comunicar al suministrante las propuestas de terceros.

SUMINISTRADO ⇄ SUMINISTRANTE

El suministrante debe declarar si piensa valerse del derecho de preferencia.

Antes de concluir con nuestros comentarios sobre el artículo 1615 queremos señalar las razones por las cuales consideramos lógico el esquema italiano. Estas son las siguientes.

- Es razonable que quien no goza del derecho de preferencia (quien la otorga) sea el encargado de comunicar las propuestas recibidas por terceros. Se entiende que estas propuestas, de los terceros, deben consistir en los presupuestos que éstos 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.

- La razón por la cual el que otorga la preferencia del suministro debe comunicar las propuestas al suministrante o beneficiario de la preferencia 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 podría ser que se encuentre dentro de los márgenes razonablemente inferiores, que hayan sido aceptados por quien otorga la preferencia.

- Es lógico que el que otorga la preferencia sea el encargado de comunicar las condiciones propuestas por los terceros, ya que quien deberá dar su aprobación 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, el que otorga la preferencia se está obligando, al pactar la cláusula de preferencia, a celebrar un contrato con el beneficiario de la misma.

- 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, sólo con

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el presupuesto que pueda ofrecer el beneficiario. Con las propuestas de los terceros se establecen parámetros que favorecen, o aseguran, los intereses del beneficiario.

Por último, deseamos hacer algunos comentarios acerca del alcance de la frase contenida en el artículo 1615, la cual expresa 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 alusión a esa comunicación indubitable no sólo se está refiriendo a que dichas propuestas deben haber sido comunicadas indubitablemente a la otra parte, sino que el contenido de esa comunicación debe revestir el carácter de indubitable. Se entiende que la comunicación de las propuestas debe ser hecha basándose en presupuestos de terceros y 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, creemos que en el artículo 1615 no debió colocarse la frase: «[...] la parte que tenga la preferencia [...]», sino la frase «[...] la parte que otorga la preferencia [...]». Así sería congruente el contenido del referido artículo.

12. Cláusula de exclusividad en favor del suministrante

En su artículo 1616, el Código Civil peruano regula el caso en el cual se haya pactado en el contrato de suministro, la cláusula de exclusividad en favor del suministrante. Asimismo, se señala 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 sólo en algunos términos que han sido perfeccionados; por ejemplo, cuando el Código peruano se refiere al objeto de la prestación (aludiendo a los bienes), en vez de referirse, tal como lo hace su similar italiano, 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 del Código nacional, salvo el hecho de especificar que cuando se trata del pacto de exclusividad se está hablando de algo absolutamente distinto a la cláusula de preferencia; esto no excluye la posibilidad (y de hecho ocurre frecuentemente en la práctica) de que en un contrato de suministro ambos puedan pactarse 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; de lo contrario, el pactar una cláusula de esta naturaleza no tendría razón alguna.

Cabe formular una observación en el sentido de 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 ésta no se le ha colocado plazo máximo. Simplemente hacemos la observación.

13. Cláusula de exclusividad en favor del suministrado

Prosiguiendo con el comentario de las normas del Código Civil peruano acerca del contrato de suministro, encontramos que el artículo 1617 hace referencia al contrato de suministro en el cual se haya pactado la 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 trascrito tiene su base en el numeral 1568 (primer párrafo) del Código Civil italiano; sin embargo, 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 del Código nacional, 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 el sentido de que pueda existir pacto en contrario), ni tampoco se hace ninguna observación (tal como «salvo voluntad distinta» o alguna otra frase por el estilo).

FONDO EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

Por ello, la expresión antes citada constituye un peligroso agregado, ya que el hecho de haberse pactado la cláusula de exclusividad en favor del suministrado no debería impedir en forma absoluta al suministrante celebrar contratos de la misma naturaleza, siempre y cuando los lugares donde se vaya a efectuar la ejecución de las prestaciones a cargo del suministrante, y el expendio o distribución de dichos productos por parte del suministrado, no sean los mismos de la plaza o mercado del beneficiario de la cláusula de exclusividad.

Para ilustrar lo expuesto, 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 Comercial Caminos del Inca, en Surco, con un plazo de duración de dos años, sería ilógico pensar que este fabricante no pueda celebrar durante ese plazo un nuevo contrato de suministro con algún otro minorista en alguna otra parte del mundo.

En nada afectaría que el fabricante celebrara, con una tienda minorista de la ciudad de Nueva York o de París, un contrato de las mismas características que el celebrado con la tienda del Centro Comercial Caminos del Inca, ya que la celebración de esos nuevos contratos no afectaría el mercado de la tienda en la ciudad de Lima.

Como vemos, la frase «en ningún otro lugar» constituye un exceso. Consideramos que hubiera sido mucho mejor dejar la redacción empleada por el Código Civil italiano al respecto, la cual 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 estimamos que esta norma reviste sólo tal carácter cuando las partes no han especificado el ámbito de la exclusividad pactada. Sin embargo, aun así esa frase constituye un peligro.

Por último, también debemos observar que al igual que en el caso del artículo 1616 (relativo a la cláusula de exclusividad a favor del suministrante), y contrariamente a lo dispuesto para la cláusula de preferencia, no se ha colocado plazo máximo para la duración de la cláusula de exclusividad en favor del beneficiario del suministro.

14. 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; dicha norma establece lo siguiente:

> 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».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

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, es decir 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 sugerirse dos posibilidades:

- 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.
- 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.

Creemos que la segunda opción 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 haberse 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 habría razón para 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 el uso de esta terminología.

15. Incumplimiento de escasa importancia del contrato de suministro

El artículo 1619 del Código Civil peruano establece lo siguiente:

PALACIO MURO CASTILLO PERU

> 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 aquél, 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 a cambio.

El artículo 1619, antes trascrito, tiene su base o antecedente en el numeral 1565 del Código Civil italiano, el cual 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 diversos 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 interrumpa el suministro con sólo dar un aviso previo al suministrado, pudiéndole causar los más variados perjuicios.

Para ilustrar lo dicho, vamos a utilizar un ejemplo. Supongamos que una fábrica de buques del Japón tiene celebrado, en calidad de suministrado, un contrato con una empresa peruana para el suministro de dos mil toneladas métricas de acero, las cuales deberán ser entregadas el primer día de cada mes. Habida cuenta del plazo que demoraría esa fábrica japonesa para 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 con lo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

prescrito por el Código Civil en su artículo 1619, ya que habrá dado un aviso previo. Sin embargo, no por ser previo sería oportuno, dado que podría causar considerables daños y perjuicios al suministrado.

Además, un proceder de esta naturaleza sería contrario al actuar con buena fe, impuesto por el artículo 1362 del Código Civil peruano, para la ejecución de todo contrato, y también de manera universal por la legislación de nuestra tradición jurídica romano germánica.

En tal sentido, nos hubiera parecido conveniente dejar la frase de la norma italiana que hace referencia a un «oportuno preaviso». Las razones son evidentes: a la vez que la norma se hace más flexible, se hace más justa.

16. Incumplimiento de importancia de las prestaciones en el contrato de suministro

El artículo 1620 del Código Civil peruano establece lo siguiente:

> 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 destinada 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 sólo una diferencia de grado en el incumplimiento lo que distingue a la norma bajo comentario del artículo 1619 anteriormente 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 de cualquiera de las dos partes contratantes: suministrante y suministrado.

En segundo lugar, la norma del artículo 1619 no otorga, a quien está afectado por el incumplimiento, la facultad de solicitar la resolución del contrato; sino sólo la de suspender, dando aviso previo, la ejecución de las prestaciones a su cargo. En cambio, el artículo 1620 sí faculta al perjudicado por el incumplimiento para que resuelva el contrato, en caso de tratarse de un incumplimiento tan importante que disminuya la confianza en la exactitud de los sucesivos cumplimientos.

Podría parecer que el artículo 1620, al exigir importancia al incumplimiento en el contrato de suministro, constituiría una excepción a lo dispuesto por el artículo 1428 del propio Código, cuando señala 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».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En otras palabras, el artículo 1428 no exigiría que el cumplimiento sea de importancia para que la parte fiel del contrato pueda resolverlo.

Es más, en las primeras ocasiones en que escribimos sobre este particular pensábamos así. Pero desde hace más de una década hemos cambiado de opinión. Ello, por una razón muy sencilla; y es que el incumplimiento contractual para que autorice a la parte fiel a resolver el contrato, debe ser un incumplimiento de importancia. De lo contrario, se configuraría una situación de abuso del derecho. El incumplimiento de importancia es, qué duda cabe, requisito indispensable para que proceda la resolución de los contratos.

Dentro de este orden de ideas, el artículo 1620 no constituye excepción a la regla impuesta por el artículo 1428 y la amplia doctrina que lo respalda.

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».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CONTRATO DE DONACIÓN

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El contrato de donación

1. Concepto

En virtud de lo prescrito por el artículo 1621 del Código Civil peruano de 1984:

> Artículo 1621.- «Por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien».

La definición otorgada por el Código nacional plantea diversos puntos que resulta necesario abordar.

En primer lugar, el citado artículo no señala, expresamente, que la donación sea un contrato o que requiera un acuerdo de voluntades entre donante y donatario, ya que sólo alude a la obligación del donante de transferir gratuitamente la propiedad del bien a su contraparte.

Sin embargo, de ninguna manera podríamos interpretar que la donación es un acto unilateral o, como se entendía antiguamente, un modo distinto a los contratos de adquirir la propiedad.

Decimos esto, por dos razones fundamentales.

La primera de ellas consiste en que no podríamos, por elemental sistemática, llegar a otra conclusión, en virtud de que la donación está regulada entre los artículos 1621 y 1647 del Código nacional, y constituye el título IV de la sección segunda, «Contratos nominados», del libro VII, relativo a las fuentes de las obligaciones. Así, por más que no se diga que la donación es un contrato, lo es.

La segunda razón en la que se sostiene el carácter contractual de la donación es que, en el Derecho peruano, cualquier acto de liberalidad, para poder surtir efectos, debe contar con el asentimiento del eventual beneficiario.

2. Características

Antes de abordar el análisis de las características del contrato de donación en el Código Civil peruano de 1984 debemos precisar que la metodología empleada se basa —como ya es habitual— en la clasificación general de los contratos elaborada por Manuel de la Puente y Lavalle.

2.1. En cuanto al nombre

La donación es un acto que siempre ha recibido el mismo nombre o denominación, aunque no siempre fue considerada como un contrato.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.2. En cuanto a su regulación

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»), entre los artículos 665 a 694.

En el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, la donación se encontraba dentro de la segunda parte, relativa al dominio y contratos, en el título 22 («Donaciones») y constaba de dieciséis 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»), entre los 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»), entre los 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»), entre los artículos 1621 a 1647.

2.3. En cuanto a su estructura

La donación es un contrato simple, pues da lugar a una sola relación jurídica.

2.4. En cuanto a su contenido o área

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.

2.5. En cuanto a su autonomía

El contrato de donación es de carácter principal, pues no depende jurídicamente de otro contrato.

2.6. En cuanto a su formación

La donación no siempre ha sido considerada como un contrato. Su naturaleza jurídica ha sido muy discutida en doctrina. En sus inicios, predominaba la posición según la cual era sólo un modo de adquirir la propiedad, luego pasó a ser considerada como un acto jurídico. 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.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El Código Civil de Santa Cruz de 1836 regulaba la donación en su libro III («De las diferentes maneras de adquirir la propiedad»). Por la cercanía de la fecha de promulgación del Código Civil francés de 1804 (o Código Napoléon) podemos inferir que hay una gran influencia. En este último cuerpo legal se puede apreciar que la donación no está incluida dentro de los contratos, pues se sostenía que para su existencia se requerían recíprocas prestaciones de las partes.

Por su parte, en el Proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, la donación se encontraba dentro de la segunda parte relativa al dominio y contratos, en el título 22 («Donaciones»). 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.

A partir el Código Civil de 1936 la donación empieza a ser regulada dentro de los contratos.

De acuerdo con el tratamiento del Código Civil de 1984, la donación puede ser tanto un contrato consensual como uno formal. Será consensual, es decir, se celebrará con el solo consentimiento de las partes, cuando verse sobre bienes muebles cuyo valor no exceda del 25 % de la unidad impositiva tributaria (UIT) vigente al momento de la celebración del 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 UIT). Para estos casos, se establece que el contrato se hará por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad, lo cual 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).

Asimismo, se tratará de un contrato formal cuando sean donados bienes inmuebles. En este caso, 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. Así lo 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 UIT, pero realizada con ocasión de bodas o acontecimientos similares (como por ejemplo bautizo, primera comunión, bodas de plata, bodas de oro, cumpleaños, etc.), dicho contrato no estaría sujeto a las formalidades establecidas por el artículo 1624 (argumento del artículo 1626 del Código Civil); en ese caso nos encontraríamos frente a un contrato consensual y no ante uno formal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Estos mismos conceptos son de aplicación a cualquier otro bien mueble que se done con motivo de estas ocasiones, independientemente del valor que tenga.

2.7. En cuanto al tiempo

El contrato de donación es, fundamentalmente, 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 ello conviniera a las partes contratantes.

2.8. En cuanto a su negociación

La donación es, fundamentalmente, un contrato de negociación previa; es decir, aquél en el cual las partes tienen libertad para modelar su contenido. Debemos señalar que no conocemos la existencia de contratos de donación sujetos a cláusulas generales de contratación o que se celebren por adhesión; esto último se debe a la naturaleza (a título gratuito y civil) de este contrato. Además, dicha modalidad de contratación no es tan común si la comparamos con la compraventa y otros contratos en los cuales se utilizan frecuentemente formularios preimpresos o textos preelaborados (como los de seguro, transporte aéreo, etc.).

2.9. En cuanto al rol económico

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

2.10. En cuanto a su función

La donación es, fundamentalmente, un contrato constitutivo, aunque puede formar parte, por excepción, de uno modificatorio. Sin embargo, 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.

2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

La donación es un contrato individual, ya que las obligaciones creadas por él afectan únicamente a las partes que lo celebran.

2.12. En cuanto a la prestación

La donación es, esencialmente, un contrato unilateral, puesto que sólo una de las partes (el donante) asume la obligación de transferir la propiedad del bien a la otra (al donatario).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.13. En cuanto a la valoración

La donación es un contrato que se celebra esencialmente a título gratuito.

2.14. En cuanto al riesgo

La donación es un contrato fundamentalmente conmutativo. Esto obedece a que la existencia y cuantía de la prestación que debe cumplir el donante es cierta, vale decir, conocida de antemano. Sin embargo, también podría revestir la modalidad de aleatorio, ya que su naturaleza no lo impide.

2.15. En cuanto a sus efectos

La donación es un contrato únicamente obligacional.

3. ACTOS DE LIBERALIDAD DISTINTOS A LA DONACIÓN

Haciendo una revisión de las normas del Código Civil podemos apreciar que el mismo contiene una serie de figuras que pueden celebrarse a título gratuito. A manera ilustrativa vamos a referirnos a ellas.

3.1. Los actos jurídicos en general

Conforme con lo dispuesto por el artículo 140 y siguientes del Código Civil, relativos al acto jurídico, queda claro que las personas pueden celebrar actos jurídicos unilaterales (es decir, aquéllos en cuya formación interviene una sola persona) o plurilaterales (aquéllos en cuya formación interviene más de una persona).

Los actos jurídicos unilaterales no requieren, para su celebración, sino de un agente, pero si tuviesen por objeto beneficiar a un tercero, no podrán surtir efectos sin la intervención de éste.

Resulta evidente que en los actos jurídicos celebrados por dos o más personas, si es que en ellos se busca obtener un beneficio para alguna de ellas, dichos actos deberán contar (no sólo para su eficacia sino incluso para su validez) con la intervención de la parte eventualmente beneficiada.

3.2. Patrimonio familiar

Tal como expresa Héctor Cornejo Chávez,[1356] la figura del patrimonio familiar consiste en la afectación de un inmueble para que sirva de vivienda a miembros de una familia (o de un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio que sirva para proveer a dichas personas de una fuente de recursos que asegure su sustento).

1356 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. Lima: Ediciones Studium, 1984, tomo II, p. 287.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En virtud de lo dispuesto por el artículo 488 del Código Civil, el patrimonio familiar es inembargable, inalienable y transmisible por herencia.

De acuerdo con el artículo 490, la constitución del patrimonio familiar no transfiere la propiedad de los bienes del constituyente a los beneficiarios. Éstos solamente adquieren el derecho de disfrutar de dichos bienes.

De conformidad a lo establecido por el artículo 493 de dicho Código, pueden constituir patrimonio familiar cualquiera de los cónyuges sobre bienes de su propiedad; los cónyuges de común acuerdo sobre bienes de la sociedad; el padre o madre que haya enviudado o se haya divorciado, sobre sus bienes propios; el padre o madre solteros sobre bienes de su propiedad; y cualquier persona dentro de los límites en que pueda donar o disponer libremente en testamento.

Finalmente, debemos decir que, tal como prescribe el artículo 495, solamente pueden ser beneficiarios del patrimonio familiar los cónyuges, los hijos y otros descendientes menores o incapaces; los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad; y los hermanos menores o incapaces del constituyente.

Del concepto y normas antes señalados queda claro que la constitución del patrimonio familiar representa un acto de liberalidad por parte del constituyente a favor de la persona o las personas que resulten ser sus beneficiarios. Dichos beneficiarios, como señala el artículo 490, adquieren el derecho de disfrutar del bien objeto del patrimonio familiar con la ventaja de que el mismo es inembargable e inalienable, tal como señala el referido artículo 488 del Código Civil.

3.3. Renuncia de herencia

El tema de la aceptación y renuncia de la herencia es regulado en los artículos 672 a 680 del Código Civil.

El artículo 674 establece lo siguiente:

> Artículo 674.- «Pueden renunciar a herencias y legados quienes tienen la libre disposición de sus bienes».

Por su parte, el artículo 675 dispone que:

> Artículo 675.- «La renuncia debe ser hecha en escritura pública o en acta otorgada ante el Juez al que corresponda conocer de la sucesión, bajo sanción de nulidad. El acta será obligatoriamente protocolizada».

Finalmente, cabe resaltar lo señalado por el numeral 677 cuando establece que:

> Artículo 677.- «La aceptación y la renuncia de la herencia no pueden ser parciales, condicionales, ni a término. Ambas son irrevocables y sus efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De los preceptos mencionados cabe deducir claramente que no por el simple hecho de ser heredero intestado o testamentario de un causante se tendrá la obligación de recibir el patrimonio hereditario, ya que dicho patrimonio podría no serle conveniente tanto por razones económicas como por razones morales.

3.4. Los legados testamentarios

En virtud de lo establecido por el artículo 756 del Código Civil:

> Artículo 756.- «El testador puede disponer como acto de liberalidad y a título de legado, de uno o más de sus bienes o de una parte de ellos, dentro de su facultad de disposición».

Es evidente que para efectuar un legado testamentario sólo se requiere de la voluntad unilateral del testador. Esto se debe a que el testamento, en el Derecho nacional, únicamente puede realizarse por una sola persona, prohibiéndose los testamentos colectivos.

La validez del legado surge en el momento en el que fallece el causante testador, y dicho testamento constituye el conjunto de disposiciones de última voluntad del testador. En ese momento, el legado adquiere plena validez.

No obstante, nadie podría obligar al supuesto beneficiario del legado (legatario) a aceptarlo, ya que, incluso sin exposición de motivos, tendría todo el derecho a negarse.

3.5. El derecho de acrecer

El artículo 774 del Código Civil señala que:

> Artículo 774.- «Si varios herederos son instituidos en la totalidad de los bienes sin determinación de partes o en partes iguales y alguno de ellos no quiere o no puede recibir la suya, ésta acrece las de los demás, salvo el derecho de representación».

Seguidamente, el numeral 775 dispone que:

> Artículo 775.- «Cuando un mismo bien es legado a varias personas, sin determinación de partes y alguna de ellas no quiera o no pueda recibir la que le corresponde, ésta acrecerá las partes de los demás».

El artículo 776, a su vez, dispone que:

> Artículo 776.- «El legado se reintegra a la masa hereditaria cuando no tiene efecto por cualquier causa, o cuando el legatario no puede o no quiere recibirlo».

Y, finalmente, el artículo 777 establece que:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> Artículo 777.- «El derecho de acrecer no tiene lugar cuando del testamento resulta una voluntad diversa del testador».

El lector podrá preguntarse dónde radica el acto de liberalidad en el caso que es materia de exposición.

Es muy sencillo. Cuando una persona, que compone un grupo de varios herederos, renuncia a recibir la herencia que le corresponde, ésta acrece las porciones de los demás herederos, salvo el derecho de representación. Esto significa que podría ocurrir que la renuncia a la herencia por parte de una persona no constituya solamente un acto de desprendimiento debido a cualquier razón. Puede ocurrir que dicha renuncia se haga para beneficiar a otro de los coherederos, con lo que se constituiría en un acto de naturaleza unilateral y a título gratuito, pero para cuya validez se requeriría, evidentemente, de la aceptación de los demás coherederos.

En caso de que los demás coherederos acepten beneficiarse de esta renuncia, el acto de liberalidad habrá surtido efectos. Caso contrario, no favorecerá a los coherederos que no acepten el beneficio de dicha renuncia, acreciendo, a su vez, los porcentajes hereditarios de los demás coherederos.

3.6. El anticipo de legítima

El anticipo de legítima no es otra cosa que un contrato de donación celebrado por el donante con uno de sus eventuales herederos forzosos en calidad de donatario.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 831 del Código Civil, las donaciones u otras liberalidades que, por cualquier título, hayan recibido del causante sus herederos forzosos se considerarán como anticipo de herencia para el efecto de colacionarse, salvo dispensa de aquél.

3.7. El usufructo gratuito

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 999 del Código Civil, el usufructo concede las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno, pudiéndose excluir determinados provechos y utilidades.

Asimismo, se establece que el usufructo puede recaer sobre toda clase de bienes no consumibles, salvo lo dispuesto por las normas relativas al cuasi usufructo.

El artículo 1000 del Código establece que el usufructo se puede constituir por ley cuando expresamente lo determina por contrato, acto jurídico unilateral o testamento.

Es claro que la constitución del usufructo puede efectuarse a título gratuito o a título oneroso. En el primero de los casos se tratará de un acto de liberalidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3.8. El cuasi usufructo gratuito

En virtud de lo dispuesto por el artículo 1018 del Código Civil se establece que el cuasi usufructo o usufructo de dinero sólo da derecho a percibir la renta.

Hacemos de aplicación a esta figura (derecho real) las consideraciones formuladas cuando tratamos el tema del usufructo.

3.9. El derecho de uso gratuito

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1026, el derecho de usar o servirse de un bien no consumible se rige por las disposiciones del título referido al usufructo, en cuanto sean aplicables.

Resulta evidente que el derecho real de uso puede constituirse ya sea a título oneroso o gratuito (sin que medie contraprestación alguna). En este último caso se tratará de un acto de liberalidad.

3.10. El derecho de habitación gratuito

Conforme a lo establecido por el artículo 1027, cuando el derecho de uso recae sobre una casa o parte de ella para servir de morada, se estima constituido el derecho de habitación. Este derecho puede ser constituido a título gratuito u oneroso. En el primero de los casos, se tratará de un acto de liberalidad.

3.11. El derecho de superficie gratuito

De conformidad con lo establecido por el artículo 1030 del Código Civil, puede constituirse el derecho de superficie, por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción, en propiedad separada, sobre o bajo la superficie del suelo. Este derecho no puede durar más de noventa y nueve años. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto distinto.

De acuerdo con el artículo 1031, este derecho puede constituirse por acto entre vivos o por testamento.

Sin duda, el superficiario (es decir, aquella parte que se va a beneficiar durante un máximo de noventa y nueve años con la constitución del derecho de superficie) va a poder pactar con el propietario del suelo ya sea a título gratuito u oneroso (es decir, sin pagar o pagándole alguna contraprestación). En el primero de los casos, estaríamos hablando de un derecho real de superficie que constituiría un acto de liberalidad.

3.12. El derecho de servidumbre gratuito

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1035 del Código Civil, la ley o el propietario de un predio puede imponerle gravámenes en beneficio de otro que den

ESTUDIO CASTILLO FREYRE

derecho al dueño del predio dominante para practicar ciertos actos de uso del precio sirviente o para impedir al dueño de éste el ejercicio de alguno de sus derechos.

Cuando el derecho real de servidumbre se constituye en virtud de un contrato, éste podría celebrarse ya sea a título gratuito o a título oneroso. En el primero de los supuestos constituiría un acto de liberalidad.

3.13. La prenda gratuita

La prenda —desde la vigencia de la Ley de la Garantía Mobiliaria, una garantía nominada, pero atípica legal— se constituye sobre un bien mueble mediante su entrega física para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación.

Habitualmente, quien grave un bien en prenda lo hace en garantía de una obligación propia, sin embargo, nada le impide gravarlo en garantía de una obligación ajena y sin recibir contraprestación alguna por parte del deudor de la obligación. En este último caso se trata de una prenda constituida a título gratuito, la cual constituiría un acto de liberalidad.

3.14. La anticresis gratuita

La anticresis constituye otro derecho real de garantía y se encuentra regulada entre los artículos 1091 y 1096 del Código Civil.

La primera de las normas mencionadas establece que, por la anticresis, se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y de percibir sus frutos. El numeral 1094 establece que las obligaciones del acreedor son las mismas que las del arrendatario, excepto la de pagar la renta. En tal sentido, en virtud de la naturaleza de la anticresis y de lo dispuesto por el artículo 1094 citado, puede entenderse que este derecho real de garantía es un acto de liberalidad, sobre todo cuando se constituye en garantía de una obligación ajena.

3.15. La hipoteca gratuita

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1097 del Código Civil, por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión, y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.

Resulta evidente que si el derecho real de hipoteca se constituye en garantía de una obligación ajena sin que el propietario constituyente perciba beneficio patrimonial alguno, nos encontraríamos frente a un acto a título gratuito o de liberalidad.

3.16. El pago de una obligación natural

Poco o nada se ha escrito en el Perú sobre las obligaciones naturales. Ello obedece, sin duda, a que el Código Civil de 1984 y su antecedente inmediato, el Código de 1936, no se refieren a ellas, al menos utilizando esa denominación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En efecto, el Código de 1984 solamente contiene dos normas que podrían inscribirse en la categoría de obligaciones naturales: el artículo 1275, el cual establece que no hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita; y el artículo 1943, que dispone que quien paga voluntariamente una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados no puede solicitar su repetición.

A su vez, el Código de 1936 contenía reglas similares en cuanto a la prescripción (en el artículo 1285) y en cuanto al juego y a la apuesta (en los artículos 1768 y 1770).

En el caso de la prescripción, la obligación nace como civil, plenamente válida, pero al carecer de acción no es exigible. En consecuencia, ya no estamos ante una obligación ni civil, ni natural, ni de ninguna otra naturaleza, pues si no existe exigibilidad, es porque el vínculo jurídico ha desaparecido y si no existe vínculo jurídico, tampoco existe obligación. Lo que queda es un deber jurídico con contenido patrimonial, que puede ser cumplido, o no, por aquél que tenga la calidad de deudor. Ello dependerá, exclusiva y soberanamente, de su voluntad. Si cumple, lo hace porque sus sentimientos íntimos lo impulsan a ello, porque existe un deber moral, un deber de conciencia que quiere satisfacer. Por eso, la ley le veda la posibilidad de exigir la restitución de lo pagado.

Algo similar ocurre con el juego y la apuesta no autorizados. En este caso, a diferencia de la prescripción, la obligación no nació civil, sino natural. Tal relación sólo origina un deber —muy distinto de la obligación— con contenido patrimonial, que una persona —el deudor— satisface respecto de otra, cumpliendo, al igual que en el caso de la obligación prescrita, con un imperativo de su conciencia. Por eso, como cuando se paga una obligación prescrita, no se puede repetir. Por otro lado, añadimos que nada tienen de ilícito el juego y la apuesta no autorizados, pero no prohibidos por la ley. Se trata de actos lícitos que carecen de acción. Por eso, justamente, se impide exigir la restitución de lo pagado y por esa misma razón cuando se paga, se responde a un deber íntimo.

Con esto terminan, en nuestra ley civil, las que la doctrina tradicional denomina «obligaciones naturales».

Los antecedentes de estos dos únicos casos de las llamadas obligaciones naturales, previstas por los códigos de 1984 y 1936, se encuentran, en el caso del juego, en el artículo 1739 del Código Civil peruano de 1852. Éste, a su vez, es antecedente inmediato del Código de 1936, el cual impedía repetir lo pagado voluntariamente por causa de juego, salvo que hubiere habido dolo o estafa de parte de quien ganó. Nada decía el Código de 1852 con respecto a las obligaciones prescritas. Sin embargo, sí se refería a supuestos no previstos por los códigos de 1984 y 1936 en su artículo 2126 («No se puede recobrar lo pagado en virtud de una obligación natural y que no se debía por obligación civil, como una deuda de un menor o de una mujer casada»). Aquí, a diferencia de la prescripción y del juego y la apuesta, había nacido —y para calificarla nos conferimos una licencia en el

LEÓN DOMINGO CASTRO CHUYRE

lenguaje— una «obligación irregular», la cual era susceptible de nulidad o anulabilidad y, luego de pagada, la ley impedía repetir.

No existen, en la historia de los tres últimos código civiles peruanos, otras relaciones jurídicas que puedan denominarse «obligaciones naturales». Con esto se agota el tema. No hay otros casos, dentro del concepto de «obligación natural», en los que se pague y no se pueda repetir.

3.17. Cesión de créditos

Como sabemos, la cesión de créditos es una especie de la denominada cesión de derechos, tema regulado por el Código Civil en los artículos 1206 a 1217 (en el capítulo único del mismo nombre, del título VIII, «Transmisión de las obligaciones», correspondiente a la sección primera, «Las obligaciones y sus modalidades», del libro VI de «Derecho de obligaciones»).

De acuerdo con lo prescrito por el artículo 1206 del Código Civil, «La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente trasmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto».

Es sabido que la cesión de créditos puede realizarse tanto a título gratuito como oneroso. Sería gratuita en la medida en que el tercero cesionario, en el convenio de cesión, pagara alguna contraprestación al acreedor cedente a cambio de pasar a ocupar su lugar en la relación obligatoria. Sería onerosa en caso contrario.

Si la cesión de créditos fuese a título gratuito, es claro que el acreedor cedente no podría obligar al tercero cesionario a aceptar los eventuales beneficios de dicha cesión. Sólo por citar algunos ejemplos, podría ocurrir que el crédito que se quiere ceder no sea nada atractivo o que resulte de difícil cobranza, o que, encontrándose en litigio, los costos del proceso judicial o las perspectivas de triunfo sean escasas. Por último, y entre otras muchas posibles razones, podría ocurrir que el tercero cesionario no desee tener vinculación alguna con el acreedor cedente y hacerse cargo del cobro del referido crédito.

3.18. Cesión de derechos no crediticios

A pesar de que los preceptos relativos a cesión de derechos del Código nacional no ofrecen la claridad suficiente, sí resulta de evidencia palmaria que se ha querido regular la cesión de derechos no crediticios junto a la cesión de créditos. Tal vez la norma más representativa de esas «buenas intenciones del legislador» sea el artículo 1209 del Código, precepto que establece que: «También puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La norma antes citada, referida a la posible cesión de derechos relativos a una herencia ya causada, pone de manifiesto que en el Derecho peruano no sólo es posible ceder créditos, sino también derechos no crediticios.

Resulta evidente que la figura de la cesión de derechos no crediticios plantea un esquema distinto al de la cesión de créditos, en tanto que, si bien la misma se celebrará entre un cedente y un cesionario, dicho cedente carecerá de la condición de acreedor. A su vez el cesionario, si bien será un tercero, no será tercero respecto de obligación alguna, pues no estamos en presencia de ninguna obligación, sino simple y llanamente de un derecho no crediticio que, en virtud de la cesión, va a cambiar de titular.

De todo lo expresado resulta claro que esta cesión podrá celebrarse a título oneroso (en caso de que el tercero cesionario pague al cedente una contraprestación a cambio del derecho cedido) o podrá ser a título gratuito (en tanto no se convenga contraprestación alguna).

Pero en ambos casos, para que la cesión de derechos no crediticios sea válida, se requerirá del acuerdo de las dos partes (cedente y cesionario), y de ninguna manera podrá obligarse al cesionario a aceptar los efectos de un eventual acto de liberalidad que quisiera hacerse en su nombre.

3.19. La condonación

La condonación es el acuerdo, celebrado entre el acreedor y el deudor, destinado a la extinción de la obligación. El tema mencionado se encuentra legislado entre los artículos 1295 y 1299 del Código nacional.

La iniciativa para que se produzca la condonación de una obligación puede partir, indistintamente, ya sea del deudor o del acreedor, pero lo importante es que exista acuerdo entre ambos, ya que de lo contrario no será válida.

La condonación puede ser considerada como el segundo acto de liberalidad más conocido en el Derecho Civil, inmediatamente después de la donación.

Se podría decir que, para que exista el perdón de una deuda, resulta necesario el asentimiento del acreedor; caso contrario, el deudor podría forzar el pago en virtud del mecanismo que le franquea el pago por consignación, ya que pagar no es solamente un deber sino también un derecho.

3.20. La cesión de posición contractual gratuita

Conforme a lo establecido por el artículo 1435 del Código Civil, en los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual. Para ello se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión. Si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

cedente y cesionario, el contrato tendrá efectos sólo desde que dicho acuerdo haya sido comunicado al cedido, por escrito de fecha cierta.

Asimismo, el artículo 1437 establece que el cedente se aparta de sus derechos y obligaciones, y ambos son asumidos por el cesionario desde el momento en que se celebre la cesión. Empero, el cedido podrá accionar contra el cedente si hubiera pactado con éste que no queda liberado por la cesión, si el cesionario no cumple las obligaciones asumidas. En ese caso, el cedido debe comunicar al cedente sobre el incumplimiento del cesionario dentro de los treinta días en que se produjo; de no hacerlo, el cedente queda libre de responsabilidad.

Si bien es cierto que, para que se produzca válidamente una cesión de posición contractual, es necesario el acuerdo entre la parte cedente, la parte cesionaria y la parte cedida, es claro que la relación entre la parte cedente y el tercero cesionario podrá darse a título gratuito u oneroso. Será oneroso, si el tercero cesionario pagase a la parte cedente una contraprestación por el hecho de pasar a ocupar su lugar en la relación contractual; y será un acto a título gratuito o de liberalidad, si dicho acuerdo no implica contraprestación alguna a favor de la parte cedente.

3.21. Contrato a favor de tercero celebrado a título gratuito

A decir de Manuel de la Puente[1357] si bien el nombre del contrato a favor de tercero lleva a pensar que éste existe en todos aquellos casos en que un tercero se beneficia con sus efectos, ello es únicamente cierto si se considera el contrato a favor de tercero en su sentido lato.

Asimismo, agrega que en sentido estricto sólo es contrato a favor de tercero aquél que está dirigido a hacer surgir un derecho que toca directa y autónomamente a un tercero extraño al contrato, el cual no está ligado con ninguno de los contratantes por medio de una relación de representación.

El artículo 1457 del Código Civil establece que, por el contrato a favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona, y el estipulante debe, a su vez, tener interés propio en la celebración del contrato.

Si el estipulante va a recibir a su favor una contraprestación por parte del tercero, sería mediante un contrato, tras el cual, estaría presente un acto a título oneroso. Sin embargo, en ausencia de esa contraprestación, nos encontraríamos en presencia de un acto a título gratuito. Tal vez el ejemplo más ilustrativo de un contrato a favor de tercero celebrado a título gratuito es el del seguro de vida que contrata una persona con una compañía de seguros, el cual estipula que sus hijos serán los beneficiarios en caso de fallecer el asegurado.

1357 De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato privado*. Lima: Cultural Cuzco, 1983, tomo II, pp. 197 y 198.

3.22. La promesa de la obligación o del hecho de un tercero celebrada a título gratuito

En virtud de lo establecido por el artículo 1470 del Código Civil, 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.

Señala el artículo 1471 que, en cualquiera de los casos del artículo 1470, la indemnización a cargo del promitente tiene carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero. El artículo 1472 agrega que puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización.

El esquema clásico de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero plantea que si el promitente logra un resultado exitoso de su promesa, el promisario deberá pagarle una retribución por tal concepto en tanto que si no se cumple el resultado de lo prometido, el promitente deberá indemnizar al promisario.

Si se pactase un supuesto de promesa de la obligación o del hecho de un tercero en el cual el promisario no vaya a tener que pagar nada al promitente por el resultado exitoso de su promesa, se trataría de un acto celebrado a título gratuito.

3.23. El contrato por persona a nombrar celebrado a título gratuito

De conformidad con lo establecido por el artículo 1473 del Código Civil, al celebrar el contrato puede convenirse que cualquiera de las partes se reserve la facultad de nombrar, posteriormente, a un tercero que asuma los derechos y las obligaciones derivadas de aquel acto.

El artículo 1474 señala que la declaración de nombramiento debe comunicarse a la otra parte dentro de un plazo que no podrá exceder los veinte días, contados a partir de la fecha de celebración del contrato. Esta declaración de nombramiento no tendrá efecto si no es acompañada de la aceptación de la persona nombrada.

Se trataría de un acto de liberalidad si la parte que se reserva la facultad de nombrar posteriormente a un tercero, que asuma los derechos y las obligaciones derivadas de aquel acto, lo hace de modo totalmente gratuito con relación a dicho tercero, de manera tal que este último vea solamente los beneficios derivados de dicha declaración de nombramiento. Éste sería un acto a título gratuito, un acto de liberalidad.

3.24. El suministro gratuito

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1604:

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este contrato puede celebrarse ya sea a título oneroso (supuesto general) o a título de liberalidad, caso en el cual, de acuerdo con lo establecido por la última parte del artículo 1605, deberá formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad.

3.25. La donación indirecta o atípica

El negocio indirecto —producto de la inercia jurídica— supone un recurso de las partes no para conseguir el fin práctico del medio empleado, sino un fin ulterior diferente. En estos casos existe 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, las cuales quieren sujetarse tanto a la forma como a la disciplina de fondo del negocio medio, y de esa manera (por ejemplo, a través de una venta) lograr una liberalidad. En tal sentido, el negocio jurídico indirecto consiste en emplear una determinada forma jurídica para conseguir, indirectamente, una finalidad económica que no puede alcanzarse de modo directo.

Víctor A. Villavicencio Cúneo[1358] sostiene que las partes, para alcanzar el fin ulterior que desean, hacen uso, en la donación indirecta, de un camino oblicuo y transversal. De esta manera podría decirse que la lenta adecuación del Derecho a las necesidades económicas es 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, el cual solamente de reflejo lleva ventaja al beneficiario. En las donaciones indirectas, el primer plano lo ocupa un negocio distinto que el de la donación donde actúa ulteriormente el efecto 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, como ejemplo de una donación indirecta relacionada con un contrato de compraventa podríamos citar el caso en el 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 quinientos 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 soles y, más aun, 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.

1358 Villavicencio Cúneo, Víctor. *Las donaciones indirectas o atípicas*. Tesis elaborada y sustentada para optar el grado académico de bachiller en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1965, pp. 51 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es evidente que dentro del Derecho peruano nadie está obligado a vender un bien al valor de mercado o a algún otro que se le aproxime. Por esa razón, la compraventa podría ser perfectamente válida estableciendo un precio ínfimo, lo cual no la afectaría en absoluto.

Este acto es considerado, en doctrina, como un acto de liberalidad, cuya celebración no puede ser impuesta al eventual beneficiario.

3.26. La donación con cargo

La donación con cargo o remuneratoria es aquélla en virtud de la cual el donatario se obliga a efectuar una contraprestación a favor del donante, pero cuya importancia patrimonial no sea lo suficientemente considerable como para considerar que se está produciendo un contrato a título oneroso. El cargo o modo es simplemente una de las modalidades del acto jurídico (conjuntamente con el plazo o condición) y no desnaturaliza la gratuidad de la donación.

Es claro también que nadie puede ser obligado a «beneficiarse» de una donación con cargo, más aún si se tiene en consideración que podría no convenirle dicho cargo.

3.27. Mutuo sin intereses

En virtud de lo dispuesto por el artículo 1663 del Código Civil:

> Artículo 1663.- «El mutuatario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto».

Esto significa que la ley presume la onerosidad del contrato de mutuo, vale decir que a pesar de que las partes no convengan algo al respecto, el contrato de mutuo se entenderá con intereses (obviamente, si la tasa de los mismos no hubiese sido fijada, se aplicará la tasa del interés legal).

El mutuo sin intereses, necesariamente, debe pactarse de manera expresa, pues de lo contrario regirá la presunción del artículo 1663. Esto significa que nadie puede obligar a un mutuatario a no pagar intereses si lo desea hacer, a menos que se haya pactado el mutuo de carácter gratuito.

El mutuo gratuito o sin intereses constituye un acto de liberalidad. El mutuante, mediante un acuerdo con el mutuatario, se desposee de uno o más bienes de carácter consumible y le transfiere a éste la propiedad de los mismos a fin de que haga uso de ellos durante un cierto tiempo y luego le devuelva otros de la misma especie, calidad y cantidad.

Pero en el mutuo gratuito esa desposesión voluntaria no tendrá retribución alguna. Esto quiere decir que el mutuante habrá renunciado a percibir una compensación por la falta de uso de los bienes durante el tiempo convenido, a la par que el mutuatario, que hará uso de los mismos, no pagará ninguna retribución compensatoria por el referido uso.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3.28. El hospedaje gratuito

Según lo establecido por el artículo 1713 del Código Civil:

> Artículo 1713.- «Por el 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. Ésta podrá ser fijada en forma de tarifa por la autoridad competente si se trata de hoteles, posadas u otros establecimientos similares».

Si bien es cierto que ninguno de los preceptos que regula el hospedaje hace mención de una eventual gratuidad del mismo —debido probablemente a que la inmensa mayoría de estos contratos se celebran a título oneroso—, nada prohíbe que en la práctica el hospedaje se celebre a título gratuito o de liberalidad (es decir, que una persona o establecimiento de hospedaje brinde posada a otra persona de manera gratuita).

En este caso, este servicio no podría ser brindado gratuitamente al huésped sin contar con su asentimiento.

3.29. El comodato

El comodato es conocido como el contrato de préstamo de bienes no consumibles y es definido en el artículo 1728 del Código Civil de la siguiente manera:

> Artículo 1728.- «Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva».

Resulta claro que el comodato, al ser un contrato, debe contar con el consentimiento de comodante y comodatario, de modo tal que ninguna de las partes pueda imponer a la otra su aceptación.

3.30. El contrato de locación de servicios gratuito

En virtud de lo establecido por el artículo 1764 del Código Civil:

> Artículo 1764.- «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».

Si bien es cierto que la definición de la locación de servicios marca un elemento de onerosidad, y a pesar de no existir dentro de los artículos que regulan este contrato una norma que haga referencia a su eventual gratuidad, bien podríamos acogernos a lo establecido en una de las disposiciones generales de los contratos de prestación de servicios.

Nos referimos al artículo 1759, precepto que dispone que:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> Artículo 1759.- «Cuando el servicio sea remunerado, la retribución se pagará después de prestado el servicio o aceptado su resultado, salvo cuando por convenio, por la naturaleza del contrato, o por la costumbre, deba pagarse por adelantado o periódicamente».

Esta afirmación, si bien de manera indirecta, deja abierta la posibilidad para que existan contratos de prestación de servicios que no tengan carácter remunerado, ello es perfectamente posible y existen numerosos y cotidianos ejemplos en el propio caso de la locación de servicios.

En este contrato, por razones obvias, tampoco sería posible imponer una liberalidad a la parte que eventualmente resultase beneficiaria por dicha locación.

3.31. El contrato de obra gratuito

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1771 del Código nacional:

> Artículo 1771.- «Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución».

Si bien es cierto que de las disposiciones propias del contrato de obra no podemos extraer alguna que se refiera directamente a su gratuidad, nos volvemos a apoyar en el artículo 1759, disposición general de los contratos de prestación de servicios. Este precepto permite el contrato de obra celebrado a título gratuito.

3.32. El contrato de mandato gratuito

En virtud del artículo 1790 del Código Civil:

> Artículo 1790.- «Por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante».

Este contrato se presume oneroso en virtud de lo establecido por el primer párrafo del artículo 1791. Sin embargo, las partes podrían pactar su gratuidad tanto por la norma citada como por la conocida disposición general de los contratos de prestación de servicios contenida en el artículo 1759.

3.33. Contrato de depósito voluntario gratuito

Tal como establece el artículo 1814 del Código Civil:

> Artículo 1814.- «Por el depósito voluntario el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante».

Establece el artículo 1818, en su primera parte, que el depósito se presume gratuito salvo que, por pacto distinto, por la calidad profesional, por la actividad del depositario u otras circunstancias, se deduzca que es remunerado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3.34. El contrato de fianza gratuito

Según el artículo 1868 del Código Civil, 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.

A pesar de que en ninguna de las normas relativas al contrato de fianza (artículos 1868 a 1905) se hace referencia a la gratuidad u onerosidad de este contrato, es evidente que cuando un deudor desea obtener una fianza, por parte de un tercero que garantice el cumplimiento de la obligación de dicho deudor, el fiador cobrará por otorgar la respectiva garantía.

Sin embargo, teóricamente nada impide que se celebre una fianza a título gratuito, vale decir, en donde el fiador otorgue dicha garantía sin exigir contraprestación alguna por parte del deudor.

Ahora bien, la fianza gratuita no constituye en sí misma un acto de liberalidad, puesto que el fiador debe responder frente al acreedor ante el eventual incumplimiento del deudor afianzado. Ello a pesar de que en el artículo 1869 del Código Civil se establezca que se puede afianzar sin orden y aun sin noticia o contra la voluntad del deudor.

3.35. Contrato de renta vitalicia gratuito

Conforme establece el artículo 1923 del Código Civil:

> 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 periodos estipulados».

El artículo 1924 agrega que:

> Artículo 1924.- «La renta vitalicia puede constituirse a título oneroso o gratuito».

Como es evidente, la renta vitalicia, al ser un contrato, nunca podrá ser impuesta a la parte eventualmente beneficiada.

3.36. Promesa unilateral a título gratuito

En virtud de lo establecido por el artículo 1956 del Código Civil, por la promesa unilateral el promitente queda obligado, por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación a favor de otra persona. La citada norma agrega que 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.

La promesa unilateral, generalmente, está asociada a una persona que se encuentra en determinada situación o ejecuta un determinado acto, vale decir, que se requeriría de una determinada acción (prestación de dar, hacer o no hacer) para que surta efectos la promesa (artículo 1959).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ahora bien, en caso de que dicha promesa se refiera únicamente al hecho de que una persona se encuentre en determinada situación que no constituya la necesidad de ejecutar prestación alguna, esa promesa unilateral podría ser considerada como un acto de liberalidad.

3.37. Cualquier otro acto de liberalidad no mencionado anteriormente

Prescindiendo del carácter meramente ilustrativo de la relación antes efectuada, debemos subrayar que también podrá constituir una liberalidad cualquier acto o contrato en el cual una persona se obligue a ejecutar una prestación de dar, de hacer o de no hacer a favor de otra y que esta otra no deba realizar ninguna contraprestación a favor de la primera.

Aquí entramos al infinito campo de los actos o contratos atípicos e innominados.

4. La donación *inter vivos* y la donación *mortis causa*

Como sabemos, la donación es un contrato y, como tal, es celebrado por dos partes (las cuales, obviamente, deben estar con vida al momento de su celebración).

Sin embargo, se puede efectuar una distinción en torno al momento en que surtirá efectos la donación. Así, si ésta está destinada a surtir efectos en vida del donante, será una donación calificada como *inter vivos*, en tanto que si está destinada a surtir efectos a la muerte del donante, será calificada como donación *mortis causa*.

La donación *inter vivos* no ha merecido un tratamiento especial dentro de las normas en las que el Código Civil regula al contrato de donación (artículo 1621 a 1647). Sin embargo, podría decirse que todas estas normas, a excepción del artículo 1622, se refieren a la donación *inter vivos*.

Esta clase de donación es aquélla por la cual el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien.[1359] Asimismo, la ejecución de este contrato se lleva a cabo de manera inmediata a su celebración o mediando un lapso convenido por las partes (pero que no comprenderá de manera voluntaria un momento posterior al de la muerte del donante). Ese diferimento puede comprender cualquier plazo, siempre que esté destinado a surtir efectos mientras viva el donante.

No obstante lo señalado, advertimos al lector que no debe pensarse ajena al concepto de donación *inter vivos* aquélla de las características antes mencionadas,

1359 La Resolución n.° 339-2000-ORLC/TR, del Tribunal Registral, de fecha 18 de octubre de 2000, ha señalado que la donación es un contrato de carácter obligacional y compuesto por una sola prestación, es decir, la del donante que se obliga a transferiri la propiedad del bien; esta obligación se extingue cuando la propiedad sea transferida al donatario. Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1208.

pero que no pueda ejecutarse en vida del donante en razón de haber sobrevenido su muerte antes del vencimiento del plazo establecido para su ejecución. En este caso, al tratarse de una obligación transmisible a los herederos, en virtud de lo prescrito por el artículo 1218 del Código Civil, serán dichos herederos quienes deberán cumplir con ejecutar la prestación a que se había obligado su causante.

Por otra parte, tenemos a la donación *mortis causa* (vale decir, la que ha de producirse a la muerte del donante), la cual es tratada en el artículo 1622 del Código Civil. Esto significa que la transferencia de propiedad del bien donado no está destinada a producirse mientras viva el donante, sino una vez que se haya producido su muerte.

Sin duda, nos encontramos frente a un contrato sujeto a plazo suspensivo. Decimos plazo porque la muerte implica un término que inexorablemente se presentará; a diferencia de la condición, consistente en un hecho futuro e incierto cuya ocurrencia es ajena a la voluntad de las partes contratantes.

El artículo 1622 del Código Civil establece que:

> Artículo 1622.- «La donación que ha de producir sus efectos por muerte del donante, se rige por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria».

Con ello, se está aludiendo directamente a lo establecido en la sección segunda del libro de Derecho de sucesiones (artículos 686 a 814), siendo especialmente importante lo señalado en el título III de la mencionada sección. Este título se refiere a la legítima y la porción disponible. En el artículo 723, se establece que la legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador, cuando tiene herederos forzosos; siendo herederos forzosos (artículo 724) los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge.

Conforme a lo establecido por el artículo 725, quien tiene hijos, otros descendientes o cónyuge puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes; mientras que el que tiene sólo padres u otros ascendientes (artículo 726) puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes. Finalmente, aquel que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726 tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes (artículo 727).

La ley somete el tratamiento de la donación *mortis causa* a las normas de la sucesión testamentaria porque ambas tienen similares consecuencias, ya que el bien donado podría equipararse al bien materia de un legado testamentario en ambos casos. La transferencia de propiedad operará cuando se produzca la muerte del donante, en un caso, y del causante, en el otro.

Lo que trata de evitar el Derecho es que se puedan violar, a través del contrato de donación *mortis causa,* principios básicos de Derecho Sucesorio. Podríamos decirlo en estas palabras: el Derecho de Contratos busca, mediante la donación

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

mortis causa, que no se puedan lograr mayores beneficios para el donatario que aquéllos que el Derecho Sucesorio permite para los legatarios.

Sin embargo, la riqueza de esta limitación puede ser apreciada de manera más nítida en nuestro análisis de la donación inoficiosa, el cual efectuaremos, más adelante, con ocasión del tratamiento del artículo 1629 del Código Civil peruano.

5. La formalidad en el contrato de donación

El contrato de donación tiene, de acuerdo con el Derecho peruano, pluralidad de formas; éstas dependen de la naturaleza del bien que se done, de su valor y hasta de las circunstancias en las que se celebra el contrato. De ahí, que no pueda hablarse de una formalidad para este contrato, sino de una pluralidad de formalidades (las cuales nos encargaremos de estudiar detenidamente).

5.1. La formalidad en la donación de bienes muebles de escaso valor

El texto original del artículo 1623 del Código Civil peruano de 1984 establecía que:

> Artículo 1623.- «La donación de bienes muebles puede hacerse verbalmente cuando su valor no exceda de treinta veces el sueldo mínimo vital mensual vigente en el momento y lugar en que se celebre el contrato».

En virtud de lo prescrito por la sexta disposición complementaria de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo n.° 757, promulgado el día 8 de noviembre de 1991 y publicado en el diario oficial *El Peruano* el día 13 de noviembre de 1991, se estableció que toda mención a «sueldos mínimos vitales mensuales» hecha en este artículo del Código Civil se entenderá referida a unidades impositivas tributarias (UIT).

Este artículo fue modificado por el artículo 1 de la Ley n.° 26189, promulgada el día 20 de mayo de 1993 y publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 22 de mayo de 1993, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 1623.- «La donación de bienes muebles puede hacerse verbalmente, cuando su valor no exceda del 25 % de la unidad impositiva tributaria, vigente al momento en que se celebre el contrato».

De acuerdo con lo expresado puede decirse que la donación de bienes muebles de escaso valor es un contrato consensual, es decir que para su celebración no se requiere del cumplimiento de ninguna formalidad especial. Esto equivale a decir que dicho consentimiento puede ser expresado a través de cualquier forma.

De ahí que la donación de bienes muebles, de escaso valor, pueda ser celebrada de manera verbal, si así lo estiman las partes.

En la década de los noventa del siglo XX se dio un paulatino abandono del sueldo mínimo vital como índice o factor de referencia en el Derecho peruano,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

lo que produjo desde 1991, en lo que respecta a esta norma, su sustitución por la unidad impositiva tributaria. Este hecho pasó a tener traducción específica el 22 de mayo de 1993.

Ahora bien, uno podría preguntarse si este parámetro resulta adecuado o no con relación a las actividades cotidianas.

Desde nuestro punto de vista consideramos que se trata de un índice referencial demasiado bajo. Esto significa que toda donación cuyo valor supere esta cifra no podría realizarse de manera informal, o solamente consensual, sino que estaría obligada, a riesgo de ser nula, a seguir la formalidad establecida por el artículo 1624 del Código Civil para los denominados bienes muebles «de mediano valor».

No obstante, nos resistimos a aceptar que esta situación se plantee en tales términos en la medida en que infinidad de bienes superan en valor el 25 % de una UIT y cotidianamente se celebran contratos de donación sobre ellos sin recurrir al cumplimiento de ninguna formalidad.

Ello nos lleva a afirmar que la realidad desborda la norma jurídica.

El artículo 1623 es rebasado cotidianamente, ya que infinidad de contratos de donación de valor superior al 25 % de la UIT se celebran verbalmente, no siguiéndose formalidad alguna y tampoco se invocan supuestas nulidades en torno a los mismos.

Independientemente de la válvula de escape planteada por el artículo 1626 del Código Civil, referido a las donaciones con ocasión de bodas o acontecimientos similares (del cual nos ocuparemos en su momento), consideramos que si se quería establecer algún parámetro máximo para las donaciones consensuales, bien pudo ser el de una unidad impositiva tributaria.

Por lo demás, la ausencia de formalidad en la donación de bienes muebles de escaso valor obedece, fundamentalmente, a que el Derecho considera innecesario establecer cualquier salvaguarda a la seguridad jurídica, en tanto que no se trata de bienes de importancia patrimonial.

5.2. La formalidad en el caso de la donación de bienes muebles de relativo valor

El texto original del artículo 1624 del Código Civil peruano de 1984 establecía que:

> Artículo 1624.- «Si el valor de los bienes muebles excede del límite fijado en el artículo 1623 hasta un máximo de ciento cincuenta veces el sueldo mínimo vital mensual, la donación se hará por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad. En el instrumento deben especificarse y valorizarse los bienes que se donan».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En virtud de lo prescrito por la sexta disposición complementaria de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo n.° 757, promulgado el día 8 de noviembre de 1991 y publicado en el diario oficial *El Peruano*, el día 13 de noviembre de 1991; se estableció que toda mención a «sueldos mínimos vitales» hecha en este artículo del Código Civil se entenderá referida a unidades impositivas tributarias (UIT).

El artículo 1624 fue modificado por el artículo 1 de la Ley n.° 26189, promulgada el día 20 de mayo de 1993 y publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 22 de mayo de 1993. Su texto es el siguiente:

> Artículo 1624.- «Si el valor de los bienes muebles excede el límite fijado en el artículo 1623, la donación se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad.
>
> En el instrumento deben especificarse y valorizarse los bienes que se donan».

Independientemente de nuestra opinión acerca de las bondades de haber establecido los límites que contiene el Código Civil peruano a este respecto, debemos señalar que resulta imprescindible estudiar cuál es la razón por la que el Código Civil considera necesario el empleo de determinadas formalidades cuando se recurre a la donación de bienes muebles de mediano valor.

Consideramos que existen varias razones.

La primera de ellas estima que, como la donación es un acto de liberalidad a través del cual el donante se va a obligar a transferir la propiedad de un bien a cambio de nada, el Derecho otorga la posibilidad a dicho donante para que medite lo suficiente acerca del acto que desea celebrar, con la consiguiente posibilidad de que, luego de esa meditación, persista en el intento o se arrepienta de ello.

De esta forma, por más que haya existido una «promesa» verbal de donación, en la medida en que no se haya seguido la formalidad de donar los bienes muebles por escrito de fecha cierta, el acto será nulo. Ello implica que hasta antes de la celebración del contrato escrito, el donante puede arrepentirse de la celebración del propio contrato (el cual no se habría celebrado todavía a pesar de que hubiesen existido múltiples ofrecimientos verbales).

En segundo término, el requisito de forma solemne para este tipo de donaciones se basa en razones de seguridad jurídica en la medida en que la ley está exigiendo la presencia de un medio probatorio calificado para aquél que sostenga ser donatario de un bien de mediano valor. En tal sentido, quien alegue haberse beneficiado de una donación de estas características no podrá probar la existencia del acto recurriendo a cualquiera de los medios probatorios franqueados por la ley procesal, sino única y exclusivamente con la presencia del contrato escrito que tenga fecha cierta.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Finalmente, la formalidad de la cual nos estamos ocupando tiene también directa relación con el ánimo del legislador de evitar la presencia de donaciones de carácter inoficioso. Este tema está regulado por el artículo 1629 del Código Civil, precepto que establece que nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede disponer por testamento, siendo la donación inválida en todo lo que exceda de esta medida. Como se sabe, el exceso se regula por el valor que tengan o debían tener los bienes al momento de la muerte del donante.

Pero de este tema nos ocuparemos en otro momento.

Por otra parte, en torno al propio artículo 1624, diremos que exige que la donación se celebre por escrito, y que dicho escrito tenga fecha cierta.

En ocasión anterior,[1360] y con motivo del estudio de las obligaciones en general, analizamos qué se entiende por un documento de fecha cierta.

En primer lugar, diremos que es un documento de fecha cierta aquel sobre el cual recaiga una constancia o manifestación de un funcionario público competente que dé fe de la fecha de realización o suscripción del mismo, y que tal fe revista validez.

De acuerdo con el artículo 400 del antiguo Código de Procedimientos Civiles de 1912, eran instrumentos públicos, entre otros, las escrituras públicas (inciso 1) y las escrituras extendidas ante juez de paz por falta de notario, desde que se protocolizan. Así, en primer lugar, tenemos como documentos de fecha cierta, a la vez que instrumentos públicos, a las escrituras públicas.

En la actualidad el tema de los documentos públicos es regulado por el Código Procesal Civil de 1993 en su artículo 235, el cual establece lo siguiente:

> Artículo 235.- «Documento público.- Es documento público:
>
> 1. El otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones;
> 2. La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia; y
> 3. Todo aquel al que las leyes especiales le otorguen dicha condición.
>
> La copia del documento público tiene el mismo valor que el original, si está certificada por auxiliar jurisdiccional respectivo, notario público o fedatario, según corresponda».

También son documentos que revisten fecha cierta los presentados en un proceso judicial, en el sentido de que la fecha de su presentación revestirá certidumbre con las constancias de recepción (sellos y rúbrica) que aparezcan en ellos.

1360 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, tomo I, pp. 334-339.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Adicionalmente, lo serían aquellos documentos privados susceptibles de inscribirse en los Registros Públicos, luego de su presentación en el Registro.

La fecha en la que conste la presentación de dichos documentos en un proceso judicial, o en la que conste su presentación como documentos privados ante los Registros Públicos, hará que a partir de esta situación exista fecha cierta.

Dicho en otras palabras, se puede presentar en un proceso, el día de hoy, un documento de hace tres años y no por eso debe considerarse que la fecha en que se extendió ese documento sea la de hace tres años. La fecha cierta recién sería la correspondiente al día de su presentación. Lo mismo ocurre con respecto a los Registros Públicos.

Entre los instrumentos públicos, como hemos visto, las escrituras públicas son documentos de fecha cierta.

Pero ¿son las escrituras públicas los únicos instrumentos que pueden contener una fecha que revista certidumbre?

Consideramos que no, pues el Código Procesal Civil y las leyes relativas a los notarios públicos otorgan a estos funcionarios, como atribución principalísima, la de dar fe pública de determinados actos en los cuales participan a petición de los particulares.

En efecto, el artículo 245 del Código Procesal Civil establece que:

> Artículo 245.- «Fecha cierta.- Un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal en el proceso desde:
>
> 1. La muerte del otorgante;
> 2. La presentación del documento ante funcionario público;
> 3. La presentación del documento ante notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas;
> 4. La difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable; y
> 5. Otros casos análogos.
>
> Excepcionalmente, el Juez puede considerar como fecha cierta la que haya sido determinada por medios técnicos que le produzcan convicción».

El caso concreto que nos interesa —principalmente— es el de los documentos privados, cuya fecha de suscripción está legalizada ante notario público. Una legalización de estas características dará fe pública a esa fecha y convertirá al mencionado documento en uno de fecha cierta. En tal sentido, disentimos de la opinión de Jorge Eugenio Castañeda.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Dejamos constancia de que la fecha que el notario va a legalizar, a solicitud de los otorgantes de dicho instrumento, debe coincidir o ser posterior a la del día en que se presente el mencionado documento al notario. En otras palabras, aquí habrá fecha cierta única y exclusivamente desde el momento en que el instrumento sea legalizado por el notario, aun cuando dicha legalización se produzca con posterioridad a la fecha de presentación del documento.

En la situación que estamos analizando sólo se trata de la legalización de la fecha de otorgamiento del instrumento, pero podría presentarse un caso adicional en el cual se dé alguna certidumbre a la fecha de otorgamiento de un instrumento.

Este supuesto consistirá en el contrato privado que sea alcanzado a notario público, a fin de que legalice las firmas de los otorgantes. En tal caso, el notario procederá conforme se le solicita, pero, adicionalmente, luego de la legalización pedida, colocará la fecha en que efectúa dicha legalización. Esta fecha, si bien no dará constancia pública a la fecha de realización o suscripción de dicho documento, revestirá gran importancia, pues demostrará, con carácter de fe pública, que el contrato no se celebró con anterioridad ni posterioridad a la fecha de dicha legalización.

De lo expuesto, podemos concluir en que son documentos de fecha cierta aquéllos en los que haya intervenido el notario público dando fe de la misma, tales como las escrituras públicas, las minutas con fecha o firmas legalizadas y los contratos privados (que no revistan la forma de minutas) con fecha o firmas legalizadas; además, aquéllos en los cuales ha sobrevenido la muerte o incapacidad de uno de los otorgantes; los documentos que hayan sido objeto de difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable; al igual que muchos otros casos análogos.

Por otro lado, y volviendo a los requisitos establecidos por el artículo 1624 del Código Civil peruano, para las donaciones de bienes muebles de relativo valor debemos recordar que esta norma exige que en el instrumento escrito se especifiquen y valoricen los bienes materia de la obligación.

En lo que respecta a la especificación de los bienes, ello implica que debe procederse a detallarlos con la mayor pulcritud, identificándolos plenamente en caso de ser bienes ciertos o estableciendo sus características generales si fuesen bienes fungibles o inciertos. En este último caso, deberá procederse a efectuar un proceso de elección de dichos bienes.

El tema de la valorización se relaciona directamente con la formalidad que estamos tratando, en la medida que precisamente dicho valor hará que los bienes materia del contrato deban donarse, siguiendo la formalidad del artículo 1624, o actuando en ausencia de ella, en virtud de lo establecido por el numeral 1623.

Resulta evidente que la ley, cuando hace referencia al valor, está aludiendo al valor actual de los bienes, es decir, al que tienen al momento de celebrarse el contrato de donación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, debemos mencionar que el Código peruano ya no establece ningún requisito de forma más rigurosa que la escrita para los contratos de donación de bienes muebles. Pero, como se sabe, ello no siempre fue así. El artículo 1625 del texto original del Código Civil de 1984 establecía que la donación de bienes muebles cuyo valor fuese superior a 150 veces el sueldo mínimo vital mensual debía hacerse por escritura pública, con indicación de los bienes donados, de su valor y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad.

Esta formalidad (la escritura pública) hoy en día está circunscrita al caso de la donación de inmuebles.[1361]

5.3. La donación de bienes muebles con ocasión de bodas o acontecimientos similares

Este tema se encuentra regulado por el artículo 1626 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente:

> Artículo 1626.- «La donación de bienes muebles con ocasión de bodas o acontecimientos similares no está sujeta a las formalidades establecidas por los artículos 1624 y 1625».

Ante todo, debemos dejar sentado que, con las modificaciones introducidas a las formalidades del contrato de donación por el artículo 1 de la Ley n.° 26189 (publicada el día 22 de mayo de 1993), se eliminó toda referencia a los bienes muebles en el artículo 1625; este último quedó circunscrito al caso de los bienes inmuebles. Por esta razón, la mención hecha por el numeral 1626 debe entenderse efectuada exclusivamente con relación al artículo 1624. Su alusión al artículo 1625 ha quedado «vacía».

5.3.1. Razón de ser de la norma

El artículo 1626 del Código Civil se refiere, evidentemente, a donaciones de bienes muebles de relativo valor (vale decir, de aquéllos que superen el 25 % de la unidad impositiva tributaria) y su finalidad es la de constituirse en una excepción a que todas las donaciones de este tipo de bienes deban efectuarse por escrito de fecha cierta, con indicación y valorización de los bienes donados.

Ello se debe a que la ley entiende que, en determinadas ocasiones, el acto de liberalidad, materia de la donación, no podría revestir formalidad alguna, pues sería contrario a los usos y costumbres; además, sería evidentemente absurdo señalar una formalidad que nadie cumpliría.

1361 Al respecto, la Sala Civil Transitoria en la Casación n.° 3638-2010-Cusco, de 3 de octubre de 2011, señala que la donación de bienes inmuebles requiere el cumplimiento de la formalidad *ad solemnitatem*, es decir, «que se hayan constituido por escritura pública bajo sanción de nulidad (...) formalidad que no puede suplirse con las documentales y pruebas anticipadas (...)». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1210.

La norma menciona, en primer lugar, a las donaciones hechas con ocasión de bodas.

La boda o matrimonio, como todos sabemos, es un acontecimiento que por lo general es de carácter público, y en el cual la pareja pone —con antelación— en conocimiento de sus familiares y amigos que van a contraer nupcias.

Es usual que por el hecho de formarse una nueva familia, esos familiares y amigos más cercanos obsequien a la pareja determinados bienes muebles o cantidades de dinero, ya sea directamente o a través de los denominados «colectivos», para que tengan cierta ayuda al comenzar esta nueva etapa de sus vidas.

Sin embargo, resultaría inimaginable que al efectuarse un obsequio, con ocasión de matrimonio, de un bien que supere en valor el 25 % de una UIT, el contrato se tenga que celebrar por escrito. Esto significaría que el contrato debería ser suscrito por el familiar o amigo donante y por los novios en calidad de donatarios. Pero no sólo eso, sino que además tendría que pasarse por la increíble situación de legalizar las firmas notarialmente para darle fecha cierta y, lo que escaparía de toda razón y toda cortesía, valorizar el bien donado indicando dicho valor en el contrato, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 1624 del Código Civil.

Una situación como la descrita, convertiría el acto de cortesía, aprecio y amistad en una situación extremadamente incómoda que pondría en dificultades a las partes, de tal forma que incluso sería difícil que el acto se llegara a celebrar.

No olvidemos que en estos casos uno de los aspectos de los que principalmente se preocupa el donante es el de evitar que el donatario se entere del valor de lo donado o, dicho en otras palabras, de cuánto costó adquirir dicho bien.

Por esta razón, y para evitar que se recurra a situaciones engorrosas, la ley exceptúa de cualquier formalidad a las donaciones hechas con ocasión de bodas. Éstas son, en buena cuenta, actos de naturaleza consensual.

5.3.2. Acontecimientos similares a las bodas

Asimismo, no debemos olvidar que el artículo 1626 del Código Civil incluye, dentro de estos actos que tienen libertad de forma, no sólo a las donaciones hechas con ocasión de bodas, sino también a aquéllas realizadas con motivo de los denominados «acontecimientos similares a las bodas».

De ahí que debamos preguntarnos cuáles serían esos acontecimientos similares a las bodas.

Lo que está detrás de toda donación hecha con motivo de una boda es el afecto, cariño o aprecio que se tiene por los novios, además de la alegría que le causa al donante la celebración de dicho acto. La conjunción de estos factores nos da uno de aquellos acontecimientos que resultan dignos de celebrar o conmemorar en la sociedad. Es claro que no existe otro acontecimiento exactamente igual a una

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

boda en el que también se regale, pero sí se presentan diversos acontecimientos en los que resulta usual regalar a las personas que son protagonistas de los mismos.

Más allá de que una boda pueda ser civil o religiosa, podríamos indagar, en primer término, por los actos que constituyen sacramento dentro de la fe católica.

Así, cuando un niño es bautizado, su padrino y su madrina (además de otros familiares muy cercanos) proceden a efectuarle regalos. En muchos casos, estos regalos superan en valor el 25 % de la UIT y la celebración de este acto no requiere de ninguna formalidad. Este acto puede ser fácilmente asimilado por aquellos actos similares al matrimonio, a los cuales hace referencia el artículo 1626 del Código Civil.

Lo propio podríamos decir de la primera comunión, de la confirmación, e incluso, de la ordenación sacerdotal. Este último acto, por su naturaleza excepcional, hace que los familiares del nuevo sacerdote le hagan determinados obsequios que sean útiles para su desempeño vocacional.

Podría decirse que los únicos sacramentos en los cuales, dada su especial naturaleza y circunstancias, no se regala nada son la confesión (reconciliación y propósito de enmienda) y la extremaunción (unción de los enfermos).

Pero más allá del ámbito sacramental, existen otros momentos en los que se suele regalar. Así, podríamos citar el caso de un joven que ingresa a la universidad y sus padres le regalan un automóvil, o cuando este joven termina sus estudios y recibe de sus padres, como obsequio, un viaje al extranjero.

También podríamos pensar en situaciones tan diversas como aquélla en la cual una persona le regala a su pareja una sortija muy valiosa por el único motivo del afecto que le profesa.

En buena cuenta, puede regalarse con prescindencia de formalidades en diversas ocasiones especiales que por su naturaleza pueden hacer que ese momento sea un momento único o muy especial para donante y donatario. Sin embargo, el carácter especial no está dado necesariamente por acontecimientos predeterminados socialmente: ese carácter especial está dado por los sentimientos, afectos y emociones.

No obstante, todo lo que venimos diciendo hasta este momento nos plantea una serie de situaciones que podrían ser entendidas por el lector como especiales y extraordinarias, es decir, momentos en la vida de las personas que suceden una o pocas veces durante la misma.

Sin embargo, existen múltiples ocasiones en que la realidad impone prescindir de cualquier formalidad para donar y que no constituyen momentos excepcionales o de naturaleza especial. Podríamos mencionar, por citar algunos ejemplos, los cumpleaños de las personas, fechas en las cuales se regala sin importar el valor de lo regalado, los aniversarios de bodas de las parejas, en donde los cónyuges se hacen regalos recíprocamente sin que se siga —ni pueda seguir— formalidad alguna.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Estos últimos casos, aparentemente, no tendrían nada de extraordinario, pues se podría sostener que es normal que cada año los seres humanos cumplamos un año más de vida o que las parejas cumplan un año más de matrimonio. Sin embargo, este razonamiento prescindiría de un elemento que, a nuestro entender, resulta extremadamente importante: nada nos garantiza que viviremos un año más ni que cumpliremos un año más de casados. Y si un ser querido se encuentra en esta circunstancia y nos causa alegría tenerlo con nosotros, esta combinación de factores hace que nos encontremos ante un elemento lo suficientemente importante como para constituir un acontecimiento digno de celebración y obsequio, en donde no deba estar presente ninguna de las formalidades previstas por el artículo 1624 del Código Civil.

Incluso podríamos llegar a preguntarnos hasta dónde se extienden los alcances de la disposición excepcional del artículo 1626. Estimo que cualquier supuesto de donación en la que alguien obsequie un bien a otra persona, sea por el motivo que fuere y se tratara de un bien mueble cuyo valor supere el 25 % de una UIT, nos coloca ante una situación de importancia para las partes contratantes, en donde las condiciones afectivas y sociales hacen absolutamente imposible la aplicación práctica de la formalidad descrita, el detalle y la valorización.

Estimamos que el artículo 1626 no constituye excepción al 1624, sino más bien constituye una regla, en tanto que esta última norma es la excepción.

En la realidad son raras las donaciones de bienes muebles que se celebran con las formalidades impuestas por el artículo 1624. Ellas se limitan a situaciones muy excepcionales, en las que participan, como contratantes, personas jurídicas, o en donde se busca dejar constancia de la donación efectuada para ulteriores fines de carácter tributario o administrativo.

Sin embargo, la donación de los bienes muebles no sólo debe carecer de cualquier formalidad, sino que en la práctica no la tiene.

De lo expuesto podríamos llegar fácilmente a la conclusión de que el artículo 1624 es casi inaplicable en la práctica.

5.4. La donación de inmuebles

En virtud de lo dispuesto por el texto original del artículo 1625 del Código Civil peruano de 1984, la donación de bienes inmuebles debía hacerse por escritura pública, con indicación individual del bien donado, de su valor y el de las cargas que había de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad.

Como hemos dicho, en virtud de lo prescrito por la sexta disposición complementaria de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo n.° 757, promulgado el día 8 de noviembre de 1991 y publicado en el diario oficial *El Peruano* el día 13 de noviembre de 1991, se estableció que toda mención a «sueldos mínimos vitales mensuales» hecha en este artículo del Código Civil se entenderá referida a unidades impositivas tributarias (UIT).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Así, el artículo 1625 del Código fue modificado por el artículo 1 de la ley 26189, promulgada el día 20 de mayo de 1993 y publicada en el diario oficial *El Peruano*, el día 22 de mayo de 1993. Dicho texto establece lo siguiente:

> Artículo 1625.- «La donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad».

De acuerdo con lo expresado por nosotros con ocasión del análisis del artículo 1624 del Código Civil (norma que regula las formalidades en la donación de bienes muebles de relativo valor), son tres las razones que llevan a que la ley establezca la formalidad escrita en estos casos, a saber: seguridad jurídica, posibilidad de arrepentimiento y cautela respecto de la posibilidad de que se trate de una donación inoficiosa.

Estas razones, que en el caso de los bienes muebles resultan una demasía, sí tienen fundamento teórico y práctico suficiente para el caso de la donación de bienes inmuebles, allí se sigue el criterio de que dichos bienes son, por lo general, aquéllos que tienen un valor más considerable dentro de la sociedad. En tal virtud, los actos de liberalidad que recaigan sobre los mismos deben revestir todas las condiciones que los hagan ser verosímiles, de modo tal que la sociedad tenga certeza de que se han celebrado.

Teniendo en consideración la existencia del artículo 949 del Código Civil, cuando se celebra un contrato de donación sobre un bien inmueble, no sólo surge la obligación del donante de transferir la propiedad del bien al donatario, sino que además dicha propiedad se transfiere por la sola obligación de enajenar.

En tal sentido, si se celebran este tipo de actos, la ley quiere que se hagan no sólo con conocimiento de causa, sino con convicción. De esta manera, busca asegurarse que el donante no sólo sepa que está donando, sino que además esté convencido de ello, dado que las consecuencias de un acto de estas características serían importantes e inmediatas.[1362]

Por otra parte, si se siguiera para la donación de inmuebles la misma formalidad requerida para la compraventa de inmuebles (vale decir ninguna), cualquiera podría alegar la condición de donatario de un bien inmueble (y, por tanto, la condición de propietario del mismo) sin tener un documento escrito que respalde su afirmación. Además, también se podría intentar acreditar esta condición a partir de cualquier otro medio probatorio que establece la ley procesal civil, lo que constituiría una situación de riesgo e inseguridad jurídica.

1362 Al respecto, la Casación n.° 408-95-Lima/Cono Norte (hoy, Lima Norte), del 8 de agosto de 1996, señaló que las liberalidades para casos de inmuebles pueden adecuarse a las figuras de la donación o del anticipo de legítima siempre que, en ambos casos, se respete la solemnidad de la escritura pública. Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1211.

En torno a la posibilidad de arrepentimiento en este tipo de contratos podemos señalar que el donante podrá meditar conscientemente si le conviene o no celebrar el contrato, ya que podría arrepentirse de su celebración incluso luego de haber «acordado» verbalmente con el donatario su celebración. Pero no sólo allí, sino que dicho arrepentimiento podría presentarse después de haber suscrito la minuta e incluso cuando ya el notario hubiese extendido la respectiva escritura pública, pero antes de que el donante haya suscrito dicha escritura pública.

Debe quedar claro que aquella parte que pudo haber llegado a ser donante, si se arrepintió de suscribir la escritura pública, en la práctica ello implica que se arrepintió de celebrar el propio contrato de donación, y como no se ha celebrado acto alguno no será posible que el donatario le exija el otorgamiento de escritura pública.[1363] Esto difiere de lo que ocurriría si estuviésemos hablando de una compraventa en la medida que en este último caso sí se habría celebrado un contrato (incluso desde que se produjo el acuerdo verbal) y, por ello, sería plenamente posible exigir el otorgamiento de escritura pública a fin de proceder ulteriormente a su inscripción registral por razones de elemental seguridad jurídica.

Debemos reparar también en que el artículo 1625 exige que se haga en el contrato indicación individual del inmueble o inmuebles donados.[1364] Esto responde al interés de que dichos actos revistan la mayor certidumbre respecto de la identificación del bien materia del contrato. No está de más señalar que, tratándose de donaciones de inmuebles, será prácticamente imposible encontrarnos ante supuestos de donación de bienes fungibles o de bienes inciertos. La donación de inmuebles recae, por naturaleza, sobre bienes ciertos.

El requisito de valorización responde a razones que tienen directa relación con la necesidad de evitar que en el futuro, si esta donación deviene en inoficiosa, se dejen de aplicar al caso las consecuencias previstas en el artículo 1629 del Código Civil.

Sin embargo, debemos admitir que el hecho de que se señale el valor del inmueble donado no implica que ése sea el valor a tener en consideración para poder calificar ulteriormente a esa donación como oficiosa o inoficiosa.

1363 La Casación n.° 1646-2001-Cusco, de 26 de septiembre de 2001, indica en los fudamentos tercero y cuarto que «(...) las partes pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida, siempre y cuando no se trate de una formalidad *ad solemenitatem*. (...) al no haberse constituido la donación por escritura pública, ninguna de las partes puede compelerse a la otra a que se le otorgue dicho instrumento». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1211.

1364 Al respecto, la Casación n.° 2081-98-Lima, del 19 de julio de 1999, emitida por la Sala Civil Permanente, señala, en su considerando tercero, que el artículo 1625 del Código Civil «establece que la donación de inmuebles debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad». En tal sentido, los «jueces están facultados a declarar de oficio la nulidad de un acto de donación que no reúna estos requisitos formales». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1211.

Decimos esto pues el tema del valor del bien no será relevante al momento en que fue donado, sino actualizando dicho valor al momento de la muerte del donante, y en comparación con el valor total de la masa hereditaria que haya dejado el donante y ulterior causante.

No obstante, admitimos que resultará de gran utilidad señalar el valor del bien al momento de celebrar la donación, pues podrá constituir un elemento referencial para luego poder actualizar dicho valor al momento de la muerte del causante.

Sin embargo, hay que tener cuidado con el valor señalado en la donación, pues el mismo podría no responder a la realidad y encontrarse distorsionado, ya sea por un actuar voluntario o involuntario de las partes contratantes.

Finalmente, el artículo 1625 señala que deben indicarse las cargas que ha de satisfacer el donatario.

Pensamos que, con la expresión «cargas» el Código Civil busca comprender tanto aquellas garantías (hipotecas, anticresis) como aquellos gravámenes (embargos o medidas cautelares) que deba asumir el donatario y futuro nuevo propietario del bien. Ello, para evitar la existencia de gravámenes ocultos que pudieran llevar a que el donatario acepte, en ignorancia de la realidad, recibir en donación un inmueble que no revistiera una titularidad absolutamente saneada y una situación que le sea enteramente conveniente.

Pero a pesar del sentido que hemos explicado en torno a la palabra «cargas», la misma podría dar a entender también una referencia a los cargos como modalidades del acto jurídico y, naturalmente, estarse refiriendo a la donación con cargo o modal. Este último supuesto será analizado por nosotros oportunamente.

6. Los bienes que pueden ser donados

En virtud de lo prescrito por el artículo 1409 del Código Civil pueden ser objeto de prestaciones contractuales: bienes futuros, ajenos, afectados en garantía, embargados o sujetos a litigio por cualquier causa.

Ésta constituye la norma general con relación a los bienes sobre los que se puede contratar, y en la medida que no exista disposición contraria, ellos podrán ser objeto de cualquier contrato típico.

En el contrato de compraventa, el Código Civil regula con pulcritud diversos supuestos en torno a las características de los bienes que pueden ser materia del mismo. Esta minuciosidad nos llevó a desarrollar el tema en diversas investigaciones anteriores relativas a dicho contrato.[1365]

1365 Castillo Freyre, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*; *El bien materia del contrato de compraventa*; *Tratado de la venta*. Por lo demás, remitimos al lector al capítulo relativo al bien materia de la venta.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En lo que no se oponga al contrato de donación, nuestras apreciaciones vertidas con relación al contrato de compraventa resultan plenamente aplicables.

No obstante, el Código Civil peruano, en el título relativo al contrato de donación intenta regular lo referente a la donación de bien ajeno. Sin embargo, esa buena intención no tuvo un correlato enteramente positivo.

Como podemos deducir de la definición del artículo 1621, el contrato de donación, al igual que todos los contratos contenidos en el Código Civil peruano de 1984, es meramente obligacional. Por tal razón, consideramos enteramente válidas, en lo que por su naturaleza le fueran aplicables, nuestras opiniones sobre la validez del contrato de venta de bien ajeno en estricto. Al igual que en el caso del contrato de compraventa, consideramos que, en teoría, puede versar sobre bienes ajenos. Creemos que debería ser perfectamente válido el contrato de donación de bienes ajenos en estricto; es decir, aquél por el cual ambas partes, donante y donatario, conocen el carácter ajeno del bien, y el donante se obliga a transferir gratuitamente su propiedad al donatario.

En lo que respecta al tratamiento que la donación de bienes ajenos ha tenido en nuestro Código Civil, diremos que es inexistente.[1366] Sólo se incluye una norma, el artículo 1627, que señala que este contrato se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472.

El texto de esta norma es el siguiente:

> Artículo 1627.- «El contrato en virtud del cual una persona se obliga a obtener que otra adquiera gratuitamente la propiedad de un bien que ambos saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472».

Como podemos observar de la redacción del artículo antes mencionado, su estructura es exactamente la misma que la del artículo 1537, incluido dentro del título relativo a la compraventa. Por lo tanto, sus elementos serán prácticamente los mismos:

a) Ambos contratantes saben que el bien materia de la prestación objeto de una obligación de dar es ajeno.

b) Ambas partes acuerdan conscientemente que una de ellas se compromete a obtener que la otra adquiera gratuitamente la propiedad de ese bien ajeno.

c) Este compromiso se regirá de acuerdo con los artículos 1470, 1471 y 1472.

1366 Sobre la donación de bien inmueble ajeno, la Casación n.° 3636-2013-Puno, del 6 de mayo de 2014, señala que la «transferencia de un bien inmueble ajeno convierte a la donación en jurídicamente imposible, porque quien no es propietario no puede donar el bien que no le pertenece (...)». Disponible en https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/resultado.xhtml#no-back-button

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Consideramos tan improcedente como la inclusión del criticado artículo 1537, la del artículo 1627 bajo comentario, ya que constituiría no un supuesto de donación, sino un caso más de promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Por tal razón estimamos aplicables, en cuanto resulten de la naturaleza del contrato de donación, nuestros comentarios vertidos acerca del artículo 1537.

Un aspecto interesante, que es necesario resaltar, es que el Código Civil peruano de 1984, a pesar de incluir en el título relativo a la donación una norma similar al artículo 1537, no efectúa en ese título similar regulación a la dispuesta en los artículos 1538, 1539, 1540 y 1541.

Si el artículo 1537 generó una serie de malas interpretaciones, el artículo 1627 causa aún peores confusiones, pues no está sucedido por normas de similares características que las que suceden al artículo 1537 y que en cierta forma aclaran el panorama respectivo.

Con las omisiones antes señaladas, podemos sostener que el contrato de donación de bienes ajenos, en estricto, no ha sido contemplado específicamente en el título respectivo; sin embargo, creemos que sí es perfectamente posible dentro de nuestro Código Civil (en virtud de la norma general establecida por el artículo 1409, inciso 2, y de no haber prohibición expresa al respecto) pactar un contrato de donación de bien ajeno, en estricto, que no esté sometido a las reglas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.[1367]

En el ámbito de los códigos civiles consultados, el Código Civil peruano de 1984, al no contener ninguna norma relativa al vicio que afecta al contrato por el cual el donatario desconoce el carácter ajeno del bien, está brindando un

1367 La mayoría de los códigos civiles consultados no contienen ninguna norma expresa respecto de la donación de bienes ajenos. Sin embargo, existe un grupo de códigos civiles que regulan o que por lo menos intentan regular la materia. Éstos son los siguientes: Proyecto de Código Civil japonés de 1890 (artículo 658); Segundo Anteproyecto de Código Civil peruano de 1926 (artículo 522); Código Civil portugués de 1967 (artículo 956); Código Civil boliviano de 1976 (artículo 658); Código Civil venezolano de 1942 (artículo 1443); Código Civil peruano de 1984 (artículo 1627); Código Civil paraguayo de 1987 (artículo 1211).
Hemos encontrado cuatro códigos civiles que hacen una mención específica o contienen alguna norma de remisión respecto a la donación de bienes ajenos y la sancionan con la nulidad. Éstos son: Proyecto de Código Civil japonés de 1890 (artículo 658); Código Civil portugués de 1967 (artículo 956); Código Civil colombiano (artículo 658, inciso I); Código Civil paraguayo de 1987 (artículo 1211).
El Proyecto de Código Civil argentino de 1936 la sanciona con anulabilidad (artículo 979), en virtud de la remisión a la aplicación de las normas relativas al contrato de compraventa.
En materia de donaciones, hemos considerado conveniente conceptuar dentro de lo que significan los bienes ajenos a los bienes futuros, ya que éstos, dentro de la línea de los códigos consultados, pueden ser bienes que existan al momento de la celebración del contrato, pero que todavía no pertenezcan al patrimonio del donante. En tal sentido hemos encontrado los siguientes códigos civiles que prohíben la donación de bienes futuros:
Segundo Anteproyecto de Código Civil peruano de 1926 (artículo 522), Código Civil venezolano de 1942 (artículo 1443); Código Civil paraguayo de 1987 (artículo 1211); Código Civil italiano de 1865 (artículo 1064); Proyecto de Código Civil argentino de 1936 (artículo 980, inciso 3).

tratamiento disímil. Este problema deberá regularse de acuerdo con las normas relativas a los vicios de la voluntad, ya sean éstos el dolo o el error; y no las referentes a la rescisión, ya que ésta, a nuestro entender, sólo procede a plantearse cuando la ley expresamente así lo estableciere.

Pero, en realidad, la presencia del artículo 1627 constituye una distorsión en torno al tema, ya que si las partes desean celebrar —y de hecho celebrasen— un contrato de donación, este contrato deberá regirse por sus normas propias y no por las de una figura contractual a la que nunca desearon recurrir.

En nuestro caso, si los contratantes hubiesen querido celebrar una promesa de la obligación o del hecho de un tercero, lo habrían podido hacer basándose en el conocido mecanismo contractual, previsto por el propio Código Civil en sus artículos 1470, 1471 y 1472.

Y el asunto se agrava cuando vemos que los problemas, que en sede de compraventa encuentran solución en los artículos 1539 y siguientes, no hallan la misma solución en el contrato de donación, pues el numeral 1627 no viene acompañado de otros preceptos que aquí cumplieran la función que allá cumplen los numerales 1539, 1540 y 1541.

De lo expuesto podemos concluir que el artículo 1627 sólo regula un supuesto más de promesa de la obligación o del hecho de un tercero referida a la futura celebración de un contrato normal de donación, el cual se celebraría entre el promisario y un tercero, propietario del bien que será materia de este futuro contrato.

La donación de bien ajeno, propiamente dicha, está regulada por los preceptos generales contenidos en el artículo 1409, inciso 2, del propio Código.

7. La donación efectuada a favor de tutores o curadores

En torno a este tema debemos establecer algunas consideraciones que escapan al texto del propio artículo 1628 del Código Civil peruano de 1984.

7.1. Si los tutores o curadores se encuentran en funciones

Este supuesto, regulado por el numeral 1628, es necesario que sea tratado en este punto. Decimos esto porque mientras un tutor o un curador se encuentre en pleno ejercicio del cargo para el que ha sido nombrado, no podrá presentarse el caso en el cual el pupilo o incapaz mayor de edad, respectivamente, celebre con su tutor o curador algún contrato de donación (o algún contrato en general, salvo los casos del artículo 1358). Esto se debe a que en ambos supuestos se trata de personas con incapacidad de ejercicio: ellas no pueden contratar por sí mismas, sino a través de sus representantes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, podríamos encontrarnos frente al denominado *contrato consigo mismo*, que es aquél por el cual el representante de una persona natural o jurídica contrata con él mismo, siendo simultáneamente parte y representante de parte.

Esta figura se encuentra expresamente regulada por el artículo 166 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente:

> Artículo 166.- «Es anulable el acto jurídico que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otro, a menos que la ley lo permita, que el representado lo hubiese autorizado específicamente, o que el contenido del acto jurídico hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses.
>
> El ejercicio de la acción le corresponde al representado».

Siendo el artículo citado la norma general, el legislador ha preferido regular de manera especial el caso en el cual quien celebra el contrato consigo mismo sea tutor o curador del donante.

Tal vez las razones por las cuales se haya procedido de esta forma se fundamenten en que resulta imprescindible otorgar una protección especial a los incapaces que se encuentren en esta situación, sobre todo, dada la naturaleza del contrato de donación como principal acto de liberalidad.

Así, el artículo 1628 del Código Civil peruano de 1984 establece lo siguiente:

> Artículo 1628.- «La donación en favor de quien ha sido tutor o curador del donante está sujeta a la condición suspensiva de ser aprobadas las cuentas y pagado el saldo resultante de la administración».

Concordamos plenamente con el sentido de la citada norma, pero nos cuestionamos que la misma se circunscriba al contrato de donación (que a pesar de ser el acto de liberalidad más importante, no es el único).

En este caso, como en muchos otros, el Código Civil ha cerrado la puerta, pero dejó abiertas todas las ventanas.

En todo caso, a pesar de esta situación, queda en pie la protección que brinda el artículo 166 como precepto general respecto del contrato consigo mismo.

7.2. Si los tutores o curadores ya han dejado de estar en funciones

Si los tutores o curadores de los incapaces ya hubiesen dejado de ejercer el cargo y se celebrara —en estas circunstancias— un contrato de donación entre el exrepresentado y el exrepresentante, sólo habría problemas en caso de que el primero de los mencionados actuara por sí mismo y a nombre propio, supuesto en el cual el acto sería nulo. Sin embargo, si el contrato de donación se celebrara entre el nuevo representante del incapaz y el antiguo representante de aquél, y se tratara de una donación, el contrato sería válido.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es importante señalar que debería considerarse en el tratamiento del artículo 1628 a las personas que cumplan función de ayudas o apoyos de las personas con discapacidad en virtud de la reforma instaurada por el Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre del 2018.

8. La donación inoficiosa

De acuerdo con lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1629 del Código Civil peruano de 1984, nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede disponer por testamento.

8.1. Lógica del precepto

En virtud del Derecho Sucesorio nacional, se adopta un régimen que establece limitaciones a la libertad de testar.

El régimen legal peruano, a este respecto, no permite plena libertad sobre el particular; vale decir, que el testador, cuando cuenta con herederos forzosos, no puede disponer de la totalidad de su patrimonio, vía testamentaria, destinándolo a quien lo desee.

Hay límites que deberá respetar.

Este sistema tiende a proteger al entorno familiar más cercano del futuro causante, evitando la eventualidad de que esas personas no perciban nada del patrimonio hereditario y que sean otras personas o instituciones quienes se vean beneficiadas por ello.

Nosotros estamos plenamente de acuerdo con el régimen legal peruano a este respecto, y rechazamos cualquier intento de liberalizar la materia.

El régimen legal al que hemos hecho referencia es el establecido en el artículo 723 y siguientes de nuestro cuerpo sustantivo, en especial lo prescrito por los artículos 723 a 727 del mismo. Estas normas establecen lo siguiente:

> Artículo 723.- «La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos».
>
> Artículo 724.- «Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge».
>
> Artículo 725.- «El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes».
>
> Artículo 726.- «El que tiene sólo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes».
>
> Artículo 727.- «El que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero, como puede apreciar el lector, al efectuar esta regulación, la ley civil se encuentra protegiendo los casos *mortis causa,* pues todo lo expresado rige cuando, muerto el causante, debe analizarse si existen o no herederos forzosos.

Ahora bien, si esto rige para los casos de muerte, ¿qué pasa cuando los actos de disposición se producen en vida del titular?

En estos supuestos, la ley intenta extender las consecuencias de los preceptos relativos a la legítima hereditaria, al contrato de donación.

Ello resulta claro cuando en el numeral 1629 se señala que nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede disponer por testamento.

Lo que no quiere el Derecho es que aquéllo que se prohibe hacer a través de un acto *mortis causa* (el testamento) se pueda realizar a través de un acto *inter vivos* (el contrato de donación).

8.2. Insuficiencia de los alcances del precepto

Sin embargo, debemos recordar que al principio de esta investigación nos detuvimos en el análisis de todos aquellos actos de liberalidad que, siendo distintos a la donación, se podrían y pueden celebrar dentro del marco del Derecho peruano.

Está claro que todo acto de liberalidad implica una disminución patrimonial en el disponente, lo que no hace sino subrayar que esta situación no sólo se produce al celebrarse un contrato de donación.

Así, cuando a través del primer párrafo del artículo 1629 se intenta cerrar el paso a las denominadas «donaciones inoficiosas», con ello no se está logrando plenamente el objetivo deseado, ya que el disponente bien podría no celebrar una donación, sino cualquier otro acto de liberalidad.

Una vez más, como ya señalamos, el Código cerró la puerta pero dejó abiertas todas las ventanas.

Adicionalmente, debemos tener presente algo importantísimo: a las otras liberalidades no les podríamos aplicar el artículo 1629, ya que este numeral sólo está dirigido al contrato de donación, y —como sabemos— las normas prohibitivas, restrictivas o limitativas de derechos nunca pueden interpretarse por analogía.

8.3. Alcances de la inoficiosidad

De acuerdo con lo prescrito por el segundo párrafo del artículo 1629 del Código Civil, la donación es inválida si excede la medida de lo que se puede disponer por testamento.[1368]

1368 Al respecto, la Casación n.° 1026-99-Lima, del 14 de septiembre de 1999, emitida por la Sala Civil Transitoria, establece que solamente se puede disponer vía anticipo de herencia del tercio de libre disposición. No obstante, en vida, el causante puede «disponer libremente de la totalidad de sus

ESTUDIO MARIO CASTILLO ARIAS

Esta disposición resulta coherente con todo aquello que venimos expresando.

El problema fundamental de la donación inoficiosa no es de índole conceptual, sino temporal, y no es de solución sencilla.

8.4. El problema temporal

Conforme a lo establecido por el tercer párrafo del artículo 1629, el exceso que invalida la donación (es decir, la inoficiosidad propiamente dicha) se regula por el valor que tengan o debían tener los bienes al momento de la muerte del donante.

En el caso del testamento en donde se disponga en exceso, contraviniendo las normas de la legítima hereditaria, es evidente que la apreciación de si lo dispuesto testamentariamente excede o no la prescripción legal se hará —todo ello— en comparación al patrimonio hereditario; es decir, a la masa sucesoria existente al momento de la muerte del causante.[1369]

En este caso no habría sino un momento a tomar en consideración. No hay, por lo demás, duda alguna en torno a otro término que se pudiera tomar en cuenta.

Sin embargo, esta claridad no se halla presente cuando tratamos acerca del contrato de donación, ya que la donación (acto *inter vivos*) se celebra, necesariamente, en un momento distinto al de la muerte del donante.

No obstante, cabe precisar que esos dos momentos coincidirían cuando se trate de una donación destinada a surtir sus efectos *mortis causa*, vale decir, aquélla regulada en el artículo 1622 del Código Civil peruano de 1984 y de la que nos ocupáramos oportunamente.

Esta donación no ofrecerá problemas, pues se regirá por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria.

La donación que sí ofrece problemas es aquélla —más común y corriente— destinada a surtir sus efectos inmediatamente después de celebrada.

Aquí sí están claramente presentes los «dos momentos» a que hemos hecho referencia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

bienes a título oneroso, porque en vía de donación se encuentra limitado por el artículo 1629 del Código Civil (...)». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1213.

1369 Sobre el tema, en la Casación n.° 2642-2006-Lima, de 10 de abril de 2007, emitida por la Sala Civil Transitoria, se ha señalado que «es recién a partir de la muerte del donante que se puede determinar si el acto jurídico contravino la norma sustantiva, debiendo en dicho caso únicamente declararse la invalidez del exceso y no de toda la donación, de tal modo que esta petición debe hacerse en su oportunidad». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1213.

8.5. Momento a considerar para la inoficiosidad

En este estado de la cuestión, estimamos pertinente preguntarnos qué momento resulta oportuno para tomar en consideración, a fin de estimar o no, como inoficiosa una donación.

Es claro que se podría tomar como referencia el momento de la celebración de contrato (que, para estos efectos, estamos asumiendo que es el mismo momento en que dicho acto empieza a surtir efectos) o el momento de la muerte del donante.

Veamos las ventajas y desventajas de cada una de estas opciones.

8.5.1. Momento de la celebración del contrato de donación

Las ventajas de esta opción consisten, fundamentalmente, en que brinda notable seguridad jurídica, ya que sería muy sencillo comparar el valor de lo donado respecto del total del patrimonio del donante, visto —precisamente— en el momento de la propia donación.

Los problemas, en cambio, consisten en que el tema de la inoficiosidad de la donación siempre se vincula al Derecho Sucesorio, de modo tal que es la muerte un momento determinante para asumir consecuencias similares que los testamentos inoficiosos.

Además, se puede decir que si se tomara como momento de apreciación de la liberalidad inoficiosa el de la celebración del contrato, en realidad no existiría nadie con legitimidad sustantiva ni procesal para acudir ante los tribunales de justicia, reclamando sus derechos; ya que tal situación se da cuando se es heredero, y sólo se es heredero desde el momento de la muerte del causante (argumento del artículo 660 del propio Código Civil peruano).

Antes de ese momento, nadie es heredero de nadie, porque sólo habrá causante cuando esta persona muera. Antes de ello, sólo habrá expectativas hereditarias de quienes por ley vendrían a ser sus futuros herederos, en la eventualidad de su muerte.[1370]

8.5.2. Momento de la muerte del donante

La ventaja de apreciar el tema en relación con este momento estriba, fundamentalmente, en que va de la mano con la inoficiosidad de la donación, figura propia del Derecho Sucesorio y no del Derecho de Contratos.

Pero las desventajas son múltiples.

1370 Al respecto, la Sala Civil Transitoria, en la Casación n.° 2870-2007-Cajamarca, de 23 de julio de 2008, señaló como suficiente que el heredero forzoso señale tener derechos expectaticios sobre el inmueble donado para que su legitimidad se configure y pueda demandar la nulidad de dicho acto jurídico de donación. POZO SÁNCHEZ, J. *Op. cit.*, p. 1214.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La primera de ellas se refiere a la inseguridad jurídica del contrato en sí.

Si la inoficiosidad va a ser apreciada al momento de la muerte del donante, habrá que comparar el valor de lo donado con su patrimonio, estimando dicho valor actualizado al momento de la muerte del mismo, a la par que apreciando el valor de su patrimonio al momento de su muerte.

Puede que el bien ya se haya perdido (en el sentido amplio de la palabra a que hace referencia el artículo 1137 del Código Civil peruano de 1984), que se haya deteriorado notablemente o, incluso, que haya aumentado su valor.

Ello no importará, pues habría que estimar dicho valor actualizando el que tenía dentro del contexto en que fue celebrado el contrato de donación.

Por otra parte, podría ocurrir que el valor del bien donado, cuando se celebró el contrato de donación, no haya representado nada significativo en relación con el patrimonio del donante o —lo que resulta relevante— que no haya excedido ningún porcentaje de libre disposición, y que dicho donante —con el paso de los años— haya empobrecido notablemente, de modo tal que al momento de su muerte el valor actual del bien que donó hace años sí supere —incluso con holgura— los porcentajes de libre disposición establecidos por la ley.

Aquí estaríamos frente a una donación calificada como inoficiosa.[1371]

9. La acción de inoficiosidad

La acción de inoficiosidad de la donación sólo puede ser interpuesta por los herederos del donante-causante contra el donatario o los herederos de este último, a fin de que devuelva el bien, su valor o parte de dicho valor, si la donación fuera sólo parcialmente inoficiosa.

Esta acción busca que la donación se declare total o parcialmente inválida.

10. Plazo de interposición de la acción

Ahora bien, ¿cuánto tiempo podría transcurrir desde el momento en que se celebró el contrato de donación hasta que se interponga la demanda?

Veamos un ejemplo.

Si el contrato de donación se celebra cuando el donante tiene 20 años de edad; muere a los 90 años de edad, y sus herederos estiman que la donación fue inoficiosa y deciden demandar al donatario (o —lo más probable— a los herederos del

1371 Al respecto, la Casación 64-98-Cusco, emitida por la Sala Civil Transitoria, de fecha 14 de agosto de 1998, retomando los términos del artículo 1629 del Código civil, señaló que «nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede disponer por testamento, de tal manera, que la donación es inválida en todo lo que exceda de esta medida». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1214.

donatario), los herederos del donante tendrán un plazo máximo de 10 años, contados desde la muerte de su causante, para iniciar el proceso judicial.

Como esta acción no tiene plazo prescriptorio especial, el mismo será el correspondiente a las acciones personales, es decir, 10 años, tal como establece el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil peruano de 1984.

Entonces, en nuestro ejemplo —extremo, pero posible—, podrían transcurrir alrededor de 80 años entre el momento en que se celebró el contrato de donación y la fecha de notificación de la demanda (fruto de la suma de los 70 años adicionales de vida del donante y de los 10 años del plazo prescriptorio de la acción personal).

Otro problema colateral, fruto de la inseguridad anterior, es que todo donatario debería —al menos teóricamente— conservar el bien donado o su valor durante el resto de su vida, y sus herederos deberían hacer lo propio pendiente el decurso del plazo prescriptorio de 10 años, a fin de tener una provisión en la eventualidad de que los herederos del donante demanden la invalidez de la donación por inoficiosa y venzan en juicio.

Es claro que, en el plano teórico, todo lo antes expresado en torno a la inoficiosidad de la donación representa una monstruosidad respecto de las seguridades que deben tener las relaciones jurídicas y humanas en general. Sin embargo, tal situación, felizmente, no representa un problema de orden práctico, ya que en la realidad no abundan procesos judiciales derivados de esta causa.

Debemos subrayar también que este tema no constituye un problema serio en la práctica jurídica, porque los particulares y abogados desconocen, en su inmensa mayoría, este mecanismo y si lo advierten, prefieren no recurrir a él por razones de orden práctico, salvo —naturalmente— que se trate de situaciones escandalosas

Finalmente, quienes consideran que esta situación constituye un peligro recurren a la forma de la compraventa para encubrir las donaciones que desean celebrar; ya sea vía compraventa simulada o a través de la donación indirecta o atípica (la misma que, al fin y al cabo, es una compraventa perfectamente válida en el Derecho peruano).

10.1. ¿Sería conveniente modificar el artículo 1629 del Código Civil peruano de 1984?

A pesar de la inseguridad jurídica que, en teoría, provoca el contenido del último párrafo del numeral 1629, tal situación no llega a alarmarnos, ya que —como lo hemos anotado— no ha constituido problema legal ni procesal en el Perú desde la existencia de preceptos similares.

Existen algunas legislaciones que limitan las donaciones que se computan para el cálculo de una eventual inoficiosidad, a aquéllas que se remonten a cinco o diez años anteriores a la muerte del donante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Creemos también que adoptar en el Perú un criterio legislativo como éste no solucionaría ni atenuaría en nada el problema, ya que los contratantes precavidos continuarían recurriendo —como lo hacen en la actualidad— a simular contratos de compraventa o a celebrar dichas compraventas con precio diminuto, a modo de donaciones indirectas o atípicas.

Creemos también que en lo referente a la mecánica de la inoficiosidad de la donación, el mecanismo peruano vigente es adecuado.[1372] Estimamos que la norma (el artículo 1629) podría verse enriquecida si ampliase su ámbito de aplicación a todos los actos de liberalidad. Pero convenimos en que una situación como ésta agravaría muchísimo la inseguridad de los actos de liberalidad.

No obstante, de esta forma, el texto del artículo 1629 podría quedar redactado como se consigna a continuación:

> «Nadie puede dar por vía de donación *o cualquier otra liberalidad,* más de lo que puede disponer por testamento.
>
> La donación *o la liberalidad* es inválida en todo lo que exceda de esta medida.
>
> El exceso se regula por el valor que tengan los bienes al momento de la muerte del donante».

Pero debemos subrayar que esta redacción es sólo un ejercicio académico. No estamos proponiendo modificar la norma.

11. Forma o manera de proceder con la reducción en las donaciones inoficiosas

En virtud de lo establecido por el artículo 1645 del Código Civil:

> Artículo 1645.- «Si las donaciones exceden la porción disponible de la herencia, se suprimen o reducen en cuanto al exceso las de fecha más reciente, o a prorrata, si fueran de la misma fecha».

Esta norma, sin duda, no se encuentra ubicada adecuadamente, ya que, como resulta obvio, su lugar natural sería luego del artículo 1629, precepto que trata sobre la donación inoficiosa.

Por ello, vamos a abordar el tema de manera integral con el análisis de los artículos 1629 y 1645.

1372 Contrariamente a lo que pensábamos en 1998 (Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*, p. 988 y ss., cuando adoptábamos el criterio de los cinco años anteriores a la muerte del donante).

Si solamente una donación tuviera carácter de inoficiosa, no habría problema alguno, pues se detraería total o parcialmente según su valor y según el exceso, de modo tal, que el donatario debería devolver todo o parte de lo que recibió en donación.

Pero si se hubiesen hecho en vida varias donaciones que sumadas superen el límite de la inoficiosidad, entonces habría que ver cómo remediar esta situación de forma equitativa.

En este caso no se solucionaría el tema vía prorrateo (es decir, que todos los donatarios se vean obligados a devolver algo de lo recibido), sino a través del cómputo temporal, contabilizando en primer término las donaciones más antiguas y así sucesivamente hasta llegar a las más recientes.

En el momento en que dicho cómputo de valores indique que se ha sobrepasado el límite de lo permitido por ley, esa donación será, según el caso, total o parcialmente inoficiosa.

Si fuera totalmente inoficiosa, se deberá devolver el valor íntegro de ese bien, y si con posterioridad a la fecha de su celebración se hubiesen concluido otros contratos de donación, los donatarios de esos contratos también deberían proceder a devolver los valores de sus donaciones, dado que todas ellas también tendrían la naturaleza de inoficiosas.[1373]

El criterio de supresión temporal de la inoficiosidad es, por lo demás, justo y coherente.

No obstante, debemos imaginar la situación en la cual un conjunto de donaciones se haya celebrado —todas ellas— en una misma fecha, y precisamente cuando se hace el cómputo aparece la inoficiosidad.

Si no fuera posible distinguir (aunque sea por horas) los momentos de celebración de dichos actos, aquí sí se aplicaría un criterio de prorrateo entre todos ellos a efectos de que cada donatario deba devolver, a los herederos del donante, un valor estrictamente proporcional entre el momento inoficioso y el valor de cada uno de los bienes donados, sobre los que ha contratado cada uno de ellos.

12. Donaciones conjuntas

Según lo establecido por el artículo 1630 del Código Civil:

1373 Sobre el tema, la Casación n.° 2870-2007-Cajamarca, de la Sala Civil Transitoria, con fecha 23 de julio de 2008, ha señalado que si el heredero forzoso señala que basta que el heredero forzoso indique tener derechos expectaticios sobre el bien donado para que quede legitimado a demandar la nulidad del acto de donación. Véase en: https://vlex.com.pe/vid/-65119333

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> Artículo 1630.- «Cuando la donación se ha hecho a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales y no se dará entre ellas el derecho de acrecer. Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer, entre los cuales tendrá lugar el derecho de acrecer, si el donante no dispuso lo contrario».

12.1. Concepto

La donación conjunta es aquélla donde el donante celebra el contrato con dos o más donatarios, pero sin establecer el bien o los bienes que corresponderán a cada uno de ellos.

De esta forma, cuando los donatarios se conviertan en propietarios del bien o de los bienes donados serán condóminos o copropietarios de los mismos.

Lo normal —como sabemos— es que los donatarios acepten celebrar el contrato (pues, en la mayoría de casos, dichos actos les reportarán beneficios patrimoniales o de cualquier otro orden), pero puede ocurrir que los eventuales donatarios no acepten tener tal condición.

12.2. El derecho de acrecer

El derecho de acrecer se encuentra regulado entre los artículos 774 y 777 del Código Civil.

El texto de los referidos preceptos es el siguiente:

> Artículo 774.- «Si varios herederos son instituidos en la totalidad de los bienes sin determinación de partes o en partes iguales y alguno de ellos no quiere o no puede recibir la suya, ésta acrece las de los demás, salvo el derecho de representación».
>
> Artículo 775.- «Cuando un mismo bien es legado a varias personas, sin determinación de partes y alguna de ellas no quiera o no pueda recibir la que le corresponde, ésta acrecerá las partes de los demás».
>
> Artículo 776.- «El legado se reintegra a la masa hereditaria cuando no tiene efecto por cualquier causa, o cuando el legatario no puede o no quiere recibirlo».
>
> Artículo 777.- «El derecho de acrecer no tiene lugar cuando del testamento resulta una voluntad diversa del testador».

Para el caso del contrato de donación, serían especialmente aplicables los artículos 775, 776 y 777 antes citados.

Se entiende que, en materia sucesoria, tenga relevancia el derecho de acrecer en la medida en que el testamento es un acto unilateral y, como tal, no se sabe con certeza, al momento de su otorgamiento, si los legatarios aceptarán o no el legado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De esta forma, si lo aceptan, surtirá pleno efecto el legado conjunto, pero si alguno de los legatarios no aceptase, los demás legatarios acrecerán sus respectivas partes con la porción de aquel legatario que no aceptó tener tal condición.

Pero esto solamente es concebible en materia sucesoria, no en sede contractual, ya que si se trata de una donación conjunta es valor entendido que todos los donatarios celebraron el contrato con el donante.

Así, si alguno de los donatarios se arrepintiera del contrato celebrado, el donante no tendría de qué preocuparse y sus compañeros (los demás donatarios conjuntos), una vez que se hubieran hecho de la propiedad del bien, podrían —incluso— demandar la división y partición judicial del mismo.

Por todo lo expuesto, estimamos que el artículo 1630 del Código Civil peruano de 1984 constituye un imposible jurídico, razón por la cual habría sido preferible no incluirlo en el texto legal.

13. La cláusula de reversión

El texto del artículo 1631 del Código Civil, precepto que regula la cláusula de reversión, es muy escueto. Señala lo siguiente:

> Artículo 1631.- «Puede establecerse la reversión sólo a favor del donante. La estipulada a favor de tercero es nula; pero no producirá la nulidad de la donación».

13.1. Concepto

Como se puede apreciar de la lectura del artículo 1631, la reversión no es otra cosa que una cláusula o pacto que las partes pueden incluir en el contrato de donación que celebren.

¿Pero qué es la cláusula de reversión?

No es otra cosa que una condición resolutoria que las partes pueden incluir en el contrato de donación.

Ni la ley ni la doctrina establecen parámetros con relación a las características o contenido de este pacto, lo que equivale a decir que el mismo podría consistir en cualquier condición resolutoria.

Procederemos a citar tres ejemplos:

a) Un joven ingresa a la Pontificia Universidad Católica del Perú a estudiar Derecho y su abuelo, muy contento por tal acontecimiento, le regala un automóvil nuevo. En el contrato celebrado se incluye una cláusula de reversión, la cual establece que si no concluye aprobatoriamente la currícula de Estudios Generales Letras en cuatro semestres académicos, el automóvil revertirá a favor del abuelo.

HUGO JOSÉ MARIO CASTILLO URRUTIA

b) Un joven profesional recién graduado de arquitecto se va a radicar a Holanda. Un tío, que tiene gran cariño por él, a la vez que mucho dinero, le obsequia un departamento en una zona residencial de Ámsterdam. En el contrato incluye una cláusula de reversión que establece que si su sobrino, antes de cinco años, se dedica al consumo de drogas, la propiedad del departamento revertirá a favor del tío.

c) Un joven planea casarse dentro de dos años y su padre le regala, con tal anticipación, una casa, con la condición de que revierta a su propiedad si algún día se divorcia.

13.2. Personas a quienes puede favorecer la reversión

En virtud de lo prescrito por la primera parte del artículo 1631 del Código Civil peruano de 1984, la reversión sólo puede establecerse a favor del donante.

Esto significa que no podría establecerse una cláusula de reversión en beneficio de tercero, a manera de lo que sería —de acuerdo con nuestro Código Civil— el llamado contrato a favor de tercero. En este caso, dicha cláusula sería nula, pero su nulidad no acarrearía la nulidad de la donación (argumento del artículo 1631, *in fine*).

Sin embargo, uno podría preguntarse si a pesar de no haberse pactado a favor de tercera persona, pendiente la condición resolutoria, muera el donante, se produzca el hecho materia de la referida condición y, luego, los herederos del donante deseasen hacer valer la referida condición.

Por un lado, podría sostenerse que dichos herederos no serían susceptibles de beneficiarse de la condición, pues ellos, en estricto, no son el donante y nunca se pactó la reversión a favor de estas personas.

Sin embargo, también podría sostenerse lo contrario, señalando que el único beneficiario es el donante, pero que dado lo dispuesto por el artículo 1218 del Código Civil, en el sentido de que la obligación se transmite a los herederos (salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario) esos herederos (del donante) pueden hacer exigible la reversión de lo donado.

Pensamos que este segundo criterio interpretativo es el correcto. Por lo demás, ningún precepto legal peruano impide seguir este camino.

13.3. Supuestos de renuncia a la reversión

Podría darse el caso en el que —ya sea una vez verificada la condición o antes de que ella ocurra— el donante renuncie a la facultad de valerse de la reversión que estableció a su favor en el contrato de donación.

Esta renuncia podría ser expresa o tácita.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 141 del Código de 1984:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> Artículo 141.- «La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración en contrario».

La renuncia tácita puede revestir muchas variantes, pero el Código establece una especial en lo relativo al contrato de donación. Al respecto, el artículo 1632 señala lo siguiente:

> Artículo 1632.- «El asentimiento del donante a la enajenación de los bienes que constituyeron la donación determina la renuncia del derecho de reversión. El asentimiento del donante a la constitución de una garantía real por el donatario no importa renuncia del derecho de reversión sino a favor del acreedor».

La lógica de la norma consiste en que si ocurriese lo previsto en el primer párrafo del citado artículo 1632 de Código Civil, dicho asentimiento devendría en un acto total y absolutamente incompatible con la intención de hacer valer los beneficios otorgados por la cláusula de reversión.

14. Supuesto del donante que desmejora de fortuna

De conformidad con lo establecido por el artículo 1633 del Código Civil:

> Artículo 1633.- «El donante que ha desmejorado de fortuna sólo puede eximirse de entregar el bien donado en la parte necesaria para sus alimentos».

14.1. Ámbito de aplicación de la norma

En principio, pareciera que el numeral 1633 ha sido concebido únicamente para el caso de bienes muebles.

Decimos esto porque si se tratara de un bien inmueble cierto y se celebrara un contrato de donación sobre el mismo, la transferencia de propiedad del bien, del donante al donatario, operaría instantáneamente, luego de que las partes hubiesen suscrito la respectiva escritura pública.

Entonces, dentro de tal orden de ideas, si ya se produjo la transferencia de propiedad, resultaría inaplicable el supuesto planteado por el artículo 1633, en la medida en que el donatario no podría tratar de eximirse de la entrega de un bien cuya propiedad ya no le pertenece.

Pero no debemos apreciar el tema desde una división absoluta entre muebles e inmuebles, pues, como sabemos, los particulares pueden pactar algo distinto de lo preceptuado por los numerales 947 y 949 del Código Civil, con lo que la propiedad de un bien mueble cierto podría transferirse en un momento distinto de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la entrega o tradición y la transferencia de propiedad de un bien inmueble cierto podría llegar a producirse en un momento absolutamente distinto de aquél que marca «la sola obligación de enajenar».

Además, no olvidemos que tanto el artículo 947 como el 949 son preceptos creados para los bienes ciertos, con lo cual el vasto universo de los bienes inciertos y de los bienes fungibles está excluido de tal ámbito.

En conclusión, asumimos que el artículo 1633 sólo se aplica cuando, luego de haberse celebrado el contrato de donación, todavía no se ha producido la transferencia de propiedad de todo el bien o de una parte del mismo.

14.2. Momento de empobrecimiento del donante

Resulta evidente que el empobrecimiento del donante debe haberse producido luego de celebrar el contrato de donación y antes de haber transferido la propiedad del bien donado.

Entendemos que las causas que deben conducir a dicho empobrecimiento tendrían que revestir carácter súbito e imprevisible, en la medida que si el mismo ya estuviera presente desde antes de la celebración del contrato, o si el empobrecimiento ya se hubiera previsto o hubiera sido notoriamente previsible, el Derecho debe entender que tal donante no tendría qué reclamar y mucho menos tendría la posibilidad de evitar cumplir con la integridad de la prestación asumida en el contrato.

14.3. Magnitud del empobrecimiento

Conforme a lo establecido por el artículo 1633, debe existir una desmejora de fortuna. Esto significa que si el donante ya era un hombre de poca fortuna al momento de celebrar el contrato, no le sería aplicable el beneficio contenido en el artículo 1633.

Además, dicho empobrecimiento no podrá ser de cualquier magnitud, sino uno tan severo que ponga en peligro las posibilidades de satisfacer sus necesidades alimenticias.

La pregunta que surge, en este estado de la cuestión, es: ¿las necesidades de qué personas son las que protege el numeral 1633, solamente las del donante empobrecido o también las de aquéllos que dependen de él en materia alimenticia?

La respuesta puede ser polémica.

Como sabemos, en virtud de lo establecido por el artículo 472 del Código Civil:

> Artículo 472.- «Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia.
>
> Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Además, los artículos 473, 474 y 475 del citado cuerpo normativo, establecen lo siguiente:

> Artículo 473.- «El mayor de dieciocho años sólo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentra en aptitud de atender a su subsistencia.
>
> Si la causa que lo ha reducido a ese estado fuese su propia inmoralidad, sólo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir.
>
> No se aplica lo dispuesto en el párrafo anterior cuando el alimentista es ascendiente del obligado a prestar los alimentos».
>
> Artículo 474.- «Se deben alimentos recíprocamente [sic]:
>
> 1. Los cónyuges.
> 2. Los ascendientes y descendientes.
> 3. Los hermanos».
>
> Artículo 475.- «Los alimentos, cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en el orden siguiente:
>
> 1. Por el cónyuge.
> 2. Por los descendientes.
> 3. Por los ascendientes.
> 4. Por los hermanos».

Creemos que en este conflicto debería primar el fiel cumplimiento de la obligación legal de prestar alimentos a quien lo requiera y más allá de si el necesitado es el propio donante.

De asumir la interpretación contraria estaríamos dejando la puerta abierta para que, a partir de donaciones (las mismas que incluso podrían ser actos absolutamente simulados), el supuesto donante se exima de cumplir con esta obligación legal.

No está de más decir que, en estos casos, los eventuales alimentistas perjudicados tendrían derecho a plantear la acción revocatoria o pauliana, contemplada por la ley civil en su artículo 195 y siguientes.

14.4. Ámbito temporal del beneficio

Uno de los puntos que resulta imprescindible abordar es el relativo a la pregunta de hasta cuándo podría extenderse el lapso en que el donante empobrecido tenga derecho a hacer valer el beneficio que le otorga el artículo 1633.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Creemos que al no existir restricciones legales al respecto debería considerarse que el beneficio otorgado por la norma podría llegar a ser —incluso— indeterminado; el donatario tendría entonces expedito su derecho para hacer valer el cumplimiento de la obligación del donante vía mandato judicial si prueba en el proceso que éste dejó de encontrarse en la situación prevista por el artículo 1633.

14.5. Magnitud de aquello cuya entrega puede ser materia de reserva

Conforme al artículo 1633 del Código Civil, no se establecen parámetros respecto de la magnitud de aquello cuya entrega puede ser materia de reserva, razón por la cual, y según lo manda cada caso concreto, la reserva podrá efectuarse ya sea sobre parte, ya sea sobre la integridad del bien o de los bienes objeto del contrato de donación.

15. Supuesto de supervivencia de un hijo

De conformidad con lo establecido por el primer párrafo del artículo 1634 del Código Civil peruano:

> Artículo 1634.- «Queda invalidada de pleno derecho la donación hecha por persona que no tenía hijos, si resulta vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto».

15.1. Sentido del precepto

La lógica de este precepto gira en torno a considerar que las circunstancias que rodearon al contrato de donación, cuando éste se celebró, no permitieron a las partes (específicamente al donante) evaluar una realidad desconocida: que el hijo o los hijos que el donante había procreado y creía muertos en realidad estaban vivos.

Nótese que el artículo 1634 hace referencia a la idea de que el donante considerara muertos a la integridad de hijos que había tenido.

De la redacción del citado numeral queda claro que dicha norma no se aplicaría al caso en el cual el donante creyese muerto a alguno o a algunos de sus hijos, pero supiera que otro(s) estaba(n) vivo(s).

Pero resulta sumamente cuestionable el sentido del artículo 1634, ya que establece una arbitraria relación de causalidad entre el hecho de desconocer que vive un hijo que se creía muerto y sancionar como consecuencia la invalidación de pleno derecho de dicha donación.

Se parte, obviamente, del supuesto de que tal persona no hubiera celebrado el contrato de donación en el caso de que hubiese conocido la realidad.

Además —y lo que deviene en un elemento todavía más perverso—, ni siquiera tiene esto relación alguna con los porcentajes de libre disposición en materia sucesoria, específicamente con el tercio de libre disposición de aquél que tiene hijos u otros descendientes; ya que, para la invalidez de pleno derecho del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

contrato de donación, en el caso del artículo 1634, no interesará la magnitud del valor de lo donado en comparación con el valor patrimonial del donante al momento de la celebración del contrato de donación.

Tal valor solamente tendrá relevancia en términos de matiz, ya que el artículo 1636 del propio cuerpo sustantivo establece que:

> Artículo 1636.- «No queda invalidada de pleno derecho la donación en el caso del artículo 1634 cuando el valor del bien donado no exceda de la décima parte de los bienes que tuvo el donante al tiempo de hacer la donación. En este caso, es necesario que el donante la declare sin efecto».

Decimos que la relevancia solamente es de matiz, pues más allá de lo expresado en el artículo 1636 siempre será posible para el donante invalidar la donación. Si el valor del bien excede de la décima parte de los bienes que tuvo el donante al tiempo de celebrar la donación, será una invalidación de pleno derecho (caso en el cual, teóricamente, ni siquiera sería necesaria comunicación alguna del donante al donatario en este sentido).

Cuando el valor del bien donado no exceda de la décima parte de los bienes que tuvo el donante al momento de hacer la donación, para invalidar el contrato será necesario que el donante envíe al donatario una comunicación haciéndole saber que ha decidido dejarlo sin efecto.

Pero como puede apreciar el lector, ni siquiera el hecho de pasar el valor de un décimo resulta atentatorio contra los eventuales derechos hereditarios expectaticios del hijo o de los hijos, cuya muerte se presumía, ya que el padre podría haber dispuesto libremente, vía donación o vía testamento, hasta del tercio de su patrimonio.

Es claro que si el valor de lo donado superase el tercio de libre disposición, ese hijo o esos hijos que se creía(n) muerto(s) tendrían todo el derecho —como herederos del causante (donante)— de entablar una acción judicial contra el donatario o sus herederos para que la donación se declare inoficiosa.

Menos aún, creemos que no debiera existir derecho alguno a favor del donante o de sus herederos en el caso del artículo 1634, cuando el valor de lo donado sea exiguo y, en todo caso, no pase —por citar una cifra lógica— del 10 % del valor del patrimonio del donante al momento de celebrar el contrato de donación.

15.2. Consecuencias de la invalidación de la donación

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1635 del Código Civil de 1984:

> Artículo 1635.- «Invalidada la donación se restituye al donante el bien donado, o su valor de reposición si el donatario lo hubiese enajenado o no pudiese ser restituido.
>
> Si el bien donado se halla gravado, el donante libera el gravamen pagando la cantidad que corresponda y se subroga en los derechos del acreedor».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

15.2.1. Restitución del bien

Entendemos que el supuesto de restitución del bien, en el caso de que se invalide una donación, sólo será factible y razonable en la medida en que dicho bien se halle en perfecto estado de conservación, en resguardo del principio de identidad del pago.

Decimos esto, pues el donatario no podría entregar un bien cuyas características y cualidades hayan disminuido por concepto de su uso.

En tal caso, la hipótesis de la restitución carecería de sentido, salvo que el propio donante la aceptase.

De lo expresado queda claro que tendría derecho a oponerse a la restitución del bien si el mismo no tuviera las características que debería tener.

15.2.2. Restitución del valor

En caso no se pudiese optar por seguir el camino de la restitución del bien, dadas las razones expuestas en el punto anterior, lo que correspondería sería restituir el valor del bien.

Resulta evidente que nos estamos refiriendo al valor actual del bien (es decir, al que tendría al momento del pago efectivo), pues ésta es una deuda de valor, de aquéllas reguladas por el artículo 1236 del Código Civil peruano. Este precepto establece que:

> Artículo 1236.- «Cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

Pero también se tendría que optar por el camino de la restitución del valor, en caso de que el donatario hubiese enajenado el bien. En esta situación se produciría otro supuesto de imposibilidad de entregar el bien; en esta situación no se trataría de una imposibilidad física (como en el supuesto de pérdida o deterioro del bien), sino de un caso de imposibilidad jurídica, pues el bien ya pertenece a un tercero.

Cabe precisar que la devolución del bien o la devolución de su valor no se trata de una alternativa. Simplemente, si el bien es susceptible de ser devuelto, así se deberá proceder, y el donante incluso tendría derecho de ir por el camino de la ejecución forzosa de la obligación.[1374]

1374 Respecto de la aplicación de esta norma, la Casación n.° 957-2004-Lima, de 21 de julio de 2005, emitida por la Sala Civil Permanente, ha señalado que el artículo 1635 contiene una norma imperativa cuya aplicación prevé dos posibilidades: «1) la restitución del bien; y 2) el pago del valor de reposición si se hubiese enajenado o no pudiese ser restituido, con lo cual no necesariamente es la restitución de lo donado lo que debe devolverse, debiendo el juez proceder según el caso concreto». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1215.

Sólo podrá ir por el camino de la restitución de su valor en caso la devolución del bien resulte física o jurídicamente imposible, o si el bien hubiese sufrido, a criterio del donante, un deterioro considerable.

15.2.3. Supuesto de devolución de un bien gravado

Como recordamos, el segundo párrafo del artículo 1635 del Código Civil de 1984 establece que si el bien donado se encuentra gravado, el donante libera el gravamen pagando la cantidad que corresponda y se subroga en los derechos del acreedor.

Sin duda, éste es un mecanismo eficaz para que el donante pueda recuperar la propiedad del bien, encontrándose el mismo totalmente saneado. Además, en cuanto a la subrogación, se trataría de un caso de subrogación legal, específicamente contemplado por el artículo 1260 (inciso 2) del Código Civil, por pagar la deuda alguien que tiene legítimo interés. Sin embargo, podríamos plantearnos la interrogante de qué pasaría si dicho donante se encontrase imposibilitado de pagar el gravamen para su liberación o, incluso, si dicho donante, a pesar de poder pagar, decide no hacerlo (por las más diversas razones o circunstancias).

Consideramos que, en estos casos, el donante tendría todo el derecho para actuar de esa manera en la medida en que no fue él, sino el donatario, quien constituyó gravamen sobre el bien.

Dentro de tal orden de ideas, dicho donante tendría todo el derecho de exigir la restitución del valor del bien, ya que el pago del gravamen resulta, en estos casos, optativo.

Podríamos decir que aquí sí estamos hablando de una obligación alternativa en la cual el donatario es deudor y el donante acreedor, y en la cual quien escogerá con qué prestación se cumplirá será el último de los mencionados.

16. Supuesto de sobreviniencia de hijos

A diferencia de lo establecido por el artículo 1634 para el caso de la donación en la que, luego de celebrada, el donante descubriese que un hijo suyo —que reputaba muerto— estaba vivo, el propio artículo, en su segundo párrafo, contempla el caso en que la donación haya sido hecha por alguien que no tenía hijos y luego sobrevienen éstos.

Para el referido supuesto, la ley señala el siguiente precepto: «La donación hecha por quien no tenía hijos al tiempo de celebrar el contrato, no queda invalidada si éstos sobrevinieren, salvo que expresamente estuviese establecida esta condición».

16.1. Sentido del precepto

El supuesto general comprendido en el segundo párrafo del artículo 1634 consiste en que una persona celebre un contrato de donación en calidad de donante, no teniendo hijos, y que con posterioridad los tenga (o al menos tenga uno).

FERNANDO MARIO CASTILLO VELEZ

En este caso, la regla es que la donación se mantendrá incólume, inalterable, vale decir que ella no perderá ni eficacia ni validez.

La lógica de la norma es clara, pues la realidad existente al momento de la celebración del contrato es la que deberá primar, resultando indiferente aquello que ocurra luego de ejecutado el mismo.

Por ello, sería inverosímil que la consecuencia natural del nacimiento de un hijo, relativa al contrato de donación, sea que dicho contrato se invalide.

Sin embargo, la ley admite que una situación como la descrita pudiera ser convenida excepcionalmente, a modo de condición resolutoria.

Debemos precisar que un caso como el descrito no será distinto a un supuesto más de cláusula o pacto de reversión (como los establecidos en el artículo 1631 del propio Código Civil). En tal sentido, remitimos al lector a lo expresado cuando oportunamente comentamos dicho tema.

17. La revocación en la donación

La revocación en el contrato de donación no es otra cosa que la posibilidad de resolver unilateralmente el contrato por parte del donante, sin intervención del donatario.

Sin embargo, resulta necesario establecer que la posibilidad de revocar la donación se debería realizar fundándola en una causa, expresamente contemplada por la ley.

17.1. Causales de revocatoria

El artículo 1637 del Código de 1984 establece que:

> Artículo 1637.- «El donante puede revocar la donación por las mismas causas de indignidad para suceder y de desheredación».

17.1.1. Las causales de revocatoria asimiladas a las de indignidad para suceder

En el artículo 667 del Código Civil se establecen las causales de indignidad para suceder.

Asimismo, en el artículo 668 se establece que:

> Artículo 668.- «La exclusión por indignidad del heredero o legatario debe ser declarada por sentencia, en juicio que pueden promover contra el indigno los llamados a suceder a falta o en concurrencia con él. La acción prescribe al año de haber entrado el indigno en posesión de la herencia o del legado».

Por su parte, el artículo 669 expresa que:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> Artículo 669.- «El causante puede desheredar por indignidad a su heredero forzoso conforme a las normas de la desheredación y puede también perdonar al indigno de acuerdo con dichas normas».

En tanto, según el numeral 670:

> Artículo 670.- «La indignidad es personal. Los derechos sucesorios que pierde el heredero indigno pasan a sus descendientes, quienes los heredan por representación. El indigno no tiene derecho al usufructo ni a la administración de los bienes que por esta causa reciban sus descendientes menores de edad».

Igualmente, resulta necesario mencionar que, conforme al artículo 671 del Código Civil:

> Artículo 671.- «Declarada la exclusión del indigno, éste queda obligado a restituir a la masa los bienes hereditarios y a reintegrar los frutos. Si hubiera enajenado los bienes hereditarios, la validez de los derechos del adquirente se regirá por el artículo 665 y el resarcimiento a que está obligado por la segunda parte del artículo 666».

Dentro de tal orden de ideas, corresponde analizar en detalle cada una de las causales de indignidad, pero advirtiendo que para estos efectos debemos tener muy en cuenta que el tema debe ser analizado desde la perspectiva donante-donatario y no desde la natural perspectiva causante-heredero.[1375]

No olvidemos que el artículo 667 es una norma propia de Derecho Sucesorio y, por tanto, emplea la terminología indicada. Para este análisis —comprendiendo que no se trata de preceptos propios del Derecho de Contratos— debemos hacer el esfuerzo de examinar cada uno de los incisos del artículo 667 desde una perspectiva contractual y no sucesoria.

Según establece el inciso 1 del artículo 667 del Código Civil, son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios, los autores y cómplices de homicidio doloso, o de su tentativa, cometido contra la vida del causante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Agrega la norma que esta causal de indignidad no desaparece por el indulto, ni por la prescripción de la pena.

En materia contractual debe entenderse que son pasibles de revocatoria de la donación, los donatarios que hayan cometido tentativa de homicidio doloso contra la vida del donante, o que hayan sido autores o cómplices de homicidio doloso, o

1375 Al respecto, la Casación n.° 2811-2007-Piura, de 4 de marzo de 2008, emitida por la Sala Civil Permanente, define a la indignidad sucesoria como la sanción «que en materia hereditaria corresponde a aquel heredero o legatario que es excluido de la sucesión por actos o hechos cometidos en agravio del causante; (...)». Véase en: https://vlex.com.pe/vid/-472734794

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

de su tentativa, cometido contra la vida de los ascendientes del causante, descendientes o cónyuge. Debe tenerse en cuenta también que esta causal de revocatoria de la donación no desaparece por el indulto ni por la prescripción de la pena.

Dejamos expresa constancia de que no hemos mencionado, dentro de las personas pasibles de ser donatarios sujetos a revocatoria, a los autores y cómplices de homicidio doloso cometido contra la vida del donante, ya que de acuerdo con lo establecido por el artículo 1638 del propio Código Civil, no pasa a los herederos la facultad de revocar la donación.

Entonces, si se hubiese causado la muerte del donante, la revocatoria de la donación devendría en un imposible jurídico.

Ello no significa que deba mantenerse eficaz el referido contrato, pues, sin lugar a dudas, se estaría consumando una perversa injusticia. Lo que ocurre es que, en ese caso específico, el Código Civil no contempla el supuesto de revocatoria (lo que equivale a una resolución unilateral de la donación); sino contempla la caducidad de la donación (lo que equivale a una resolución de pleno derecho del contrato). En el artículo 1644, el Código Civil establece que caduca la donación si el donatario ocasiona intencionalmente la muerte del donante.

En este estado de la cuestión, el lector podrá preguntarse cuál es la razón por la que el Código Civil ha distinguido la revocación de la caducidad. En efecto, bien pudo haber señalado, empleando similar terminología y evitando equívocos, al supuesto de caducidad como uno de revocatoria de pleno derecho.

Asimismo, debemos admitir que la ley, cuando se refiere a la caducidad de la donación, está haciendo que la palabra «caducidad» adquiera carácter plurisignificativo dentro del propio Código Civil. Así, agrega a este supuesto aquél contenido en el libro VIII relativo a prescripción y caducidad, especialmente lo tratado en el título II referido a la caducidad, la misma que de acuerdo con el concepto del artículo 2003, extingue el derecho y la acción correspondiente.

Dentro de tal orden de ideas, dejamos sentada nuestra posición en el sentido de que los preceptos, relativos al contrato de donación, deberían establecer una terminología más uniforme en lo que respecta a la integridad del Código.

Por lo demás, retornando al sentido del precepto bajo comentario, consideramos justo que se haya asimilado las consecuencias de los supuestos contenidos en el artículo 667 del Código como causales de revocatoria de la donación, ya que cualquiera de los supuestos ahí contemplados reviste la mayor gravedad y es muestra de ingratitud contra el donante y su entorno familiar más cercano.

No está de más señalar que resulta imprescindible, para que opere la revocatoria en virtud de cualquiera de las causales previstas en el inciso 1 del artículo 667, que el donatario haya sido condenado penalmente con sentencia en autoridad de cosa juzgada. Ello con prescindencia del respeto del plazo máximo de revocatoria regulado por el artículo 1639 del Código, en el sentido de que la facultad de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

revocar la donación caduca a los seis meses, desde que sobreviene alguna de las causas del artículo 1637.

Según establece el inciso 2 del artículo 667, son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios, los que hubieran sido condenados por delito doloso cometido en agravio del causante o de alguna de las personas a las que se refiere el inciso 1 del propio artículo.[1376]

En sede de Derecho de Contratos, la citada norma debería leerse en el sentido de que puede ser materia de revocatoria la donación del donatario que hubiera sido condenado por delito doloso cometido en agravio del donante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge.

Resulta evidente que, en cierta forma, existe una superposición entre lo dispuesto por el inciso 1 y lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 667, en la medida que en el inciso 1 se hace referencia a diversos delitos que tienen carácter doloso.

Lo que ocurre es que el inciso 2 generaliza la causal de revocatoria a todo donatario que hubiera cometido cualquier delito doloso y no solamente aquéllos de homicidio doloso o su tentativa.

Debido a ello, al versar sobre supuestos de orden similar, podemos llegar a concluir que el sentido de la norma es el mismo que el del inciso 1, razón por la cual remitimos al lector a lo expresado oportunamente con relación a este particular.

Según establece el inciso 3 del artículo 667 del Código Civil, son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios, los que hubieran denunciado calumniosamente al causante por delito al que la ley sanciona con pena privativa de la libertad.

Este supuesto debe ser entendido, en sede contractual, como que es pasible de revocatoria la donación de aquel donatario que hubiera denunciado calumniosamente al donante por delito al que la ley sanciona con pena privativa de la libertad.

En este caso, el sentido del precepto es el mismo que el de los incisos anteriores en la medida que un acto de esta naturaleza resulta gravemente atentatorio contra la gratitud que debe guardar el donatario respecto al donante.

De acuerdo con lo prescrito por el inciso 4 del artículo 667 del Código Civil son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios, los que hubieran empleado dolo o violencia para impedir al

1376 La Casación n.° 3860-2014-Ayacucho, de 21 de julio de 2015, emitida por la Sala Civil Permanente, ha señalado que la condena penal pone en evidencia la conducta sancionada con indignidad prescrita en el artículo 667.2. del Código Civil. Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 625.

causante que otorgue testamento, para obligarle a hacerlo o para que revoque total o parcialmente el otorgado.

Sin duda, el inciso 4 del artículo 667 resulta el primer caso cuya aplicación a la revocatoria del contrato de donación resulta cuestionable.

Decimos esto en razón de que la lectura que deberá hacerse de la norma sucesoria con relación al referido contrato podría no concentrar unanimidad de criterio, ya que será necesario combinar, en su análisis, criterios relativos a la donación y criterios relativos a los testamentos.

De esta forma, del inciso 4 podría deducirse que la donación es susceptible de revocatoria si el donatario emplea dolo o violencia para impedir al donante que otorgue testamento, para obligarle a hacerlo, o para que revoque total o parcialmente el otorgado.

Esta causal reviste suma gravedad, ya que el donatario estaría realizando actos de naturaleza infame contra aquel que le donó un bien. Asumir una actitud como la descrita en torno al otorgamiento de testamento es algo totalmente reprobable y merece la sanción de revocatoria.

Antes de concluir estas apreciaciones consideramos que podría sostenerse que la lectura del inciso 4 del artículo 667, en sede de contratos, se refiera a la posibilidad de revocar la donación del donatario que hubiera empleado dolo o violencia, para obligar al donante a celebrar el contrato de donación. Sin embargo, no creemos que esta lectura pueda ser válida en la medida en que estaríamos hablando de un contrato que no requeriría ser revocado, pues sería anulable en virtud de que el donatario habría empleado dolo, violencia o intimidación para que el donante lo celebre. En ese caso, estaríamos en presencia de tres vicios de la voluntad, regulados por los artículos 210 a 218 del Código Civil. Esto haría anulable el acto en virtud de lo prescrito por el inciso 2 del artículo 221 del propio Código.

De acuerdo con lo establecido por el inciso 5 del artículo 667 del Código Civil son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios, los que destruyan, oculten, falsifiquen o alteren el testamento de la persona de cuya sucesión se trata, y quienes, a sabiendas, hagan uso de un testamento falsificado.

En sede contractual, y para los efectos de nuestro estudio, esta norma podría ser entendida como que es susceptible de revocatoria el contrato de donación del donatario que destruya, oculte, falsifique o altere el testamento del donante, y quien, a sabiendas, haga uso de un testamento falsificado de ese donante.

Entendemos que sólo combinando los aspectos de Derecho Sucesorio y Derecho de Contratos, el inciso 5 del artículo 667 podría aplicarse a la revocatoria de la donación.

ESTUDIO M. CASTILLO FREYRE

17.1.2. Las causales de revocatoria asimiladas a los supuestos de desheredación

Haciendo el mismo esfuerzo que efectuamos al asimilar los supuestos de indignidad para suceder al campo del Derecho Contractual, nos ocuparemos de asimilar el tema de la desheredación a la revocatoria del contrato de donación.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 742 del Código Civil:

> Artículo 742.- «Por la desheredación el testador puede privar de la legítima al heredero forzoso que hubiera incurrido en alguna de las causales previstas en la ley».

Por su parte, el artículo 743 señala que:

> Artículo 743.- «La causal de la desheredación debe ser expresada claramente en el testamento. La desheredación dispuesta sin expresión de causa, o por causa no señalada en la ley, o sujeta a condición, no es válida. La fundada en causa falsa es anulable».

Según establece el inciso 1 del artículo 744 del Código Civil, es causal de desheredación de los descendientes haber maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente al ascendiente o a su cónyuge si éste es también ascendiente del ofensor.[1377]

Consideramos, ante todo, que cuando tratemos de asimilar las causales de desheredación de los descendientes a las causales de revocatoria de la donación debemos entender que los preceptos no están referidos a los descendientes, sino a los donatarios. Estas personas, en principio, no tienen por qué guardar relación alguna de parentesco con el donante.

Hecha esta aclaración, la asimilación que se podría hacer de lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 744 consistiría en que es causal de revocatoria de la donación el que el donante haya maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente al donante o a su cónyuge.

Debemos precisar que hemos eliminado de nuestra interpretación la salvedad que hace la norma de desheredación con relación a que, para que se produzca tal supuesto, el cónyuge del ascendiente debería ser también ascendiente del ofensor. Esto se debe a que el Derecho Sucesorio quiere evitar que se produzca

1377 Al respecto, la Casación n.° 1772-96-Lima, de 29 de mayo de 1998, emitida por la Sala Civil Permanente, precisó, en su considerando noveno, que el maltrato «puede darse de obra o de palabra, siendo el primero de suyo grave, mientras que el maltrato de palabra, en su grado superlativo constituye la injuria (la que a su vez también puede ser de obra) de tal modo que debe entenderse que la norma, en un caso se refiere al maltrato físico, y en otro se refiere a las palabras ofensivas que se consideren injurias, dicterios o gestos y actitudes, todo calificado desde el punto de vista civil». El considerando décimo, el tribunal señala que no es necesario que el maltrato de obra sea reiterado para que esta conducta descalfique al heredero. Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 659.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la desheredación por naturales conflictos que se suscitan entre los hijos y la madrastra o padrastro; sin embargo, tal situación carece de relevancia en Derecho de Contratos, a efectos de la revocatoria de la donación.

De acuerdo con lo establecido por el inciso 2 del artículo 744 del Código Civil, es causal de desheredación de los descendientes haber negado sin motivo justificado los alimentos o haber abandonado al ascendiente, encontrándose éste gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo.

En sede contractual, la amplitud de esta norma no sería tan grande. Decimos esto porque no podría entenderse como causal de revocatoria de la donación si el donatario hubiese negado «sin motivo justificado los alimentos al donante», ello en virtud de que los alimentos son una institución establecida en la ley para casos específicos.

El artículo 472 del Código Civil establece que:

> Artículo 472.- «Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo».

El deber alimenticio, de acuerdo con el artículo 474 del Código Civil, sólo se circunscribe a un deber recíproco entre los cónyuges, los ascendientes y descendientes, y los hermanos.

De este modo, resulta claro que, si entre donante y donatario no existe esa relación de parentesco o matrimonio, no habrá motivo para que se deban alimentos entre sí. De este modo, cualquier negativa a la prestación de los mismos tendría carácter justificado, quedando vacía la asimilación de la primera parte del inciso 2 del artículo 744 del Código.

En lo que respecta a la asimilación de la segunda parte de la norma, ésta resultaría algo más factible si se entiende que podría existir derecho a revocar la donación en caso el donatario hubiera abandonado al donante, encontrándose éste gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo.

Es claro que en sede de Derecho de Contratos, al no existir ninguna relación de parentesco ni matrimonio entre donante y donatario, tampoco estaría presente el nivel de asistencia del donatario al donante. Sin embargo, el Derecho entiende que sería causal de revocatoria de la donación, el haber abandonado (por parte del donatario) al donante gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo debido a elementales razones de gratitud.

No obstante, para hacer valer esta causal de revocatoria tendría que apreciarse el conjunto del problema. En la solución del mismo influirían elementales razones relativas a la gravedad del donante, a las circunstancias que rodean el abandono y, aunque suene duro decirlo, al valor de lo donado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De conformidad al inciso 3 del artículo 744 del Código Civil, es causal de desheredación de los descendientes haber privado al ascendiente de su libertad de manera injustificada.

Ante todo, deberíamos entender esta norma en sede contractual como que es causal de revocatoria de la donación el haber privado (por parte del donatario) al donante de su libertad injustificadamente.

Más allá de indicar que, dentro de los supuestos asimilables, aquél bajo tratamiento ya estaría comprendido dentro del supuesto, analizado oportunamente, relativo al donatario que hubiera sido condenado por delito doloso cometido en agravio del donante, queda claro que el supuesto regulado en el inciso 3 del artículo 744 del Código Civil sería asimilable, por razones plenamente justificadas, a la revocatoria de la donación.

En virtud de lo establecido por el inciso 4 del artículo 744 del Código Civil, es causal de desheredación de los descendientes el llevar una vida deshonrosa o inmoral.

La lógica de esta norma, en Derecho Sucesorio, resulta plenamente justificada, en la medida en que los descendientes son personas que llevan el mismo apellido de sus ascendientes y representan, ante la sociedad en su conjunto, una clara manifestación de cuál ha sido su formación familiar. Hasta podría decirse que la conducta de los hijos es reflejo social de la conducta de los padres.

Por esa razón, el Derecho Sucesorio permite a un ascendiente desheredar a su descendiente si éste lleva una vida deshonrosa o inmoral. En buena cuenta, la conducta del descendiente afecta en el plano social también al ascendiente.

Ese es el motivo por el cual, en principio, resultaría difícilmente asimilable esta disposición al Derecho de Contratos, ya que tendríamos que señalar que resultaría susceptible de revocatoria la donación, si el donatario llevara una vida deshonrosa o inmoral.

Ello porque, en principio, la conducta que siga el donatario no debe afectar socialmente al donante. Con esto se cortaría cualquier lógica de interpretación de conjunto sobre la norma sucesoria con la norma contractual.

No obstante, podríamos imaginar algunos supuestos de excepción en los que sí resultaría aplicable al contrato de donación el inciso 4 del artículo 744. Nos referimos a aquellos casos en los cuales el donante pueda demostrar objetivamente que le afecta la vida deshonrosa o inmoral del donatario.

Para ello, un ejemplo.

El donante ha regalado al donatario una casa en la que vivió la familia del donante por tres generaciones, habiendo tenido todos los miembros de la familia una vida muy honorable y de repercusión pública.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El contrato de donación se celebra incondicionado.

El donatario dedica el inmueble recibido a una actividad de dudosa reputación (por ejemplo, la convierte en una casa de citas).

De ahora en adelante, todas las personas que conocían a esa antigua familia, y que saben de la donación celebrada, podrán relacionar objetivamente la finalidad a la que es dedicado el referido inmueble. Así podrán pensar que existen intereses patrimoniales ocultos de la honorable familia en la inmoral actividad.

Creemos que un caso como el descrito podría estar amparado por la ley a fin de que el donante revoque la donación efectuada.

En el artículo 745 del Código Civil se establecen las causales de desheredación de los ascendientes.

Sin embargo, es evidente que este numeral debería ser abstraído de cualquier relación de parentesco para su eventual aplicación al Derecho de Contratos, tal como hemos manifestado en supuestos de orden similar.

El primer caso planteado en el artículo 745 del Código Civil es el del inciso 1, donde se expresa que es causal de desheredación de los ascendientes el haber negado injustificadamente los alimentos a sus descendientes.

Este inciso no puede ser aplicado en sede contractual, ya que tendría que ser leído como que el donante tiene derecho a revocar la donación si el donatario le ha negado injustificadamente los alimentos.

Como hemos expresado en el análisis de un supuesto previo similar, pero inverso, si no existiera relación de parentesco o matrimonio que diera lugar a la obligación legal de prestar alimentos, resultaría un imposible jurídico aplicar al contrato de donación lo dispuesto en sede sucesoria.

De acuerdo con el inciso 2 del artículo 745 del Código Civil, es causal de desheredación de los ascendientes: haber incurrido el ascendiente en alguna de las causas por las que se pierde la patria potestad o haber sido privado de ella.

En materia de donación tendríamos que preguntarnos si acaso podría ser posible entender que constituiría causal de revocatoria de la donación el haber incurrido, el donatario, «en alguna de las causas» por las que se pierde la patria potestad o haber sido privado de ella.

El lector debe convenir con nosotros en que resultará muy difícil imaginar la aplicación de este supuesto al contrato de donación. Sobre todo porque se está aludiendo a la pérdida y privación de la patria potestad, vale decir, expresamente al contenido de los artículos 462 y 463 del Código Civil. De esta manera resulta imposible traducir la aplicación práctica de estas normas al ámbito contractual:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Artículo 462.- «La patria potestad se pierde por condena a pena que la produzca o por abandonar al hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada del abandono exceda de este plazo».

Artículo 463.- «Los padres pueden ser privados de la patria potestad:

1. Por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos.
2. Por tratarlos con dureza excesiva.
3. Por negarse a prestarles alimentos».

El artículo 746 del Código Civil establece que son causales de desheredación del cónyuge las previstas en el artículo 333 (incisos 1 a 6). En este sentido debemos hacer el esfuerzo de apreciar si resultan aplicables estas causales de desheredación a la revocación del contrato de donación, intentando prescindir de la condición de cónyuge que pudiera haber entre donante y donatario.

En primer término, y de acuerdo con el inciso 1 del artículo 333, el adulterio es causa de separación de cuerpos.

De primera impresión, podríamos decir que el artículo 333 en su inciso 1 no resultaría aplicable a la revocatoria del contrato de donación, salvo el supuesto en que donante y donatario sean cónyuges. Sin embargo, consideramos que la norma también podría aplicarse a algunos supuestos donde exista lógica similar, tal podría ser el caso del padre de la novia que ha regalado un bien a su futuro yerno y que —una vez casados— el ahora cónyuge cometa adulterio en perjuicio de su esposa, hija del donante. En este caso entendemos que podría esgrimirse una respuesta favorable a la posibilidad de revocar esta donación por parte de quien fuera padre de la novia, ahora esposa engañada, ya que el donatario habría incurrido en un acto de deslealtad totalmente reprobable.

Evidentemente, debería haber recaído sentencia en calidad de cosa juzgada sobre la materia, independientemente, de que tendría que haberse revocado en tiempo oportuno, en fiel cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 1639 del Código Civil. Esta norma establece que la facultad de revocar la donación caduca a los seis meses desde que sobrevino alguna de las causas del artículo 1637.

En virtud de lo establecido por el inciso 2 del artículo 333 del Código Civil, es causa de separación de cuerpos la violencia física o psicológica que el juez apreciará según las circunstancias.

Este caso, para ser aplicado en sede contractual, debería entenderse como que es causa de revocatoria de la donación que el donatario profiera al donante actos que impliquen violencia física o psicológica.

EDICIONES JURÍDICAS CASTILLO FREYRE

Está claro que el caso sería asimilable del Derecho de Familia al Derecho Contractual en la medida en que donante y donatario sean cónyuges o se plantee algún supuesto que otorgue lógica o sentido al tema, como el señalado por nosotros en el caso del adulterio.

Sin embargo, no vacilamos en concluir que el supuesto del inciso 2 del artículo 333 podría ser aplicado también a todos los casos de donación, vale decir, incluyendo a aquéllos en los cuales no exista relación matrimonial o de parentesco, entre donante y donatario.

En virtud de lo establecido por el inciso 3 del artículo 333 del Código Civil, es causa de separación de cuerpos el atentado contra la vida del cónyuge.

Este supuesto sería plenamente aplicable al campo contractual, entendiendo que la donación es susceptible de revocatoria si el donatario atenta contra la vida del donante.

Sin embargo, se trataría de un supuesto ya incluido en anteriores preceptos, asimilables a la revocatoria de la donación (concretamente el del inciso 1 del artículo 667 del Código Civil, que ya fuera materia de tratamiento).

De conformidad a lo establecido por el inciso 4 del artículo 333 del Código Civil, es causa de separación de cuerpos la injuria grave.

El supuesto de injuria grave podría convertirse en causa de revocatoria del contrato de donación si asimilamos la citada norma en sede contractual.

Su ámbito de aplicación, sin duda, se extiende a cualquier donante y donatario, sin necesidad de que exista relación conyugal entre ellos.

La lógica del precepto es la misma que la expresada por nosotros cuando analizamos la asimilación a la revocatoria de la donación del caso de indignidad para suceder, contemplado en el inciso 3 del artículo 667 del Código Civil.

Conforme a lo dispuesto por el inciso 5 del artículo 333 del Código Civil, es causa de separación de cuerpos el abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda este plazo.[1378]

Sin duda, esta causal de separación de cuerpos, a la vez que causal de desheredación, solamente podría aplicarse a la revocatoria del contrato de donación en caso de que exista una relación conyugal entre donante y donatario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1378 Sobre el tema, la Casación n.° 1507-2002-Lima, de 2 de noviembre de 2003, emitida por la Sala Civil Permanente, señaló que el desalojo del hogar conyugal por el cónyuge o «la presunta violación de un acuerdo simulado entre ambos cónyuges, no constituyen en rigor una causal de desheredación (...)». Véase en: https://vlex.com.pe/vid/-472737686

La redacción del inciso 5 no permite aplicar el supuesto a ningún otro caso sin perjuicio de forzar la norma, de manera tal que desnaturalicemos el sentido de la misma.

De conformidad con lo dispuesto por el inciso 6 del artículo 333 del Código Civil, es causa de separación de cuerpos la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

Aplicaremos a este supuesto los comentarios vertidos con relación al punto inmediato anterior, no siendo posible la aplicación del mismo a la revocatoria del contrato de donación.

Finalizado el análisis de las causas que establece la ley para que el donante pueda revocar la donación puede concluirse que si bien la mayoría de las mismas pueden ser aplicadas del Derecho Sucesorio al Derecho Contractual ocurre que no son asimilables todas las causales de indignidad para suceder y de desheredación.[1379]

Esto es natural, pues dichas normas no han sido pensadas con relación al contrato de donación, sino al Derecho de Sucesiones. En función de lo expuesto, tal vez cabría repensar la asimilación de los supuestos indicados; incluso, en este análisis, se advierte que algunos de ellos tienen carácter reiterativo.

No obstante, debemos convenir en que el mecanismo adoptado por el Código no entorpece la incorporación de dichas causales al contrato bajo estudio, si es que, naturalmente, se efectúa una interpretación de carácter creativo.

17.2. Carácter intransmisible de la facultad de revocar la donación

De conformidad a lo establecido por el artículo 1638 del Código Civil, no pasa a los herederos la facultad de revocar la donación.

Esta norma se explica en virtud de que la única persona a quien el Derecho otorga reconocimiento para sancionar un acto tipificado como de indignidad para suceder o de desheredación es al donante (en el sentido de que dicho acto genera la consecuencia de que el donante pueda revocar, es decir, resolver unilateralmente).

Aquí imperan factores de orden objetivo y subjetivo.

Son factores de orden objetivo —independientemente del grado y natural probanza— la configuración de los supuestos analizados.

Son factores de orden subjetivo los sentimientos del donante respecto de los hechos configurados.

1379 La Casación n.° 2202-2001-Lima, del 7 de diciembre de 2001, emitida por la Sala Civil, ha señalado que la revocación de una donación «no puede quedar al libre albedrío del donante, sino que debe fundarse en las mismas causas de indignidad para suceder y desheredación (...)» establecidas en los artículos 667 y 744 a 746 del Código Civil. Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1216.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin duda, podremos estar frente a un donante para quien, por citar un ejemplo, la conducta deshonrosa de su donatario con relación al inmueble donado le sea absolutamente indiferente. Pero también podríamos estar frente a otro donante para quien un acto de esta naturaleza represente —dentro de sus cánones morales— una perversión infinita.

En el primero de los casos el donante, obviamente, no procederá a revocar la donación.

Pero en el segundo de los supuestos no necesariamente debe concluirse en que el donante revocará la donación, ya que por más pervertidos que le parezcan los actos del donatario, el donante tiene la capacidad de perdonarlo. Pero si el donante no lo perdona, podrá revocar la donación efectuada.

Como vemos, esa facultad discrecional sólo puede corresponder al donante, ya que sólo en esa persona se conjugan los sentimientos que lo motivaron a celebrar el contrato de donación y aquellos sentimientos —tal vez encontrados— que surjan en él ante los actos posteriores del donatario.

De esta forma, la facultad de revocar la donación no se transmite a los herederos del donante. Como veremos más adelante, la revocatoria sólo cabe ser efectuada por el donante: sus herederos no pueden intervenir en el proceso de formación (tanto de fondo como de forma) de dicha revocatoria.

Antes de concluir este punto debemos plantearnos un supuesto que podría ser conflictivo. Se trata del caso contemplado en el inciso 1 del artículo 667 del Código Civil, el cual nos plantea la autoría y complicidad en el homicidio doloso del donante.

Como lo hemos manifestado en su oportunidad, si el donatario incurre en un hecho de esta naturaleza, la consecuencia necesaria será que la donación caduca (se resuelve de pleno derecho), conforme a lo establecido por el artículo 1644 del propio Código. Éste es un supuesto de caducidad y no de revocación.

Sin embargo, ¿qué ocurriría si el donante contra cuya vida se ha atentado, no muere inmediatamente?

Si dicha muerte fuera consecuencia directa de las heridas sufridas por el atentado, y el donante hubiera caído en estado de inconciencia permanente (como podría ser un estado de coma) hasta el momento de su muerte es obvio que dicha donación habrá caducado.

La duda surge en el caso en el que el donante, luego del atentado, haya recobrado la conciencia por un periodo apreciable (semanas o meses), pero igualmente haya muerto como consecuencia de las heridas ocasionadas por el atentado.

Aquí se podría esbozar el argumento de que si, dicho donante, muere sin revocar el contrato de donación, no podría aplicarse el supuesto de caducidad, pues el donante tuvo ocasión de revocar y no lo hizo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, estimamos que el citado criterio interpretativo no es acertado. Si nos encontrásemos ante un supuesto en que se hayan ocasionado heridas de tanta consideración como para conducir al donante a la muerte, no puede considerarse que esta persona, por más que haya sobrevivido durante un lapso apreciable a dicho atentado, deba destinar parte del tiempo que le queda de vida a pensar en el contrato de donación y la posibilidad de su revocatoria.

Creemos evidente que, en una situación de esta naturaleza, esa persona desearía estar rodeada por su entorno familiar más cercano, pensaría en otras cosas y tendría otros sentimientos, lejanos a la revocatoria del contrato de donación; esto, por más que supiese que el donatario es quien ha atentado contra su vida.

Ahora bien, podríamos imaginar cuál sería la situación en el caso de que se hubiera ocultado al donante la identidad del agresor o, simplemente, si ella se desconociese todavía.

De lo antes expuesto puede inferirse claramente nuestra propuesta en cuanto a que el contrato de donación debe considerarse caduco en todos aquellos casos en los cuales la muerte del donante sea consecuencia de la acción dolosa o la complicidad del donatario, sin importar que la muerte se haya producido de inmediato o en un momento posterior.

17.3. Plazo para revocar la donación

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1639 del Código Civil:

> Artículo 1639.- «La facultad de revocar la donación caduca a los seis meses desde que sobrevino alguna de las causas del artículo 1637».

17.3.1. Severidad del plazo

El plazo para revocar la donación es muy breve y es un típico supuesto de los plazos de caducidad. Éstos se contemplan para casos específicos en donde el legislador busca terminar con la situación de incertidumbre que representa el no saber si el titular del derecho va a hacerlo valer o no.[1380]

Entre otras son razones de seguridad jurídica las que han conducido a que en el Código Civil de 1984 se establezca un plazo de caducidad especial.

Como sabemos, la caducidad es muy severa ya que, más allá de que puede ser declarada de oficio por los tribunales, no admite suspensión ni interrupción (como en el caso de los plazos prescriptorios), salvo para el supuesto en el cual

1380 Al respecto, la Casación n.° 936-2001-Lima, de 15 de agosto de 2001, emitida por la Sala Civil Transitoria, ha establecido que el plazo de caducidad de seis meses corre desde que se produjo el acto de ingratitud, y no desde que el donante ha llegado a tener conocimiento de él, dado que «es difícil y dudoso determinar el día que el donante puede adquirir conocimiento de la ingratitud en que haya incurrido el donatario». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1216.

sea imposible accionar ante los tribunales peruanos, el mismo que, por la naturaleza de la revocatoria de la donación, no resultaría aplicable.

Asimismo, como típico caso de caducidad, el plazo es breve: sólo seis meses contados desde que se produce la causal que motiva la revocatoria.

17.3.2. El problema del término inicial de este plazo

Podría pensarse que la norma contenida en el artículo 1640 del Código Civil es lo suficientemente clara. Sin embargo, ello no es así ya que si analizamos el momento desde el cual debería empezarse a computar el plazo de seis meses (es decir, el término inicial que consiste en la sobreviniencia de alguna de las causales del artículo 1637), observaremos que, en algunos casos, resultará muy complicado ceñirnos a lo establecido por el artículo 1640.

No existirá problema alguno en lo que se refiere al término inicial cuando, luego de producida la causal de revocatoria, el donante conozca el hecho y, además, se encuentre en aptitud de revocar la donación.

El problema surge cuando el donante desconoce que se ha producido el hecho, o se encuentra impedido física o jurídicamente de revocar.

Nos ocuparemos del primero de los casos.

Imaginemos que nos encontramos frente a uno de los supuestos más graves entre los que pueden dar origen a la revocatoria de la donación: el donatario ha sido autor de un grave delito doloso (distinto al homicidio), en contra del donante, de su cónyuge, o de alguno de sus ascendientes o descendientes.

Luego de producido el hecho se inician las investigaciones policiales y no se llega a descubrir al autor sino hasta un año después de producido el hecho.

En este caso, el donante mal podría haber revocado la donación si ni siquiera las propias autoridades competentes habían llegado a descubrir que el donatario era autor del hecho delictivo.

Tal vez, sería más lógico que el plazo se computara a partir del momento en que fue de público conocimiento la autoría del donatario. Sin embargo, no se podría adoptar este criterio interpretativo a la luz del ordenamiento legal vigente. Esto se debe a que el artículo 1640 es muy claro y a que nos encontramos frente a un plazo de caducidad.

De este modo, cuando un año después se tome conocimiento de la autoría del hecho delictivo, el donante ya no podrá revocar la donación por haberse cumplido, largamente, el plazo de caducidad.

Entendemos las razones de seguridad jurídica que han llevado a establecer un plazo de caducidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Entendemos también que no siempre se darán situaciones extremas de desconocimiento como aquéllas que hemos planteado en nuestro ejemplo.

Pero también entendemos que en un caso como el descrito se estaría produciendo una situación de injusticia notoria, en detrimento de los derechos del donante.

Tal vez el término inicial del plazo podría girar en torno a un primer factor, la posibilidad de haber conocido la existencia del supuesto constitutivo de revocatoria (si no conozco que tal hecho fue realizado por el donatario y me encuentro en la posibilidad de haberlo conocido, mal podría la ley exigirme que razone acerca de la revocatoria del contrato).

Pero existe un segundo elemento que debe tomarse en consideración.

Nos referimos a una situación en la cual el donante se encuentre en la posibilidad física y jurídica de revocar.

Para ilustrar los problemas que se pueden generar en torno al tema de la posibilidad física podríamos mencionar —a título de ejemplo— al donatario que priva injustificadamente al donante de su libertad (supuesto de revocatoria), secuestrándolo y manteniéndolo cautivo por ocho meses.

Dentro de tal orden de ideas, es evidente que el donante no podría revocar la donación sino desde el momento en que es liberado del cautiverio, ya que durante el secuestro carece de libertad para hacerlo.

Sin embargo, si el donante desea revocar la donación apenas recuperada su libertad, los abogados tendríamos que decirle que dicha revocatoria a lo mejor resultará infructuosa por extemporánea, en la medida en que el artículo 1640 señala como término inicial del plazo el de la comisión del delito. Sin embargo, pensamos que deberá entenderse que en aquellos casos donde el supuesto de hecho se prolongue de tal manera que no pueda identificarse en un solo acto el plazo para revocar la donación debería ser contado desde el momento de cese del acto tipificante de revocatoria. Ello por elementales razones de lógica y de justicia.

Asimismo, relacionado con la posibilidad física está el supuesto en el cual el donante queda imposibilitado de revocar la donación durante un tiempo, precisamente por el acto tipificante de revocatoria que haya causado el donatario.

Como ejemplo podríamos citar el caso en el cual el donatario haya cometido un delito doloso tipificado no como intento de homicidio, sino como lesiones graves en perjuicio del cuerpo y la salud del donante.

Como consecuencia del mismo, el donante queda en estado de coma durante ocho meses, luego de los cuales recobra el conocimiento y se restablece a plenitud.

Aquí resulta evidente que el donante se encontraba, durante esos ocho meses, en absoluta imposibilidad física de revocar la donación, y si aplicáramos lo dispuesto por el artículo 1639, ya habrían transcurrido en exceso los seis meses que

LIBRO MAYO OSSIO FREYRE

establece la norma como plazo de caducidad para que el donante pueda revocar la donación.

Entendemos que, en casos como el descrito, si se tiene en cuenta el agravante de que la facultad de revocar la donación es *intuitu personae,* resultaría imposible que se revoque la donación más allá de si una vez recuperada la conciencia, el donante decide revocarla.

Entendemos que, en estos casos, el término inicial del plazo de caducidad debería correr desde el momento en el cual el donante estuvo en capacidad de efectuar dicha revocatoria.

Pensamos que una interpretación como ésta no contravendría los sanos principios del Derecho, sino que más bien fortalecería la figura de la revocatoria, haciéndola lógica y eficaz en vez de letra muerta.

Sin embargo, también quisiéramos referirnos a la posibilidad jurídica de plantear la revocatoria de la donación, la misma que está directamente vinculada con todos aquellos casos en los cuales los hechos tipificantes de revocatoria son delitos. Como sabemos, para que jurídicamente se entienda que ha habido delito y que el donatario es un delincuente deberá haber un proceso judicial que concluya con una sentencia condenatoria, consentida o ejecutoriada.

La pregunta que aparece luego de plantear el problema es: si el donante que conociera que el donatario ha cometido un delito doloso en su contra (o de su cónyuge, ascendientes o descendientes), debería revocar la donación desde el momento en que toma conocimiento de la realización del hecho delictivo o desde el momento de la sentencia condenatoria.

Consideramos, más allá del tema del conocimiento en sí del propio hecho delictivo (materia que fue abordada oportunamente), que en estos casos el donante debería revocar la donación cuanto antes, ya que el plazo de caducidad de la revocatoria debería empezarse a contar desde el momento en que toma conocimiento del hecho delictivo. Todo ello es independiente de si ya se inició acción penal contra el donatario, pues resulta evidente que una vez iniciada dicha acción, el proceso judicial que se siga en su contra no sólo durará meses, sino probablemente años.

De este modo, si se esperara el término del proceso judicial para revocar la donación, podríamos encontrarnos frente el grave problema del vencimiento del plazo de caducidad de seis meses.

Sin embargo, esto no es tan claro como parece en la medida en que podría darse el caso en el cual el donante, si bien tiene sospechas fundadas de que el donatario fuere el autor del referido hecho ilícito, no tiene certeza al respecto. En estos casos sería lógico pensar, dentro de un actuar leal y honesto respecto al donatario, que dicho donante debería esperar al término del proceso penal que se sigue contra el donatario para, en función del resultado del mismo, proceder a revocar la donación o no.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por lo expuesto en este punto consideramos que habría sido preferible que el plazo al que alude el artículo 1639 no sea de caducidad sino de prescripción. Éste, asimismo, debería empezar a contarse desde el momento en el cual concluye el hecho tipificante de la revocatoria y también desde el momento en el cual debe entenderse que el donante se encuentra en aptitud física y jurídica para poder revocar la donación.

17.4. ¿Cómo se revoca la donación?

De la lectura del artículo 1639 del Código Civil no queda claro cuándo se entiende revocada la donación.

En tal sentido, debemos analizar en qué consiste la revocatoria.

La revocatoria de la donación es un acto unilateral del donante, quien necesariamente debe ponerlo en conocimiento del donatario.

Decimos esto por varias razones. La primera de ellas es que la interpretación efectuada va de la mano con las consideraciones teóricas que sobre las declaraciones de voluntad ha recogido el Código Civil peruano de 1984. La segunda, a su vez, se relaciona directamente con el derecho de defensa del cual goza el donatario y su facultad de contradecir en juicio la citada revocatoria.

Nos ocuparemos a continuación de cada uno de estos argumentos.

17.4.1. La revocatoria como declaración de voluntad recepticia

Como ha sido expresado hace un momento, la revocatoria del contrato de donación es necesariamente una declaración de voluntad recepticia, es decir, tiene que llegar a un destino, específicamente, a la persona del donatario.

Al no existir una formalidad preestablecida para efectuar la revocatoria de la donación entendemos que deben aplicarse, por analogía, aquellas normas que el Código Civil contempla para las declaraciones de voluntad recepticias. El Derecho de Contratos regula este tipo de declaraciones, específicamente, en el título relativo al consentimiento (artículo 1373 y siguientes del Código Civil).

Por tal razón deseamos recordar al lector aquellos principios que rigen esta materia, tanto en los contratos celebrados entre personas que se encuentran en comunicación inmediata, como en el caso contrario.

En adelante, el citado análisis.

17.4.1.1. Teorías que rigen la formación del consentimiento

Este tema no tiene mayor relevancia cuando estamos frente a dos partes que se encuentran en comunicación inmediata y que están en el mismo lugar, vale decir, cuando ambos contratantes se encuentran «frente a frente». Decimos esto por cuanto será obvio que, en tales circunstancias, el contrato se celebrará en virtud

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de lo dispuesto por el artículo 1373 del Código Civil, en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente, vale decir, se celebrará en ese mismo lugar y en ese mismo momento.

El problema adquirirá relevancia cuando nos encontremos frente a un supuesto en el cual las personas o partes, a pesar de encontrarse en comunicación inmediata, no estén en el mismo lugar, o no estando en comunicación inmediata se encuentren en el mismo lugar o en lugares distintos.

Manuel de la Puente y Lavalle,[1381] en criterio que compartimos, sostiene que en la comunicación inmediata la declaración de una parte es percibida por la otra en un lapso mínimo, en el cual no tienen importancia las causas de la dilación. Así, en la comunicación inmediata no es requisito indispensable que el destinatario de la declaración emita su respuesta con la misma celeridad, pues puede ocurrir que él goce de un plazo suspensivo para hacerlo.

En doctrina existen cuatro teorías en relación con el momento y el lugar en que el contrato queda celebrado: la teoría de la declaración, la cual considera celebrado el contrato en el momento en que el destinatario de la oferta declara aceptarla; la teoría de la expedición, la cual considera celebrado el contrato en el momento en que el destinatario de la oferta expide su declaración de aceptación; la teoría de la recepción, la cual considera celebrado el contrato en el momento en que el oferente recibe la aceptación del aceptante (independientemente de si dicha recepción coincide o no con el conocimiento de su contenido); y, por último, la teoría de la cognición, la cual considera celebrado el contrato en el momento en que el oferente toma conocimiento del contenido de la aceptación recibida.[1382]

El tema de las teorías relativas a la formación del consentimiento adquiere relevancia en lo que respecta a dos grandes puntos de interés jurídico: el momento y el lugar de la formación del contrato.

17.4.1.2. Momento de la celebración del contrato

Como es sabido, entre personas en comunicación inmediata, el contrato se celebra al momento de formularse la aceptación, pues ésta es recibida y conocida en el acto por el oferente.

En tal sentido, según Manuel de la Puente, el momento de la formación del contrato tiene importancia respecto de los siguientes efectos:

a) Rige la ley vigente al momento de la celebración del contrato.

b) Determinará la licitud o ilicitud del contrato.

1381 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general,* tomo II, p. 250.

1382 Manuel de la Puente y Lavalle (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato privado,* pp. 246-253) hace un minucioso análisis acerca de los argumentos a favor y en contra que presentan cada una de estas teorías.

c) Los plazos señalados en el contrato se empiezan a computar desde el momento de su celebración, tema que tiene relevancia en lo referente a prescripción y caducidad.

d) La capacidad de las partes determinará si la aceptación es oportuna o no.

e) Será decisivo para ser preferido en materia de concurrencia de acreedores de bien cierto (artículos 1135 y 1136 del Código Civil).

f) Fraude del acto jurídico (artículo 195 y siguientes del Código Civil).

g) En lo que atañe a las obligaciones de saneamiento (artículo 1484 y siguientes del Código Civil), el derecho del tercero y los vicios ocultos deben existir al momento de la transferencia del bien (el mismo que puede coincidir o no con el momento de la celebración del contrato).

h) En la compraventa con precio dejado al que tuviese el bien en mercado, plaza o bolsa se considerará el del día de la celebración del contrato (artículo 1545 del Código Civil).

17.4.1.3. Lugar de la celebración del contrato

En palabras del citado profesor, el lugar de la celebración del contrato también es importante, fundamentalmente, por dos razones:

a) Porque la forma del contrato se rige por la ley del lugar donde se celebra.

Este principio se deduce de lo dispuesto por el artículo 2094 del Código Civil peruano, precepto que establece que la forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rige por la ley del lugar en donde se otorgan o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto. Cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú se observarán las solemnidades establecidas por la ley peruana.

b) En relación con el contenido del contrato, las obligaciones se rigen por la ley elegida por las partes o, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y en caso de no poder ser determinada ésta, por la ley del lugar de su celebración.

Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración (artículo 2095 del Código Civil peruano).

Finalmente, debemos recordar que nuestro Código Civil recoge las teorías de recepción y cognición, combinándolas de modo tal que en el artículo 1373 se establece que el contrato queda perfeccionado (celebrado) en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente (teoría de la cognición). Sin embargo, en el artículo 1374 se establece también que la oferta, su revocación, la

GUSTAVO MANO CASTILLO FREYRE

aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario (teoría de la recepción), a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

17.4.1.4. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta

El artículo 1387 del Código Civil prescribe que la muerte o la incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta determina la caducidad de ésta.

17.4.1.5. Excepción a la obligatoriedad de la oferta

El artículo 1384 del Código Civil señala que la oferta deja de ser obligatoria si antes o simultáneamente con su recepción llega a conocimiento del destinatario la declaración del oferente en el sentido de que puede revocarla en cualquier momento antes de su aceptación.

17.4.1.6. Supuestos de caducidad de la oferta

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1385 del Código Civil, la oferta caduca en los siguientes casos:

a) Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la cual el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada.

b) Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la cual el oferente no está en comunicación inmediata, y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para que la respuesta llegue a conocimiento del oferente por el mismo medio de comunicación utilizado por éste.

c) Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con ésta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.

17.4.1.7. Supuesto de inexistencia de la aceptación

En virtud de lo establecido por el artículo 1386 del Código Civil se considera inexistente la aceptación si antes de ella o junto con ella llega a conocimiento del oferente la retractación del aceptante.

De conformidad con lo expuesto en materia de Derecho Contractual, esas normas deben ser aplicadas a las declaraciones de voluntad propias de la revocatoria en el contrato de donación.

Dentro de ese orden de ideas, si la revocatoria de este contrato se realizara entre personas que se encuentran en comunicación inmediata es obvio que, luego de formulada la declaración de voluntad del donante, ésta será conocida por el

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

donatario. No se concibe una revocatoria de la donación entre personas que se encuentren en comunicación inmediata, sin que el donatario se entere de la revocatoria.

También sería absurdo pensar en la revocatoria de una donación entre personas que no se encuentran en comunicación inmediata, en la que la declaración de voluntad del donante no llegue a conocimiento del donatario.

Por todas las razones expuestas en sede de Derecho Contractual, debe recordarse que el Código Civil no ha adoptado, con respecto a las declaraciones de voluntad, ni la teoría de la declaración, ni la teoría de la expedición. Ha adoptado, más bien, la teoría de la recepción con presunción de cognición.

Por tanto mal haríamos en pensar que alguien podría revocar la donación con sólo expresar su voluntad en ese sentido, o incluso remitiendo al donatario su voluntad en dicho sentido, sin que la mencionada declaración de voluntad llegue a destino.

En estos casos, por decirlo de alguna manera, se estarían produciendo actos previos destinados a una futura revocatoria de la donación, pero de ninguna manera se estaría produciendo la revocatoria en sí.

Por lo demás, en el supuesto negado de adoptar la tesis contraria, cabría perfectamente la inexistencia de la revocatoria si, conforme al artículo 1386 del Código Civil, junto con la revocatoria o antes de ella llegase a conocimiento del donatario la retractación de la revocatoria formulada por el donante.

De lo expuesto se deduce que no hay revocatoria sin comunicación efectiva de dicha revocatoria al donatario. Cualquier interpretación distinta sería un absoluto contrasentido de los principios y normas que contiene el Código Civil peruano de 1984 respecto de las declaraciones de voluntad recepticias.

Esto significa que dentro del plazo de los seis meses, establecido por el artículo 1639 del Código Civil, el donante debe poner en conocimiento del donatario la revocatoria de la donación.

Incluso carecería de efectos, por razones obvias, aquella revocatoria en la cual la declaración de voluntad se remitiese dentro de los seis meses, pero que llegara al domicilio del donatario con posterioridad al vencimiento de dicho plazo.

En ese sentido, llama la atención lo establecido por el artículo 1640 del propio Código Civil en cuanto a que:

> Artículo 1640.- «No produce efecto la revocación si dentro de sesenta días de hecha por el donante, no se comunica en forma indubitable al donatario o a sus herederos».

Decimos que tal norma carece de sentido en la medida en que ella constituye un elemento perturbador dentro de la lógica del plazo de la revocatoria. Dicho plazo, tal como lo establece el artículo 1639, es de seis meses desde que sobrevino alguna de las causas establecidas para tal efecto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero luego de leer el artículo 1640 uno podría preguntarse —con todo derecho— si cabría la posibilidad de que una revocatoria de donación tenga existencia jurídica sin haber sido puesta en conocimiento del donatario.

Es obvio que no. Si tal fuese la situación, simplemente no estaríamos, aún, frente a una revocatoria.

Por tales consideraciones recusamos la existencia del artículo 1640, ya que cualquier interpretación del mismo que le quiera otorgar algún sentido choca frontalmente con la lógica del numeral 1639 y de los principios que, sobre las declaraciones de voluntad recepticias, contempla el Código Civil.

Por otra parte, queda claro que la revocatoria de la donación debe ponerse en conocimiento del donatario o de sus herederos, quienes en ausencia del donatario, se convierten en sujetos pasivos de la revocatoria y en eventuales titulares de la defensa de su contradicción.

17.4.2. El derecho del donatario a contradecir las causas invocadas para la revocatoria

Por tratarse de un derecho, que la ley otorga de acuerdo con determinados supuestos contemplados por ella misma, entendemos que el donante no podría revocar la donación sin efectuar expresión de causa.

Ella se trataría de una revocatoria sin contenido, caprichosa o vacía, por más que existieran en la realidad argumentos que —amparados jurídicamente— hayan conducido al donante a revocar la donación.

En tal sentido, habida cuenta de que el donante debe expresar las razones por las cuales revoca la donación, es evidente que estas causales podrán ser fundadas o no.

Además, como no todas ellas tienen carácter objetivo, podrán ser contradichas por el donatario (o por sus herederos) si éste considera que no se han producido los supuestos contemplados por la ley.

Evidentemente, el hecho de que el donatario o sus herederos puedan contradecir las causales de revocatoria de la donación, invocadas por el donante, demuestra de modo implícito que va de la mano con la naturaleza de la revocatoria el que esta no exista si el donante no comunica al donatario su voluntad en ese sentido.

Caso contrario, podríamos encontrarnos ante el absurdo de que haya revocatoria y que ni el donatario ni sus herederos la conozcan. En tal supuesto, éstos se encontrarían imposibilitados de ejercer el derecho a su legítima defensa.

En torno a la contradicción de la revocatoria, el Código Civil regula expresamente este derecho en su artículo 1641. Éste señala lo siguiente:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> Artículo 1641.- «El donatario o sus herederos pueden contradecir las causas de la revocación para que judicialmente se decida sobre el mérito de ellas. Quedará consumada la revocación que no fuese contradicha dentro de sesenta días después de comunicada en forma indubitable al donatario o a sus herederos».

Si el donatario o sus herederos deciden contradecir las causales invocadas por el donante para la revocatoria de la donación, tendrán todo el derecho de hacerlo no solamente asistidos por el natural interés patrimonial, sino incluso en resguardo de la integridad moral del donatario o su memoria.

La contradicción de la revocatoria, lo entendemos, no es un acto extrajudicial.[1383]

Con ello queremos expresar que no bastará con que el donatario o sus herederos, por ejemplo, envíen una carta notarial al donante contradiciendo las causas invocadas por éste cuando revocó la donación.

Ello resultaría totalmente insuficiente, en la medida en que no se trata de oponer frente a frente posiciones irreductibles, sino de buscar una solución jurídica a esas posiciones irreductibles.

En tal sentido no habrá otro camino que contradecir las causales de revocatoria de la donación a partir del inicio de un proceso judicial que no será otro que un proceso de conocimiento.

Debe tenerse sumo cuidado con el plazo de contradicción de la revocatoria de la donación, pues de acuerdo con lo establecido por la segunda parte del artículo 1641 antes citado, la revocatoria quedará consumada si no es contradicha dentro de los sesenta días posteriores a la fecha en que fue comunicada, en forma indubitable, al donatario o a sus herederos.[1384]

Decimos que se deberá tener extremo cuidado al respecto, pues al tratarse de una contradicción que debe, necesariamente, plantearse a través de un proceso judicial, el plazo de sesenta días implica que dentro de la vigencia del mismo se notifique la demanda al donante o a sus herederos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1383 La Casación n.° 1633-96-Piura, de 27 de abril de 1998, emitida por la Sala Civil, ha señalado que el artículo 1641 del Código Civil concede un derecho y luego establece un plazo para imponer la acción, por lo que «tiene contenido material y también procesal». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1218.

1384 Al respecto, la Casación n.° 1250-2000-Ica, de 15 de agosto de 2000, emitida por la Sala Civil Transitoria, ha establecido que la revocación de la donación surte efectos si ha sido comunicada de manera indubitable al donatario o a sus herederos, «con el objeto que dentro de 60 días de comunicada, éstos puedan contradecir la revocación de la donación». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1218.

17.5. La revocatoria de la donación en las donaciones remuneratorias o sujetas a cargo

De conformidad con lo estipulado por el artículo 1642 del Código Civil:

> Artículo 1642.- «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».

La norma antes citada tiene lógica en tanto que la invalidación de la donación obedezca al ejercicio de alguna atribución que se contemple expresamente en el contrato, en cuya producción no intervenga para nada el donatario; vale decir, se trata de una prerrogativa que el donante haga valer conforme a ley (como sería el caso de la donación efectuada por alguien que consideraba que su hijo ha muerto y luego, con posterioridad a la celebración de dicho contrato, descubre lo contrario).

En este caso, como es evidente, si el donante quisiese invalidar la donación, resultaría total y absolutamente justo que reembolse al donatario el cargo que hubiera ejecutado a favor del donante.

Lo mismo podríamos decir del caso en que se pacte una cláusula de reversión con una condición que nada tenga que ver con la conducta o los actos del donatario.

En ese caso, de producirse la condición, se estaría desencadenando la posibilidad de que el donante revierta la donación a su favor, sin culpa alguna del donatario. En tal supuesto, también sería justo que el donante reembolse al donatario los cargos pagados.

El artículo 1642 del Código Civil establece que este derecho de reembolso de los cargos también es aplicable al caso de la revocatoria de la donación.

Si bien es cierto que la norma del Código nacional ha intentado buscar un tratamiento de equidad para el caso concreto, estimamos que dicha equidad no se ha logrado en la medida en que, cuando se revoca la donación, ello se hace por la existencia de una situación que implica culpa o dolo del donatario.

En tal virtud, creemos que la solución para el caso de la revocatoria de la donación, respecto de la devolución de los cargos por parte del donante, debería ser inversa a la adoptada en la ley peruana. En tal caso, la pérdida de los cargos pagados por el donatario constituiría una especie de sanción adicional que se produce como consecuencia de la revocatoria.

Además, dentro de la norma vigente, el donante que revoque una donación debería —para poder revocar— haber hecho la provisión de fondos necesaria para cubrir el reembolso de los cargos que le pagó el donatario oportunamente.

Ello, además de inusual, resultaría sumamente injusto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

17.6. El tratamiento de los frutos en la revocatoria de la donación

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1643 del Código Civil peruano:

> Artículo 1643.- «Los frutos de las donaciones revocadas pertenecen al donante desde que se comunica en forma indubitable la revocación; y en caso de invalidación de pleno derecho, desde que se cita con la demanda de restitución del bien donado».

En torno a lo dispuesto por esta norma nos parece razonable que los frutos de las donaciones revocadas pertenezcan al donante desde que se comunica al donatario la revocatoria (es decir, desde que, en estricto, se revoca).

Podrá ocurrir que el donatario o sus herederos no cuestionen las causales de revocatoria invocadas y procedan a la inmediata devolución del bien, caso en el cual dichos frutos corresponderán, a la vez, al poseedor y propietario del bien (el donante). En tal supuesto no habría problema alguno en la interpretación de la pertenencia de dicho bien.

Pero podría darse el supuesto de que el donatario o sus herederos decidan contradecir —y contradigan judicialmente— las causas de la revocatoria. En ese caso recién se sabrá con certeza si la revocatoria de la donación tuvo o no fundamento luego de concluido el respectivo proceso de conocimiento, con sentencia consentida o ejecutoriada.

Si no lo tuvo (es decir, si la sentencia declara fundada la contradicción a la revocatoria), se considerará que nunca se produjo la revocatoria y los frutos siempre habrán pertenecido al donatario.

De lo contrario (es decir, si la sentencia declara infundada la contradicción a la revocatoria de la donación) se considerará que la revocatoria deberá surtir efecto desde el momento mismo en que fue efectuada (desde que el donante la puso en conocimiento del donatario). Esto significa que el donatario deberá al donante los frutos correspondientes a todo el periodo que medió entre la revocatoria y la devolución del bien en ejecución de sentencia.

Por otra parte, el artículo 1643 también establece que en caso de invalidación del pleno derecho de la donación, los frutos de las donaciones pertenecerán al donante desde que se cite al donatario con la demanda de restitución del bien donado.

Para este caso se deberá seguir similar razonamiento que el aplicado para el supuesto de revocatoria, obteniendo consecuencias análogas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CONTRATO DE MUTUO

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El contrato de mutuo

El contrato de mutuo es uno de los más importantes del Código Civil, sobre todo si se toma en cuenta su frecuencia y el volumen patrimonial de las operaciones civiles, y fundamentalmente comerciales, que se transan a través de esta modalidad contractual.

El Código de 1984 tuvo el acierto —dentro del paulatino proceso de unificación de la legislación civil y comercial— de establecer, en su artículo 2112, que el contrato de mutuo, de naturaleza mercantil, se rija por las disposiciones del referido Código, quedando derogadas las respectivas normas del Código de Comercio.

De modo tal que hoy en día la regulación del contrato de mutuo se halla unificada entre los artículos 1648 y 1665 del Código Civil.

1. Antecedentes, historia y concepto

Como bien señala Max Arias-Schreiber,[1385] en inicios que se remontan a la antigua Roma, el mutuo se limitaba a la transferencia de bienes consumibles y fungibles que se realizaba en beneficio del mutuatario, quien se obligaba a realizar la devolución en especie, es decir, en bienes de la misma naturaleza y calidad; lo que se conoce como mutuo en especie.

Luego, junto con el empleo de la moneda como instrumento de intercambio económico, surgió el mutuo de dinero. Su carácter primitivo y doméstico fue desbordado por los cambios sociales, políticos y económicos, que se fueron dando en las distintas épocas.

Ello ha determinado que hoy podamos afirmar[1386] que el mutuo presenta una diversidad de matices que van desde el préstamo de bienes fungibles y de carácter doméstico; pasan por el crédito a corto plazo, inspirado generalmente en razones de amistad y cooperación; siguen con toda la gama de financiamiento por entidades bancarias, financieras, mutuales y similares; y se extiende a los empréstitos de la actividad privada y pública, dentro de las más variadas alternativas y formas. A lo expuesto se agrega un factor adicional que lo hace particularmente sensible y es el hecho de que siendo un contrato temporal y de colación de capitales, ordinariamente existe como contrapartida el pago de intereses por cuenta

1385 Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, tomo II, p. 233.
1386 *Idem.*

del mutuatario, lo que inevitablemente conduce al antiguo problema de la usura y la necesidad de evitarla en beneficio de la colectividad.

De esta forma, y sin lugar a dudas, el contrato de mutuo o préstamo de consumo, como también es denominado, constituye uno de los tipos contractuales de mayor trascendencia. Esto, básicamente, debido a que es una de las fuentes principales de financiamiento nacional e internacional y, asimismo, no es ajeno a la satisfacción de las necesidades propias de la vida diaria. Ninguna actividad económica o productiva puede prescindir de este contrato, que —de igual manera— resulta un instrumento que toda persona que vive en sociedad debe emplear alguna vez.

La relevancia de esta figura jurídica se observa en el tratamiento positivo del que ha sido objeto. Efectivamente, el Derecho ha advertido la importancia del contrato de mutuo para el desarrollo social y económico y, en consecuencia, lo ha regulado.

En el Código de Santa Cruz el contrato de mutuo se encontraba en el libro III («De las diferentes maneras de adquirir la propiedad»), título 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 están comprendidos entre los artículos 1254 y 1271.

En el Proyecto de Código Civil elaborado entre 1835 y 1836 por Manuel Lorenzo de Vidaurre, el mutuo ocupaba el título XI, con nueve artículos incluidos en su segunda parte sobre dominio y contratos.

El Código Civil de 1852 trataba el mutuo 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 legislado 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 regula el particular en el libro VII («Fuentes de las obligaciones»), sección II («Contratos nominados»), título V («Mutuo»), artículos 1648 a 1665.

El Código nacional se encarga de otorgar un concepto al mutuo en su artículo 1648. Este precepto establece lo siguiente:

> Artículo 1648.- «Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuatario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad».

El contrato de mutuo también es regulado por casi todos los códigos civiles de nuestra tradición jurídica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como referencia podemos mencionar que el Código Civil francés trata sobre el mutuo en el artículo 1892 y siguientes. Lo propio hace el Código Civil belga.

Por su parte, el Código Civil austríaco de 1811 aborda el mutuo en el artículo 983.

El Código Civil boliviano de 1831 trata sobre el mutuo en su artículo 1254.

El Código Civil peruano de 1852 aborda el particular en su numeral 1800 y siguientes.

Por su parte, el Código Civil chileno trata el tema en su artículo 2196.

El Código Civil italiano de 1865 legislaba sobre el particular en el artículo 1819.

Por su parte, el Código Civil uruguayo lo trata en sus artículos 2196 y 2197.

El Código Civil colombiano legisla sobre el mutuo en el artículo 2221 y siguientes.

El Código Civil venezolano de 1880 trata sobre el particular en el artículo 1673 y siguientes.

Por su parte, el Código Civil ecuatoriano legisla el tema en el artículo 2126 y siguientes.

El Código Civil español trata sobre el mutuo en el artículo 1753.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade, regulaba al mutuo en el artículo 873 y siguientes.

Por su parte, el Código Civil japonés trata al mutuo en el artículo 987.

El Código Civil alemán legisla sobre el particular en el artículo 607.

El Código Civil nicaragüense de 1903 aborda el tema en su artículo 3390 y siguientes.

El Código Civil hondureño de 1906 trata sobre el mutuo en su artículo 1932.

De otro lado, se puede recordar que el Código de las Obligaciones de Suiza aborda el tema en el artículo 312.

El Código Civil brasileño de 1916 legisla sobre el mutuo en el artículo 1256.

Por su parte, el Código Civil panameño de 1917 trata el tema en su artículo 1444.

El Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 aborda el mutuo en su artículo 208.

El Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 aborda el tema en su artículo 656 y siguientes.

De otro lado, el Código Civil chino de 1930 legisla el mutuo en el artículo 474.

EDITORIAL CASTILLO FREYRE

Por su parte, el Proyecto de Código Civil peruano de 1936 se refería al mutuo en su artículo 1556.

El Proyecto de Código Civil argentino de 1936 trata el tema en el artículo 1197.

De otro lado, debemos recordar que el Código Civil venezolano de 1942 legisla sobre este contrato en el artículo 1735.

El Código Civil italiano de 1942 aborda el particular en el artículo 1813.

El Anteproyecto de Código Civil boliviano de 1943, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, abordaba el tema en sus artículos 1283 y 1284.

El Código Civil portugués de 1967 trata acerca del mutuo en el artículo 1142.

Por su parte, el Código Civil guatemalteco de 1973 aborda el tema en su artículo 1942.

El Código Civil boliviano de 1976 legisla al mutuo en su artículo 895 y siguientes.

El Proyecto de Código Civil brasileño, aprobado por la Cámara de Diputados en 1984, legislaba al mutuo en el artículo 586.

Finalmente, el Código Civil paraguayo de 1987 legisla este contrato en su artículo 1292.

Retomando el concepto peruano de mutuo, podríamos detenernos para analizar en qué consisten las obligaciones del mutuante y las del mutuatario.

1.1. Obligaciones del mutuante

Conforme a lo establecido por el artículo 1648 del Código Civil peruano de 1984, por el mutuo el mutuante se obliga a entregar al mutuatario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles.

Del contenido de esa norma podría deducirse que sólo los bienes de carácter consumible pueden constituir objeto de la prestación del mutuatario, en el contrato de mutuo.

De esta forma, en la obligación principal del mutuante, que por su naturaleza se rige por las disposiciones relativas a las obligaciones de dar, el bien, materia de la misma, debe ser consumible.

Así lo entendió la Comisión Revisora de nuestro Código Civil de 1984, por lo que en su exposición de motivos recordó algunas definiciones que, sobre bienes consumibles, habían elaborado notables juristas.

Citó, por ejemplo, a Guillermo A. Borda, quien afirma que las cosas consumibles son las que desaparecen con el primer uso, sea porque se destruyen materialmente, como los alimentos, o sea porque salgan del patrimonio de aquel a quien pertenecen, como el dinero.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Asimismo, la Comisión tomó como argumento lo expresado por Jorge Eugenio Castañeda, quien sostiene que las cosas que se entregan en mutuo son cosas muebles y son, a la vez, cosas consumibles y cosas fungibles. Agrega a lo anterior que si la cosa mueble fuera consumible pero no fungible, sino única en su especie, no podría configurarse el mutuo.

Por último, en lo que refiere a este punto, la Comisión es clara al señalar que aun cuando se emplea el vocablo genérico «bienes», se debe entender que la prestación no puede consistir en derechos ni en inmuebles, pues éstos no tienen la calidad de consumibles.

Bien consumible, independientemente del significado de la propia palabra, no es todo aquél que se consume, pues ya sea en mayor o menor grado, con mayor o menor rapidez, todos los bienes se consumen con el tiempo y con el uso.

Será evidente que un helado se consumirá muchísimo más rápido que un diamante, pero ambos se consumirán a lo largo del tiempo. Tal vez un automóvil dure más que una manzana, pero ambos terminarán por consumirse.

Entonces, el rasgo distintivo de los bienes consumibles no es que se consuman, sino que se consuman o deterioren notablemente con el primer uso que se hace de ellos.

Más allá de estos conceptos, entendemos que esta es una idea prácticamente universal dentro de nuestra tradición jurídica, independientemente de que los códigos civiles de la misma, en su gran mayoría, opten por omitir una definición de los bienes consumibles.

Sin embargo, podríamos preguntarnos, si la prestación del mutuante deberá versar sobre bienes ciertos, inciertos o fungibles.

Entendemos que, fundamentalmente, recaerá sobre bienes inciertos y fungibles, vale decir, sobre cantidades de cosas, de las cuales sea fácil efectuar una devolución consiguiendo otras que sean de la misma especie, calidad y cantidad.

Dentro de tal orden de ideas resultaría bastante complicado pensar en que los bienes ciertos constituyan objeto del contrato de mutuo, ya que las obligaciones de dar bienes ciertos se encuentran indisolublemente ligadas al principio de identidad del pago. De esta manera, pensamos que si se entregara un bien aparentemente cierto, en realidad no estaría siendo considerado como tal, sino más bien como fungible o incierto. Esto se debe a que al mutuante le dará lo que al momento de la devolución se le entregue, es decir, otro de carácter similar o equivalente.

Ello significaría que dicho bien estaría siendo considerado como uno más de la especie y no como un bien en especial, de modo tal que difícilmente los bienes ciertos o determinados podrían constituir objeto del contrato de mutuo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, estimamos que el legislador de 1984 hizo bien en circunscribir el contrato de mutuo a los bienes consumibles y no establecer ninguna otra precisión adicional.

Para un sector importante de la doctrina, y también para una buena parte de los ordenamientos legales de nuestra tradición jurídica entre los que encontramos al italiano y al español, el mutuo puede tener por objeto un bien fungible no consumible cuando se prestan cosas que no interesan por su propia individualidad, sino por ser susceptibles de numeración y medida, tal como expresa Alberto Trabucchi.[1387]

Según refiere Valencia Zea:[1388]

> En el mutuo, el mutuante o prestamista entrega una cosa al mutuatario o prestatario entendiendo volver a adquirir, no la misma cosa, sino su equivalente en especie; es decir, que dicho contrato debe recaer sobre cosas fungibles, pues sólo éstas pueden realizar esta finalidad, por ser intercambiables en el comercio por otras del mismo género y calidad. Se pueden entregar a otro cincuenta arrobas de trigo a condición de que en determinado plazo devuelva otras cincuenta de la misma calidad; se pueden entregar diez litros de ron para que se devuelvan otros diez de la misma calidad. Pero el dinero es lo que constituye el objeto principal sobre el que recaen los contratos de mutuo.
>
> Si la cosa no es fungible, no hay mutuo, y tampoco lo hay si el mutuatario no se obliga a entregar cosas fungibles del mismo género y calidad. En el primer caso, tendremos una permuta en que uno de los contratantes dé plazo al otro para el cumplimiento de su obligación; y, en el segundo caso, tendremos una permuta o compraventa.

Colin y Capitant,[1389] al pronunciarse sobre el tema, citan como ejemplo el del librero que, careciendo de ejemplares de una obra muy solicitada por el público, pide prestado uno o varios a un colega. Es evidente, como bien señalan los autores, que los ejemplares que le devuelva no serán los mismos, sino otros volúmenes idénticos, cuando haya recibido de ese libro un nuevo envío del editor.

En lo que concierne a nuestra legislación podemos observar que en el artículo 1800 del Código Civil de 1852 se utilizaba el vocablo «fungible» no la palabra «consumible». Empero, ambos términos eran tomados —erróneamente— como sinónimos.

FONDO EDITORIAL CASTILLO FREYRE

1387 Trabucchi, Alberto. *Instituciones del Derecho Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, tomo II, p. 309.

1388 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, p. 160.

1389 Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Op. cit.*, tomo IV, p. 503.

Con la elaboración del Anteproyecto del Código Civil de 1936 se empezó a cuestionar la idoneidad de la terminología empleada, lo que se puede constatar al revisar las actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852.

En las mismas se expresa la conveniencia de usar el término «consumible», puesto que, según se manifiesta, la palabra «fungible» es un poco bárbara y no pertenece al lenguaje de los jurisconsultos romanos: sirve para expresar las cosas que pueden reemplazarse las unas por las otras.

La fungibilidad de una cosa, a criterio de la mencionada Comisión, viene determinada por la intención de las partes cuando han convenido en devolverse otra de la misma especie y calidad, de modo que una cosa puede ser, según las circunstancias entendidas por la voluntad de las partes, fungible o no fungible.

Si seguimos el razonamiento esbozado por la Comisión, podemos afirmar que la fungibilidad reposa sobre una calidad accidental y relativa, según se considere la cosa desde el punto de vista de la restitución.

Sobre la base de lo expuesto parece claro que el legislador, al regular este tema, pudo haber optado por mantener como término el de bien «fungible» o, en todo caso, usar la palabra «consumible» y agregar alguna otra precisión.

No obstante, estimamos que el legislador de 1984 hizo bien en circunscribir el contrato de mutuo a los bienes consumibles y no establecer ninguna otra precisión adicional.

Debemos subrayar que, independientemente de la existencia de un número prácticamente infinito de bienes de carácter consumible y de los innumerables ejemplos domésticos que podrían esbozarse en torno a mutuos respecto de este tipo de bienes, este contrato versará fundamentalmente sobre dinero. Este concepto comprende tanto al sol como a los signos monetarios de origen extranjero.

No debemos olvidar que la inmensa mayoría de operaciones económicas de todo orden realizadas en el Perú se efectúan en dólares de los Estados Unidos de América y que la masa monetaria circulante en nuestro país está compuesta, mayoritariamente, por dólares.

Lo que queremos expresar es que el mayor número de contratos de mutuo se efectúa en moneda nacional o en moneda extranjera.

El dinero es considerado un bien consumible, ya que si bien no se destruye o deteriora notablemente con el primer uso, sí desaparece físicamente.

Así, por ejemplo, si uno efectúa un pago, ya no contará más con el dinero objeto de ese pago. Si uno realiza un depósito bancario en una cuenta propia, a pesar de ser titular de la cantidad depositada, uno no lo será de los billetes con que ha efectuado dicho depósito, pues los mismos automáticamente continuarán su circulación dentro de las operaciones financieras del banco. Cuando efectuemos

EDITORIAL GRIJLEY

el retiro de esa cantidad, es evidente que nos darán otros billetes distintos a los depositados. Recibir uno de los billetes que fueron objeto de nuestro depósito, sería más fácil que ganar el número de la lotería. Ello, sin embargo, tampoco nos interesaría, pues al tratarse de bienes fungibles no es importante el número de serie de los mismos.

1.2. Las obligaciones del mutuatario

En virtud de lo dispuesto por el artículo 1648 del Código de 1984, el mutuatario deberá devolver al mutuante otros bienes que sean de la misma especie, calidad o cantidad que aquellos que recibió.

La idea es que el mutuatario devuelva exactamente lo que recibió o, en su defecto, devuelva objetos similares a aquéllos que le fueron entregados.

En tal sentido, el Código Civil subraya que dichos bienes tienen que ser de la misma especie, calidad o cantidad.

Consideramos que no resulta acertado el carácter disyuntivo de la expresión, ya que no se está dejando a elección del mutuatario el devolver bienes que correspondan a la especie, a la calidad, o a la cantidad de los recibidos.

La afirmación debe entenderse efectuada con criterio conjuntivo, ya que los bienes a devolver deberán reunir todas las características de los recibidos, vale decir, deben ser de la misma especie, gozar de la misma calidad y ascender a la misma cantidad. De esta forma, la devolución se estará efectuando en estricto apego a los principios de identidad e integridad del pago.

Ahora, como la liberación del mutuatario tiene lugar con la transferencia del equivalente de las cosas recibidas, no es posible hablar de restitución en sentido estricto, puesto que la restitución implica necesariamente la conservación y devolución de la cosa en su identidad. En cambio, podemos afirmar que el mutuatario está obligado a entregar lo equivalente.

Dejando de lado los problemas terminológicos podemos sostener que la restitución —entendida en su sentido amplio— es el efecto y la causa de la extinción del mutuo. Tal deber de restitución queda diferido en el tiempo, de modo que esta figura adquiere el carácter de contrato de duración.

Como anota Rinessi:[1390]

> Si se afirma en el mutuo la identidad del *genus* entre las cosas dadas a préstamo y las restituidas, no puede deducirse que exista contraprestación.

1390 Rinessi, Antonio J. «Préstamo de consumo. Breves antecedentes históricos». En Editorial Bibliográfica Argentina. *Diccionario jurídico Omeba*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1966, p. 38.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> En el Derecho Romano el mutuo era gratuito, la entrega y restitución lo caracterizaban plenamente, pues la eventual promesa de contraprestación no era otra cosa que la *stipulatio usurae* que se añadía al negocio del préstamo. Si además se tiene en cuenta que el término ha sido para muchos una modalidad del cumplimiento de la prestación en el mutuo, sería fácil comprender los errores en el análisis de este contrato.
>
> Conviene advertir que la restitución no es un *modus* en el mutuo. La verdad es que ver en la entrega un comportamiento de atribución patrimonial —acto— y por otro lado el *modus* y su aceptación, no se compadece con la realidad, pues la entrega y la restitución explican el equilibrio de los intereses negociales, bien entendido que la sustitución —entrega y restitución— por sí misma no es suficiente para comprender la esencia del contrato de mutuo, pues semejante elemento carecería de relieve económico y no permitiría calificar el contrato ni de oneroso ni de gratuito. En cambio si interviene el plazo, el negocio jurídico que nos ocupa adquiere significado económico.

En este extremo de nuestro análisis queremos subrayar el hecho de que, por lo general, la prestación del mutuatario no se reduce a lo antes mencionado ya que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1663 del Código Civil, el contrato de mutuo se presume con intereses, salvo pacto distinto.

Esto significa que en el único caso en que la devolución ascenderá a bienes de la misma cantidad será en el mutuo gratuito. En el mutuo oneroso, si bien deberán mantenerse los mismos criterios de resguardo a la especie y a la calidad, la cantidad variará, ya que se tendrá que pagar intereses.

La actual onerosidad presunta que caracteriza a este contrato es uno de los aspectos en que el mutuo ha variado sustancialmente.

Como veremos más adelante, el mutuo —en sus orígenes— estuvo basado en consideraciones de amistad y por ello su gratuidad era la regla general. No obstante, con su crecimiento y el valor de su rol crediticio, esta característica fue modificándose y hoy, lo común, es el pago de intereses por parte del mutuatario, como contrapartida por la entrega del capital mutuado y como renta del mismo.[1391]

Ello ha determinado que el Código Civil de 1984 establezca que el mutuatario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto. De donde se sigue que hoy la regla general es el mutuo oneroso, mientras el mutuo gratuito, determinado por la voluntad de las partes, ha pasado a ser la excepción.

Este tema fue abordado por el ilustre Manuel Lorenzo de Vidaurre en su Proyecto de Código Civil de 1835 y 1836, cuando sostenía las siguientes expresiones:

1391 Arias-Schreiber Pezet, Max. *Luces y sombras del Código Civil*. Lima: Ediciones Studium, 1992, tomo II, p. 112.

> Escribir sobre el mutuo parece que es volver a tratar de las usuras. Esta vieja materia la discutí en el proyecto del Código Penal, y con mejor éxito en la presentación dirigida al Congreso en el año 33. Desapareció desde entonces este fantasma, que atemorizaba. El comerciante dirigió su negociación con más seguridad, y bajaron al momento los intereses, que habían subido a tal grado, cual nunca oyeron nuestros abuelos. La clandestinidad fue un motivo para alzarlos, y esta historia se enlaza con la persecución de los judíos.
>
> No exigir premio ninguno por el dinero que se presta; tener por un crimen infame, este acto imprescindible en el comerciante y necesario en general a los ciudadanos; desvolarse por señalar estrechos límites a los intereses, cuando se consiente y deja una franca libertad sobre lo comodable y arrendable, son cosas, que no podrán combinar los que raciocinen por principios [...].

Los intereses, cuyo estudio abordaremos más adelante, podrán versar en bienes de la misma naturaleza del capital (incluso en los casos en que el capital prestado consistiera en bienes que no fueran dinero).

Ahora bien, si el capital prestado consistiera en dinero, es evidente que los intereses también gozarán de la misma naturaleza. Un pacto distinto sería total y absolutamente exótico e inusual.

2. Características del contrato de mutuo

Antes de abordar el análisis de las características del contrato de mutuo en el Código Civil peruano de 1984 debemos precisar que la metodología empleada se basa —como ocurre en todos los contratos analizados de esta obra— en la clasificación general de los contratos elaborada por Manuel de la Puente y Lavalle.

2.1. En cuanto al nombre

El mutuo es un contrato nominado y 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 peruanos de 1852, 1936 y 1984 lo llaman simplemente «mutuo».

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

2.2. En cuanto a su regulación

El mutuo es y ha sido en nuestros códigos civiles un contrato típico: siempre ha estado jurídicamente regulado.

Asimismo, al inicio de nuestro estudio hemos podido corroborar dicha característica, en tanto hemos observado cómo la figura es regulada en los diversos

sistemas jurídicos. De esta forma, si bien con diversos matices, el contrato de mutuo es uno de los llamados contratos típicos. Esto no podría ser de otro modo si tomamos en cuenta su importancia y utilidad dentro de las transacciones económicas y, en general, dentro del desarrollo de la vida social contemporánea.

2.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, el mutuo es y ha sido siempre un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

2.4. En cuanto a su contenido o área

El mutuo puede ser tanto un contrato civil como uno mercantil. A su vez, el mutuo mercantil se presenta, 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 Max Arias-Schreiber,[1392] se adoptó en razón de que «la diferencia creaba problemas para establecer la ley aplicable en los crecientes casos de duda que planteaba la problemática de la vida moderna».

La legislación española se refiere a este tema en los artículos 207 y 558 de su Código de Comercio. En este último precepto se determina expresamente el carácter civil o comercial del préstamo.

En la citada norma se dispone que si la cosa prestada puede ser considerada género comercial, el mutuo también es comercial.

De allí se infiere que cuando el prestamista y el prestatario son comerciantes, o cuando al menos el mutuatario es comerciante —sin importar que el mutuante no lo sea— el mutuo es mercantil. Si se da un supuesto distinto, el mutuo es civil.

Para la legislación española la distinción resulta relevante desde el punto de vista de los intereses, ya que, a diferencia de lo estipulado en nuestro sistema jurídico, el mutuo civil se presume gratuito y sólo el comercial se presume oneroso.

Lo cierto es que, pese a la opción legislativa tomada por el sistema jurídico español, existe dificultad para delinear los dos ámbitos. En consecuencia, determinar la ley aplicable es en extremo complicado, lo que se percibe claramente si consideramos —con Valencia Zea—[1393] que:

> Son mercantiles todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de operaciones comerciales.

1392 Arias-Schreiber-Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, tomo II, p. 238.
1393 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo IV, p. 164.

EDMUNDO MARIO CASTILLO FREYRE

> De donde resulta: a) son preponderantemente comerciales todos los préstamos que hacen los bancos y entidades de crédito, como los depósitos a término que hacen los particulares en bancos o corporaciones de crédito; los préstamos que se hacen a comerciantes para el desarrollo de sus actividades; y, en general, los préstamos a interés, que habitualmente hace una persona a otra; b) son préstamos o mutuos civiles las sumas de dinero que alguien hace a otro para determinados servicios que no son comerciales.

Así, entendemos que la enorme casuística hace difícil definir las normas aplicables, por lo que es preferible un régimen jurídico unificado.

Ésta, sin embargo, constituye una de las innovaciones que ha introducido el Código Civil de 1984. Antes de su entrada en vigencia, la división entre mutuo mercantil y mutuo civil no era sólo formal, en tanto cada uno se regía por su propio cuerpo legislativo.

Los códigos civiles que precedieron al actual adoptaron una posición distinta a la comentada.

Entonces, y desde que entró en vigencia el Código Civil de 1852 hasta su derogatoria, el mutuo mercantil era regulado también 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, cuando pasó a estar íntegramente regulado por el Código de 1984.

El Código de 1936 exigía que un mutuo, para que sea considerado de naturaleza mercantil, debía contar con 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 de dicho Código se señalaba que con la citada norma «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, sólo porque uno de los contratantes era ajeno a esta profesión».[1394]

2.5. En cuanto a su autonomía

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

1394 García Calderón, Manuel. *Código de Comercio de 1902*. 2ª ed. Lima: Imprenta de la UNMSM, 1967, p. 152.

2.6. En cuanto a su formación

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. En el Código vigente, en cambio, la entrega del bien se produce en la fase de ejecución del contrato, es decir, con ella se inicia el cumplimiento de la prestación a la que el mutuante está obligado.

Parece que el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre 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.

Al revisar brevemente ambas posturas encontramos, en principio, que un sector importante de la doctrina, y con ella un gran número de sistemas jurídicos, sostiene que el contrato de mutuo es un contrato real, pues su perfeccionamiento sólo es posible mediante la entrega de la cosa prestada. De esta manera, tal exigencia se da a modo de solemnidad o formalidad, por lo que, si no media dicha entrega, no hay contrato.

Quienes se adhieren a esta postura lo hacen distinguiendo al mutuo de la promesa de mutuo. Así, afirman que las obligaciones principales que nacen de esas dos operaciones no corren por cuenta de la misma persona. El que se obliga por la promesa de préstamo no es el prestatario, sino el futuro prestador que simplemente se ha obligado a prestar. Sólo cuando haya suministrado las cosas o el dinero ofrecido, será cuando exista mutuo, y, por consiguiente, la persona obligada será prestataria.[1395]

No son pocos los juristas que critican esa tesis. Entre ellos podemos encontrar a Valencia Zea,[1396] quien hace incisivos comentarios, los mismos que a continuación transcribimos:

> La teoría de los contratos reales es inútil y se la rechaza unánimemente en la práctica de los negocios. En el mutuo o préstamo de consumo, así como en los demás contratos calificados de reales, se distinguen en forma clara y precisa el contrato o acuerdo de voluntades y la entrega material de la cosa objeto del contrato.
>
> La doctrina y la jurisprudencia de los diferentes países en que se ha consagrado la teoría que se critica, han ensayado una interpretación nueva de la institución del contrato real, tendiente a conseguir que en la apariencia se respeten los textos legales, pero que a un mismo tiempo se satisfagan

1395 Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Op. cit.*, tomo IV, p. 505.

1396 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 159 y 160.

FONDO MARIO CASTILLO FIGARI

> las necesidades del comercio. Tal interpretación consiste en afirmar que el simple acuerdo de voluntades en todos los contratos reales vincula a las partes, como sucede en la compraventa o en el arrendamiento, y que las vincula u obliga en forma de promesas bilaterales de contrato.
>
> Esta teoría de las promesas bilaterales de préstamo de consumo o mutuo, de comodato, de prenda, de depósito, de anticresis, se ve forzada a apelar a recursos tanto extraños, pues donde debiera decir contrato, dice simplemente promesa bilateral, y en donde debiera decir ejecución de la principal obligación de una de las partes, dice contrato. Además, dentro de esta teoría, en el mutuo se denomina el acuerdo de voluntades promesa de mutuo, y el cumplimiento de la principal obligación por parte del mutuante o prestamista se denomina contrato de mutuo.
>
> En resumen, la tan inútil como deshilvanada institución de los contratos reales ha tenido este ilógico fin: dar provisionalmente, dentro de la ciencia jurídica, nombres diferentes al contrato y al cumplimiento de la obligación.

A esto podemos agregar el comentario de Karl Larenz,[1397] quien al respecto afirma que en aplicación del principio de la libertad de contratación, las partes, perfectamente, pueden concertar el contrato de préstamo antes de la entrega de la cosa.

Así, el acto de entrega constituye un acto de cumplimiento de lo prometido, no siendo elemento esencial del perfeccionamiento del contrato de mutuo, sino simple ejecución del mismo.

Como ya indicamos, esta es la postura adoptada por nuestro Código actual que, siguiendo la corriente consensualista, dispone que el mutuo se perfecciona con sólo el consentimiento de las partes. Postura claramente distinta a la asumida por nuestros códigos anteriores, que caracterizaban al mutuo como un contrato real.

En el Código Civil de 1852, podía ser también un contrato formal, pues debía constar en «documento escrito» si el valor del bien era mayor a doscientos pesos y, además, si se hubiesen pactado intereses. Lo mismo sucedía en el Código de 1936, conforme al cual se debía hacer constar por escrito cuando el valor de 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). Esto quiere 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 prevalecería sobre todos los otros medios probatorios.

1397 Citado por Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, tomo II, p. 238.

De acuerdo con 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 (SMV). Este acto 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; debería entenderse que, no existiendo actualmente la referencia a que hace mención el artículo 1650 del Código Civil, todo contrato de mutuo es consensual, incluso el mutuo entre cónyuges.

Pero sobre este punto volveremos en detalle oportunamente.

2.7. En cuanto al tiempo

El mutuo es, esencialmente, un contrato de duración. Esta duración 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).

Messineo[1398] se pronuncia sobre el particular, afirmando que la restitución (y el deber inherente), es el efecto y, al mismo tiempo, la causa de extinción del mutuo, pero el deber de restitución queda diferido en el tiempo, de manera que el mutuo adquiere carácter de contrato de duración.

Recalca, además, que es económicamente inconcebible que la entrega del equivalente pueda verificarse *ad nutum* del mutuante. De ser así, el negocio resultaría inútil para el mutuatario, el cual, estando implícitamente autorizado para consumir la cosa, no siempre, o casi nunca, estará en situación de procurarse inmediatamente el equivalente a restituir.

A esto debemos agregar que el tiempo es también prestación con relación a las cosas entregadas y dará, asimismo, la medida del interés.

Como expresa Rinessi:[1399]

> En cuanto al elemento cronológico puede afirmarse sin vacilaciones que el mutuo es un contrato de duración y que el plazo-interés tiene indiscutible valor negocial. En consecuencia, el plazo y la restitución provienen de la manifestación de dos voluntades diversas: la restitución se promete por el mutuatario, mientras que el plazo es concedido por el mutuante. Esto a su vez tiene su contrapartida, correspondiendo la entrega y restitución a los recíprocos intereses de la sustitución, y el plazo por otro lado, que puede o no estipular su compensación; constituyendo el objeto del contrato de mutuo.

1398 Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo II, p. 117.
1399 Rinessi, Antonio. *Op. cit.*, tomo XXII, p. 38.

El Proyecto de Código Civil de 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 esos casos debía regir el plazo legal. En el Código de 1836, este plazo era de cuarenta días; en el de 1852, de seis meses; y en el de 1936, de treinta días. Por su parte, el Código de 1984 establece el plazo de treinta días contados desde la entrega.

2.8. En cuanto a su negociación

El mutuo puede ser un contrato de negociación previa, es decir, un contrato en el cual las partes tienen libertad para modelar su contenido (usual en el mutuo entre particulares). Sin embargo, también puede celebrarse por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Consideramos que este último supuesto es el de mayor frecuencia, sobre todo en lo que respecta a operaciones financieras y bancarias.

2.9. En cuanto al rol económico

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 es 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 ser un préstamo de consumo). También es un contrato de crédito, es decir, basado en la confianza.

Debemos tener en cuenta que no toda entrega es índice de préstamo. Es necesario considerarla en el conjunto de cláusulas, de manera tal que esa entrega armonice con los requisitos del contrato, es decir, que esa entrega esté supeditada a la devolución de la cosa, en la estructura del mutuo.

Por lo mismo, una entrega puede ser también la constitución de un derecho real que no corresponda al contrato de mutuo. Todo concepto que se elabore al respecto tiene que ser comprensivo de los elementos y requisitos del contrato. Por otra parte, la entrega no se realiza con carácter de uso sino de propiedad.[1400]

2.10. En cuanto a su función

El contrato de mutuo es fundamentalmente constitutivo, aunque por excepción podría formar parte de uno modificatorio o regulatorio. Sin embargo, 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

1400 *Ibidem*, p. 37.

determinada cantidad de dinero o bienes consumibles, a cambio de la obligación del mutuatario de devolverle otros bienes de la misma especie, calidad o cantidad.

2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El mutuo es un contrato individual, ya que las obligaciones creadas por él afectan únicamente a las partes que lo celebran.

Al respecto debemos tomar en cuenta, que las partes que celebran el contrato de mutuo deben cumplir con condiciones mínimas derivadas de la propia naturaleza del mutuo.

El mutuante debe ser propietario de la cosa o bien consumible que es objeto del mutuo toda vez que debe tener capacidad para enajenarla. Como el préstamo de consumo es un acto de disposición, los que sólo tienen poderes o una capacidad limitada a los actos de administración, no pueden, por tanto, efectuarlo sin inconvenientes. Para tal efecto remitimos al lector a lo expresado en torno al mutuo sobre bienes ajenos.

Asimismo, en vista de que el préstamo de consumo crea obligaciones para el mutuatario es preciso que éste tenga capacidad para obligarse.[1401]

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 de 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 celebraba con la entrega y que ésta 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 podían celebrar este contrato, en representación de las personas y establecimientos cuyos bienes administraban, pero para ello 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

1401 COLIN, Ambroise y Henri CAPITANT. *Op. cit.*, tomo IV, p. 511.

personas cuyos bienes administran, deberán solicitar autorización judicial. En tal caso, 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.

2.12. En cuanto a la prestación

Si se considerase que el contrato de mutuo es un contrato real —como de hecho lo sostienen muchos ordenamientos jurídicos— que se celebra con la entrega del bien por parte del mutuante, es obvio que sería unilateral en la medida en que luego de celebrado sólo quedaría obligado el mutuatario.

Como recuerda Rinessi:[1402]

> Borda expresa que para la doctrina clásica, es un contrato unilateral, porque entregada la cosa en el momento de la celebración del acto, ya no quedan obligaciones pendientes de cumplimiento, sino para el mutuatario; pero que desde el punto de vista de la pura lógica parece más razonable considerar a este contrato como bilateral, porque supone para el prestamista la obligación de entregar la cosa y para el mutuatario la de restituirla en su momento, y eventualmente, la de pagar intereses.
>
> La circunstancia de que una de las partes llene todas sus obligaciones al celebrar el contrato no significa que no estaba obligada a hacerlo conforme al acuerdo de voluntades. De igual modo que la compraventa manual es típicamente bilateral, no obstante que todas las obligaciones quedan cumplidas en el instante mismo de celebrar el contrato.

Resultan sugerentes las dudas planteadas por Borda. Éstas, sin embargo, desaparecen si partimos de concebir al préstamo de consumo como un contrato consensual. De ese modo, obtenemos que dicho contrato posee prestaciones recíprocas, considerando que la obligación principal del mutuante es la de entregar el bien; y la obligación principal del mutuatario es la de restituirle a aquél un bien de la misma especie, cantidad y calidad.

Es esta última la posición adoptada por el Código Civil peruano de 1984, posición que como hemos tenido ocasión de mencionar, resulta innovadora con respecto a la opción legislativa de los códigos que le precedieron.

Desde el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 hasta el Código Civil de 1936, el mutuo era un contrato de prestación unilateral. La prestación estaba a cargo del mutuatario, quien debía restituir el bien al mutuante (no el mismo bien, dado que se trata de bienes consumibles) en las condiciones prescritas.

1402 Rinessi, Antonio. *Op. cit.*, tomo XXII, p. 39.

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». Luego, se 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 momento de la celebración del contrato.

En la posición de este Código (que, como veremos, continuó el de 1852), el mutuo era 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.

El artículo 1257 prescribía que el mutuante no podía exigir la devolución de la cosa prestada antes del término convenido. A su vez, el artículo 1258 no 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. El artículo 1259, por su parte, facultaba al juez para fijar el término, según las circunstancias, en caso de haberse convenido que el mutuatario pagara cuando pudiera o tuviera medios para hacerlo. Por último, el artículo 1260 establecía la obligación del mutuante de reembolsar los gastos necesarios en que haya incurrido el mutuatario para conservar la cosa. Aquí, podemos apreciar la existencia de una contradicción, dado que si el 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.

En el artículo 1262 se dispuso que el mutuatario, ante la imposibilidad de devolver el bien en las condiciones señaladas, quedaba obligado al pago del valor de las cosas con respecto al tiempo y al lugar en que éstas 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 préstamo.

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 de Manuel Lorenzo de Vidaurre sólo 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*. Esta disposición, según Vidaurre, se fundamenta en que ninguno debe obligarse por lo que aún no ha recibido.[1403]

1403 De Vidaurre, Manuel Lorenzo. *Op. cit.*, p. 205.

El Código Civil de 1852 siguió los mismos lineamientos que su antecesor (es decir, también consideró al mutuo como un contrato sinalagmático imperfecto); sin embargo, demuestra mayores precisiones y mayor riqueza de supuestos.

Al igual que el Código de 1836, el de 1852 disponía que era obligación del mutuatario devolver el bien, según el artículo 1800, en la misma especie y calidad. El término «cantidad» fue 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 el de 1852 se hace estableciendo que el mutuante no tiene 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 sólo a falta de plazo convencional.

Repitiendo lo establecido en el artículo 1259 del Código de 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. Además, este artículo agregaba que, en tal caso, el juez evaluaría las circunstancias del deudor.

Cabe reconocer aquí que este último 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 se responsabilizaba al mutuante por los defectos ocultos de la cosa entregada en mutuo si, sabiéndolo, no daba aviso al mutuatario. En cambio, si se ignoraba los vicios ocultos, sólo 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». Aquí podemos apreciar que no se pensó en la posibilidad de que se hubieran pactado intereses, caso en el cual este dispositivo resultaba perjudicial para el mutuante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En el Código Civil de 1936 —al igual que sus antecesores— en el momento de la celebración del contrato (en virtud de que éste se celebraba con la entrega), sólo 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» (el término «cantidad» fue agregado en otro artículo: el 1579).

En este Código ya no se estableció la imposibilidad —por parte del mutuante— de pedir la devolución antes del vencimiento del plazo legal o convencional. Ello es explicado por Manuel Augusto Olaechea[1404] 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 V, 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). Por su parte, las demás reglas concernientes a las obligaciones del mutuatario permanecieron.

En el Código Civil de 1984, el mutuo ya no es considerado como un contrato real. La entrega es, ahora, la obligación fundamental que asume el mutuante, la cual 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.

1404 Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. *Op. cit.*, p. 231.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 1658 regula un supuesto no previsto en el Código de 1936, aunque sí fue abordado 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, en caso de no haberse pactado intereses o cualquier otra retribución por el uso. Hallamos que esta disposición es acertada, pues 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.

En lo referente al objeto de las prestaciones en el contrato de mutuo, debemos precisar que aquél podría consistir en dinero (bien fungible por excelencia) o en cualquier otro bien consumible.

El Proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre reducía el mutuo sólo 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» —en su artículo 458 definía, erróneamente, a las cosas fungibles como aquéllas 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). Como sabemos, todos los bienes materiales tienen como destino final el consumo por el uso, pero los bienes consumibles son aquéllos que se extinguen con el primer uso. Entonces, con las primeras definiciones se estaba abarcando 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 clara 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 éste debe ser reputado como de compraventa (artículo 1665).

El artículo 1817 del Código Civil de 1852 disponía:

> Artículo 1817.- «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.

FONDO EDITORIAL CASTILLO FREYRE

> 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 sustituido por el numeral 1581 del Código de 1936, el cual establecía lo siguiente:

> Artículo 1581.- «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 está 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 como regla la teoría nominalista.

2.13. En cuanto a la valoración

Sobre este punto resulta sugestivo dedicar unas líneas a los antecedentes históricos del préstamo con intereses a fin de observar la atención que ha merecido por parte del legislador debido a los conflictos que ha suscitado entre los que manejan dinero y los prestatarios, obligados a asumir sus condiciones.

En principio tenemos, como indican los Mazeaud,[1405] que mucho antes de la aparición del mutuo, los romanos habían practicado el préstamo con interés por el *nexum* o por el juego de la estipulación a modalidades de interés por lo demás considerable. Las reacciones de los humildes llevaron al legislador unas veces a prohibir el préstamo con interés y otras a limitar el tipo de interés, pero esas limitaciones no tuvieron repercusión.

Cuando apareció el mutuo en Roma, éste consistía únicamente en la entrega y la restitución, por lo que los intereses debían ser estipulados en un negocio separado. De esta manera, la obligación de pagar intereses era eventual, puesto que no se concebía ligada al vínculo conmutativo de otra prestación del mismo negocio.[1406]

Pese a que los intereses debían ser pactados en un negocio distinto al contrato de mutuo, el legislador romano entendió necesario fijar un límite máximo a dichos intereses, prohibiendo a los acreedores la estipulación de un interés superior al permitido, tal como indican Colin y Capitant:[1407]

> Este sistema es el que empleó, durante todo el transcurso de su historia, el Derecho Romano, y ese *maximum*, que parece haber sido establecido, por primera vez en Roma por la Ley de las Doce Tablas, ha variado muchísimo desde esta época hasta la de Justiniano. Su sanción, por lo demás, era

1405 Rinessi, Antonio. *Op. cit.*, tomo XXII, p. 36.

1406 *Idem.*

1407 Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Op. cit*, tomo IV, p. 514.

> puramente el vil y consistía en la restitución de los intereses ilegalmente percibidos, pues el hecho de prestar con un interés muy crecido no era un delito que castigase la ley penal.

A partir de Carlomagno, el antiguo Derecho francés, influido por la Iglesia, prohibió el préstamo con interés. La Iglesia para conseguir esto se valió de los preceptos mosaicos y del Evangelio de San Lucas, añadiendo más tarde a Aristóteles.

Sobre el particular, debemos tener en cuenta que la influencia de la Iglesia se explica mejor en una civilización como aquélla, cuya actividad principal era la agrícola, tal como recuerda Rinessi:[1408] «El préstamo no era practicado sino por las personas víctimas de un acontecimiento desdichado o que carecían momentáneamente de disponibilidades. El dinero no estaba invertido en el comercio o en la industria».

La Iglesia se pronunció de manera más rigurosa que los romanos al sancionar el préstamo con interés. No sólo otorgó sanciones civiles, esto es, la nulidad de la estipulación de intereses, sino también sanciones de orden penal, excomulgando a quienes ignoraban la prohibición.

En tal sentido, presentamos las expresiones de Josserand:[1409]

> En nuestro antiguo derecho, el préstamo a interés estaba prohibido por influencia del derecho canónico, que había adoptado, a este efecto, una máxima de Cristo: «Mutuum date, nihil inde sperantes.» Dicha prohibición era verdaderamente antinatural; fue transgredida oblicuamente mediante estratagemas diversas; se recurría, para ello al contrato pignorativo (préstamo que revestía el aspecto de una venta con derecho de retracto), a la venta con derecho a retracto mismo, al contrato a mohatra (compra al contado a bajo precio, acompañada de una venta a término, celebrada a alto precio), y también a la constitución de renta, es decir, al contrato por el cual una persona —el acreedor de renta— entrega a otra persona, llamada deudor de renta, un capital en dinero cuyo reembolso no podrá ser exigido, y esto mediante el establecimiento de una renta cuyos plazos deberán ser pagados en las condiciones estipuladas entre las partes.

Al no estar sometidos al Derecho canónico, los judíos fueron autorizados para comerciar con el dinero. De ese modo, los judíos se adjudicaron un verdadero monopolio que compartieron luego con los lombardos.

Mientras tanto, los cristianos tuvieron que acudir a procedimientos indirectos, que fueron tolerados porque no chocaban de frente con la regla canónica y

1408 Rinessi, Antonio. *Op. cit.*, tomo XXII, p. 37.
1409 Josserand, Louis. *Op. cit.*, tomo II, vol. 2. p. 272.

porque el acudimiento al crédito es una necesidad que no puede excluir eficazmente ninguna legislación.[1410]

Poco a poco ese rigor extremo se fue relajando, al punto que a fines del antiguo Derecho, la prohibición era tan sólo teórica, pues únicamente se perseguía la usura extrema y no la moderada. El Derecho revolucionario suprimió la prohibición y, de igual manera, el Derecho canónico renunció a ella.

Llegamos así a los tiempos actuales en los que el mutuo es concebido, en principio, como un préstamo a título oneroso siempre que las partes no hayan estipulado, expresamente, que el mismo es gratuito.

Podemos recordar que para el Código de Santa Cruz el mutuo 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 de Manuel Lorenzo de Vidaurre también presumía la onerosidad del mutuo cuando en su definición señalaba que dicho contrato: «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, el mutuo se presumía gratuito. Ambos códigos siguieron la misma regla respecto al anatocismo, pues no se podía pactar la capitalización de intereses. Ello era 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 interés legal era de 6 % al año, y el convencional no debía excederse del 2 % mensual; en tanto, los códigos de 1852 y 1936 sólo 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 éste es un instrumento normativo con vocación de permanencia.

El artículo 1663 del Código vigente establece que:

> Artículo 1663.- «El mutuatario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto».

1410 Rinessi, Antonio. *Op. cit.*, tomo XXII, p. 37.

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; en tal caso, 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 los mismos (artículo 1250).

2.14. En cuanto al riesgo

Podemos decir que el mutuo 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.

2.15. En cuanto a sus efectos

El mutuo es un contrato obligatorio u obligacional.

Sobre este punto, la Comisión Revisora del Código Civil de 1984 manifestó lo siguiente:

> [El mutuo] Es un contrato obligatorio por cuanto genera un nexo obligacional entre mutuante y mutuatario, a diferencia del código anterior, que en su artículo 1573 consagraba el carácter traslativo del mutuo. Como quiera que éste se perfeccionaba con la entrega de la cosa mutuada, dicha tradición importaba, también la tradición de la propiedad a favor del mutuado.
>
> Sin embargo, cabe mencionar que aun cuando el contrato por sí mismo no transfiere el dominio, éste se adquiere por parte del mutuatario en el momento en que el mutuante cumple con la entrega del bien mutuado.

3. La formalidad en el contrato de mutuo

3.1. Regla general

Con la intención de facilitar la obtención de crédito se ha optado, en el Código Civil de 1984, por simplificar la contratación. De este modo, en aplicación del principio de libertad de forma contenido en el artículo 143 de este mismo cuerpo legislativo, el mutuo es un contrato informal, ya que se celebra sin requerir el cumplimiento de ninguna formalidad específica.

Ahora, es suficiente el simple acuerdo de las partes, por lo que, en consecuencia, este contrato típico puede celebrarse de forma oral o escrita.

A decir de Max Arias-Schreiber Pezet:[1411]

1411 Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, tomo II, p. 263.

Si bien existían opiniones en el sentido de que cuando el mutuo excediese determinado importe debería formalizarse por escrito, tal como lo preceptuaba el artículo 1585 del Código derogado, este planteamiento en definitiva no prosperó. En efecto, se ha estimado que en numerosos casos un requisito de este orden no será cumplido; que no es fácil cuantificarlo; y que cuando se trata de mutuos de varias cifras es usual que las partes convengan en utilizar un instrumento, por su propia seguridad. Sería realmente imprudente, por decir lo menos, que un préstamo de dinero por una suma importante, no conste de un documento y quede a merced de la memoria, que ordinariamente es frágil o, lo que es más grave, a la mala fe de un contratante.

En virtud de lo establecido por el artículo 1649 del Código Civil peruano:

> Artículo 1649.- «La existencia y contenido del mutuo se rigen por lo dispuesto en la primera parte del artículo 1605».

En tal sentido, debe recordarse que el artículo 1605 es una norma propia del contrato de suministro. Dicha norma regula la formalidad en el suministro celebrado a título oneroso al señalar lo siguiente:

> 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».

Consideramos, al igual que lo explicamos en su momento, que este párrafo, aplicable no sólo al suministro sino también al contrato de mutuo, no aporta absolutamente nada. Sin su inclusión se habría entendido lo mismo.

Pero si se estableciese la prevalencia del instrumento escrito, se tendría incluso que llegar a detallar de modo más minucioso la prevalencia de los instrumentos escritos entre sí y, en ese caso, la norma resultaría ociosa e intrascendente.

Sin embargo —como ya hemos señalado oportunamente—, lo más interesante es que, si bien el Código de Procedimientos Civiles de 1912 (vigente al momento de la promulgación del Código Civil en 1984) establecía en materia probatoria el sistema de la prueba tasada, a través del cual se asignaba, de manera apriorística, mayor valor probatorio a determinados medios por sobre otros; el Código Procesal Civil de 1993 no efectúa tal distinción. Este último considera que todos los medios probatorios tienen —en principio— igual importancia, y deja al juez su adecuada valoración, según las circunstancias del caso.

Por estas razones consideramos que podría haberse prescindido del artículo 1649 del Código y también de su referente (el primer párrafo del artículo 1605, norma propia del contrato de suministro).

En otras palabras: hubiéramos preferido que se estableciera que el mutuo es un contrato absoluta y simplemente consensual.

EDUARDO CASTILLO FIERRO

3.2. El mutuo entre cónyuges

Según lo establecido por el artículo 1650 del Código Civil peruano:

> Artículo 1650.- «El mutuo entre cónyuges constará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, cuando su valor exceda el límite previsto por el artículo 1625».

Antes de ingresar al análisis de la norma propiamente dicha, deberíamos manifestar que sería muy difícil, en el plano teórico, que se diese un supuesto de mutuo entre cónyuges.

Decimos esto por las siguientes consideraciones.

Si se presentase el caso en el cual los cónyuges hubiesen contraído matrimonio bajo el régimen de sociedad de gananciales es evidente que dichos cónyuges tendrían tanto bienes propios como bienes comunes.

Si uno de ellos quisiera prestar al otro un bien propio, por la naturaleza de la operación, el mutuatario no sería el cónyuge aparentemente beneficiado con el préstamo, sino la sociedad conyugal. Esto se debe a que, dada la naturaleza de la operación, el dinero percibido por la sociedad le corresponde a ella y no a alguno de los cónyuges en especial.

Es evidente que este caso no sería uno de mutuo entre cónyuges, sino de mutuo de un cónyuge a la sociedad conyugal.

El otro supuesto se presentaría cuando los cónyuges rigieran sus relaciones bajo el régimen de separación de patrimonios.

En este caso, sí se podría presentar el supuesto en el cual uno de ellos preste dinero al otro, ya que dichos bienes seguirían teniendo la calidad de bienes propios.

Entonces, entendemos que el mutuo entre cónyuges sólo se podría dar en el supuesto de la existencia del régimen de separación de patrimonios y no en el de sociedad de gananciales.

Dentro de tal orden de ideas resulta pertinente preguntarse si el mutuo entre cónyuges es un contrato formal, tal como aparentemente lo establece el artículo 1650, antes citado.

De acuerdo a la redacción original del Código Civil de 1984, el mutuo podía ser también un contrato formal si se celebraba entre cónyuges y su valor excediera de ciento cincuenta sueldos mínimos vitales (SMV). Este acto debía constar por escritura pública, bajo sanción de nulidad (artículo 1650, con remisión al numeral 1625). No obstante, cuando se modificó el texto del artículo 1625 —relativo a la donación—, en virtud de la Ley n.° 26189, y al haberse eliminado el requisito de la celebración del contrato de donación de bienes muebles de valor, por escritura pública, habiéndose suprimido el parámetro ahí señalado, debemos entender que —al no existir la referencia a que hace mención el artículo 1650 del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Código Civil—, todo contrato de mutuo es consensual, incluido el mutuo entre cónyuges. Y está bien que ello sea así, pues la realidad nunca fue de la mano con una norma como ésta.

Si la pareja se lleva bien, sería impensable que quien presta exija a su cónyuge la celebración del contrato por escritura pública. Y si la pareja se lleva mal, o simplemente no se lleva, no habría préstamo.

Así, la contratación entre cónyuges con patrimonios separados es una de las conquistas de nuestro Código actual. Por aplicación de la norma contenida en el artículo 1650, nada impide que se celebre un contrato de mutuo entre cónyuges.

Si bien en un principio se imponía una formalidad cuando el mutuo versaba sobre valores representativos y prefijados en el artículo 1625, de modo que se buscaba lograr «mayor seguridad de la estabilidad familiar, del derecho de los herederos legitimarios y de los acreedores»,[1412] ello ha sido dejado de lado.

3.3. El mutuo de incapaces o ausentes

La capacidad de las partes es un tema de suma importancia que ha merecido tratamiento jurídico por parte del legislador. Recordemos que el mutuo, como contrato de préstamo de consumo, implica por parte del mutuante capacidad para enajenar sus bienes; toda vez, que el mutuatario debe tener capacidad para aceptar las obligaciones que el mutuo conlleva.

El Código Civil de 1936 dispuso, al respecto, tres reglas: la primera, la del artículo 1574, se refiere a la capacidad jurídica de las partes; mientras que las otras dos, las de los artículos 1575 y 1576, están referidas a la capacidad de ejercicio.

El artículo 1574 señalaba que tanto el mutuante como el mutuatario, para celebrar este contrato, deben tener capacidad para disponer libremente de sus bienes.

Como bien comenta José León Barandiarán,[1413] esta norma se traduce en una exigencia de capacidad de goce, de la facultad para contraer el mutuo ya sea como mutuante o como mutuatario. El mutuante debe ser dueño de lo que da en mutuo, pues este importa una dación, una transferencia de la cosa mutuada, cuya propiedad pasa al mutuatario. Con la tradición surge la obligación del mutuatario de devolver, de restituir el bien o su equivalente, para lo cual es necesario que dicho mutuatario sea dueño de lo que da en pago, por lo que también debe tener capacidad de disposición.

En los casos en que las personas poseen capacidad de goce para celebrar el mutuo en su carácter de mutuantes, pero no pueden celebrarlo directamente, sino

1412 *Ibidem*, p. 264.

1413 León Barandiarán, José. *Contratos en el Derecho Civil peruano*. Lima: Imprenta UNMSM, 1975, tomo II, p. 13.

por intermedio de sus representantes legales, nos encontramos frente al supuesto de incapacidad de ejercicio.

En estos casos, en los que la incapacidad de ejercicio puede ser absoluta o relativa, el Código de 1936 también se había pronunciado. Con la finalidad de proteger los intereses de los incapaces, estableció que los representantes de aquéllos podían dar o recibir en mutuo en nombre de sus representados, pero siempre que se observen para ello ciertas formalidades.

Tratamiento similar es el asumido por la legislación actual, a la que a continuación nos remitimos.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1651 del Código Civil de 1984:

> Artículo 1651.- «Los representantes de incapaces o ausentes, para celebrar mutuo en representación de las personas cuyos bienes administran, deben observar lo dispuesto en el artículo 1307».

Sin duda, el mutuo, al ser un acto de disposición patrimonial (si se es mutuante) o contener una obligación de restitución (si se es mutuatario), constituye un contrato cuya importancia hace que la ley estime necesario resguardarlo no sólo de las formalidades. También debe regular la hipótesis en la cual este contrato sea celebrado por incapaces o ausentes a través de sus respectivos representantes.

Para tal efecto hace de aplicación al caso lo dispuesto por el artículo 1307, precepto que regula la transacción celebrada por los representantes de ausentes e incapaces, tratándose de casos bastante especiales ya que éstos requieren la máxima protección por parte del ordenamiento jurídico, particularmente si se trata de realizar concesiones recíprocas que no son otra cosa que disposiciones de bienes y derechos.

Como indica Arias-Schreiber:[1414]

> Creemos que el mutuo es riesgoso no sólo para el mutuante, sino también para el mutuatario. No hay que olvidar que con la entrega se transmite la propiedad y que el mutuatario igualmente lo hace cuando devuelve bienes de la misma especie, calidad o cantidad y particularmente si se trata de préstamo de sumas de dinero. A ello se agrega que en la actualidad el contrato es oneroso en principio y es raro que no se convenga el pago de intereses.

En términos generales, el artículo 1651 sigue la solución del Código anterior, salvaguardando los intereses de los incapaces por medio de la imposición de «formalidades habilitantes», esto es, requisitos exigidos por ley para completar la voluntad de un incapaz o para protegerlo.

1414 Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, tomo II, p. 265.

Para tal efecto hace de aplicación al caso lo dispuesto por el artículo 1307, precepto que regula la transacción celebrada por los representantes de ausentes e incapaces. Se trata de casos bastante especiales, ya que requieren de la máxima protección por parte del ordenamiento jurídico, particularmente, si se trata de realizar concesiones recíprocas que no son otra cosa que disposiciones de bienes y derechos.

Entonces, puesto que la transacción supone dichas concesiones, las cuales pueden consistir en verdaderas renuncias o disminución de derechos, resulta indispensable cautelar el interés de los ausentes e incapaces mediante la exigencia imperativa de que sus representantes legales obtengan la aprobación del juez. Éste, por su parte, debe oír previamente al Ministerio Público y al Consejo de Familia (si lo hubiere).

Siendo ésta la regla general para el caso de todos los incapaces y ausentes, es menester armonizarla con los preceptos específicos que a cada uno de ellos destina el Código Civil.

Así, en el caso de los ausentes,[1415] son de aplicación los artículos 52 y 56 del Código Civil, los cuales establecen que quienes hubiesen obtenido la posesión temporal de los bienes de los ausentes no pueden gravarlos ni menos aún enajenarlos, salvo casos de necesidad, en la medida de lo indispensable y previa autorización judicial.

En cuanto a los incapaces, el artículo 1307 comprende tanto a los incapaces absolutos como a los relativos. Ambos, por disposición del propio Código, deben tener representantes, ya que no cuentan con capacidad de ejercicio plena.[1416]

La norma general sobre representantes legales prescribe que estos requieren autorización expresa para disponer de los bienes del representado o gravarlos, celebrar transacciones, celebrar compromiso arbitral y celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial (artículo 167 del Código Civil).

En el caso de menores sujetos a patria potestad, para transigir se exige a los padres obtener autorización judicial (inciso 3 del artículo 448 del Código Civil).

En concordancia con el artículo 447, los padres no tienen la facultad de enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan los límites de la administración, salvo por causas justificadas de

1415 Como sabemos, ausentes son los desaparecidos de quienes no se haya tenido noticia en dos o más años, y que el juez, a pedido de quien tenga legítimo interés, los haya declarado en tal condición (situación jurídica de ausencia).

1416 Hubiese sido bueno que la ley sobre la capacidad de las personas con discapacidad (Decreto Legislativo n.° 1384) también adecuara el artículo 1651 a sus alcances.

necesidad o utilidad y previa autorización judicial. En tales casos, el juez deberá verificar y evaluar la existencia de necesidad o utilidad.

Para los menores sujetos a tutela, el artículo 532 (inciso 1) del Código Civil establece que los tutores no podrán obtener la aprobación judicial si no se da audiencia previa del consejo de familia, en resguardo de los intereses del menor.

Antes de concluir con nuestros comentarios acerca de las formalidades en el contrato de mutuo celebrado por representantes de incapaces o ausentes debemos precisar que la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 1307 del Código sólo será pertinente cuando el valor del bien mutuado exceda diez veces el sueldo mínimo vital mensual.

Ello, en virtud de lo señalado por el artículo 1652 del propio Código. Dicho precepto establece:

> Artículo 1652.- «En el caso del artículo 1651, no será necesaria la intervención de los representantes o el cumplimiento de las formalidades de la transacción, según el caso, cuando el valor del bien mutuado no exceda de diez veces el sueldo mínimo vital mensual».

Estimamos que el sentido del precepto que acabamos de anotar resulta adecuado, en la medida en que no guardaría proporción el exigir formalidades considerables cuando estuviésemos en presencia de un contrato de mutuo, celebrado por una cantidad poco apreciable.

Sin embargo, si bien al momento de entrada en vigencia del Código Civil en 1984, el sueldo mínimo vital (SMV) mensual constituía una unidad de referencia de uso corriente y masivo dentro de nuestra legislación, hoy en día ya no lo es y ha sido sustituida por la unidad impositiva tributaria (UIT).

Además, en cuanto a monto se refiere, el sueldo mínimo vital ha quedado desfasado con respecto a la UIT.

En tal sentido, sería conveniente que el artículo 1652 establezca como referencia: «cuando el valor del bien mutuado no exceda de diez unidades impositivas tributarias». Ello para adoptar un parámetro acorde con la realidad y de actualización constante.

En todo caso, es claro que la norma contenida en el citado artículo responde a la necesidad de facilitar la contratación en los casos en que el bien objeto del mutuo carece de valor considerable. De allí que si se trata de incapaces, éstos podrán celebrar el contrato por sí mismos, y si lo realizan por medio de representante, éste no se encuentra obligado a cumplir con las formalidades habilitantes que prevé el artículo 1307.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4. Momento de entrega del bien

El artículo 1653 del Código Civil de 1984 establece que el mutuante se encuentra obligado a efectuar la entrega en la oportunidad convenida y, en su defecto, al momento de celebrarse el contrato.

Como ya hemos acotado, el contrato de mutuo es hoy caracterizado, dentro de nuestro ordenamiento legal, como un contrato consensual y no así real.

De esta forma, la entrega del bien por parte del mutuante no supone la celebración del contrato, sino que se configura como la obligación principal que este mismo sujeto asume frente al mutuatario.

Podemos inferir de lo anterior, tal como lo hace Arias-Schreiber,[1417] que:

> La libertad de forma del mutuo hizo imperativo incorporar este artículo, pues la entrega es uno de los efectos del contrato y la obligación primordial que asume el mutuante. Con ella, se inicia la ejecución de la relación obligacional.
>
> Aunque no lo diga este numeral, es valor entendido que la entrega debe hacerse en los términos convenidos por las partes y que el mutuatario estará en el derecho de resistirse a ella cuando el bien que debe recibir no responde a la que ha sido la voluntad contractual.

El precepto contenido en el artículo 1653 no es imperativo sino supletorio de la autonomía privada de las partes. Sólo en el caso de que los contratantes no hubieran resuelto el momento de la entrega, cuando celebraron el contrato, se aplicarán las normas pertinentes que revisaremos a continuación.

Conforme a lo establecido por la regla general de pago, el artículo 1240 del Código Civil peruano:

> Artículo 1240.- «Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación».

De acuerdo con Fernando J. López de Zavalía,[1418] los contratos pueden clasificarse en aquellos de ejecución inmediata y aquellos de ejecución diferida según como se responda a la pregunta: ¿cuándo debe comenzar su ejecución?

Tal clasificación es aplicable también al caso de la ejecución de las obligaciones en general, ya que si bien dicha teoría está elaborada para los contratos, definitivamente éstos (de acuerdo con la corriente de opinión más moderna al respecto) se agotan al momento de su celebración y lo único vigente con

1417 Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, tomo II, p. 265.

1418 López de Zavalía, Fernando J. *Teoría de los contratos*. Parte general. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1984, pp. 68 y 69.

posterioridad a ese momento es la relación jurídica patrimonial (conformada por las obligaciones surgidas de ellos).

Una obligación de ejecución inmediata será aquella cuya prestación comience a ejecutarse, como su nombre lo indica, inmediatamente después de nacer dicha obligación, mientras que una obligación de ejecución diferida será aquella cuya prestación comience a ejecutarse una vez transcurrido un lapso desde el momento del nacimiento de la misma.

Una obligación podría no ser de ejecución inmediata en dos supuestos:

a) Cuando se le hubiese establecido un plazo suspensivo.

b) Cuando estuviese sujeta a condición suspensiva.

Pero ambos (el plazo y la condición) son modalidades de un acto jurídico, las cuales tienen que ser necesariamente pactadas por las partes para integrar dicho acto. En caso contrario, el acto se considerará como puro y simple.

Entonces, de acuerdo con el razonamiento antes esbozado, al no haberse introducido estos elementos en una relación obligacional, ya sea por ley o por voluntad de los otorgantes, el acto constitutivo de dicha obligación será puro y simple. De aquí se deriva la consecuencia establecida por el artículo 1240 del Código.

Cabe señalar[1419] que el sistema adoptado por el Código de 1984, a través del artículo 1240, no es el único existente en las legislaciones de nuestra tradición jurídica. Como expresa León Barandiarán,[1420] cuando se refiere al entonces vigente artículo 1252 del Código Civil de 1936:

> El artículo 1252 sigue el criterio que ha inspirado las legislaciones modernas. Importa la consignación de la regla *quod sine die debetur, praesente debetur*. Al respecto, hay tres sistemas. Los códigos francés y argentino [de 1871] disponen que no existiendo plazo convenido la obligación debe cumplirse en el plazo que señale el juez. Otros códigos sudamericanos indican un plazo legal para el cumplimiento, a lo menos para las obligaciones de dinero. Los códigos alemán, suizo, brasileño e italiano resuelven que el pago es exigible inmediatamente.
>
> Este último sistema, ya acogido también por el Código español, está por encima de sus rivales. El del plazo legal no tiene fundamento racional alguno; existiendo una deuda, su exigibilidad es concomitante con ella. El sistema del plazo judicial confiere al juez un poder arbitrario. (La precisión entre corchetes es nuestra).

1419 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*, vol. XVI, segunda parte, tomo V.

1420 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano, obligaciones. Modalidades y efectos*. Buenos Aires: Ediar, 1954, tomo II, p. 309.

Hasta aquí las palabras de León Barandiarán.

Como dice Llambías,[1421] la oportunidad del cumplimiento de la obligación no puede quedar al arbitrio de cualquiera de las partes. El acreedor no puede pretender que se le pague en un momento impropio; tampoco el deudor puede retrasar el pago cuando él quiera, o adelantarse a hacerlo cuando el acreedor no está preparado para recibirlo. Resulta esencial, entonces, establecer cuál es el tiempo propio del pago.

Por su parte, Jacques Dupichot[1422] expresa que en principio toda deuda es pura y simple y, por tanto, exigible inmediatamente; sin embargo, la exigibilidad puede ser diferida por un término suspensivo o por un término de gracia judicial.

Coinciden con ellos Larenz, Cazeaux y Trigo Represas, Wayar, entre otros profesores.[1423]

Aquí conviene mencionar que el Código Civil peruano regula el tema del plazo también —y fundamentalmente— en las normas referentes a las modalidades de los actos jurídicos (artículos 178 a 184).

Cabe recordar que resulta indispensable la adecuada concordancia de este principio con los artículos mencionados del Libro de Acto Jurídico, puesto que muchas veces resulta imposible, por la naturaleza de la obligación, pagar inmediatamente, tal como lo establece el artículo 182. En el caso del contrato de mutuo, el artículo 1656 prescribe que cuando no se ha fijado plazo para la devolución, ni éste resulta de las circunstancias, se entiende que es de treinta días contados desde la entrega.

En conclusión: la regla del artículo 1240 del Código Civil peruano no es absoluta. Cuando no hay plazo designado para el pago no siempre el acreedor puede exigirlo inmediatamente después de contraída la obligación.

La referida norma tiene tres notorias excepciones.

Primero, la prevista por el primer parágrafo del artículo 182 del Código Civil. Este prescribe que si el acto no señala plazo para el pago, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración. Por ejemplo, si en una obligación de hacer —construir un edificio— no se ha señalado plazo, el juez deberá fijar su duración. Lo contrario (es decir, el

1421 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil*. 4ª ed. actualizada por Patricio Raffo Benegas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, tomo II-B, pp. 231 y 232.

1422 Dupichot, Jacques. *Derecho de las Obligaciones*. Versión castellana de Rosangela Calle. Bogotá: Temis, 1984, p. 112.

1423 Larenz, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, tomo I, p. 264 y ss. Véase también: Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. La Plata: Editorial Platense, 1986, tomo II, p. 185 y ss.; y también: Wayar, Ernesto Clemente. *Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, tomo I, p. 417 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

pago inmediato) constituiría un imposible. Caso distinto sería si se tratara de un bien —por ejemplo un cuadro— que el deudor, sin señalarse el plazo, se obliga a entregar al acreedor. Aquí, la aplicación del artículo 1240 sería absoluta.

Luego, la señalada por el segundo párrafo del artículo 182, la cual prescribe que corresponde al juez fijar la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o de un tercero y éstos no lo señalaren.

Finalmente, la excepción prevista por el artículo 1656 para el contrato de mutuo. El precepto establece, lo reiteramos, que cuando no se ha fijado plazo para la devolución y éste no resulta de las circunstancias, se entiende que es de treinta días contados desde la entrega.

El origen del artículo 1240 del Código Civil peruano es romano. Las reglas allí vigentes permitían exigir el pago de inmediato en caso de faltar un plazo estipulado. Esta norma romana —que también recogen las legislaciones alemana, suiza y brasileña de 1916— es la adoptada por el Código Civil peruano de 1984 y por su antecedente inmediato, el Código Civil de 1936.

Sin embargo, no es éste el único sistema. El Código argentino de 1871, al igual que las legislaciones francesa y española, prescribe que a falta de plazo estipulado, éste debe ser designado por el juez. A su turno, otros códigos, singularmente latinoamericanos, señalan un término fijo, a falta de plazo pactado, para el cumplimiento de la obligación.

En nuestra opinión, la norma del Código Civil peruano es la adecuada. El pago debe efectuarse inmediatamente después de contraída la obligación. La intervención judicial, la misma que puede ser arbitraria, sólo entra en juego en los casos antes previstos, es decir, si las partes no han señalado un plazo y es evidente que el deudor requiere de él para cumplir la obligación o si su determinación ha quedado a voluntad del deudor o de un tercero, y éstos no lo fijan.

5. Efectos de la entrega del bien

5.1. La transferencia de propiedad

De conformidad con lo establecido por el artículo 1654 del Código Civil peruano:

> Artículo 1654.- «Con la entrega del bien mutuado se desplaza la propiedad al mutuatario y desde este instante le corresponde la mejora, el deterioro o destrucción que sobrevengan».

En primer lugar, es preciso señalar que, a pesar de que el artículo 1648 no lo señala expresamente, el hecho de que el mutuante se obligue a entregar en propiedad al mutuatario los bienes mutuados va de la mano con la naturaleza del contrato de mutuo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Vale decir que no se trata de una obligación de entrega cualquiera, sino una obligación de entrega en propiedad.

Como es obvio, el contrato de mutuo, a pesar de que no exista imposibilidad legal al respecto, siempre recaerá sobre bienes muebles, en la medida en que resulta difícil imaginar bienes inmuebles de carácter consumible.

En tal sentido, el artículo 1648, así como el numeral 1654 bajo comentario, son normas plenamente concordantes en la medida que, en caso de muebles, la propiedad del bien se transfiere con la entrega o tradición, tal como lo establece el artículo 947 del propio Código Civil.

Resulta evidente que cuando el mutuatario ejecute su obligación de devolver bienes de la misma especie, calidad y cantidad, también tendrá que transferir la propiedad de los mismos.

Se podría decir que el mutuo es un contrato que implica dos obligaciones de transferir propiedad, pero de distintos bienes iguales.

En segundo término es necesario precisar los alcances de lo dispuesto en la segunda parte del artículo 1654 en el sentido de que desde el momento de la entrega del bien mutuado al mutuatario corresponde a este último la mejora, el deterioro o la destrucción que sobrevengan en torno al bien.

Dicha solución resulta evidente dado que con la entrega ya se ha transferido la propiedad del bien. Así, cuando el mutuatario se convierte en propietario del mismo, él tendrá, definitivamente, todo el derecho de disponer y proceder al consumo del bien mutuado.

Es claro, como ha sido dicho por nosotros oportunamente, que el mutuatario no va a devolver el mismo bien, sino uno equivalente. Por esta razón —es decir, por el hecho de que el mutuatario no tiene con respecto al bien recibido en mutuo ninguna obligación en la que sea deudor (pues es deudor de un bien equivalente, pero no de ese bien)—, dicho mutuatario sufrirá las consecuencias de la pérdida, deterioro, destrucción o mejora del bien, tal y como corresponde a cualquier propietario con relación a los bienes de su propiedad. Esto último, por estricta aplicación del antiguo principio romano *res perit domino* (la cosa se pierde para su dueño).

Estimamos que tanto la primera como la segunda parte del artículo 1654 bajo comentario resultan de solución evidente, razón por la cual bien podría no haberse incluido esta norma en el Código Civil.

Podemos deducir que un pacto por el cual queda reservado para el mutuante el dominio del bien que se entrega en mutuo desnaturalizaría el contrato, que supone —aun si no hubiese sido contemplado de manera expresa en el artículo 1654— el consumo del bien por parte del mutuatario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De la misma manera, dada la naturaleza especial del contrato, el mutuante debe ser dueño de la cosa en el momento de la entrega. Ello no impide, evidentemente, que un mutuante pueda obligarse a entregar bienes ajenos, pues los podrá hacer de su propiedad antes de la ejecución del contrato.

Además, cabe reiterar que la tradición o entrega material de las cosas dadas en mutuo se puede realizar de la misma forma en que se realiza la tradición de las cosas muebles.

5.2. Presunción de buen estado del bien

Conforme a lo establecido por el artículo 1655 del Código Civil:

> Artículo 1655.- «Recibido el bien por el mutuatario, se presume que se halla en estado de servir para el uso a que se destinó».

Como en su momento señaló la Comisión Revisora en su Exposición de motivos del Código Civil de 1984, en virtud de esa norma la recepción del bien hace presumir que éste se encuentra apto para servir al uso al que se pretende destinarlo, puesto que, de otro modo, el mutuatario no lo habría recibido.

Si con posterioridad a la entrega, el mutuatario hiciera algún tipo de reclamo, aduciendo que el bien no presenta las cualidades requeridas, será éste quien deberá aportar la correspondiente prueba para destruir la presunción que establece este precepto.

La presunción de buen uso, establecida por el citado numeral, tiene directa relación con la idea de que una vez entregado el bien por el mutuante al mutuatario, dicho bien se halla en estado de servir, vale decir, resulta útil a efectos del contrato celebrado.

Esta norma resulta una introducción novedosa con respecto al Código de 1936. Según expresa el ponente del contrato de mutuo ante la Comisión Reformadora, Max Arias-Schreiber Pezet,[1424] dicho artículo está destinado a facilitar la concertación del mutuo y a exigir por parte del mutuatario una actitud prudente al momento de la entrega del bien mutuado, en forma similar a lo que sucede en el artículo 1679 del Código Civil, relativo a las obligaciones del arrendador.

Así, cita como ejemplo el caso de un préstamo de una suma de dinero en el cual, cuando se hace la entrega de los billetes circulares, se presume que son legítimos; si ello no fuera así, el mutuatario tendría que demostrar que eran falsos, lo que no resultará fácil si —a su vez— han circulado o hubiera mediado un lapso considerable desde su entrega.

1424 Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, tomo II, p. 267.

El citado profesor refiere que algo similar se produciría si el préstamo fuese en especie, pues una vez consumido el bien no habría manera de acreditar que no estaba en aptitudes de satisfacer el uso para el cual se le destinó.

De allí, según Arias-Schreiber, se desprende que, si bien la regla del artículo 1655 consagra una presunción *iuris tantum*, que es susceptible de superarse mediante la prueba en contrario, el mutuatario deberá tomar siempre la precaución de examinar con la mayor diligencia el bien que se le está entregando, para evitar lo que en algunos casos se convertiría en prueba diabólica, esto es, de imposible realización.

Desde nuestro punto de vista, la presunción establecida por el artículo 1655 no resulta adecuada.

En primer término porque dentro de la lógica de las obligaciones de dar podría pensarse en la creación de una regla similar para todos los contratos que impliquen este tipo de obligaciones. Y, como sabemos, ello no es así en la medida que dichos contratos y dichas obligaciones no se encuentran amparados por ninguna presunción.

En segundo lugar, el tema de la presunción de buen uso resulta excesivo. Pensamos que el mismo debería regirse, en todo caso, por las disposiciones generales de las obligaciones de saneamiento contenidas en el artículo 1484 y siguientes del Código Civil:

> Artículo 1484.- «Hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien».
>
> Artículo 1485.- «En virtud del saneamiento el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor».

En tercer término, estimamos que la presunción contenida en el artículo 1655 del Código Civil no aporta nada en la medida que incluso si no existiese, el mutuatario que se sintiera perjudicado debería demostrar que el bien mutuado no se hallaba en estado de servir para el uso al cual se destinó. Esto en virtud del principio de Derecho Procesal que reza que todo aquél que alegue un hecho debe probarlo. Es así que dicha prueba tendría que aportarse con la existencia de la presunción a favor del mutuante o sin ella.

Por otra parte, resulta evidente que la situación del mutuante no variaría si la presunción no existiese, ya que si el mutuatario se considerara perjudicado, tendría que demostrar dicho perjuicio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

6. Momento de devolución del bien

En palabras de Rinessi:[1425]

> Expresa Muñoz, al discurrir acerca de la naturaleza jurídica del plazo, que éste es una concesión hecha al deudor para que cumpla en un momento ulterior, pero además puede hablarse de una obligación de no pedir, esencia de la prestación, y que satisface el interés del derecho de no pagar actualmente. Cabe decir que hay una situación durable de ventaja, mejor que un derecho de disfrute.
>
> De esta situación obligatoria es sujeto pasivo el acreedor mutuante, que no debe turbarla. Que la obligación del acreedor sea de ejecución continuada resulta evidente porque consiste en un *non facere* y solo puede concebirse durable, ininterrumpida desde la entrega de la cosa, desde el nacimiento del derecho o desde la estipulación.
>
> El patrimonio del acreedor, por consiguiente, queda afectado, pues en lugar de existir en él la cosa, se aprecia un derecho a obtenerla.
>
> Es necesario además afirmar que la pretensión al plazo está protegida por la acción enderezada a la entrega de la cosa y a la existencia del mismo plazo sin el cual carece de significado la entrega.

Tras lo expuesto podemos concluir que, para Muñoz, el plazo no es un elemento accidental del contrato de mutuo, sino que, por el contrario, es un elemento constitutivo sin el cual no puede llevarse a cabo la función crediticia del préstamo de consumo.

Nuestra legislación —reconociendo la importancia del plazo en un contrato de duración como el del mutuo, en el que la obligación de restituir es inherente a su naturaleza— ha previsto en los artículos 1656, 1657 y 1658 del Código Civil diferentes supuestos y fórmulas que pretenden evitar o resolver las posibles controversias que pueden surgir con relación a esta figura jurídica contractual.

A continuación desarrollaremos los supuestos contemplados.

6.1. Pacto de partes

En principio, las partes tienen la más absoluta libertad para establecer el plazo de devolución del bien mutuado y en la mayoría de casos pactarán el que consideren conveniente a sus intereses. En tal sentido, en el aspecto práctico, casi todo contrato de mutuo contiene un plazo de devolución de dicho bien.

1425 Rinessi, Antonio. *Op. cit*, tomo XXII, p. 41.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

6.2. Ausencia de pacto de partes

Si se aplicara al mutuo el principio general de pago establecido en el artículo 1240 del Código Civil («Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación»), tal situación representaría un absurdo dentro del contrato que nos ocupa.

Decimos esto en la medida que nadie pide prestado algo y se hace de la propiedad de un bien para devolverlo inmediatamente después de contraída la obligación. Ello simplemente resultaría absurdo, dado que carecería de sentido para el mutuatario haber contraído el préstamo.

En otras palabras, si necesitara el bien y me lo prestan para consumirlo, es evidente que me encontraría en la absoluta imposibilidad de efectuar una devolución inmediata del mismo al mutuante, pues en el caso contrario no habría tenido razón alguna para pedirlo prestado.

En adición a este argumento debe señalarse el de los intereses, puesto que el mutuo es un contrato que se presume oneroso (vale decir, se presume con intereses). De esta manera, quien presta lo hace fundamentalmente con un fin de lucro y los intereses, que constituyen el lucro propiamente dicho, no se generan inmediatamente con el préstamo mismo, sino que se van devengando con el paso del tiempo.

En este sentido, y en virtud de dicho argumento, también carecería de toda razón el mutuo en el cual el préstamo debiera devolverse inmediatamente después de entregado el bien al mutuatario.

Así, y a pesar de que la inmensa mayoría de contratos de mutuo incluyen plazos establecidos con claridad a efectos de la devolución del bien por parte del mutuatario, es evidente que existirán algunos casos en los cuales las partes, ya sea por olvido o por alguna otra circunstancia, hayan omitido establecer dicho plazo.

Dentro de tal orden de ideas, para evitar la aplicación de la que sería la norma pertinente (vale decir, el principio general de oportunidad de pago contemplado por el antes aludido artículo 1240 del propio Código Civil), la ley, a través del numeral 1656 establece:

> Artículo 1656.- «Cuando no se ha fijado plazo para la devolución, ni éste resulta de las circunstancias, se entiende que es de treinta días contados desde la entrega».

Es claro que el haber establecido como plazo el de treinta días resulta simplemente de una opción legislativa en la medida que la ley pudo haber establecido un plazo diferente (por ejemplo, noventa días, seis meses, un año, etc.). Lo que ocurre es que se ha estimado un plazo que podría considerarse como el mínimo razonable, a efectos de que el mutuatario pueda hacer uso (consumo) del bien mutuado y, además, se encuentre en aptitud de reponerlo al mutuante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

6.3. Pago a mejor fortuna

Un tema que guarda directa relación con el artículo bajo tratamiento es el referido al plazo de gracia.[1426] Sobre el mismo, Salvat[1427] señala que en el Derecho Romano era permitido a los jueces acordar al deudor, teniendo en cuenta su situación personal, sea un plazo prudencial para el pago de una obligación ya vencida, sea diversos plazos escalonados para el pago de ella en cuotas sucesivas: éste era el plazo de gracia. El plazo de gracia existía también en el antiguo Derecho francés, del cual pasó al Código Napoléon, pero no a las legislaciones modernas. En ellas, el plazo de gracia sólo será eficaz en la medida en que sea acordado por acreedor y deudor.

Por otra parte, Salvat[1428] trata el tema de la facultad de pagar cuando el deudor pueda o tenga medios, señalando que podría ocurrir que al contraerse la obligación se haya dejado al deudor la facultad de pagar cuando le sea posible o tenga los medios para hacerlo. Ésta es una estipulación bastante frecuente, mucho más de lo que podría creerse.

Si la obligación autorizara al deudor para satisfacerla cuando pudiese o tuviese medios para hacerlo, los jueces, a instancia de parte, designarían el tiempo en que debiera hacerlo, es decir, que corresponde al juez, en tal caso, señalar el tiempo o plazo para el pago. En consecuencia, Salvat considera que la obligación de pagar cuando el deudor pueda o tenga los medios de hacerlo constituye una obligación a plazo incierto y no una obligación condicional, pues en ningún momento el acreedor ha pensado que su derecho de acreedor se pone en duda o puede discutirse. Lo que se ha dejado en la incertidumbre es el tiempo del cumplimiento, con mayor latitud que cuando no se indica fecha; por eso, se trata de un caso de plazo incierto.

Este tema es resuelto por el Código Civil peruano en el primer párrafo de su artículo 182, precepto que establece lo siguiente:

> Artículo 182.- «Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración.
>
> También fija el juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalaren.
>
> El procedimiento es el de menor cuantía».

1426 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre (1996). *Op. cit.*, segunda parte, tomo V, pp. 227 y siguientes.

1427 Salvat, Raymundo. *Tratado de Derecho Civil argentino.* Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1952, tomo II, p. 297 y ss.

1428 *Ibidem*, p. 312 y ss.

Por otra parte, Eduardo B. Busso[1429] aborda el tema de las cláusulas de pago cuando el deudor así desee hacerlo. El citado tratadista argentino refiere que ya en el Derecho Romano se discutía el alcance de la cláusula «pago cuando el deudor quiera» *(cum volueris)*. Paulo, reflejando la opinión dominante, decía: «Si el deudor antes de morir expresó su voluntad de cumplir la deuda, sus herederos quedan obligados a hacerlo. En caso contrario, quedarán liberados». En cambio, consideraba siempre inválida la estipulación «si el deudor quiere» *(si volueris)*.

Busso recuerda que Pothier rechazaba esas distinciones: la estipulación «cuando quisiere» sería siempre inválida como la que dijera «si me place o si quisiere». Duranton, en tanto, retomó la idea romana: si yo debo para «cuando quiera», es menester que yo manifieste mi querer para que la obligación se perfeccione; y si yo muero sin haber querido, ya será imposible el acto perfeccionante. No habiendo perfeccionado en ningún momento la obligación en mi cabeza, ella no pasará a mis herederos. Esto, para Duranton —a decir de Busso— era evidente.

Busso señala que tiende a prevalecer la tesis que se pronuncia por la eficacia de estas cláusulas. No lo fue, sin embargo, para Demolombe y para la mayoría de los autores de tiempos más modernos, quienes se apartaron de la tesis romana, no ya en el sentido de Pothier, sino en otro totalmente opuesto: no debe pensarse que la estipulación «cuando quiera» expresa una condición puramente potestativa (en cuyo caso la obligación sería inválida aun en vida del deudor), sino que se la debe reputar como cláusula que instituye un término incierto. Así, la deuda existe, y lo único que queda pendiente es su exigibilidad. Sin embargo, esa misma causa de suspensión no durará más que la vida del deudor que la instituyó: su muerte indicará el vencimiento del plazo y sus herederos podrán ser compelidos a cumplirla.

El Derecho positivo peruano se ha inclinado por la validez de este pacto, en el segundo párrafo del artículo 182, al establecer que el juez fija la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalaren; dicha pretensión, además, debe tramitarse como proceso sumarísimo.

Antes de concluir nuestros comentarios con respecto al término del pago a mejor fortuna, y en especial a lo previsto por el artículo 1657 del Código Civil, pensamos que, a pesar de que la normatividad procesal vigente a partir de 1993 no deja lugar a duda, podría actualizarse la parte final del artículo 1657, precisándose que el procedimiento a seguir para que el juez fije el plazo atendiendo a las circunstancias es el del proceso abreviado y ya no el del antiguo juicio de menor cuantía.

6.4. Plazo de devolución del bien en el mutuo gratuito

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1658:

1429 Busso, Eduardo B. *Código Civil anotado*. Buenos Aires: Ediar, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, 1951, tomo V, p. 550 y ss.

EDUARDO MARIO CASTILLO PERÚ

> Artículo 1658.- «Si se conviene que el mutuatario no abone intereses u otra contraprestación al mutuante, aquél puede efectuar el pago antes del plazo estipulado».

Si bien es cierto que en Derecho los plazos se pactan para cumplirse y que el beneficio de un plazo es, por regla general, en favor del acreedor y del deudor (vale decir, de las dos partes), el legislador ha preferido establecer un supuesto de excepción para el caso del contrato de mutuo en la eventualidad de que dicho contrato hubiese sido pactado a título gratuito (vale decir, sin intereses).

Nos explicamos.

Cuando se pacta un contrato de mutuo a título oneroso, como ha sido referido por nosotros en ocasiones anteriores, la finalidad fundamental que tiene el mutuante al celebrar un contrato de esta naturaleza es el lucro.

En tal sentido resulta claro que si alguien presta a un mutuatario estableciendo plazos para el pago de la deuda por parte de este último, incluyendo los intereses que se devenguen en dicho periodo, tal mutuante habrá efectuado las previsiones del caso, contemplando dentro del giro del negocio una determinada ganancia o utilidad con respecto al acto celebrado.

Así, si el mutuatario lograra obtener los fondos necesarios para pagar la totalidad o una parte sustancial del préstamo de manera anticipada a los plazos convenidos, es evidente que podría efectuar dicho pago, pero el mismo deberá incluir los intereses pactados.

Lo que no puede hacer el deudor (mutuatario) es forzar el pago devolviendo el capital y solamente el monto de los intereses ya devengados, pues una situación como ésta podría perjudicar los intereses patrimoniales del acreedor (mutuante).

No debe olvidarse que los plazos se establecen en beneficio tanto del deudor como del acreedor.

No obstante, la excepción está constituida por el artículo 86 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley n.° 29571, promulgado el 14 de agosto de 2010, norma que establece lo siguiente:

> Artículo 86.- «Derecho a efectuar pagos anticipados
>
> Los consumidores tienen derecho, en toda operación de crédito a plazos bajo el sistema de cuotas o similares, a efectuar el pago anticipado o prepago de los saldos, en forma total o parcial, con la consiguiente reducción de los intereses compensatorios generados al día de pago y liquidación de comisiones y gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes, sin que les sean aplicables penalidades de algún tipo o cobros de naturaleza o efecto similar».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero anteriormente, el tema ya se encontraba regulado por el Decreto Legislativo sobre protección al consumidor (Decreto Legislativo n.° 716 del 11 de julio de 1991) y su Texto Único Ordenado (Decreto Supremo n.° 039-2000-ITINCI, publicado el 11 de diciembre de 2000). Según establecían estos dispositivos, en toda operación comercial en la que se conceda crédito a un consumidor (vale decir, a una persona natural o jurídica que adquiera, utilice o disfrute, como destinatario final, productos o servicios), el proveedor está obligado a informar, entre otros aspectos, el derecho que tiene el consumidor a liquidar anticipadamente el saldo del precio, con la consiguiente reducción de los intereses.

En cuanto al derecho de pago anticipado que asiste al tomador del crédito comercial, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿cuál es el interés aplicable a la cancelación anticipada de créditos, considerando que a menor plazo del crédito el interés es inferior, e inversamente, a mayor plazo corresponde uno igualmente mayor?

Si se tiene en consideración que el plazo constituye el factor que determina un mayor o menor interés, resulta obvio que cuando se efectúa el pago adelantado de la obligación, la correspondiente reducción del monto de los intereses no sólo debe resultar consecuencia lógica de la disminución del plazo originalmente pactado entre acreedor y deudor, sino también debe producirse, en forma correlativa, una efectiva reducción del interés pactado.

Ahora bien, todo lo que hemos expresado hasta este momento se refiere directamente al mutuo oneroso o con intereses. Pero si las partes hubiesen pactado que dicho contrato no generase tales intereses (vale decir, que estuviéramos ante un mutuo celebrado a título gratuito o de liberalidad), la ley otorgaría un tratamiento benévolo al deudor, permitiéndole, a través de lo dispuesto por el numeral 1658 del Código Civil, que el mutuatario devuelva lo recibido en préstamo antes del vencimiento del plazo estipulado.

Si bien es cierto que el precepto bajo comentario resulta razonable, debemos reparar en que no basta la ausencia de estipulación de intereses pues entendemos que tal situación sólo debería regir a menos que la naturaleza de la prestación o las circunstancias del caso justifiquen una negativa del acreedor a recibir el bien antes del vencimiento del plazo pactado para su devolución.

Decimos esto en la medida en que un pago anticipado podría no beneficiar sino más bien perjudicar al acreedor (mutuante), como sería el caso en que el mutuatario quisiera devolver por anticipado productos perecibles que el mutuante no tenga dónde guardar o conservar.

Sin embargo, admitimos que en la generalidad de supuestos, el pago anticipado resultará beneficioso para el mutuante habida cuenta de que la inmensa mayoría de contratos de mutuo se celebran sobre dinero o monedas extranjeras. Además, resultará claro que, difícilmente, un mutuante pueda verse perjudicado con una eventual devolución anticipada de los bienes prestados.

ESTUDIO MARCIAL CASTRO REYES

7. Lugar de devolución y entrega

Conforme a lo establecido por el artículo 1659 del Código Civil:

> Artículo 1659.- «La entrega de lo que se presta y su devolución se harán en el lugar convenido o, en su defecto, en el que se acostumbre hacerlo».

El citado artículo se refiere a dos lugares de entrega distintos.

El primero de ellos es dónde debe entregar el bien el mutuante al mutuatario; y el segundo, dónde debe devolver el bien el mutuatario al mutuante.

Si aplicásemos la regla general de pago establecida por la primera parte del artículo 1238, tendríamos que dicho pago debería efectuarse en el domicilio del deudor, salvo disposición en contrario o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Para el supuesto concreto del contrato de mutuo, no se ha considerado aplicable en primer lugar la regla general del artículo 1240.

En el caso del mutuo, la entrega y devolución de los bienes no se deberán hacer en el domicilio del deudor, sino en el lugar convenido (lugar que podría coincidir o no con el del domicilio del deudor).

El Código Civil ha procedido a establecer como primer supuesto aquél en el cual las partes contratantes hayan pactado el lugar de pago. Esto nos parece obvio, pues ante la presencia de normas generales de carácter dispositivo (como es el caso de aquéllas relativas al lugar de pago), no podría esperarse otra cosa que atenerse en primer término a lo que las partes hayan convenido o establecido a efectos del lugar de pago. Dentro de tal orden de ideas, resulta inútil la precisión efectuada en la primera parte del artículo 1659.

Sin embargo, dicho numeral recurre como segunda opción al lugar donde se acostumbre efectuar el pago. Esta precisión merecería relevancia si dicho lugar fuese notoriamente conocido (como sería el caso de las oficinas de una institución bancaria), pero si no existiera una costumbre notoriamente establecida con antelación, la norma citada conducirá a una imprecisión absoluta.

Ahora bien, es claro que de no ser posible aplicar ni el primero ni el segundo de los supuestos previstos por el artículo 1659, bajo comentario (vale decir, en el caso que no exista pacto y tampoco costumbre en torno al lugar de pago) serán de aplicación supletoria las normas del artículo 1660 del Código Civil, el cual establece lo siguiente:

> Artículo 1660.- «Cuando no se ha convenido lugar ni exista costumbre, la entrega se hará en el sitio en que se encuentre el bien y la devolución en el domicilio del mutuatario».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La existencia del artículo 1660 implica que el Código ha establecido un tercer orden prelatorio.

Si se trata de la entrega del bien por parte del mutuante al mutuatario, el lugar de entrega sería aquél en donde se encuentre el bien.

Por otra parte, este tercer orden prelatorio establece que la devolución del bien por parte del mutuatario al mutuante se efectuaría en el domicilio del mutuatario (deudor). En este último extremo es claro que se ha hecho coincidir deliberadamente el lugar de pago con el del domicilio del deudor (regla general del primer párrafo del artículo 1238 del Código Civil).

Como podemos apreciar, los artículos 1659 y 1660 no hacen otra cosa que continuar con la lógica ya manifestada en el artículo 1654, en el que se observa la importancia que tiene la entrega del bien mutuado. Esto en tanto es con la entrega con lo que se transmite la propiedad, toda vez que los riesgos y beneficios pasan al mutuatario.

Las reglas referidas al lugar de la entrega del bien que, a su vez, se extienden a su devolución, son bastante simples: en principio rige lo acordado por las partes en ejercicio de su autonomía privada. De no mediar pacto, la entrega y la devolución se deben realizar en el lugar en que se acostumbre a hacerlo. Si no hubiera pacto ni costumbre, la entrega debe efectuarse en el lugar en el que se encuentre el bien y la devolución en el domicilio del mutuatario.

Si bien es cierto que resulta muy difícil pensar en que no se pueda aplicar ninguno de los tres órdenes prelatorios establecidos por los artículos 1659 y 1660 para el pago en el contrato de mutuo, no queda duda de que, en tal caso, siempre resultarían de aplicación supletoria las normas generales contenidas en los artículos 1238 y 1239 del propio Código Civil.[1430]

8. Supuestos de devolución de valor

Como todos sabemos, en materia de obligaciones de dar bienes ciertos, si el bien se pierde sin culpa de las partes, sería de aplicación el principio *periculum est debitoris* (argumento del artículo 1138 del Código Civil).

En tal sentido, el bien, obviamente, no podría ser entregado por el deudor y éste sufriría las consecuencias de la pérdida de la contraprestación, si la hubiere.

1430 Artículo 1238.- «El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.
Designados varios lugares para el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos. Esta regla se aplica respecto al deudor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor».
Artículo 1239.- «Si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo.
Igual regla es de aplicación, respecto al deudor, cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero en materia de bienes inciertos y fungibles no resulta aplicable la teoría del riesgo. Esto se debe a que, por tratarse de especies de número ilimitado o prácticamente infinito, no resultaría factible pensar en la imposibilidad de entregar bienes de dicha especie por más que se hubieran perdido algunos de ellos.

El único caso de excepción contemplado por la doctrina es el relativo a las obligaciones *unum de certis* o *incertum ex certis*; es decir, aquellas obligaciones de género o especie limitada en donde, por razones obvias, podría resultar factible la pérdida de todos los individuos de dicha especie.

Teniendo estas consideraciones como punto de partida podemos indicar que en la inmensa mayoría de casos nunca se presentará la imposibilidad de devolver el bien mutuado por parte del mutuatario al mutuante. Decimos esto en la medida que casi todos los contratos de mutuo versan sobre dinero o monedas extranjeras, las cuales son en el Perú signos que representan al dinero.

Así, resultaría inimaginable pensar que una moneda desaparezca y no sea reemplazada por otra que la sustituya. En tal caso, obviamente, se tendría que pagar en la nueva moneda, empleando para tal efecto el factor de conversión legalmente establecido. Éste podría ser el conocido caso en el cual una deuda contraída en soles de oro hubiese tenido que ser pagada en soles; así, habría que haber convertido los soles de oro a intis (quitándoles tres ceros), los intis a nuevos soles (quitándoles seis ceros más) y los nuevos soles a soles. Y, si existiese fracción monetaria circulante a efectos de pagar, dicho pago debería efectuarse en soles.

Sin embargo, dentro de la enorme casuística que puede presentar el contrato de mutuo tiene que considerarse la posibilidad de que constituyan objeto de préstamo de consumo bienes distintos al dinero o monedas extranjeras; que sean también de naturaleza consumible, pero cuya cuantía o existencia práctica (vale decir, el número de individuos que conforma la especie) no sea muy grande.

Es para estos casos que el Código Civil ha recogido la regla del artículo 1661 que establece lo siguiente:

> Artículo 1661.- «Si el mutuatario no pudiese devolver bien similar en especie, cantidad y calidad al que recibió, satisfará su prestación pagando el valor que tenía al momento y lugar en que debió hacerse el pago».

Entendemos que el precepto citado intenta solucionar, con criterio de equidad, el problema que se presentaría en caso se tuviera que devolver bienes de una especie que se ha extinguido con posterioridad al momento de la entrega de los mismos por parte del mutuante al mutuatario, pero con anterioridad a la devolución de ellos por parte del mutuatario al mutuante.

Como expresa Max Arias-Schreiber:[1431]

1431 Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, tomo II, p. 271.

> Estos hechos no liberan al mutuatario, pues de otro modo se estaría enriqueciendo indebidamente y por ello deberá satisfacer su prestación pagando lo que en doctrina se conoce como valor de reposición, o sea el que tendría el bien mutuado al momento en que debió ingresar, en calidad de restitución, al patrimonio del mutuante. Este pago, por cierto, no está en *facultate solutionis*. Es la imposibilidad en el cumplimiento de la prestación lo que determina su reemplazo por el abono de una suma de dinero que le permita reponer su valor y ello sucede en numerosas situaciones, como son la extinción del género, guerras, sismos, incendios o prohibición de ser comercializados por mandato de la ley, entre otros.

Un razonamiento semejante es el adoptado por José León Barandiarán,[1432] quien afirma que ante la imposibilidad de ejecutar la prestación de la manera como corresponde al contrato se impone una obligación sustitutoria que consiste en el pago de dinero por el equivalente respectivo.

Asimismo, debemos tener en cuenta lo comentado, sobre este tema, por Messineo:[1433]

> El mutuario deberá restituir el valor de las cosas mutuadas, teniendo en cuenta el tiempo y el lugar en que la restitución se debía llevar a cabo, si las cosas no son dinero y la restitución se ha hecho imposible (por perecimiento) o notablemente difícil, por causa a él no imputable.
>
> En cambio si la deuda es de dinero —cosa eminentemente fungible y de género— la imposibilidad, o (menos aún) la dificultad de restitución no es admisible; y la restitución tiene lugar siempre por medio de dinero.

Lo que el Derecho no desea es que se produzca un enriquecimiento indebido en favor del mutuatario, quien ya habría disfrutado de los bienes prestados.

Por tal razón, ante la imposibilidad de devolución de los mismos, la ley establece que deberá pagarse el valor que ellos tenían al momento y lugar en que debió hacerse el pago. No obstante cabría formular una observación, en el sentido de que si los bienes no existiesen, resultaría absolutamente imposible establecer cuál sería el valor actual de los mismos, por cuanto hablaríamos de una especie ya extinguida para el Derecho de Obligaciones.

En tal sentido, dicha valoración no podría efectuarse con respecto al valor que tenían los bienes al momento en que se debió efectuar su devolución (salvo para el caso en que el mutuatario deudor haya sido constituido en mora y los bienes todavía existiesen al momento de dicha constitución en mora). Caso contrario, el criterio valorativo a adoptar tendría que ser el del valor que dichos bienes hubiesen podido tener al momento en que se efectúa el pago.

1432 León Barandiarán, José. *Contratos en el Derecho Civil peruano*, 1975, tomo II, p. 22.
1433 Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo II, p. 117.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ello sería así porque resulta evidente que ésta es una típica deuda de valor, ya que su naturaleza así lo manda. La misma se encuentra regida en el artículo 1236 del Código Civil, en virtud del cual el valor a pagar no deberá ser considerado solamente al día en que debió efectuarse el pago, sino al día en que dicho pago se verifique realmente.

Dos aspectos finales.

El primero de ellos referido a subrayar la natural dificultad que se presentará con ocasión de efectuar una valorización de bienes de especie extinguida, jurídicamente hablando. Sin duda, éste será un problema serio no sólo en el aspecto teórico, sino fundamentalmente en el terreno práctico, si consideramos los criterios que deberían asumir los peritos, a efectos de proceder con su labor.

Nuestra última consideración se basa en precisar que la aplicación del artículo 1661, bajo comentario, sólo podría tener lugar cuando la especie se haya perdido por culpa del deudor (mutuatario) o sin culpa de las partes, por aplicación del principio *periculum est debitoris*, que rige en Derecho de Obligaciones. Obviamente, si la prestación hubiese devenido en imposible por culpa del acreedor (mutuante), éste sufrirá las consecuencias de la pérdida de la contraprestación, lo cual significa que el mutuatario no deberá devolverle ningún valor. Esto último por estricta aplicación del principio *periculum est creditoris*.

De otro lado, debemos anotar que el Código Civil peruano hace bien en contemplar el supuesto en el cual se asigne un valor a los bienes mutuados, en previsión de que ocurra la hipótesis regulada en el numeral 1661.

Así, el artículo 1662 establece:

> Artículo 1662.- «Si en el caso del artículo 1661, fueran evaluados [sic] los bienes al momento de la celebración del contrato, el mutuatario está obligado a satisfacer el valor que se les dio, aunque valgan más o menos al momento del pago».

Sin embargo, debemos efectuar ciertas precisiones.

En primer término, el Código Civil comete un error al emplear la palabra «evaluados», ya que no se trata de ninguna evaluación de los bienes. Lo apropiado hubiera sido utilizar el término «avaluados» o, en todo caso, «valorizados».

Sin embargo, y a pesar de lo que pudiera parecer, el caso del artículo 1662 no es el de una deuda de valor, sino el de una deuda de dinero.

Decimos esto porque la cantidad que habría que pagar sería la que hubiese surgido como resultado de la valorización de los bienes al momento de la celebración del contrato, ya sea que dicha valorización hubiese sido efectuada en moneda nacional o en moneda extranjera; por tanto, lo que el mutuatario estaría

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

obligado a pagar sería ese valor histórico de los mismos, «aunque valgan más o menos al momento del pago».

La última frase entrecomillada resulta bastante clara para reafirmar que se trata de una deuda de dinero y no de una deuda de valor. Sin embargo, la ley peruana habría podido prescindir de una norma como el artículo 1662, en la medida que siendo un supuesto de carácter netamente nominalista, el mismo se resolvería por el principio general de nominalismo en el pago, establecido por el artículo 1234 del propio Código.

9. El mutuo y los intereses

9.1. Precisiones necesarias

A diferencia del Código Civil de 1936, el Código de 1984 no abordó el tema de los intereses dentro del contrato de mutuo, sino dentro del Libro de las Obligaciones. Consideramos idónea la ubicación que se ha otorgado a dicho tema.

Sin embargo, la relación existente entre el contrato de mutuo y la obligación de pagar intereses resulta notable, ya que es el único contrato que se presume genera la obligación de pago de intereses. Esto último, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1663 del Código:

> Artículo 1663.- «El mutuatario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto».

En tal sentido remitimos al lector a aquello que en otras obras hemos desarrollado sobre la materia (Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. *Tratado de Derecho de las Obligaciones,* en sus dos ediciones; Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. *Compendio de Derecho de las Obligaciones,* en sus tres ediciones). El contrato de mutuo se presume, así, oneroso. Esta presunción legal obedece a una razón muy simple y es que en la vida real la casi totalidad de préstamos son con intereses. La totalidad de los préstamos del sistema financiero y casi todos aquellos de carácter civil.

Naturalmente que en el artículo 1663 bajo comentario se está definiendo a los intereses compensatorios. Los moratorios son comunes a los préstamos onerosos y a los gratuitos en tanto el deudor hubiese incurrido en mora. No hemos querido circunscribirnos a un análisis exegético del artículo 1663, sino que vamos a desarrollar los conceptos necesarios para ubicar el tema de los intereses dentro de un contexto más amplio (el cual necesariamente comprenda a los intereses en el contrato de mutuo).

También resulta evidente que el sentido del artículo 1664 («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»)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

tiene por objeto evitar la usura, en tanto con la modalidad contemplada en el artículo 1664 se estaría intentando —de manera indirecta— violar el tema de las tasas máximas de interés.[1434]

10. El falso mutuo

Conforme a lo establecido por el artículo 1665 del Código de 1984:

> Artículo 1665.- «Cuando se presta una cantidad de dinero que debe devolverse en mercaderías o viceversa, el contrato es de compraventa».

Esta norma regula la figura del llamado «falso mutuo».

Como sabemos, en Derecho, los actos son lo que su naturaleza impone y no necesariamente lo que las partes consideran. Esto significa que la naturaleza jurídica de un contrato no se determina por lo que las partes han entendido celebrar, sino por aquello que jurídicamente han celebrado.

En tal sentido, la doctrina coincide en que el contrato de mutuo implica, necesariamente, que el mutuatario devuelva al mutuante bienes de la misma especie, calidad y cantidad que aquéllos que recibió.

La excepción está dada por lo que establecen los artículos 1661 y 1662 del Código Civil. Tales preceptos, como hemos visto, contemplan supuestos de excepción, en caso resulte imposible devolver bienes de la misma naturaleza y, en consecuencia, sea necesario que el mutuatario devuelva dinero. Pero éste es un supuesto absolutamente excepcional y de ninguna manera podría ser tomado como una modalidad de mutuo.

A nuestro modo de ver, el artículo 1665 solamente establece una de las modalidades que podría revestir el falso mutuo.[1435]

Dicha norma plantea la figura en la cual se preste una cantidad de dinero que debe devolverse en mercaderías o viceversa.

Es obvio que este contrato no sería uno de mutuo, sino una compraventa, tal como señala el artículo 1665. Decimos esto, pues las partes se están obligando a

1434 Conforme a lo establecido en la Casación n.° 2482-98-Lima, de 1 de diciembre de 1999, emitida por la Sala Civil Permanente, el artículo 1664 regula un supuesto de usura encubierta «al avenirse el deudor en beneficio del acreedor, a devolver una cantidad que en parte no ha recibido, encubriendo así un pacto de intereses usurarios con apariencia de legalidad mediante fingido aumento de capital prestado». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1223.

1435 La Casación n.° 2783-2002-El Santa, de 7 de junio de 2004, emitida por la Sala Civil Permanente, al analizar un contrato «privado de préstamo de dinero» que incluía una cláusula que obligaba a la recurrente a devolver la suma materia de cobro con el producto del 100% de la pesca que obtuvieran sus embarcaciones, «debiendo la emplazada cancelar semanalmente la cantidad de cuatro mil dólares americanos una vez iniciada la actividad de pesca»; concluyó que se trataba de un falso mutuo y no de un contrato de compraventa. Véase https://vlex.com.pe/vid/casacion-corte-suprema-penal-permanente-32331380.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

transferir la propiedad de un bien a cambio del pago de una cantidad de dinero. Además, la entrega de ambas prestaciones se hará a título de propiedad, con lo cual se configuran todas las características de un contrato de compraventa.

Sin embargo, el falso mutuo también podría revestir otra modalidad, la cual no lo conduciría a ser una compraventa, sino una permuta.

Sería el caso, por ejemplo, en el cual el mutuante transfiera al mutuatario bienes de naturaleza consumible, distintos al dinero, y que el mutuatario se obligue a devolver al mutuante no dinero, sino otros bienes de distinta naturaleza de aquéllos que recibió. Este caso, que también constituiría un falso mutuo no sería una compraventa, sino una permuta.

Con lo expresado no queremos decir que el falso mutuo sólo pueda revestir las modalidades anotadas, pues, dentro del orden de las posibilidades y la imaginación, el falso mutuo podría terminar siendo no sólo compraventa o permuta, sino algunas otras figuras contractuales típicas o atípicas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El contrato de arrendamiento

1. Conceptos generales

El contrato de arrendamiento ocupa un lugar de privilegio dentro del Código Civil peruano de 1984.

Decimos esto porque, después de la compraventa, es el contrato típico que recibe la regulación más extensa y detallada. El mismo se encuentra regulado en el título VI de la sección segunda, relativa a los contratos nominados, entre los artículos 1666 y 1712.

Además, la importancia práctica del arrendamiento es muy grande y los problemas derivados de relaciones contractuales de esta naturaleza son también frecuentes.

En virtud de ello, estudiaremos a continuación el referido contrato, tomando como punto de partida y eje central de nuestros comentarios al Código Civil de 1984.

1.1. Antecedentes, historia y concepto

El contrato de arrendamiento siempre estuvo regulado en la legislación peruana. Esto se entiende, pues es uno de los contratos más usuales y antiguos.

El Proyecto de Código Civil elaborado por Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1835 y 1836, trataba el tema en el título 19, entre los artículos 1 a 22.

Por su parte, el Código Civil de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 lo hacía en el título IX, entre los artículos 1128 a 1178; cada uno de los cuales contenía 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; 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, entre los 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 lo regulaba en el título V, artículos 1490 a 1546.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El Código Civil de 1984 lo hace en el título VI, artículos 1666 a 1712. En el capítulo I trata 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. Este es el orden que hemos seguido para el desarrollo del presente estudio.

Como señala Jack Bigio Chrem, uno de los más destacados miembros de la Comisión Revisora del Código Civil,[1436] el contrato de arrendamiento, ubicado dentro del libro VII sobre fuentes de las obligaciones, sección segunda de los contratos nominados, título VI del Código Civil de 1984, ha sido regulado de manera autónoma. El Código vigente le da un tratamiento distinto al que tenía en el Código de 1936, empezando por su denominación, continuando con la distinción que hace respecto a los contratos de locación de servicios y de obra, así como la ampliación del ámbito de aplicación de dicho contrato, al no limitarlo a la cesión del uso de cosas únicamente, como se hacía en el Código derogado.

Recuerda Bigio que el Código de 1936 incluía en el contrato de arrendamiento la *locatio-conductio*, ya de una cosa, ya de un servicio o de una obra, siguiendo el esquema del Derecho Romano. Sin embargo, estas tres clases de relaciones contractuales importan diferencias fundamentales, por lo cual se justifica su tratamiento diferenciado.

Según el citado profesor, al separar estas categorías no se hace otra cosa que reconocer, a nivel teórico y normativo, la distinta naturaleza de estas relaciones jurídicas y regular con más propiedad la realidad socioeconómica, ya que no se pueden equiparar las relaciones originadas por la cesión del uso de un bien con las que se producen con motivo de la prestación de un servicio que involucra la actividad humana, razón por la cual las actuales legislaciones se han apartado del esquema anterior.

Así, el contenido de la obligación en el contrato de arrendamiento de un bien, la prestación, consiste en ceder el uso de ese bien, mientras que en los contratos de prestación de servicios y de obra se tiene como contenido de la obligación la realización de un servicio que involucra el esfuerzo del hombre.

Bigio Chrem estima importante indicar, además, que se cambió la denominación del contrato, que antes era llamado locación-conducción de cosas y pasó a ser designado como arrendamiento, siguiendo el modelo de los Códigos Civiles de Italia y Bolivia.

1436 Bigio Chrem, Jack. *El contrato de arrendamiento*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1995, pp. 25 y 26.

El contrato de arrendamiento ha merecido regulación en todos los códigos civiles y proyectos de código de nuestra tradición jurídica que hemos consultado.

Como referencia podemos mencionar el Código Civil francés, artículo 1708 y siguientes.

Lo propio hizo el Código Civil belga, en 1806.

Por su parte, el Código Civil boliviano de 1831 regulaba el tema del arrendamiento en su artículo 1129 y siguientes.

El Código Civil peruano de 1852 abordaba al arrendamiento bajo el título de «Locación y conducción» (artículo 1540 y siguientes).

El Proyecto de Código Civil elaborado por Andrés Bello establecía el tratamiento del arrendamiento de cosas en su artículo 2092 y siguientes.

El Código Civil chileno aborda el tema del arrendamiento en el artículo 1915 y siguientes.

Por su parte, el Código Civil italiano de 1865 trataba el tema del arrendamiento bajo el nombre de «contrato de locación» (artículo 1568 y siguientes).

El Código Civil uruguayo trata acerca del arrendamiento en su artículo 1776 y siguientes.

El Código Civil argentino de 1871 trataba el tema en su artículo 1493 y siguientes.

Por su parte, el Código Civil colombiano aborda el contrato de arrendamiento en su artículo 1973 y siguientes.

El Código Civil venezolano de 1880 abordaba el tema en su artículo 1486 y siguientes.

El Código Civil ecuatoriano trata acerca del contrato de arrendamiento en su artículo 1883 y siguientes.

El Código Civil español regula el arrendamiento en su artículo 1542 y siguientes.

El Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón, de 1890, elaborado por G. Boissonade, se ocupaba del arrendamiento de ganado o arrendamiento de aparcería en el capítulo XXII, artículo 991 y siguientes.

Por su parte, el Código Civil japonés trata el tema en su artículo 601 y siguientes.

El Código Civil alemán prescribe la regulación del arrendamiento en su artículo 535 y siguientes.

De otro lado, el Código Civil nicaragüense de 1903 también regula el arrendamiento o locación en el artículo 2810 y siguientes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De otro lado, el Código Civil hondureño de 1906 tutela el tema en su artículo 1681 y siguientes.

Por su parte, el Código de las Obligaciones de Suiza trata sobre el arrendamiento en su artículo 253 y siguientes.

El Código Civil brasileño de 1916 trataba acerca de la locación de cosas en el artículo 1188 y siguientes.

De otro lado, el Código Civil panameño de 1917 regula el tema en su artículo 1294 y siguientes.

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 el artículo 552 y siguientes.

Por su parte, el Código Civil del Distrito Federal de México de 1927 regula el tema en el artículo 2252 y siguientes.

De otro lado, el Código Civil chino de 1930 regula al arrendamiento en el artículo 421 y siguientes.

El Proyecto de Código Civil peruano de 1936 trataba sobre la locación-conducción en el artículo 1475 y siguientes.

Por su parte, el Proyecto de Reforma al Código Civil argentino de 1936 trataba el tema en el artículo 1015 y siguientes. Actualmente, el Código Civil y Comercial de la Nación de 2015 se ocupa del tema en los artículos 1187 y siguientes.

A su vez, el Código Civil venezolano de 1942 se ocupa del arrendamiento en el artículo 1579 y siguientes.

En tanto, el Código Civil italiano de 1942 lo hace en el artículo 1571 y siguientes.

Por su parte, el Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de 1943, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, se ocupaba del arrendamiento en el artículo 1253 y siguientes.

El Código Civil portugués de 1967 trata acerca de la locación en el artículo 1022 y siguientes.

Por su parte, el Código Civil guatemalteco de 1973 trata sobre el arrendamiento en el artículo 1880 y siguientes.

De otro lado, el Código Civil boliviano de 1976 aborda el tema en su artículo 685 y siguientes.

El Proyecto de Código Civil brasileño de 1984 trataba sobre el tema en el artículo 565 y siguientes.

Retomando el concepto peruano de arrendamiento, analizaremos en qué consisten las obligaciones del arrendador y las del arrendatario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1.1.1. Obligaciones del arrendador

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1666 del Código Civil:

> Artículo 1666.- «Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida».

En lo que respecta al arrendador, es claro que este contratante asume, como obligación fundamental, una obligación de dar. Ésta consiste en la entrega del bien que deberá hacer al arrendatario a título de uso.

El Código Civil no establece distinción alguna en torno a la naturaleza del bien que puede ser objeto de arrendamiento. En tal sentido, podrían ser materia de este contrato tanto bienes muebles como inmuebles.

Sin embargo, posteriormente abordaremos lo relativo a los bienes que pueden ser materia de este contrato.

Dentro de tal orden de ideas, dado que el arrendador solamente se obliga a ceder el uso del bien, no podría entenderse que el contrato de arrendamiento versase sobre bienes de naturaleza consumible (vale decir, aquellos que se destruyen o deterioran notablemente con el primer uso).[1437]

El arrendamiento, entonces, deberá recaer sobre bienes no consumibles, dado que ellos deberán ser devueltos por el arrendatario al arrendador cuando concluya el plazo establecido en el contrato.[1438]

Además, debe señalarse que el arrendamiento, dada su naturaleza, no puede versar sobre bienes de naturaleza fungible. Así, si el arrendador entregase un bien fungible al arrendatario y éste asumiera la obligación de devolverlo pagando durante el plazo del arrendamiento una cierta renta convenida, resultaría sumamente discutible que este contrato fuese, por su naturaleza jurídica, un contrato de arrendamiento, ya que prácticamente reuniría todas las características del contrato de mutuo.

En tal sentido, el arrendamiento debe recaer sobre bienes ciertos o inciertos.

1437 Al respecto, la Resolución n.° 2467-2015-SUNARP-TR-L, de 2 de diciembre de 2015, del Tribunal Registral, precisó que, el término *disponer* de acuerdo a reiterada jurisprudencia del citado tribunal, alude a los «actos de disposición que provocan una modificación sustancial de la composición del patrimonio mediante un egreso anormal de bienes, seguido o no de una contraprestación jurídica». Asimismo, señaló que «el arrendamiento no constituye acto de disposición, pues se mantiene el dominio en el arrendador y no hay menoscabo del bien, sino tan sólo la cesión temporal de su uso». Disponible en: https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp

1438 La Resolución n.° 054-2001-ORLC/TC, del 6 de febrero de 2001, del Tribunal Registral, ha precisado que de la definición brindada por el artículo 1666 del Código Civil, se puede concluir «que los bienes objeto del arrendamiento necesariamente tendrán que ser muebles o inmuebles, que se encuentren en el comercio y que no sean consumibles, ya que es esencia de ese contrato, la obligación por parte del arrendatario de devolver el bien al arrendador al vencerse el plazo del contrato (...)». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1225.

El bien cierto es aquel que se encuentra absolutamente determinado al momento del nacimiento de la obligación, vale decir, aquel que ha sido identificado como único objeto de la prestación al momento de la celebración del contrato. Las partes saben que ese bien tendrá que entregarse y que no podrá entregarse otro.

Como se recuerda, las obligaciones de dar bienes ciertos son reguladas por el Código Civil peruano entre sus artículos 1132 y 1141.

Pero el arrendamiento también podría recaer sobre bienes inciertos. Éstos, regulados entre los artículos 1142 y 1147 del Código Civil, deben especificarse, al menos, en su especie y cantidad (argumento del artículo 1142 del Código Civil).

Es claro que los bienes inciertos pueden ser objeto de arrendamiento. En este caso el arrendador deberá efectuar una elección para determinar el bien a entregar (argumento de los artículos 1143 y 1144 del Código Civil). Podrá, naturalmente, acordarse que esta elección sea realizada por el arrendatario o por un tercero.

Lo importante es que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1147 del Código Civil:

> Artículo 1147.- «Practicada la elección, se aplican las reglas establecidas sobre obligaciones de dar bienes ciertos».

Esto equivale a decir que cuando se entrega el bien arrendado, éste tendrá como característica la de ser cierto y, en tal virtud, se aplicarán al caso las mismas consideraciones esgrimidas por nosotros cuando nos referimos a los bienes ciertos como objeto del arrendamiento.

Lo antes expresado equivale a decir que ya se trate de un bien cierto o de un bien incierto, el arrendamiento finalmente terminará versando sobre un bien cierto. Y ello no podría ser de otro modo, ya que toda la regulación que la ley brinda a este contrato carecería de sentido si se tratara de bienes fungibles, especialmente en lo relativo a las obligaciones del arrendador, las obligaciones del arrendatario y la conservación del bien durante el plazo que dure el arrendamiento.

Ahora bien, consideramos importante resaltar lo expuesto por Jack Bigio,[1439] en el sentido de que el objeto del contrato puede ser un bien material o inmaterial. De este modo, el arrendador puede dar en arrendamiento una cosa u objeto corporal al arrendatario o también un bien incorporal, es decir, un bien que no puede ser apreciado por los sentidos.

Por consiguiente —agrega—, el ámbito del contrato se amplía con relación a lo que podía ser objeto del contrato de locación-conducción de cosas, según lo dispuesto en el artículo 1490 del Código Civil de 1936.

1439 Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, p. 32.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Recuerda que en el régimen anterior, el numeral 1490 limitaba el arrendamiento a la cosas. Es así que la cesión del uso de una cosa a cambio del pago de una merced conductiva constituía un contrato de locación-conducción y la cesión del uso de un bien incorporal era un contrato atípico. Así, como consecuencia de la sustitución del vocablo «cosa» por el término «bien» se amplió el ámbito de aplicación del contrato de arrendamiento y se confirió carácter de contrato típico al arrendamiento de derechos a cambio del pago de una renta.

1.1.2. Obligaciones del arrendatario

Conforme a lo establecido por el artículo 1666 del Código Civil, el arrendatario tiene la obligación de pagar una renta a cambio del uso que hará del bien arrendado.

En tal sentido, cabe indicar que el Código Civil no establece cuál es la naturaleza de la renta, vale decir si ella necesariamente tiene que consistir en dinero o signo que represente al dinero, o si la misma podría consistir en bienes de distinta naturaleza.

Es claro que, en la inmensa mayoría de contratos de arrendamiento, la renta se pacta en dinero o signo que lo represente (como es el caso de las monedas extranjeras). Sin embargo, cabe preguntarse si, en la eventualidad de que la contraprestación a ejecutar por parte del arrendatario fuese pactada en un bien de distinta naturaleza al dinero, seguiríamos en presencia de un contrato de arrendamiento o frente a un contrato de naturaleza jurídica distinta.

Podríamos imaginar un ejemplo en el cual el arrendatario, a quien el arrendador cede el uso de un almacén, se obligue a pagarle con determinados productos alimenticios que comercializa y guarda en dicho almacén.

Si tratásemos de imaginar una figura típica distinta al arrendamiento, a efectos de poder calificar este acto, difícilmente podríamos encontrarla, al menos dentro de la legislación nacional.

Y es que lo inusual de estos casos ha hecho que nunca se prevea —ni social ni legislativamente— un nombre para un acto de estas características.

Entonces, cabe formular la pregunta de si convendría considerarlo como un contrato atípico o como un contrato de arrendamiento.

Conforme a lo establecido por el artículo 1353 del Código Civil peruano:

> Artículo 1353.- «Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato».

De acuerdo con el precepto citado, es claro que si optásemos por considerar a la figura como un contrato atípico o innominado, el mismo no carecería de regulación legislativa; sin embargo, resultaría extremadamente complejo determinar

ESTUDIO MARIO CASTILLO FEYRE

qué normas serían aplicables al mismo, en virtud de que la atipicidad hace que el acto no se encuadre, específicamente, dentro de alguna de las figuras reguladas por el Código.

Así, deambularíamos entre las normas generales de acto jurídico, las normas de Derecho de Obligaciones y las de Contratos, Parte General, e intentaríamos también hacer de aplicación al tema algunos de los principios de algún contrato típico, en especial del propio contrato de arrendamiento.

Sin duda, este camino no resultaría nada favorable para dar una solución adecuada al tema, ya que, tal vez por un prurito academicista, estaríamos condenando a un acto de estas características a carecer de una normatividad clara y precisa.

Además, debe quedar sentado que el propio Código no establece cuál es el contenido que debe tener la renta en el contrato de arrendamiento.

Entendemos que si el legislador hubiese querido precisar que la misma debería consistir en dinero (o signo que lo represente), hubiese podido efectuar la precisión respectiva en el propio artículo 1666, tal como procedió a hacer dicha precisión en lo que concierne al artículo 1529 (norma en la que el Código Civil otorga un concepto para el contrato de compraventa).

Así, por las razones antes mencionadas, para no contravenir la naturaleza jurídica del arrendamiento y, además, por la aplicación del viejo principio interpretativo de las normas jurídicas que reza que «no cabe distinguir ahí donde la ley no distingue», llegamos a la conclusión de que la renta puede consistir en dinero, signos que representen al dinero o bienes de cualquier otra naturaleza.

Dentro de tal orden de ideas, nos retractamos de lo expresado en ocasión anterior cuando afirmamos la necesidad de que se efectuara la precisión contraria en el texto del artículo 1666.[1440]

Por lo expuesto, coincidimos plenamente con lo expresado por Bigio Chrem[1441] cuando sostiene que la renta no tiene que consistir necesariamente en una suma de dinero por cuanto el texto del artículo 1666 del Código Civil es deliberadamente abierto, respondiendo a la voluntad del legislador de ampliar el ámbito de relaciones jurídicas que pueden encuadrarse en el arrendamiento.

En otras palabras, la definición del contrato de arrendamiento alude a la renta convenida, a diferencia del artículo 1529 del Código Civil vigente, el cual al definir la compraventa se refiere expresa y exclusivamente a la obligación de transferir la propiedad de un bien a cambio de un precio en dinero. Así, el legislador peruano se ha apartado de la definición que contenía el artículo 1493 del Código

1440 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas*, tomo II, p. 1002.
1441 Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, pp. 34-36.

Civil argentino de 1871, según el cual la renta debe consistir necesariamente en una suma de dinero determinada.

A decir de Bigio no tiene ningún sentido estimar que cuando el arrendatario paga una renta consistente en una prestación distinta a una suma de dinero, a cambio de la cesión del uso de un bien, se está en presencia de un contrato atípico, por cuanto el contrato se regirá —en definitiva— por las reglas del arrendamiento, por ser éste el contrato que más se le asemeja.

En consecuencia —agrega—, de acuerdo a nuestra legislación, el arrendador puede convenir con el arrendatario en que la contraprestación por el uso de un bien —la renta— esté constituida, indistintamente, por una suma de dinero, por servicios, mediante la transferencia de la propiedad de otro bien, mediante frutos, por una abstención, etc. Igualmente, puede establecerse como contraprestación, o como parte de ella, la obligación del arrendatario de efectuar todas las reparaciones que requiera el bien arrendado.

Según enseña Bigio, puede acordarse el pago de una renta mixta, es decir, que la contraprestación por el uso del bien consista, por ejemplo, en dar una suma de dinero y dar en propiedad el 50 % de los frutos de un bien del arrendatario. También, puede fijarse en una cantidad fija y en otra variable que resulte de aplicar un porcentaje de los beneficios obtenidos por el arrendatario con el uso del bien en un periodo determinado.

En cuanto a la hipótesis de renta pagadera en una suma de dinero, que constituye el caso más frecuente, señala el citado profesor que ella puede consistir en una suma de dinero determinada, por ejemplo, S/ 1000 al mes. También puede convenirse la renta en un porcentaje determinado de las ventas que efectúe el arrendamiento en un plazo establecido. Tal sería el caso de un arrendatario que conduce un establecimiento dedicado a las ventas al por menor que ha convenido con el arrendador que la renta será el equivalente del 2,5 % de la venta bruta en un mes. En este caso —según Bigio—, si bien el porcentaje se encuentra establecido, se trata de una renta no determinada pero determinable, estipulación que se encuentra admitida dentro del juego de la autonomía de la voluntad.

A decir de Bigio Chrem, el legislador incluyó esta fórmula amplia, respecto a la naturaleza de la renta, a fin de posibilitar que el pago de la misma sea efectuado por diferentes medios y no únicamente a través de una suma de dinero. La razón de ello reside en que se deseó otorgar la calidad de típico, también al contrato en virtud del cual se cede el uso de un bien a cambio de una contraprestación distinta a una suma de dinero y sujetarlo a las normas del contrato de arrendamiento.

Antes de concluir lo relativo a este acercamiento a las obligaciones del arrendatario, debemos mencionar que, evidentemente, el pago de la renta, si bien constituye la obligación más representativa del arrendatario, no es la única, pues dicho contratante también deberá recibir el bien, cuidarlo diligentemente y usarlo para el destino que se le concedió en el contrato o al que pueda presumirse de las

EDUARDO CASTILLO FREYRE

circunstancias. Además, deberá 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; efectuar las reparaciones que le correspondan; 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 su posición contractual sin asentimiento escrito del arrendador; devolver el bien al arrendador al vencerse el plazo del contrato, en el estado en que lo recibió, sin más deterioro que el de su uso ordinario; y, por último, cumplir las demás obligaciones que establezca la ley o el contrato.

Sin embargo, dada la naturaleza de este trabajo nos ocuparemos de todas estas obligaciones del arrendatario en un capítulo especial.

2. Características del contrato de arrendamiento

Antes de abordar el análisis de las características del contrato de arrendamiento en el Código Civil peruano de 1984 debemos precisar que la metodología empleada se basa —como es habitual— en la clasificación general de los contratos elaborada por Manuel de la Puente y Lavalle.

2.1. En cuanto al nombre

El arrendamiento es un contrato nominado. También recibe el nombre de locación-conducción.

2.2. En cuanto a su regulación

El arrendamiento es un contrato típico social y legal, pues está jurídicamente regulado en la ley (el Código Civil).

Sin embargo, es necesario anotar que el arrendamiento reviste gran parecido con un derecho real principal. Nos referimos al derecho de uso, regulado en los artículos 1026 a 1029 del Código Civil. En tal sentido, resultan pertinentes las expresiones que al respecto formula Bigio,[1442] quien indica que cuando el derecho de uso se constituye a título oneroso, presenta similitud con el derecho que adquiere el arrendatario mediante el arrendamiento.

En efecto —dice— según la definición de cada una de estas figuras cabe señalar como coincidencia entre ellas, que tanto el usuario como el arrendatario sólo adquieren el derecho al uso del bien, mas no a los provechos que éste pudiera generar.

1442 *Ibidem*, pp. 44 y 45.

Agrega Bigio que coincide el derecho de uso con el arrendamiento, en que su constitución no está sujeta a ninguna formalidad, pudiendo celebrar uno u otro mediante la forma que las partes o el constituyente elijan, según el caso.

Sin embargo, anota el citado profesor que hay algunas diferencias que considera necesario precisar. En primer término, como consecuencia del carácter real del derecho de uso, la transferencia del bien durante el curso del contrato no importa su extinción, efecto que sí se puede producir por voluntad del nuevo propietario; en el caso, por ejemplo, de la venta del bien arrendado, a tenor de la facultad que le concede al adquirente el inciso 2 del artículo 1708 del Código Civil.

Agrega Bigio que el derecho de uso es intransferible; en consecuencia, no puede ser objeto de cesión a tercera persona (artículo 1029 del Código Civil), como sí puede suceder con el arrendamiento, que admite ser objeto de cesión de posición contractual en los casos permitidos por ley.

Indica Bigio que si bien, tanto el arrendamiento como el derecho de uso tienen origen contractual, el derecho de uso puede constituirse mediante acto unilateral y por testamento. En cambio, el arrendamiento sólo tiene como fuente al contrato.

De otro lado —agrega— si, por ejemplo, se concede por medio de contrato el derecho de uso de un inmueble a tercero, por un plazo determinado, y si al finalizar éste, el usuario permanece en posesión del bien y el propietario no exige su devolución, aquél se habrá convertido en ocupante precario, por cuanto su título posesorio ha terminado. No ocurre lo mismo en el contrato de arrendamiento, en que la permanencia del arrendatario en el uso del bien, más allá del plazo convenido, se entiende como la continuación de la relación obligacional, bajo sus mismas estipulaciones, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1700 del Código Civil.

2.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, el arrendamiento es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

2.4. En cuanto a su contenido o área

Por su contenido, el arrendamiento puede ser de naturaleza civil o mercantil.

Sin embargo, apreciamos que resulta más frecuente encontrarnos frente a arrendamientos de naturaleza civil que frente a arrendamientos de naturaleza mercantil, salvo que estemos hablando del arrendamiento financiero (*leasing*), contrato mercantil por excelencia, del cual haremos mención oportuna, pero que escapa al concepto y regulación del arrendamiento tradicional o arrendamiento propiamente dicho.

2.5. En cuanto a su autonomía

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

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 de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, en el artículo 3 del título 19, relativo al contrato de arrendamiento, establecía que el arrendatario podía 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 introducidos por el subarrendatario en el fundo quedaban 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 podía subarrendar y aun ceder a otra persona su derecho si no se le había prohibido esta facultad, la cual era concesible en todo o en parte. Dentro de las reglas particulares de alquiler de casas y muebles, el artículo 1156 establecía que el subinquilino estaba obligado con el propietario solamente por el precio de la sublocación, y era su legítimo deudor por la parte que ocupa en la casa.

El Código Civil de 1852 establecía en su artículo 1581 que el conductor tenía derecho a subarrendar a otro el todo o parte de la cosa si en el contrato no se le había privado de esta facultad, en tanto, el artículo 1582 establecía que no había facultad de subarrendar cuando el contrato se celebraba a partir de frutos con el dueño, salvo que éste se la hubiese concedido expresamente. En el numeral 1583 se precisaba que por el subarriendo total o parcial no se menoscababan los derechos ni las obligaciones que respectivamente correspondían al locador y al arrendatario, ni se alteraban tampoco las fianzas e hipotecas, convencionales o legales, que estaban destinadas a la seguridad del contrato.

Adicionalmente, el Código Civil peruano de 1852, en su artículo 1597, establecía que el subarrendatario no estaba obligado al dueño sino subsidiariamente, mientras que el artículo 1598 señalaba que la obligación subsidiaria prescrita en el artículo anterior constituía responsable al subarrendatario en favor del dueño, no sólo de la cantidad adeudada por la renta del subarriendo, sino también de la que hubiese pagado anticipadamente, sin estar vencidos los plazos prefijados en este contrato.

Por su parte, el artículo 1599 decía que la obligación del subarrendatario era solidaria con la del conductor si éstos lo habían pactado así, o si el conductor o el dueño habían estipulado, en el contrato principal, que esta clase de obligación resultaría en caso de subarrendamiento. A su vez, el artículo 1600 agregaba que cuando el conductor y el arrendatario estaban obligados solidariamente, este último tenía derecho a 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 hubiera hecho una prevención por escrito tenía la obligación de retener la cantidad adeudada al conductor, y de no pagarle ni éstas ni las rentas posteriormente devengadas sino con conocimiento del dueño. Luego, este mismo artículo agregaba que no se concedía la facultad de hacer retener lo adeudado al arrendatario sino en la parte que bastase para pagar lo que se debía al dueño por plazo cumplido o próximo a cumplirse. Sin embargo, cabe indicar que este mismo Código señalaba, en el inciso 7 del artículo 1606, que se acababa el contrato de locación por subarrendar el conductor contra pacto expreso.

El Código Civil de 1936 establecía, en su artículo 1523, que el conductor tenía el derecho de subarrendar a otro el todo o parte de la cosa arrendada si en el contrato no se le hubiera privado de esta facultad. A su vez, el artículo 1524 señalaba que la cláusula que impedía al conductor subarrendar sin consentimiento del locador, al mismo tiempo no impedía al conductor subarrendar si el subarrendatario propuesto ofrecía todas las condiciones de solvencia y buen crédito. El numeral 1525 establecía que no hay facultades de subarrendar cuando el contrato se ha celebrado a partir de frutos con el dueño, salvo que éste la hubiese concedido expresamente, en tanto el artículo 1526 prescribía que el subarrendatario estaba obligado al dueño solidariamente con el conductor. A su vez, el artículo 1527 anotaba que cesando la locación se resolvían los subarrendamientos cuyos plazos no hubieran 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 el contrato de subarrendamiento señalándose que es el arrendamiento total o parcial del bien arrendado que celebra el arrendatario en favor de un tercero a cambio de una renta, con asentimiento escrito del arrendador. El artículo 1693 establece que tanto el subarrendatario como el arrendatario están obligados solidariamente ante el arrendador por las obligaciones asumidas por el arrendatario. En tanto que el numeral 1694 señala que a la conclusión del arrendamiento se extinguen los subarrendamientos cuyos plazos no han vencido, dejándose a salvo el derecho del subarrendatario para exigir al 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,

ESTUDIO MARIO CASTAÑEDA LEYRE

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 el artículo 1696. Allí 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 la cesión de posición contractual (artículos 1435 a 1439 del Código Civil).

2.6. En cuanto a su formación

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

Cabe recordar, sin embargo, que el ya derogado Decreto Ley n.° 21938 y su reglamento, el Decreto Supremo n.° 052-77-VC, los cuales regulaban los arrendamientos de predios urbanos destinados a casa habitación, prescribían la obligatoriedad de celebrar dichos contratos en formularios impresos con cláusulas generales de contratación, en donde casi no cabía incluir algún punto adicional, salvo los datos elementales sobre el bien, la renta —que tenía topes— y los nombres de las partes. El Decreto Ley aludido fue derogado por el Decreto Legislativo n.° 709, del 8 de noviembre de 1991.

Adicionalmente, debemos señalar que si nos remitimos a los códigos civiles que antecedieron al vigente, comprobaremos también que no siempre el arrendamiento fue considerado un contrato consensual.

Dentro de tal orden de ideas, diremos que el Proyecto de Código de Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1835 y 1836, establecía en su artículo 22 que la escritura pública era de rito en el contrato de arrendamiento, salvo en el servicio personal u obras de industrias. En tales casos podía extenderse el contrato en documento privado. Luego, agregaba que la escritura debía contener el inventario y tasación de lo movible, semoviente, consumible o deteriorable.

Con relación a esta última 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 tazarse, y esta tasación es muy precisa. Es un sacrílego contra la patria el que dilapida los instantes. La vida es muy corta, es menester aprovecharla útilmente. Levanto mi tarea.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

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 podía arrendar o alquilar por escritura o verbalmente. El artículo siguiente señalaba que si el arrendamiento o alquiler hecho sin escritura aún no tenía principio, y una de las partes lo negaba, no debía recibirse prueba de testigos, y sólo se estaría al juramento prestado por aquél que negaba el contrato.

Por último, el artículo 1135 de este cuerpo legal prescribía que, cuando hubiera contestaciones sobre el precio del arriendo o alquiler verbal, y no existiese documento de pago, se estaría al juramento del propietario. Luego se precisaba que si el conductor no convenía, se haría la estimación por peritos inteligentes; y si el precio que regulasen fuera menor que el declarado por el propietario, éste pagaría los gastos de la diligencia, sujetándose a la regulación. Asimismo, si el precio hubiese sido hecho en mayor cantidad que la declarada por el propietario, sería ésta la cantidad que pagaría 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 podía celebrarse el contrato de locación ya sea de palabra, por carta o por escritura pública o privada. Por su parte, el artículo 1547 agregaba que el contrato de locación se perfeccionaba por el mero consentimiento, del locador y del conductor, en la cosa arrendada y en la renta que se pagaría por usarla.

El Código Civil de 1936 no establecía ninguna formalidad específica para el contrato de arrendamiento, por lo que se entendía que éste era consensual.

2.7. En cuanto al tiempo

El arrendamiento es, esencialmente, un contrato de duración, la cual 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 con relación al plazo en el contrato de arrendamiento, podemos decir, en primer lugar, que el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1835 y 1836, trató el tema en el artículo 6. Allí se estableció que en todo contrato de arrendamiento habría plazo señalado, el cual podría extenderse hasta diez años. De Vidaurre agregaba que éste no sería rescindido por no haberse pagado la renta, salvo que así se hubiese pactado, que hallase mutuo convenio en ello o que el arrendatario no tuviera bienes con qué satisfacer. Finalizaba este numeral señalando que, durante el término del contrato, el dueño no podía pedir el fundo rústico o urbano con el pretexto de cultivarlo ni de 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 intimaría por escrito el desahucio al inquilino por el dueño o al dueño

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

por el inquilino, fijándose el día preciso para recibir el fundo. Precisaba, además, que si el arrendatario no estaba expedito a la entrega, continuaría un año más o pagaría al dueño el daño que resultase, a cuya elección quedaría esto. Asimismo, si el dueño era el culpable, sería igual la acción del arrendatario. El artículo 8, a su vez, establecía que si durante el tiempo del arrendamiento fuera preciso hacer reparaciones en la finca (debido al riesgo de caer en ruina), y al arrendatario no le importase sufrir las incomodidades de la obra, éste podría permanecer allí. Si esto no fuera posible, dejaría la casa durante su reparación y, entre tanto, no le correría la renta ni el plazo estipulado. Asimismo, si un fundo rústico necesitase reparaciones que impidiesen sembrar algunas tierras, el arrendamiento sería rebajado en proporción.

El artículo 9 del mencionado Proyecto de Código de Manuel Lorenzo de Vidaurre establecía que se rescindía el arrendamiento durante el plazo si el arrendatario, haciendo mal uso de la cosa, la empeoraba. En el artículo 10 se señalaba que, si no había finalizado el plazo, por la muerte del que arrendó no concluía el arrendamiento. En tanto, el artículo 11 disponía que con la muerte del conductor se daba por concluido el plazo, teniendo los herederos tres meses para dejar el fundo urbano y la estación de entrega para el rústico. Sin embargo, si los arrendantes eran muchos, la muerte de uno de ellos no alteraba el contrato.

Adicionalmente, en el artículo 12 se establecía que por la venta concluía el arrendamiento si el nuevo dueño no quería continuarlo, pero al arrendatario se le resarcirían todos los daños que le resultasen. Además, éste tendría el derecho de retención por las mejoras necesarias y se le concederían tres meses para desocupar el fundo urbano y un año para el rústico (contados a partir de la fecha en que se hicieran comúnmente las entregas). Por último, el artículo 13 disponía que, si el fundo era legado, el arrendamiento no finalizaba si aún no se había cumplido el término.

Por otra parte, debemos señalar que el Código Civil del Estado Nor-peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 establecía, en su artículo 1141, que cuando el arrendamiento o alquiler se hacía por unos años forzosos y otros voluntarios, estas calidades de forzosos y voluntarios eran correlativas a ambas partes contratantes. De otro lado, el artículo 1147 señalaba que los arrendamientos o alquileres verbales cesaban cumplido el término; y si éste no se había fijado, cuando el propietario desahuciaba o despedía al conductor.

En tanto, el artículo 1148 prescribía que si concluido el término señalado en la escritura o convenio el conductor quedaba y se le dejaba poseyendo la cosa, resultaba un nuevo contrato de arrendamiento con las mismas condiciones. Y el artículo 1149 agregaba que cuando el inquilino o colono era despedido expresamente, aunque continuara poseyendo la cosa, no podía invocar la tácita reconducción.

El artículo 1150 establecía que el contrato de arrendamiento o alquiler no se disolvía por la muerte del locador ni por la del conductor, en tanto que el artículo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1151 prescribía que si el arriendo o alquiler era hecho con escritura, y el propietario vendía la cosa, no podía el adquirente expulsar al colono o inquilino, a menos que se hubiera reservado este derecho en la escritura.

Por su parte, el artículo 1152 establecía que si se pactaba que en caso de venta el adquirente podía expulsar al colono o inquilino, el arrendador debía indemnizar los daños e intereses al conductor, quien no podía ser despedido antes de ser satisfecho. En tanto, el artículo 1153 disponía que el usufructuario tenía derecho a arrendar o alquilar el que como a tal le correspondía, mas si morían sus herederos o la persona en quien recaía el usufructo, no estaba obligado a continuar el conductor, aunque no se hubiera cumplido el tiempo estipulado.

Por su parte, el artículo 1154 prescribía que si en los arrendamientos o alquileres hechos por quince o más años se dudaba sobre la satisfacción del precio, el inquilino o colono cumplía con manifestar los recibos de los tres últimos años, con lo cual si no se probaba lo contrario, se presumían pagados los anteriores.

Todo lo anterior, con relación a los arrendamientos de predios urbanos y rústicos. En adelante, nuestra referencia a las normas que el Código Civil de 1836 establecía con respecto al alquiler de casas y muebles.

El artículo 1157 señalaba que el alquiler de una casa, una habitación o tienda se juzgaba hecho por un año cuando se había tratado a tanto por año; por un mes, cuando se había hecho a tanto mensual; y por un día, si se había pactado a tanto diario. Por su parte, el artículo 1158 señalaba que los muebles que se daban para guarnecer una casa, una tienda o aposento se consideraban 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 unía en matrimonio.

En el artículo 1160 del Código de la Confederación quedaba prescrito que, en los alquileres verbales, el desahucio o despedida se haría con el término de quince días. En tanto que si fuese aposento o tienda, tendría el inquilino el término de treinta días para buscar otro. Por último, el artículo 1161 señalaba que si el contrato de alquiler se pactaba con escritura y expresión de años forzosos y voluntarios, el desahucio no podía hacerse sino con el término de tres meses.

Dentro de las reglas particulares a los arrendamientos de predios rústicos, el artículo 1163 señalaba que el arrendamiento pactado sin escritura se juzgaba hecho por el tiempo que fuera necesario para que el colono recogiese todos los frutos. Así, el arrendamiento de fincas cuyos frutos se recogían totalmente en el curso de un año se juzgaba hecho para un año. En tanto que, cuando se dividían por estaciones o temporadas, se limitaba el arrendamiento a la estación o temporada. El artículo 1164 establecía que cuando resultara un tácito arrendamiento, por haber dejado al colono en posesión de la finca después de cumplido el término, sus efectos se regularían por el artículo anterior.

ESTUDIO JORGE CASTILLO PEREZ

El artículo 1166 disponía que si el arrendamiento se hacía por muchos años, y en el tiempo de su duración se perdía la totalidad o la mitad de una o más cosechas por casos fortuitos ordinarios, el arrendatario podía pedir una rebaja del precio, a no ser que estuviera indemnizado por las cosechas precedentes. En caso de no estarlo, la regulación de la rebaja no podía tener lugar sino al fin del arrendamiento, a cuyo tiempo se haría, si no se compensaran los años malos con los buenos. Por su parte, el artículo 1167 establecía que si el arrendamiento no era sino para un año, y se perdían los frutos en su totalidad o mitad, el colono era descargado proporcionalmente de una parte del precio, deducidas las expensas. Si la pérdida era menor que la mitad, no podía el arrendatario pedir rebaja alguna.

Por otra parte, el artículo 1169 establecía que, en los arrendamientos sin escritura, el desahucio o despedida se haría diez días antes o diez días después de cumplido el término. Y en los escriturados con años forzosos y voluntarios, se advertiría al colono su despedida un año antes.

En lo referente al capítulo del arrendamiento de ganado, el artículo 1177 precisaba que si no se había fijado el tiempo que debía durar este arrendamiento, el mismo se juzgaba hecho por tres años. Sin embargo, si el arrendatario no cumplía con las condiciones estipuladas, el arrendador podía pedir antes la disolución del contrato.

En lo referente al Código Civil peruano de 1852, el artículo 1553 del mismo precisaba que si no se había estipulado su duración, el arrendamiento de una heredad era cuando menos por el tiempo que el arrendatario necesitase para recoger la cosecha. En tanto, el artículo 1554 establecía que en los arrendamientos de haciendas de caña dulce cuya duración no se fijaba en el contrato, se suponía que dicho término era de tres años.

Por su parte, el artículo 1555 señalaba que cuando no se hubiera prefijado la duración del arrendamiento de una heredad, cualquiera de las partes que se decidiera a terminar el contrato le daría aviso a la otra con anticipación de seis meses. El artículo 1556, a su vez, establecía que si se omitía por ambas partes el aviso prescrito en el artículo anterior, el arrendamiento de la heredad continuaba por otro año. Sin embargo, en las haciendas de caña dulce, el arrendamiento continuaba por un bienio si ninguno de los interesados pedía su limitación al año concedido por regla general.

El artículo 1557 precisaba que el año rural se contaba en cada lugar, y para cada clase de heredades, a partir del momento en que, según la naturaleza del cultivo, se acostumbrara recibirlas en arrendamiento.

Por otra parte, el artículo 1558 establecía que el alquiler de casas por tiempo indeterminado se reputaba a ser por años, por semestres o por meses; según se pagase la renta al año, al semestre o mensualmente. Sin embargo, el alquiler no terminaba al año, semestre o mes si uno de los contratantes no avisaba anticipadamente al otro que ponía fin al contrato.

Por su parte, el artículo 1559 precisaba que, una vez dado por el locador el aviso prescrito en la segunda parte del artículo que antecede, se concedía al inquilino, para que desocupara la casa, un término de uno a cuatro meses. Dicho plazo variaba según la costumbre y las circunstancias, y se contaba desde el día del aviso. Adicionalmente, se establecía que el inquilino tenía la facultad de devolver la casa cumplido el mes, el semestre o el año en que debía hacer el próximo pago de la renta, aun cuando entonces no hubiese vencido el término que se le había dado para desocuparla.

A su vez, el artículo 1560 establecía que, en los arrendamientos cuya duración se contaba por años forzosos y por años voluntarios, estos últimos se convertían en obligatorios siempre que el contratante, a quien se hubiese concedido el derecho de hacerlos valer, no avisara al otro que el contrato finalizaría al acabarse los años forzosos. En tanto, el artículo 1561 señalaba que seis meses antes de concluir los años forzosos se daría el aviso para que los años voluntarios no se hiciesen obligatorios. Asimismo, si en el contrato (artículo 1562) se hubiera declarado que los años serían voluntarios no sólo para una de las partes, sino para las dos, bastaría que cualquiera de ellas diera a la otra el aviso prescrito en el artículo anterior para que el contrato terminase al concluir los años forzosos.

Finalmente, en el artículo 1563 se precisaba que una vez que los años voluntarios empezaran a correr como obligatorios, el contrato continuaría 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 regulaba bajo un título especial los modos de rescindir y acabar la locación (artículos 1602 a 1614).

Pasando al Código Civil de 1936, diremos que este cuerpo legislativo establecía, en su artículo 1494, que todo contrato en que se diera a un arrendamiento la duración de más de diez años sería nulo en lo que excediese de este plazo, cuando se trataba del Estado, de corporaciones o personas que no tenían la libre disposición de sus bienes. Asimismo, respecto de los menores e incapaces, regía lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 528. Este Código señalaba también, en el artículo 1495, que cuando no se hubiera fijado la duración del arrendamiento de una heredad, cualquiera de las partes podría terminar el contrato avisándole a la otra con una anticipación de seis meses; y en caso de omitirse por ambas partes el aviso, continuaría por otro año el arrendamiento de la heredad.

Por otra parte, diremos que el artículo 1496 establecía que el arrendamiento de una heredad era por el año rural. Se contaba éste en cada lugar, y para cada clase de heredades, a partir del momento en que según la naturaleza del cultivo, se acostumbraba recibirlas en arrendamiento. En el numeral 1497 se señalaba que el alquiler de casas por tiempo indeterminado se reputaba por años, semestres o meses, según se pagase la renta al año, al semestre o mensualmente. Sin embargo,

EDUARDO MARIO CASTRO OLIVERA

el alquiler no terminaba en el año, semestre o mes si uno de los contratantes no avisaba anticipadamente al otro que ponía fin al contrato. Según el artículo 1498, una vez que el locador daba el aviso prescrito en la segunda parte del artículo anterior, se concedía al inquilino, para que desocupe la casa, un término de uno a cuatro meses. Dicho plazo variaba según las circunstancias y se contaba desde el día del aviso. Además, esta norma establecía que el inquilino tenía la facultad de devolver la casa cumplido el mes, semestre o año en que debía hacer el próximo pago de la renta, aunque en ese entonces no hubiese vencido el término que se le había dado para desocuparla.

El artículo 1499 del Código Civil de 1936 señalaba que en los arrendamientos cuya duración se contaba por años forzosos y por años voluntarios, estos últimos se convertían en obligatorios siempre que el contratante, a quien se había concedido el derecho de hacerlos valer, no avisara al otro seis meses antes de la finalización del contrato, al acabarse los años forzosos. Por su parte, el artículo 1500 del Código en mención establecía que si en el contrato se hubiera declarado que los años serían voluntarios no sólo para una de las partes, sino para las dos, bastaría que cualquiera de ellas diera a la otra el aviso prescrito en el artículo anterior para que el contrato terminase al concluir los años forzosos.

Asimismo, dentro del Código de 1936 se establecían una serie de causales por las cuales acababa el contrato de locación. Éstas son: (a) por concluir el término de duración fijado por las partes, sin que fuera necesario un aviso de despedida del locador ni del conductor; (b) por ser vencido en juicio el locador sobre el derecho que tenía; (c) por muerte del arrendatario, si sus herederos comunicaban al locador que no podían continuar en el contrato; (d) por ceder el arrendamiento contra pacto expreso o sin consentimiento del locador; (e) por subarrendar en los casos no permitidos; (f) por entrar en el ejercicio de sus derechos civiles el menor de edad; (g) 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, una vez concluida la locación por haberse vencido el término, si pasaban quince días sin que el locador solicitase la cosa ni el conductor la devolviese, se renovaba el contrato, pero quedando sujeto a las reglas de los de duración indeterminada. En tal caso, no subsistían las garantías constituidas por una tercera persona en el contrato anterior.

En el artículo 1533 se señalaba que no se extinguía el contrato si la pérdida o destrucción de la cosa era por caso fortuito, o en todo caso, de una parte de ella. En ese caso, el arrendatario podría pedir una rebaja en la renta o la rescisión de la locación. Si el arrendatario pedía la rebaja y el locador prefería la rescisión, se disolvía 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 manifestaba su voluntad

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de extinguirla, continuaba el contrato para éstos, sin ninguna responsabilidad de los otros. En ese caso, subsistían las garantías que estaban constituidas a favor del locador, quien tenía, sin embargo, derecho a exigir nuevas garantías (y si éstas no le eran otorgadas dentro de los quince días, se acababa el contrato).

Por su parte, el artículo 1535 establecía que cuando se rescindía o se acababa el contrato por causa imputable al conductor, caducaba el derecho de preferencia que a éste 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 finalizaba un arrendamiento podía ser obligado el locador de una heredad a recibirla antes de concluido el año rural; ni tampoco el locador de un predio urbano, antes de concluido el último mes, semestre o año, según se contaran los plazos del alquiler.

Ahora nos corresponde tocar el tema en el Código Civil peruano de 1984.

Este Código trata lo referente a la duración del arrendamiento en el capítulo cuarto del título relativo a este contrato, entre los artículos 1687 y 1691. La primera de las normas citadas establece que el arrendamiento puede ser de duración determinada o indeterminada. Por su parte, el artículo 1688 señala que el plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años. Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces, el plazo no puede ser mayor de seis años. Asimismo, se entiende que todo plazo o prórroga que exceda los términos señalados, será reducido a estos últimos.

En el artículo 1689 se establecen dos presunciones con relación al arrendamiento de duración determinada. En primer lugar, se señala que, a falta de acuerdo expreso se presume que el arrendamiento será de duración determinada cuando 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 periodo, según se pague la renta. En tanto el artículo 1691 establece que el arrendamiento puede ser celebrado por periodos forzosos y periodos voluntarios, y pueden ser éstos en favor de una o de ambas partes.

Adicionalmente, debemos mencionar que el tema de la conclusión de este contrato se regula en el capítulo séptimo del título relativo al arrendamiento. Así, en el artículo 1699 se señala que el arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes sin necesidad de que éstas den aviso previo.

El artículo 1700 señala que, vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución (la cual puede pedir en cualquier momento).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por su parte, el artículo 1701 establece que en el arrendamiento cuya duración se pacta por periodos forzosos para ambas partes y voluntarios, estos últimos 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 periodos forzosos o cada uno de los voluntarios. Además, si se trata de inmuebles, se debe cursar el aviso con no menos de dos meses de anticipación al día del vencimiento del respectivo periodo, y 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 periodos 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 periodos forzosos.

El artículo 1703 establece que se pone fin a un arrendamiento de duración indeterminada dando aviso judicial o extrajudicial al otro contratante (artículo 1703). Por su parte, 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 cobrar la penalidad convenida o, en su defecto, una prestación igual a la renta del periodo 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) cuando el arrendador es vencido en juicio sobre el derecho que tenía; (b) si es preciso para la conservación del bien que el arrendatario lo devuelva con el fin de repararlo; (c) por la destrucción total o pérdida del bien arrendado; (d) en caso de expropiación; (e) 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 éste no puede o no quiere recibirlo, aquél podrá consignarlo. Asimismo, desde el día en que el arrendatario efectúa la consignación, se extingue su responsabilidad por la renta, salvo que la impugnación a la consignación sea declarada fundada.

Un artículo importante dentro de las normas que venimos mencionando es el 1708. Éste establece tres supuestos distintos sobre cómo se deberá proceder en caso de enajenación del bien arrendado: (a) si el arrendamiento ha sido inscrito, el adquirente debe respetar el contrato, así queda el arrendador sustituido en todos sus derechos y obligaciones; (b) si el arrendamiento no ha sido inscrito, el adquirente puede darlo por concluido. Excepcionalmente, el adquirente está obligado a respetar el arrendamiento si ha asumido dicha obligación. Pero tratándose de bienes muebles, el adquirente no está obligado a respetar el contrato si recibió su posesión de buena fe.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

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. Por su parte, el numeral 1710 señala que si dos o más herederos del arrendatario usan el bien, y la mitad o el número mayor de ellos no manifiesta su voluntad de extinguirlo, continúa el contrato para éstos, sin ninguna responsabilidad de los otros. En tal caso, no subsisten las garantías que estaban constituidas en favor del arrendador. Sin embargo, éste tiene derecho a 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. En caso de que el arrendatario desocupe el bien sin alguna de esas autorizaciones será responsable de lo siguiente: (a) de la renta y de los pagos por los servicios a su cargo que se devenguen después de la desocupación y hasta que el arrendador tome posesión del bien; (b) de los daños y perjuicios correspondientes; (c) de que un tercero se introduzca en él.

2.8. En cuanto a su negociación

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)—, un contrato por adhesión o, por último, con arreglo a cláusulas generales de contratación (este último, de cierta frecuencia en lo que a predios multifamiliares se refiere). Asimismo, a esto debemos agregarle lo que señalamos con respecto a las formalidades impuestas por el derogado Decreto Ley n.° 21938.

2.9. En cuanto al rol económico

El arrendamiento es un contrato de goce, pues está destinado a que el arrendatario disfrute del bien, sin poder disponer del mismo.

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

2.10. En cuanto a su función

El arrendamiento es un contrato fundamentalmente constitutivo, aunque podría formar parte, por excepción, de contratos modificatorios. No obstante, nunca podrá ser resolutorio, ya que 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.

2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El arrendamiento es un contrato individual, ya que las obligaciones creadas por él afectan, únicamente, a las partes que lo celebran.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.12. En cuanto a la prestación

El arrendamiento es, esencialmente, un contrato bilateral, sinalagmático o de prestaciones recíprocas.

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 de Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1835 y 1836, establecía, en el artículo 1 del título relativo al contrato de arrendamiento, que éste era propiamente un contrato consensual sobre cosa inmueble fructífera para que se usara de ella, se gozara y se utilizaran sus producciones por tiempo señalado y precio cierto. Esto según las condiciones incluidas en el pacto o señaladas por la ley, siendo necesaria la devolución al fin del plazo estipulado o cuando la ley lo determinara. El mencionado artículo agregaba que los muebles que podían usarse también se alquilaban.

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—, consideró que el arrendamiento podía versar no solo sobre cosas, sino también sobre servicios y obras. Esto llevó a De Vidaurre a decir lo siguiente, al comenzar la exposición de motivos relativa a este contrato:

> 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. Si no 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.

Continuando con el Proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre, podemos decir que en el mismo se regularon, aunque dispersas, tanto las obligaciones del arrendador como las del arrendatario. Así, en el artículo 15 se establecía lo siguiente:

> Artículo 15.- «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».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Y luego, en los artículos 17, 18 y 19 se regulaban las obligaciones del arrendatario. De esta forma, el artículo 17 establecía:

> Artículo 17.- «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».

Y el artículo 18:

> Artículo 18.- «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 necesiten, y exigirle la respuesta por escrito».

Por su parte, el artículo 19 establecía:

> Artículo 19.- «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 el artículo 20 del mencionado título del Proyecto señalaba lo siguiente:

> Artículo 20.- «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 aquél 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 era un contrato por el cual una de las partes se obligaba 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, al arrendatario o al que recibe la heredad se le denominaba «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 las siguientes: (a) entregar al colono o inquilino la cosa arrendada o alquilada; (b) mantenerla en estado de servir en el uso para el que se ha dado; (c) hacer que el conductor, mientras dure el contrato, goce de ella sin ser inquietado (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).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Las principales obligaciones de los inquilinos y colonos eran aquéllas que el Código establecía para el usufructuario (artículo 1139). Adicionalmente prescribía que el inquilino y el colono estaban obligados a usar de la cosa arrendada o alquilada, como un buen padre de familia, según el destino que se le hubiera dado en el contrato o, en defecto de convención, según el que presumiera por las circunstancias. Asimismo, también estaban obligados a pagar el precio en los términos estipulados.

Cabe señalar, además, que el referido Código 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, preceptos referentes al arrendamiento de ganado.

Por otra parte, el Código Civil de 1852, en su artículo 1540, establecía que la locación y conducción era un contrato por el cual una persona cedía 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 llamaba, en general, arrendamiento. En tanto que la de casas de habitación y la de muebles destinados al uso y ornato urbano se llamaba, con más especialidad, alquiler. A su vez, el artículo 1542 establecía que se le daba el nombre de renta al precio que se pagaba por usar una cosa. En tanto que el 1543 precisaba que quien concedía el uso de la cosa era denominado locador; conductor o arrendatario el que la recibe; y más especialmente inquilino, el que toma en alquiler casas de habitación. Podía arrendarse toda cosa mueble o inmueble que estuviera en el comercio de los hombres y que no se consumiera con el uso.

El Código Civil de 1852 establecía, a partir de su artículo 1584, cuáles eran las obligaciones del locador. Así, en la norma citada se expresaba que el locador estaba obligado a entregar la cosa arrendada en el tiempo convenido y en estado de servir al objeto de la locación.

Por su parte, el artículo 1585 establecía que si no se había designado en el contrato el tiempo de la entrega, ésta se verificaba inmediatamente, salvo que por costumbre debiera hacerse en otro momento. En tanto el artículo 1586 señalaba que entregada la cosa al conductor se presumía, si no se probaba lo contrario, que ésta se hallaba en estado de servir y con todo lo necesario para el uso al cual se le destinó.

Adicionalmente, puede mencionarse que a través del artículo 1587 se establecían otras obligaciones para el locador. Éstas eran las siguientes: (a) manifestar al conductor el vicio oculto que tenga la cosa arrendada; (b) mantener al conductor en el uso de ella durante el tiempo de la locación; (c) defender el uso de la cosa arrendada contra un tercero que pretenda tener o quiera ejercer algún derecho sobre ella; (d) soportar todas las pensiones y cargas reales que graviten sobre la cosa; (e) hacer en ella las reparaciones necesarias que, por pacto o costumbre, no sean de cuenta del arrendatario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 1588 establecía que el locador indemnizaría al conductor de los perjuicios que éste hubiera sufrido y le pagaría las costas que le hubiera causado por falta de cumplimiento de las obligaciones prescritas en los artículos 1584 y 1587.

Entre los artículos 1589 y 1594 se establecían determinadas reglas complementarias del tema. En tal sentido, el artículo 1589 señalaba que el locador que arrendaba de buena fe la cosa ajena, creyéndola propia, se libraba de responsabilidad si presentaba al conductor otra equivalente. Por su parte, el artículo 1590 establecía que el arrendatario no estaba obligado a admitir la cosa equivalente que se le ofrecía en lugar de la que contrató. En tanto, el artículo 1591 prescribía que en 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 tendría derecho a ninguna indemnización por falta de entrega ni por privación de ella.

Por otra parte, debemos mencionar que el artículo 1592 establecía que si el locador vendía, donaba o enajenaba de otro modo la cosa arrendada, el nuevo dueño no podía 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. A su vez, el artículo 1593 establecía que el locador no podía eximirse de mantener al inquilino en la casa, aunque la necesitase para sí mismo o para sus hijos, si no había reservado esta facultad en el contrato de locación. Por último, el artículo 1594 prescribía que si por reparar la cosa se impedía al conductor el uso de una parte de ella, se rebajaba de la renta una cantidad proporcional al tiempo y a la parte que no se ha usado.

En lo referente a las obligaciones del conductor, el Código Civil de 1852 establecía en su artículo 1595 las principales: (a) cuidar de la cosa arrendada como propia y usarla en el destino que se le concedió; (b) pagar la renta en los plazos convenidos y, a falta de convenio, en cada semestre; (c) dar aviso al locador sobre cualquier usurpación o imposición de servidumbre que se intente contra la finca; (d) vencido el término de la locación, devolver la cosa a su dueño en el estado en que la recibió, sin más deterioro que el del uso ordinario de ella; (e) no abusar en modo alguno de la cosa arrendada; (f) si no hay pacto en contrario, hacer los reparos que determina la costumbre.

Por su parte, el artículo 1596 establecía que el arrendatario indemnizaría al locador por los perjuicios causados en los siguientes casos: 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 definitiva, por todos los perjuicios que por culpa de él hubiera sufrido el dueño (comprendiéndose, dentro de esta responsabilidad, la del pago de costas).

Por otra parte, el Código Civil de 1936, en el artículo 1490, definía al contrato de locación-conducción como 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, las siguientes obligaciones del locador (artículos 1511 a 1516): (a) entregar al conductor la cosa arrendada en el tiempo convenido

y en estado de servir al objeto de la locación; (b) en caso de no designarse en el contrato el tiempo de la entrega, ésta se verificaría inmediatamente, salvo que por costumbre debiera hacerse por otra época (artículo 1511).

El artículo 1512 establecía que una vez entregada la cosa al conductor, si no se probaba lo contrario, se presumía que ésta se hallaba en estado de servir y con todo lo necesario para el uso al cual se le destinó. Por su parte, el artículo 1513 mencionaba otras obligaciones del locador; a saber: (a) mantener al conductor en el uso de la cosa durante el tiempo de la locación; (b) defender el uso de la cosa arrendada contra un tercero que pretendiera tener o quisiera ejercer algún derecho sobre ella; (c) hacer en ella los reparos necesarios que, por pacto o costumbre, no fueran por cuenta del arrendatario.

Adicionalmente, debe mencionarse el artículo 1514, el cual señalaba que en caso el arrendatario supiera que la cosa arrendada era ajena, no tendría derecho a ninguna indemnización por falta de entrega ni por privación de ella. En tanto, el artículo 1515 prescribía que si el locador enajenaba la cosa arrendada, el nuevo dueño no podía negarse a mantener en el uso de ella al arrendatario que tuviera 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 impedía al conductor usar una parte de ella, se rebajaba de la renta una cantidad proporcional al tiempo y a la parte que no hubiera usado.

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, las siguientes obligaciones del conductor: (a) cuidar de la cosa arrendada como si fuera propia y usarla en el destino que se le concedió; (b) pagar la renta en los plazos convenidos, y a falta de convenio, cada mes; (c) dar aviso al locador sobre cualquier usurpación o imposición de servidumbre que se intente contra la finca; (d) vencido el término de la locación, devolver la cosa al dueño en el estado en que la recibió, sin más deterioro que el del uso ordinario de ella; (e) si no hay pacto en contrario, hacer los reparos que determina la costumbre, y poner en conocimiento del locador la necesidad de las reparaciones que a éste le incumben.

Adicionalmente, el artículo 1518 prescribía que el arrendatario era responsable del incendio; a no ser que proviniese de caso fortuito, fuerza mayor o vicio de construcción. El artículo 1519 agregaba que el arrendatario no respondía del incendio que se hubiera comunicado de una casa vecina, a pesar de haber tenido la vigilancia que podía exigirse. El artículo 1520 prescribía que si había varios arrendatarios, todos eran responsables del incendio en proporción a la parte que respectivamente ocupaban; a no ser que se probara que el incendio ha comenzado en la habitación de alguno de ellos (quien en tal caso sería el único responsable). El artículo 1521 agregaba que si el locador ocupaba alguna parte del inmueble, se lo consideraba como arrendatario respecto de dicha responsabilidad. En tanto que, según el artículo 1522, en caso de incendio cesaba la responsabilidad del arrendatario en la medida

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en que el locador estuviese asegurado, salvo el derecho del asegurador contra el arrendatario si el incendio era causado por culpa de este último.

Por otra parte, debemos señalar que el Código Civil de 1984 es el primer cuerpo legislativo nacional en distinguir al contrato de arrendamiento como figura autónoma 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. El artículo 1678 establece que el arrendador está obligado a entregar al arrendatario el bien arrendado con todos sus accesorios, en el plazo, lugar y estado convenidos. Luego agrega que si no se indica el tiempo y el lugar de la entrega en el contrato, éste 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 una vez entregado el bien al arrendatario se presume que se halla en estado de servir y con todo lo necesario para su uso. Por último, el artículo 1680 establece obligaciones adicionales del arrendador como: 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: (a) 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; (b) pagar puntualmente la renta en el plazo y lugar convenidos y, a falta de convenio, cada mes en su domicilio; (c) pagar puntualmente los servicios públicos suministrados en beneficio del bien, con sujeción a las normas que los regulan; (d) dar aviso inmediato al arrendador de cualquier usurpación, perturbación o imposición de servidumbre que se intente contra el bien; (e) permitir al arrendador que inspeccione por causa justificada el bien, previo aviso que le corresponda conforme a la ley o al contrato; (f) no hacer uso imprudente del bien, o contrario al orden público o a las buenas costumbres; (g) no introducir cambios ni modificaciones en el bien sin asentimiento del arrendador; (h) no subarrendar el bien, total o parcialmente ni ceder el contrato sin asentimiento escrito del arrendador; (i) al vencerse el plazo del contrato, devolver el bien al arrendador en el estado en que lo recibió, sin más deterioro que el de su uso ordinario; (j) 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 sobre las reparaciones que haya que efectuar, bajo responsabilidad por los daños y perjuicios resultantes. Así se precisa que si se trata de reparaciones urgentes, el arrendatario debe realizarlas directamente, con derecho a reembolso, siempre que avise al mismo tiempo al arrendador.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Luego, el referido artículo agrega que, salvo pacto distinto, en los demás casos los gastos de conservación y mantenimiento ordinario son de cargo del arrendatario.

El artículo 1683 prescribe que, aun cuando deriven de incendio, el arrendatario es responsable por la pérdida y deterioro del bien ocurridos durante el curso del arrendamiento, si no prueba que han sucedido por causa no imputable a él. Luego, agrega que es también responsable por la pérdida y el deterioro ocasionados por causas imputables a las personas que hubiera admitido, aunque sea temporalmente, al uso del bien. Este artículo concuerda con el artículo 1329 sobre culpa leve.

Por su parte, el artículo 1684 señala que si el bien destruido o deteriorado por incendio ha sido asegurado por el arrendador o por cuenta de éste, 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. Y luego añade que si se trata de un bien valorizado y el seguro se ha fijado en una cantidad igual a la tasación, no hay responsabilidad del arrendatario frente al arrendador si éste 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 con respecto a la responsabilidad a la cual se refiere el artículo 1685.

2.13. En cuanto a la valoración

Por la valoración, el arrendamiento es un contrato celebrado a título oneroso.

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

2.14. En cuanto al riesgo

El contrato de arrendamiento 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. Sin embargo, la naturaleza del arrendamiento no impide que revista la modalidad de aleatorio.

2.15. En cuanto a sus efectos

El arrendamiento es un contrato meramente obligatorio u obligacional.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3. ¿Se puede arrendar un bien ajeno?

Sobre este particular, la ley peruana no es clara.

En principio, como sabemos, debe descartarse de este punto lo relativo al contrato de subarrendamiento, ya que el tema de la contratación sobre bienes ajenos pasa necesariamente por la no preexistencia de una relación contractual entre la parte que se obliga a entregar el bien ajeno y un tercero propietario del bien, de modo tal que se configurase un contrato principal y que el contrato sobre bien ajeno constituya un contrato derivado.

En tal sentido, no tiene nada que ver con el tema lo dispuesto por los artículos 1692 a 1695 del Código nacional.

Por un lado, el Código Civil peruano establece como regla general, en el artículo 1409 (inciso 2), que pueden ser objeto de obligaciones contractuales los bienes ajenos.

Esta norma bien podría haber constituido el único precepto del Código nacional en torno a esta materia; ya que tal vez hubiera sido preferible legislar sobre el tema conforme a una norma general y no estableciendo artículos privativos en cada contrato típico.

Pero no ha sido así, dado que el Código legisla en tres contratos típicos acerca de la contratación sobre bienes ajenos.

Nos referimos a la compraventa (artículos 1537 a 1542), tema ya analizado; la donación (artículo 1627), materia también ya abordada en esta obra; y el arrendamiento, contrato en el que se pretende regular el tema en el artículo 1671, de texto siguiente:

> Artículo 1671.- «Si el arrendatario sabía que el bien era ajeno, el contrato se rige por lo dispuesto en los artículos 1470, 1471 y 1472».

El artículo citado nos trae a la memoria los numerales 1537 y 1627, relativos a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero en torno a futuros contratos de compraventa y donación, respectivamente.

No obstante, la regulación de estos dos casos dentro del resto de normas sobre compraventa y donación no impedía que se contratase, en estricto, la compraventa y la donación de bienes ajenos.

Sin embargo, el artículo 1671, relativo al arrendamiento, que aparentemente seguiría la misma línea de los artículos antes citados, parece desnaturalizar al arrendamiento de bien ajeno en estricto, haciendo que se rija por los preceptos propios de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Éstos son los artículos 1470, 1471 y 1472.

Para mayor ilustración podemos decir que los elementos del artículo 1671 son los siguientes:

EDUARDO MARIO CASTAÑEDA LOZANO

- Se ha celebrado un contrato de arrendamiento.
- El bien objeto de la prestación contenida en la obligación de dar del arrendador es un bien ajeno, vale decir, no pertenece a ninguna de las partes contratantes.
- El arrendatario conocía el carácter ajeno del bien al momento de celebrar el contrato.
- El contrato de arrendamiento se rige por lo dispuesto en los artículos 1470, 1471 y 1472, vale decir, por las normas relativas a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero y no por las propias del contrato de arrendamiento.

Como podemos observar, a partir del último de los elementos mencionados del artículo 1671, no sólo es que el Código Civil no contemple expresamente el contrato de arrendamiento de bien ajeno en estricto, sino que además establece, de manera taxativa, que si el arrendatario sabía que el bien era ajeno, el contrato de arrendamiento celebrado no se rige por las normas propias del contrato de arrendamiento, sino que se constituye —en virtud del artículo bajo comentario— en un contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Tal situación, no concuerda con la obligación nacida del artículo 1671 y resulta jurídicamente absurda.

Lo que está haciendo el Código Civil peruano de 1984, a través del artículo 1671, es desnaturalizar la esencia misma del contrato de arrendamiento de bien ajeno. Esto queda puesto en evidencia por la redacción de la norma.

Parece que, en este contrato, el recelo mostrado por el legislador para los casos de compraventa y donación de bienes ajenos se habría acentuado por razones que desconocemos, viéndose en la necesidad de restringir su campo de aplicación hasta llegar a desnaturalizarlo por completo.

Dentro de la línea de la figura típica del contrato sobre bien ajeno debe señalarse que, además de nuestro Código Civil, hemos encontrado algunos otros códigos que dentro de nuestra tradición jurídica regulan, de una u otra forma, el arrendamiento de bienes ajenos.

Así, tenemos el Anteproyecto de Código Civil de don Andrés Bello (artículo 2092), el Código Civil chileno (artículo 1916), el Código Civil ecuatoriano (artículo 1884) y el Código Civil paraguayo de 1987 (artículo 803).

Los mencionados códigos, en los artículos señalados, permiten celebrar y consideran válido el contrato de arrendamiento de bien ajeno.

El Código Civil paraguayo de 1987 lo hace en virtud de la aplicación supletoria de las normas relativas a la compraventa (artículo 803).

Además, los códigos mencionados, salvo el paraguayo, otorgan al arrendatario de buena fe la acción de saneamiento en caso de evicción.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero el problema del arrendamiento sobre bien ajeno no se limita al artículo 1671 del Código, dado que en el artículo 1667 se establece lo siguiente:

> Artículo 1667.- «Puede dar en arrendamiento el que tenga esta facultad respecto de los bienes que administra».

Con relación a esta norma, debemos señalar que la misma resulta obvia, ya que todo aquel que tenga facultad de administración sobre uno o determinados bienes podrá arrendarlos. Esto, en virtud de que el arrendamiento es, por su carácter temporal, un típico acto de administración y no de disposición, supuesto para el cual se requeriría contar con poder especial.

Por otra parte, dada la redacción del artículo 1667, el mismo no puede ser interpretado *a contrario sensu*, en el sentido de que no puede dar en arrendamiento el que no tenga esta facultad respecto de los bienes que administra. Decimos esto por cuanto el citado numeral no establece un supuesto excluyente, de manera tal que pudiera admitirse la interpretación a contrario. Simplemente, efectúa una afirmación que, además de obvia, resulta indiscutible.

Así, la coexistencia de los artículos 1667 y 1671 es perfectamente posible en la medida que el artículo 1667 sólo alude al arrendamiento de los bienes por parte del administrador de los mismos, vale decir, al arrendamiento de un bien por alguien que si bien no es propietario del mismo, sí cuenta con autorización del dueño o con autorización legal o judicial para poder arrendarlo.

En cambio, el artículo 1671 regula el caso del arrendamiento de bien ajeno en estricto, supuesto para el cual quien arrienda no cuenta con ninguna autorización para estos efectos.

En tal sentido, una vez efectuada la distinción de los ámbitos de aplicación de ambos numerales sólo cabría establecer si el artículo 1667 nos conduce inexorablemente al caso de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero o si, por el contrario, queda abierto el camino del arrendamiento de bien ajeno en estricto.

Así, más allá de la defectuosa redacción del artículo 1671, si efectuásemos una interpretación literal de la norma, deberíamos llegar a la conclusión de que todo arrendamiento de bien ajeno, en estricto, se rige por las normas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

No obstante, conforme a una interpretación sistemática del artículo 1409 (inciso 2) y de los artículos 1537 y 1627, deberíamos concluir en que el artículo 1671 es un precepto de redacción equivocada, ya que en esta norma se quiso dar a entender un supuesto más de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, pero de ninguna manera un caso de arrendamiento de bien ajeno en estricto.

Estimamos que el régimen al respecto debe entenderse como dual, en el sentido de que si las partes contratantes desean celebrar y celebran una promesa de la obligación o del hecho de un tercero referida a la futura celebración de un

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

contrato de arrendamiento, dicho acto se regirá por las normas de los artículos 1470, 1471 y 1472.

En cambio, si los contratantes han celebrado un contrato de arrendamiento y el bien es ajeno, dicho contrato se regirá por las normas propias del contrato de arrendamiento. En tal caso, serán de aplicación al caso, *mutatis mutandis*, las consideraciones vertidas por nosotros al analizar el régimen legal peruano en torno al contrato de venta de bien ajeno.[1443]

En adición a lo señalado, debemos reparar en el hecho de que el Código Civil establece, en su artículo 1669, lo siguiente:

> Artículo 1669.- «El copropietario de un bien indiviso no puede arrendarlo sin consentimiento de los demás partícipes. Sin embargo, si lo hace, el arrendamiento es válido si los demás copropietarios lo ratifican expresa o tácitamente».

Esta norma nos trae a la memoria lo dispuesto por el artículo 978 del Código Civil:

> Artículo 978.- «Si un copropietario practica sobre todo o parte de un bien, acto que importe el ejercicio de propiedad exclusiva, dicho acto sólo será válido desde el momento en que se adjudica el bien o la parte a quien practicó el acto».

Sin duda, el arrendamiento de una parte específica de un bien, que se encuentra bajo el régimen de copropiedad, es un acto que importa el ejercicio de propiedad exclusiva; en la medida en que, conforme a lo dispuesto por el artículo 974 del propio Código, cada copropietario tiene derecho a servirse del bien común siempre que no altere su destino, ni perjudique el interés de los demás.

En tal sentido, a pesar de no tratarse de un acto de enajenación, dada la naturaleza del arrendamiento, este acto sí importaría el ejercicio de propiedad exclusiva.

En sede de compraventa, existe una contradicción entre lo dispuesto por el artículo 978 y lo relativo al artículo 1540. Este último regula la venta de bien parcialmente ajeno, en tanto que el artículo 978 considera que el contrato es válido sólo desde la ratificación por los demás condóminos. Y, en cambio, el artículo 1540 estima que el contrato es válido en origen y susceptible de rescisión.

Tal divergencia no se advierte en el caso del contrato de arrendamiento de bien parcialmente ajeno, específicamente, si es parcialmente ajeno por encontrarse en situación de copropiedad y si es arrendado por uno de los copropietarios.

Tanto para el artículo 978 como para el 1669, el contrato de arrendamiento, celebrado en esas condiciones, sólo será válido desde el momento en que se

1443 Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la venta*, tomo II, pp. 395-446, y tomo III, pp. 27-222; y, obviamente, el capítulo pertinente de la presente obra.

adjudique el bien (entiéndase la totalidad del bien) o la parte al copropietario que celebró dicho arrendamiento en condición de arrendador.

La adjudicación de la totalidad o de la parte correspondiente se entendería según lo que haya dispuesto dicho copropietario-arrendador.

En otras palabras, para los artículos 978 y 1669 un arrendamiento de estas características, en principio, no es válido por no contar el copropietario con la facultad de disponer de una parte material del bien indiviso (ya que sobre él no se ha realizado la división y partición correspondiente).[1444]

El copropietario es dueño de una cuota ideal sobre el bien, es decir, ese bien en parte le pertenece y en parte no (en parte es propio y en parte es ajeno).

En virtud de lo anotado anteriormente, queda claro que el artículo 1669 del Código Civil bien podría ser derogado, ya que tanto el contrato de arrendamiento, como cualquier otro que importe el ejercicio de propiedad exclusiva por uno de los copropietarios, debería regirse por la norma general del artículo 978 del Código Civil. Caso contrario, con el mismo fundamento de la creación del artículo 1669 se tendría que crear normas análogas en la mayoría de contratos típicos regulados por el Código.

4. ¿Quién puede ser arrendatario?

La regla general es que cualquier persona puede ser arrendatario de un bien, salvo que la ley lo impida.

En tal sentido, el artículo 1668 del Código de 1984 se encarga de establecer que no pueden tomar en arrendamiento el administrador (respecto de los bienes que administra) y aquél que por ley está impedido.

Entendemos que el caso del administrador con relación a los bienes que administra resulta un principio de absoluta equidad, establecido, fundamentalmente, para evitar que se produzcan situaciones de injusticia en las que un administrador de bienes ajenos celebre un contrato consigo mismo, como arrendatario de uno de los bienes que administra.

La ley entiende que aquí se presenta uno de esos casos en los que existe conflicto de intereses, ya que el administrador podría aprovecharse de su condición para proceder a convertirse en arrendatario, bajo condiciones sumamente beneficiosas.

1444 Cabe señalar, que en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil, realizado en Piura en 1998, se acordó que «el arrendatario de uno de los copropietarios, respecto del inmueble común, tiene la calidad de ocupante precario, cuando dicho arrendamiento no es ratificado expresa o tácitamente por los demás copropietarios, pues un condómino no tiene título para arrendar el bien común». Véase el documento completo en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1b5a180043eb780b9338d34684c6236a/PLENO+JURISDICCIONAL+CIVIL+1998.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1b5a180043eb780b9338d34684c6236a

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No obstante, debemos recordar que este sería un típico caso del denominado contrato consigo mismo, el cual se encuentra regulado por el artículo 166 del Código Civil peruano. Esta norma establece que es anulable el acto jurídico que el representante concluye consigo mismo, en nombre propio o como representante de otro, a menos que la ley lo permita, que el representado lo haya autorizado, específicamente, o que el contenido del acto jurídico haya sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses. La norma agrega que el ejercicio de la acción le corresponde al representado.

5. Concurrencia de arrendatarios

Según refiere Jack Bigio,[1445] debe notarse que el artículo 1670 del Código Civil no hace distinción en cuanto a la naturaleza de los bienes arrendados a que se aplica; por lo tanto, es claro que la norma se refiere tanto a bienes inmuebles como a bienes muebles. En caso de concurrencia, el precepto establece un orden de preferencia que se basa en pautas objetivas (inscripción, posesión, fecha cierta, título de fecha anterior) que, a su vez, deben ir acompañadas de otro elemento indispensable: la buena fe, puesto que si se comprobase la mala fe de uno de los arrendatarios que concurren, aunque el mismo hubiese inscrito su derecho, no tendría preferencia en relación a otro que procedió de buena fe, incluso si este último no hubiera inscrito su derecho.

Dentro de estas ideas, Bigio precisa que el orden de preferencia que establece el artículo 1670 es el siguiente:

> (a) Se prefiere al arrendatario de buena fe que ha inscrito en primer lugar el arrendamiento. La norma, al otorgar preferencia a la inscripción registral, se ubica en la misma línea de la regla contenida en el artículo 1135 del Código Civil en la medida en que recoge como criterio el elemento de buena fe y establece como primera prioridad la inscripción del derecho. Esta preferencia tiene como fundamento el conocido adagio según el cual se establece que la preferencia en el Derecho, la tiene el primero en la inscripción.
>
> (b) En defecto de la inscripción, se preferirá al que tiene la posesión del bien.
>
> (c) Si ninguno estuviese en posesión del bien, prevalece quien tuviera documento de fecha cierta anterior. Cuando se dice que: «[...] será preferido el arrendatario cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste en documento de fecha cierta», se entiende que —excluyendo los supuestos (a) y (b)— quien posea documento de fecha cierta tendrá preeminencia, incluso en la hipótesis en que alguno tenga título de fecha anterior.

1445 Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, pp. 58-60.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(d) Y, por último, de no presentarse ninguno de los supuestos precedentes, se preferirá al arrendatario cuyo título sea de fecha anterior.

Según precisa Bigio, debe aclararse que aquí el concepto de buena fe debe ser entendido como el desconocimiento de que el mismo bien ha sido arrendado con anterioridad a otra persona y se requiere, como queda dicho, en todos los supuestos.

Recuerda el citado profesor que el numeral suprime la referencia que hacía el artículo 1506, inciso 2, del Código Civil anterior, en cuanto a que el monto de la renta pueda ser determinante para otorgar la preferencia en caso de concurrencia de derechos que en principio son igualmente válidos.

Por nuestra parte podemos decir que la concurrencia de arrendatarios es un supuesto más de concurrencia de acreedores.

En tal sentido, convendría analizar este particular partiendo del tratamiento general que sobre la materia de concurrencia de acreedores tiene el Código Civil en sus artículos 1135 y 1136.[1446]

Dentro del Libro VI de las Obligaciones, en el título sobre las obligaciones de dar, encontramos los artículos 1135 y 1136, los cuales se refieren a la concurrencia de acreedores de bienes inmuebles y muebles respectivamente. Dichos artículos establecen lo siguiente:

> Artículo 1135.- «Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua».
>
> Artículo 1136.- «Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua».

Para un distraído lector, los artículos citados podrían entenderse referidos sólo al orden de preferencia para la transmisión de propiedad, en caso de existir diversos acreedores. Sin embargo, el ámbito de ambas normas es distinto, ya que sus preceptos se aplican, en términos generales, a la concurrencia de acreedores respecto de las obligaciones de dar, vale decir, a todos aquellos casos en que por cualquiera de las fuentes de las obligaciones (los contratos, la voluntad unilateral

1446 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*, vol. XVI, primera parte, tomo I, pp. 317-504.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

o la ley) una persona se encuentre obligada a entregar el mismo bien, en calidad de deudor, a diversos acreedores, quienes no necesariamente pueden tener títulos o derechos similares sobre el bien.

Los acreedores, en efecto, podrían actuar con títulos de distinta naturaleza, pero lo relevante será que todos ellos tengan derecho a que el deudor les entregue el mismo bien; ya sea para el ejercicio de cualquiera de los atributos de la propiedad (uso o goce) o ya sea la propiedad misma.[1447]

Así, uno de los acreedores puede haber celebrado un contrato de arrendamiento con el deudor, otro un contrato de permuta y un tercero un contrato de compraventa. De acuerdo con el orden de prelación establecido por los artículos 1135 y 1136 podría darse el caso de que el bien deba ser entregado al acreedor que celebró el contrato de arrendamiento y no a los otros acreedores, a quienes el deudor se obligó a transferir la propiedad del bien. Y es que, lo reiteramos, la finalidad de estos artículos es únicamente la de establecer un orden de preferencia para la entrega de los bienes.

Pero hay un caso en que el ámbito de aplicación de ambos artículos puede verse enriquecido. Se trata del supuesto en el cual la concurrencia de acreedores recae sólo sobre personas cuyos títulos implican la obligación del deudor de transferirles la propiedad del bien.

Si nos remitiésemos a la finalidad genérica de los artículos 1135 y 1136 del Código Civil, diríamos que, simple y llanamente, ellos determinan a quién va a entregarse el bien. Pero dicha entrega, por el carácter de los contratos celebrados entre el deudor y los diversos acreedores, determinará que uno de ellos, aquél a quien se le entregue el bien, ejerza sobre el mismo todos los derechos de propietario.

Aquí vemos cómo los artículos de concurrencia de acreedores, si bien no tienen como finalidad regir la transferencia de dominio, en el supuesto que hemos mencionado, tienen directa relación con este tema. Vale decir, luego de haber planteado el problema observamos que las normas relativas a la transferencia de propiedad, los artículos 947 y 949, no están aisladas, sino que en ciertos casos deben concordarse con los numerales 1135 y 1136.

Evidentemente, estos conceptos también se aplican cuando la concurrencia de acreedores comprende la constitución de derechos reales distintos al de propiedad; como sería el caso del uso, habitación, usufructo, superficie, servidumbres o posesión; derechos reales de garantía como la hipoteca, la prenda o la anticresis; o, incluso, cuando estemos en presencia de cualquier otro título diverso que implique haberse obligado a entregar un mismo bien a más de un acreedor.

1447 Respecto del tema de la concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles, también reviste interés lo señalado por Gastón Fernández Cruz (Fernández Cruz, Gastón. «La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles». En: *Revista Derecho*, n° 41, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre de 1987, pp. 215-219).

Nos ratificamos en el concepto de que al no hacer el Código Civil peruano excepción alguna, sus normas de concurrencia de acreedores son de aplicación a todos los casos —sin exclusión— en que un deudor se obligue a entregar un bien a más de un acreedor; sea por el título que fuere y para constituir o no derechos reales.

Conviene mencionar, en este punto, que si bien es cierto que las normas sobre concurrencia de acreedores, contempladas por el Código en sus artículos 1135 y 1136, son de aplicación general a la multiplicidad de obligaciones de dar o contratos susceptibles de generar dichas obligaciones, el propio Código ha recogido dentro del contrato de arrendamiento una norma especial referida a la concurrencia de arrendatarios. Se trata del artículo 1670, que establece lo siguiente:

> Artículo 1670.- «Cuando se arrienda un mismo bien a dos o más personas, se prefiere al arrendatario de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al que ha empezado a poseerlo. Si ninguno ha empezado a poseerlo, será preferido el arrendatario cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de documento de fecha cierta».

El artículo transcrito ha merecido opinión favorable por parte de un agudo profesor;[1448] pero más allá del problema que aparentemente supera, nos manifestamos contrarios a esta norma. En abono de nuestra posición cabe imaginar el supuesto en el cual estuviésemos frente a una concurrencia de acreedores en donde parte de los mismos sean arrendatarios y los restantes cuenten con títulos de distinta naturaleza. En tal caso habría que aplicar únicamente las reglas generales de los artículos 1135 y 1136, y abstenernos de hacerlo con relación al artículo 1670, el cual únicamente es aplicable cuando la totalidad de los acreedores que concurran para la entrega de un bien sean arrendatarios (supuesto, por lo demás, poco frecuente).

6. El principio de identidad

Conforme a lo establecido por el artículo 1672 del Código Civil peruano de 1984:

> Artículo 1672.- «El arrendador no puede realizar en el bien innovaciones que disminuyan el uso por parte del arrendatario».

Esta afirmación nos conduce a abordar de manera integral el principio de identidad en torno al contrato de arrendamiento y, específicamente, respecto a las obligaciones del arrendador.

1448 Nos referimos a la opinión de Juan Luis Hernández Gazzo (Hernández Gazzo, Juan Luis. «Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores». En: *Ius et Veritas*, año IV, n° 7, 1993, pp. 188-193).

Como se sabe, este principio se encuentra establecido de manera general en el artículo 1132 del Código Civil:

> Artículo 1132.- «El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor».

Este principio, que a pesar de encontrarse regulado dentro de las obligaciones de dar bienes ciertos resulta aplicable a todo el Derecho de Obligaciones, establece que el deudor debe cumplir con la prestación a la cual se ha obligado, no pudiendo pagar con algo distinto a menos que su acreedor acepte dicho pago. En tal caso se estaría configurando una dación en pago o novación objetiva.

El principio de identidad, en lo que respecta a la entrega de bienes ciertos, siempre ha sido analizado desde la perspectiva que observa a la obligación desde su nacimiento hasta la entrega del bien. Y ello ha sido así en función a que resulta inevitable, no sólo para el legislador, sino para cualquier hombre de Derecho, imaginar fundamentalmente aquella situación que resulta más común en la práctica.

En tal sentido, tal vez la obligación de dar más común sea aquella por la cual el deudor se obliga a transferir la propiedad de un bien cierto, y no aquellas otras en donde el deudor se obliga a dar el bien por un título diferente, vale decir, con el objeto de que su acreedor sólo use o disfrute del mismo.

De esta forma, el principio de identidad siempre ha sido tomado como que concluye con la entrega del bien. Ello es así en todas las obligaciones de ejecución inmediata, vale decir, en aquellas obligaciones donde el deudor no asume el deber de mantener el bien en posesión del acreedor para que luego éste se lo devuelva.

En otras palabras, el principio de identidad termina cuando finaliza el deber del deudor. Así, si el deber concluye con la entrega, no se hablará más del principio de identidad; pero si el deber de mantener el bien en posesión del acreedor se prolonga en el tiempo, el principio de identidad también se prolongará tanto tiempo como dure la ejecución de la obligación asumida.

Esto significa que, en resguardo del cumplimiento de este principio, el deudor del bien asume determinados deberes que implican un hacer y un no hacer.

En tal sentido, la propia ley establece como obligación del arrendador no realizar innovaciones en el bien que disminuyan el uso del mismo por parte del arrendatario.

Esta obligación de no hacer no sólo se extiende desde el nacimiento de la obligación hasta la entrega el bien, sino que además permanece vigente durante todo el plazo en que el arrendatario usa del bien.

Resulta evidente que antes de la entrega (vale decir, cuando el arrendador tiene en su poder el bien) sería factible realizar estas modificaciones indebidas, situación que expresamente prohíbe la ley en el citado artículo 1672.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero también el Código Civil se coloca en la eventualidad de que el arrendador pueda introducir dichas innovaciones, que disminuyan el uso por parte del arrendatario, con posterioridad a la entrega del bien. Si bien es cierto que esta situación resultará más difícil, no por ello será imposible, en la medida que su realización se encuentre al alcance del arrendador.

No obstante que el artículo 1672 sólo hace referencia a innovaciones que disminuyan el uso del bien por parte del arrendatario, en realidad la obligación de no hacer se extiende a toda clase de innovaciones (salvo aquéllas que impliquen conservar el bien en el estado en que éste se encontraba cuando fue entregado al arrendatario).

Ello significa que a pesar de que el arrendador deseara introducir en el bien innovaciones que mejorasen su uso por parte del arrendatario no las podría efectuar si no contase con la autorización expresa de este último (dado que, al no tratarse de reparaciones al bien, no resultarían indispensables para la continuación del arrendamiento, así como tampoco irían de la mano con el principio de identidad). Se podría decir que con las innovaciones (ya sea que aumenten o que disminuyan el uso del bien), el arrendador estaría yendo contra el principio de identidad.

Estimamos que el alcance del principio establecido por el artículo 1672 es mucho más amplio que lo señalado en la norma misma en la medida en que el arrendador debe conservar el bien sin innovaciones durante todo el plazo en que sea poseído por el arrendatario.

Resulta necesario precisar también que cualquier innovación que se introduzca en el bien por parte del arrendador correrá por cuenta del arrendador, vale decir, que si ella fuese autorizada por el arrendatario, quien debería correr con los gastos de dicha innovación sería el arrendador y no el arrendatario. Ello, naturalmente, si ambas partes no han pactado algo distinto.

Dejamos constancia de que diferente sería la situación de las reparaciones o mejoras necesarias que se introduzcan en el bien, tema que será abordado seguidamente.

7. Supuesto en que el bien requiera de reparaciones urgentes

En virtud del artículo 1673 del Código Civil peruano, se establece lo siguiente:

> Artículo 1673.- «Si en el curso del arrendamiento el bien requiere reparaciones que no pueden diferirse hasta el fin del contrato, el arrendatario debe tolerarlas aun cuando importen privación del uso de una parte de él».

Cuando analizamos el principio de identidad manifestamos que el arrendador no podrá realizar innovaciones en el bien sin autorización del arrendatario.

Así, resulta evidente que el arrendador tiene la obligación de mantener el bien a disposición del arrendatario en el mismo estado en que se encontraba al momento de la celebración del contrato.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, el arrendador no sólo tiene el deber de mantener el bien en ese mismo estado, sino también tiene el derecho de conservarlo en dicho estado.

Esto por varias razones.

En primer término, porque a pesar de encontrarse arrendado el bien, el propietario sigue siendo dueño del mismo y tiene la expectativa de recuperar la posesión una vez concluido el contrato de arrendamiento.

Asimismo, dicha expectativa consiste en recibir en devolución el bien en el mismo estado en que se encontraba al momento de entregarlo al arrendatario, sin mayor deterioro que el del uso normal que se haga de él.

Sin embargo, si se produjera una situación que ameritara una reparación urgente del bien —como podría ser el caso de una columna que estuviera cediendo al peso de la construcción o una tubería que necesitase ser cambiada para evitar el colapso del inmueble— el arrendador, en su calidad de deudor del bien (en el sentido de tener que mantenerlo durante el plazo del contrato en el mismo estado en que se encontraba cuando contrató), tendrá el deber de repararlo y esta reparación, al ser una reparación hecha por el arrendador propietario del bien, en la mayoría de veces no tendrá la condición de mejora (por lo menos de aquellas mejoras que interesan al Derecho Civil), que son aquellas introducidas en el bien por el poseedor no propietario, que interesan —justamente— si su valor deberá ser reembolsado por el propietario no poseedor.

Simplemente, se tratará de la reparación del bien para que siga en el mismo estado.

Es claro que el arrendatario resultará en la mayoría de casos beneficiado con dicha reparación en la medida en que —precisamente— se está resguardando el cumplimiento idóneo de las obligaciones asumidas por el arrendador.

En tal sentido, por lo general, el arrendatario va a tolerar con agrado que el arrendador efectúe estas reparaciones, ya que ello le conviene.

Pero podría presentarse una situación distinta: que, dado el inminente colapso del bien, dichas reparaciones deban requerir la privación total del uso del bien por parte del arrendatario.

Esta situación, no prevista por el artículo 1673 del Código Civil, implicaría, sin duda, que la obligación del arrendador se extinguiese por resultar de imposible ejecución. En tal sentido, el contrato se resolverá de pleno derecho. Asimismo, en dicha situación solo cabría analizar si el colapso del bien obedeció a culpa del arrendador, caso en el cual éste debería pagar al arrendatario una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, o si tal colapso obedeció a una situación ajena al accionar de las partes, vale decir, a un supuesto de caso fortuito, fuerza mayor o la simple ausencia de culpa del arrendador, a pesar de que el mismo hubiese

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

actuado con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias (argumento de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil).

No obstante, el artículo 1673 contempla el caso en el cual las reparaciones que haya que efectuar en el bien sean absolutamente urgentes, pero que no impliquen la privación del uso total del bien por parte del arrendatario, sino una privación parcial del mismo.

En tal sentido, ya que por el viejo principio de derechos reales todo bien se pierde en perjuicio de su dueño (*res perit domino*), el arrendador tendrá todo el derecho de tomar las acciones del caso para resguardar la integridad del bien, realizando las reparaciones a que haya lugar.

Dentro de tal orden de ideas, el artículo 1673 impone al arrendatario la obligación de tolerar dichas reparaciones, entendiendo que las mismas no sólo benefician al arrendador, sino también al propio arrendatario.

Pero la ley también entiende que estas reparaciones pueden causar una enorme perturbación al arrendatario en el uso del bien, en tanto no le permitan efectuar un uso armónico e integral del mismo.

En tal sentido, si esas reparaciones implicasen un uso más restringido del bien en su conjunto (por las limitaciones que impondrían los actos reparatorios) o si dichas reparaciones implicasen la privación del uso de una parte específica del bien, el Derecho entiende que tal injusticia debería ser corregida.

Así, en el supuesto que los daños que han dado lugar a las reparaciones no hayan sido causados por culpa del arrendatario, este tendrá la facultad de resolver el contrato o solicitar una reducción de la renta, proporcional al menor uso que en general haga del bien o a la menor área que pueda utilizar del mismo (en caso ésta pudiera identificarse de manera específica).

Así lo establece el artículo 1674 del Código Civil:

> Artículo 1674.- «Cuando para reparar el bien se impide al arrendatario que use una parte de él, éste tiene derecho a dar por resuelto el contrato o a la rebaja en la renta proporcional al tiempo y a la parte que no utiliza».

Antes de concluir con estos comentarios debemos señalar que la ley no establece el tiempo de privación que podría dar origen a la resolución del contrato. Es lógico que no lo haga, pues se trata de un Código Civil y no de un libro de matemáticas.

Sin embargo, debemos considerar que los tribunales deberán apreciar, con estricto criterio de equidad, si el arrendatario está haciendo un uso correcto de su facultad de resolver el contrato o si tal iniciativa constituye un abuso del derecho.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

8. Lugar de entrega y restitución de los bienes arrendados

El Código Civil no contempla, en materia de arrendamiento, norma alguna en torno al lugar donde se debe efectuar la entrega del bien por parte del arrendador al arrendatario.

En tal sentido, si el bien fuese inmueble, el mismo deberá entregarse en el lugar donde éste se encuentre al momento de la celebración del contrato, salvo que las partes hayan pactado algo distinto, como podría ser el caso de haber convenido una entrega ficta del mismo (cuando se considere entregado con la entrega de las llaves, por ejemplo).

En el caso de los bienes muebles, al no existir un principio especial, deberá aplicarse la norma general establecida por el artículo 1238 del Código Civil. Ésta establece que el pago deberá efectuarse en el domicilio del deudor salvo estipulación en contrario o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Esto significa que, en principio, el bien mueble debería ser entregado en el domicilio del deudor del bien; y el deudor del bien, al inicio del contrato de arrendamiento, no es otro que el arrendador.

Por otra parte, en lo que respecta al lugar de restitución del bien, el Código no contempla norma alguna en caso de inmuebles. Ello es comprensible en la medida en que, dada la naturaleza de este tipo de bienes, la devolución del bien, fundamentalmente, se efectuará en el lugar donde se encuentre, salvo convenio de tradición ficta.

En cambio, el Código Civil sí establece norma especial para el caso del lugar de devolución de un bien mueble arrendado. En tal sentido, el artículo 1675 del Código Civil prescribe:

> Artículo 1675.- «El bien mueble arrendado se debe restituir en el lugar en que fue entregado, salvo pacto distinto».

Sin duda, lo prescrito en esta norma constituye una variación de lo señalado por la norma general del artículo 1238, ya que no necesariamente el lugar donde fue entregado el bien será el domicilio del deudor. Sin embargo, la ley, con un precepto como éste, sólo busca que para el caso de la devolución del bien se sigan los mismos criterios que se utilizaron para la entrega del mismo.

9. El pago de la renta

Como ha sido expresado anteriormente, en el contrato de arrendamiento constituye obligación fundamental del arrendatario el pago de la renta. Ésta, como hemos señalado, podrá consistir en dinero, signos que representan el dinero o bienes de cualquier otra naturaleza.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

9.1. El pago de la renta como obligación conjuntiva

La obligación de pagar la renta constituye una obligación de carácter conjuntivo, ya que implica la existencia de varias prestaciones que deberán ser ejecutadas para considerar efectuado el pago íntegro.

Esto significa que en el supuesto de que la renta se hubiese pactado para ser pagada mensualmente, cada mensualidad representará la ejecución de una prestación por parte del arrendatario, prestación que será independiente —jurídicamente hablando— de la renta anterior o rentas anteriores, y de la renta futura o rentas futuras.

Decimos que cada mensualidad o renta es diferente de las anteriores y futuras porque tiene autonomía e independencia. Esto en el sentido de que corresponde no al pago de una parte de una prestación, sino al pago íntegro de una prestación independiente, que constituye contraprestación del mes transcurrido.

9.2. El pago de la renta apreciado como obligación alternativa

El rubro planteado constituye una contradicción con lo abordado cuando tratamos la obligación de pago de la renta, la cual considerábamos de naturaleza conjuntiva.

Sin embargo, existe un supuesto en el cual ello podría no ser contradictorio.[1449]

El artículo 1164[1450] del Código Civil peruano plantea el supuesto en el cual una obligación alternativa tiene por objeto dos o más prestaciones periódicas.

Debemos precisar que, dentro del concepto de prestaciones periódicas se comprende las siguientes:

a) Las prestaciones periódicas propiamente dichas.

b) Las prestaciones periódicas de carácter continuado.

En virtud del principio de unidad de la prestación (en este caso extendido al supuesto de pluralidad de prestaciones), ésta debe ser ejecutada íntegramente.

En una obligación alternativa con prestaciones periódicas se plantean, para quien deba realizar la elección, dos caminos. Luego de decidir por uno de ellos no podrá retroceder y comenzar con el otro. En este caso, cada uno de los caminos es irreversible. La opción elegida deberá ser cumplida en su integridad sin que se pueda transitar por parte de una y por parte de otra.

EDMARIO CASTILLO FREYRE

1449 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*, tomo II, pp. 371-386.

1450 Artículo 1164.- «Cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones periódicas, la elección hecha para un periodo obliga para los siguientes, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso».

Pongamos un ejemplo. Un deudor se obliga frente a su acreedor de manera alternativa a arrendarle un inmueble (para ser destinado a un establecimiento de venta de artefactos electrodomésticos) y le da como contraprestación (aquí está la alternatividad) la cantidad de 2000 soles mensuales o un televisor marca Sony nuevo de 17 pulgadas, también mensualmente, como renta.

Si quien debe efectuar la elección es el deudor y éste paga la primera mensualidad con la entrega de un televisor, deberá cumplir el resto de mensualidades con similar prestación. De ninguna manera (salvo que lo permita el acreedor) podrá cumplir con la entrega de los 2000 soles en otra mensualidad y así alternativamente.

Ello nos lleva a plantearnos la hipótesis de que resulte imposible continuar con la ejecución de la prestación elegida. Esto podría suceder si luego de cuatro meses, por ejemplo, se descontinuara la fabricación de televisores de la marca Sony. En tal supuesto, salvo un nuevo acuerdo con el acreedor, la obligación se resolvería, ya que su ejecución resultaría imposible sin culpa de las partes.

La solución del Código Civil peruano se sustenta en que es principio del Derecho disipar la incertidumbre. Y ello se logra, sin duda, con la primera y única elección —salvo las excepciones previstas por la ley— la cual fija efectivamente el objeto.

Resulta necesario señalar también que la innovación más importante con relación al Código Civil de 1936, acogida por el artículo 1164 del Código Civil vigente, es que la elección hecha para un periodo obliga para los siguientes, salvo las excepciones a las que él alude. Debe presumirse que la manifestación de voluntad expresada para un periodo alcanza a los demás.

Esta presunción simplifica, sin duda, el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, quien podrá adoptar las previsiones necesarias para ejecutar la prestación en los periodos siguientes. Se abandona, por otra parte, la expresión «prestaciones anuales», que empleaba el Código Civil de 1936, para sustituirla por la expresión «prestaciones periódicas», la cual revela con mayor propiedad el pensamiento del legislador de 1936. Parece evidente que es la «periodicidad» y no la «anualidad» la que determina la regla. El precepto, por último, aclara que el principio en él consignado sólo opera cuando no resulte lo contrario de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

El tema al cual se refiere el artículo 1164 del Código Civil peruano no es nuevo. Ya Pothier[1451] decía, apoyándose en una ley romana, que en las rentas y pensiones anuales alternativas, como si se tratara de una renta de treinta libras o un moyo de trigo por cada año, el deudor puede escoger cada año una de las dos

1451 POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Traducido al español por M. Dupin y M. C. De las Cuevas. Buenos Aires: Atalaya, 1948, tomo I, «Del contrato de venta», p. 204.

cosas. Así, aunque haya pagado el primer año la suma de dinero, puede optar en el segundo año por el moyo de trigo y viceversa.

El Código Civil argentino de 1871 recogía un principio opuesto al del artículo 1164 del Código Civil peruano. Su artículo 640 establecía que cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones anuales, la opción hecha para un año no obliga para los otros. Los autores argentinos avalaban el principio de su Código Civil. Así, Luis María Boffi Boggero[1452] señala que el fundamento de la norma es que no se trata de pagos parciales de una obligación única, sino de pagos autónomos, de pagos diferentes, donde nace una nueva facultad de opción a partir de cada vencimiento. Boffi Boggero precisa, adicionalmente, que aunque la elección se hubiese reiterado durante varios periodos, subsiste el derecho de opción consagrado por el artículo 640 del Código de su país, y agrega que el principio general es válido para esta hipótesis. No obstante ello, Boffi Boggero admite que si de los términos del contrato o de otras circunstancias surgiese que las partes han acordado que la elección por un año valiese para los otros, al tratarse de un principio que no reviste carácter imperativo, la norma dejaría su sitio a la estipulación nacida de la autonomía de la voluntad.

Por nuestra parte, señalamos que el principio recogido por el Código argentino de 1871, y los fundamentos que lo sustentaban, revisten solidez, lo cual nos hace ver que en determinados aspectos resultaría más conveniente la flexibilidad del precepto que la rigidez. Sin embargo, el principio recogido por el Código Civil peruano resulta coherente, razón por la que creemos que el problema se reduce finalmente a un criterio de opción legislativa.[1453]

9.3. Momento de pago de la renta

En virtud de lo establecido por el artículo 1676 del Código Civil:

> Artículo 1676.- «El pago de la renta puede pactarse por periodos vencidos o adelantados. A falta de estipulación, se entiende que se ha convenido por periodos vencidos».

En primer lugar, habría que decir que el artículo 1676, antes citado, no establece una presunción en torno al plazo de cada periodo.

En tal sentido, se entenderá que las partes deberán pactar en el contrato de arrendamiento cada cuántos días, semanas, meses o años se entenderá que vence un periodo. Así, el periodo podría ser diario, semanal, mensual, anual o el que las partes consideren conveniente pactar.

1452 Boffi Boggero, Luis. *Tratado de las obligaciones*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1979, tomo II, p. 460.

1453 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*, tomo II, pp. 371-386.

Sin embargo, podríamos imaginar el supuesto en el cual las partes hubiesen omitido, inadvertidamente, establecer la duración de cada periodo.

Pensamos que en tal situación, y naturalmente si las circunstancias del caso o una interpretación integral del contrato mismo no permitiesen deducir algo distinto, debería entenderse que los periodos son mensuales.

Pero independientemente de la duración de cada periodo, las partes pueden convenir que el pago de la renta se efectúe al inicio del periodo, al final del mismo o en algún momento intermedio.[1454]

Sobre este particular existe la más amplia libertad dentro del Derecho peruano.

Sin embargo, lo que podría ocurrir es que las partes omitan efectuar tal precisión al momento de celebrar el contrato. En esta eventualidad, la ley presume, a través del artículo 1676, que el pago de la renta se ha convenido por periodos vencidos, lo cual equivale a decir que dicho pago deberá efectuarse el último día del periodo (no así el primer día del periodo siguiente, pues es razonable entender que se pague el día en que está venciendo el periodo al que corresponde la renta y no el día en que está comenzando el periodo siguiente).

Entendemos que la ley presume que la renta se pacta por periodos vencidos porque se trata de un pago que se efectúa como contraprestación a una prestación ya ejecutada. Es decir, que el arrendatario paga la renta de un periodo por el que ya ha hecho uso del bien, y no paga la renta de un periodo por el que recién va a hacer uso del mismo.

Esta última situación también sería perfectamente justa, en la medida en que apreciásemos los intereses del arrendador.

Es claro que la ley ha preferido proteger los intereses del arrendatario, tal vez en aplicación directa del principio *favor debitoris*. Aquí es necesario entender, naturalmente, que nos estamos refiriendo al deudor de la renta, vale decir, al arrendatario.

Sin embargo, resulta frecuente apreciar en los contratos de arrendamiento que los contratantes acuerdan, al momento de su celebración, el pago de varias rentas o mensualidades adelantadas.

Esta deformación es fruto de la desconfianza que se generó entre arrendadores y arrendatarios en décadas pasadas con las diversas normas regulatorias del inquilinato, que tuvieron como norma más representativa el recordado Decreto Ley n.° 21938 y su respectivo Reglamento.

1454 La Casación n.° 4088-2008-Cajamarca, de 20 de octubre de 2009, se ha pronunciado sobre la situación del arrendatario no ocupante del inmueble arrendado, señalando que esto no lo exime de su obligación de pagar la merced conductiva. Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1226

Dicha situación llevó a que los arrendadores exigieran que los arrendatarios pagasen varias mensualidades adelantadas al momento de la celebración del contrato (independientemente de aquellas que se exigía como garantía).

Debemos precisar que situaciones como las descritas no alterarían para nada la naturaleza del arrendamiento ni de la renta.

Así, la obligación de pagar la renta continuaría siendo una de carácter conjuntivo, entendiéndose que si algunas o todas las mensualidades se pagasen por adelantado, serían diversas prestaciones independientes que se estarían pagando en un mismo momento.

10. El arrendamiento financiero

El contrato de arrendamiento financiero no está regulado propiamente por el Código Civil peruano de 1984. Lo único que existe es una norma de remisión a las leyes especiales que rigen este contrato.

Se trata del artículo 1677 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente:

> Artículo 1677.- «El contrato de arrendamiento financiero, se rige por su legislación especial y, supletoriamente, por el presente título y los artículos 1419 a 1425, en cuanto sean aplicables».

Esta norma no pretende —en lo absoluto— regular el arrendamiento financiero, contrato típico distinto del arrendamiento propiamente dicho y cuyas características y regulación no son materia de este trabajo.

No obstante, podemos decir que es un contrato por el cual una empresa o persona natural, que desea usar y disfrutar de un bien, acude a una empresa de *leasing* para que esta última lo adquiera con tal propósito.

A través del *leasing*, la empresa dedicada a esta actividad cede al interesado el uso del bien durante todo el plazo que las partes prevén que el bien tendrá de vida económica o útil, o hasta que el mismo resulte obsoleto. El usuario debe pagar a la empresa de *leasing* una contraprestación consistente en dinero. Dicho pago se efectuará de manera fraccionada y hasta por el monto al que haya ascendido el precio de compra del producto en cuestión, más gastos e intereses compensatorios.

Finalizado dicho plazo, el usuario goza de la facultad de adquirir la propiedad del bien, pagando en ese momento el valor residual correspondiente.[1455]

1455 Al respecto, la Resolución n.° 057-2001-ORLC/TC, del 7 de febrero de 2001, del Tribunal Registral, ha señalado que la opción de venta constituye un elemento típico del contrato de leasing, «por el cual, una empresa usuaria obtiene el derecho potestativo, de aceptar o no, la propuesta formulada por la empresa de leasing, esto es, a su sola voluntad puede adquirir la propiedad del bien, al final del plazo contractual, mediante el pago del valor residual estipulado en el propio contrato». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1226.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

11. El arrendamiento-venta

Si bien es cierto que el Código Civil peruano no aborda el tema del arrendamiento-venta en el contrato de arrendamiento, sino en el contrato de compraventa, resulta pertinente recordar lo dispuesto por el artículo 1585 de dicho Código. Éste, como sabemos, establece lo siguiente:

> Artículo 1585.- «Las disposiciones de los artículos 1583 y 1584 (preceptos relativos 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».

El arrendamiento-venta o alquiler-venta es un acto que comparte rasgos característicos tanto de la compraventa como del arrendamiento.

Podríamos definirlo como el contrato a través del cual una parte, denominada arrendador-vendedor, se obliga a entregar un bien a la otra, denominada arrendatario-comprador. Este último contratante podrá usar y disfrutar del mismo; además deberá pagar mensualmente (o en periodos distintos, si ello así se conviniera) a su contraparte una determinada cantidad de dinero: ésta constituirá, a la vez, renta y pago parcial del precio de una compraventa. La transferencia de propiedad del bien se producirá en el momento en que el arrendatario-comprador pague la última cuota convenida (que comparte, al mismo tiempo, la naturaleza jurídica de renta y de precio).

En buena cuenta, el arrendamiento-venta comparte, en su naturaleza, elementos propios del contrato de arrendamiento y del contrato de compraventa.

No pretendemos efectuar un estudio minucioso del arrendamiento-venta. Sin embargo, sería conveniente establecer de manera ordenada las características de este contrato, las mismas que pasamos a describir a continuación.

11.1. Por su nombre

Por su nombre, es un contrato nominado. En nuestro medio, sigue siendo conocido con la nomenclatura de alquiler-venta, como rezago de la terminología empleada en el medio forense antes de la entrada en vigencia del Código Civil de 1984.

Con la terminología del Código Civil vigente sería más apropiado denominarlo arrendamiento-venta.

11.2. Por su regulación

Por su regulación, es un contrato típico, en la medida en que si bien no tiene una normatividad abundante —como podría ser un título o un capítulo completo del Código Civil o de alguna otra ley— el artículo 1585 del referido cuerpo normativo le da una regulación legal. Este precepto señala que las disposiciones de los

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

artículos 1583 y 1584, relativos a la compraventa con reserva de propiedad, resultan aplicables a los contratos de arrendamiento en los que se convenga que, al final de los mismos, la propiedad del bien sea adquirida por el arrendatario, por efecto del pago de la merced conductiva (renta) pactada.

Sin embargo, resulta necesario precisar que el contrato de arrendamiento-venta se regirá tanto por normas de arrendamiento como por normas de compraventa.

Entendemos que todas las disposiciones generales de arrendamiento (artículos 1666 a 1676) resultan aplicables al contrato de arrendamiento-venta, con la salvedad del artículo 1677, referido al contrato de arrendamiento financiero. Este último se rige por una legislación especial y, supletoriamente, por las normas del contrato de arrendamiento y los artículos 1419 a 1425 del Código Civil, en cuanto le sean aplicables.

Creemos que también son de aplicación al contrato de arrendamiento-venta los artículos del capítulo de las obligaciones del arrendador (artículos 1678 a 1680), al igual que las normas de obligaciones del arrendatario (artículos 1681 a 1686).

Dudamos, en cambio, que resulten de plena aplicación los artículos referidos a la duración del arrendamiento, sobre todo porque el arrendamiento-venta es un contrato que se celebra —fundamentalmente— a plazo determinado, vale decir, teniendo claro un término inicial y un término final. Decimos esto porque en el arrendamiento-venta, al pactarse un precio precisamente para dicha compraventa, el mismo será simplemente la suma de todas las mensualidades (rentas) que pague el arrendatario-comprador. En tal sentido no se concibe un arrendamiento-venta a plazo indeterminado, supuesto previsto por el artículo 1687 del Código Civil.

Por la naturaleza del arrendamiento-venta no creemos que sea de aplicación —al carecer de sentido— lo prescrito por el artículo 1688 del Código Civil. Éste establece que el plazo del arrendamiento, de duración determinada, no puede exceder de diez años. Cuando el bien arrendado pertenezca a entidades públicas o a incapaces, el plazo no puede ser mayor de seis años (entendiéndose reducido a dichos plazos todo plazo o prórroga que exceda los términos señalados).

Pensamos que el referido artículo 1688 no debería aplicarse al arrendamiento-venta en la medida en que aquella norma tiene por finalidad evitar arrendamientos a plazo fijo cuyos términos finales sean excesivamente grandes o extensos, lo cual, a su vez, podría llevar a desnaturalizar el derecho de propiedad del arrendador. En cambio, en el arrendamiento-venta no se presentaría el supuesto base o *ratio legis* del numeral 1688, dado que dicho contrato tiene por finalidad lograr que el arrendatario-comprador, al culminar el pago de las prestaciones convenidas como renta, se convierta en propietario del bien.

Por otra parte, el artículo 1689 —el cual establece que a falta de acuerdo expreso se presume que el arrendamiento es de duración determinada cuando tenga una finalidad específica, entendiéndose pactado por el tiempo necesario

EDUARDO CASTRO PEREZ

para llevarla a cabo, agregando que si se trata de predios ubicados en lugares de temporada, el plazo de arrendamiento será el de una temporada— estimamos que no es aplicable al contrato de arrendamiento-venta, ya que su naturaleza no se condice con los supuestos previstos en ella.

Tampoco resultan de aplicación al arrendamiento-venta los artículos 1690 y 1691:

> Artículo 1690.- «El arrendamiento de duración indeterminada se reputa por meses u otro periodo, según se pague la renta».
>
> Artículo 1691.- «El arrendamiento puede ser celebrado por periodos forzosos y periodos voluntarios, pudiendo ser éstos en favor de una o ambas partes».

En lo referente al subarrendamiento (artículos 1692 a 1695), este subcontrato sí podría resultar de aplicación al arrendamiento-venta, en la medida en que el subarrendamiento no implica cambio alguno en la posición contractual del arrendatario (quien, en nuestro caso, seguiría siendo arrendatario-comprador).

En lo que respecta a la cesión del arrendamiento (que nuestro Código regula, en el artículo 1696, en la modalidad de cesión de posición contractual de arrendatario, a pesar de que podríamos estar también frente a una cesión de la posición contractual del arrendador), la misma podría aplicarse al contrato de arrendamiento-venta. Si aquí se produjera una cesión de posición contractual, ella estaría referida a la parte denominada arrendador-vendedor o a la parte denominada arrendatario-comprador, rigiéndose ambos supuestos por las normas generales de los artículos 1435 a 1439 del Código Civil peruano.

De otro lado, en lo que respecta a la resolución del contrato de arrendamiento-venta, en principio resultarían aplicables los artículos 1697 y 1698 (norma, esta última, con un ámbito de aplicación cada vez más restringido, al desaparecer las normas especiales de regímenes de inquilinato).

Finalmente, debemos referirnos a las normas del capítulo relativo a la conclusión del arrendamiento.

A este respecto, el artículo 1699 del Código Civil establece que el arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas. En el arrendamiento-venta también ocurrirá una situación similar, con la salvedad de que, al concluir el plazo pactado y haberse pagado la última cuota (o, si se quiere, la última renta), el arrendatario-comprador se habrá convertido en nuevo propietario del bien.

En tal sentido, no es aplicable lo dispuesto por el artículo 1700 del Código Civil, el cual establece que, una vez vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entenderá 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).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Decimos esto, por cuanto en el arrendamiento-venta, después de concluido el plazo, el arrendatario-comprador será propietario del bien en tanto haya pagado la última cuota, teniendo derecho a la posesión del mismo (ahora a título de propietario y no de arrendatario).

En caso de no haber cumplido con el pago de la última cuota, es discutible si el arrendador-vendedor podrá demandar el desalojo del bien, la resolución del contrato o solamente la ejecución de las cuotas impagas.

No resulta aplicable al arrendamiento-venta lo dispuesto en el artículo 1701, referido a arrendamientos que comprendan periodos forzosos y voluntarios. Como tampoco el artículo 1702, por idénticas consideraciones.

Igualmente, no es aplicable al arrendamiento-venta lo dispuesto en el artículo 1703 por referirse a un arrendamiento de duración indeterminada.

Asimismo, la aplicación del artículo 1704 del Código Civil al arrendamiento-venta resulta un tanto confusa, ya que los supuestos planteados por dicha norma podrían resultar aplicables, en todo caso, si el arrendatario-comprador no hubiese cumplido oportunamente con el pago de la totalidad de sus cuotas.

Por otra parte, estimamos que sí es de aplicación al arrendamiento-venta lo señalado por el inciso 1 del artículo 1705 del Código Civil, precepto que establece que el arrendamiento concluye, sin necesidad de declaración judicial, cuando el arrendador es vencido en juicio sobre el derecho que tenía.

Igualmente, pensamos que resulta aplicable la conclusión del arrendamiento, sin necesidad de declaración judicial, en caso de expropiación (inciso 4 del artículo 1705), como también en caso de que el bien arrendado se destruya o se pierda totalmente (inciso 3 del mismo artículo).

Por el contrario, estimamos que el arrendamiento-venta no concluirá en los supuestos de los incisos 2 (si es preciso para la conservación del bien que el arrendatario lo devuelva con el fin de repararlo) y 5 (si dentro de los noventa días de la muerte del arrendatario, los herederos que usan el bien comunican al arrendador que no continuarán la relación contractual).

También resultan de aplicación los artículos 1706 y 1707, preceptos relativos a la consignación.

Igualmente, resultará aplicable al arrendamiento-venta lo establecido por el artículo 1708 del Código Civil, norma que regula tres supuestos distintos de enajenación del bien arrendado y la forma como deberá procederse en cada uno de esos casos. Asimismo, también será aplicable, por la misma razón, el artículo 1709.

Dudamos de que sea aplicable al arrendamiento-venta lo dispuesto por el artículo 1710 del Código, en la medida en que podría entenderse plenamente transmisible, a la totalidad de herederos del comprador-arrendatario, la obligación de adquirir la propiedad del bien pagando la integridad del precio convenido.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En cambio, el artículo 1711 del Código Civil sí resultaría de aplicación. Pero no el numeral 1712, ya que el arrendamiento-venta no es un contrato de arrendamiento regulado por ninguna ley especial que no sea el Código Civil.

Respecto de las normas de compraventa aplicables al arrendamiento-venta, consideramos pertinentes los artículos 1529 a 1531 (disposiciones generales del contrato de compraventa), así como lo dispuesto por los artículos 1532 a 1536 (normas relativas al bien materia de la venta).

Sin embargo, nos encontraríamos ante un serio problema si el bien materia del arrendamiento-venta fuese ajeno, ya que, por un lado, tendríamos la normatividad propia de la venta de bien ajeno (artículos 1537 a 1542) y, por otro, al artículo 1671. Este último precepto intenta regular el arrendamiento de bien ajeno, pero, como hemos visto oportunamente, no sólo desnaturaliza al arrendamiento de bien ajeno, en estricto, sino que difiere radicalmente del tratamiento recibido por la venta de bien ajeno.

Estimamos que las normas referidas al precio en la compraventa (artículos 1543 a 1548) podrían ser de aplicación, *mutatis mutandis*, al arrendamiento-venta.

En cuanto al tema de las obligaciones del vendedor, creemos que el artículo 1549 sí devendría aplicable al contrato que nos ocupa, al igual que el artículo 1550.

Creemos que el momento en que el arrendador-vendedor debe entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad o al uso del bien vendido (artículo 1551) no será el de la entrega del bien, sino aquel en el cual se haya producido la transferencia de propiedad del mismo.

Por su parte, el artículo 1552 sí resultaría plenamente aplicable al arrendamiento-venta, ya que el bien debe entregarse inmediatamente después de celebrado el contrato, salvo la demora resultante de su naturaleza o de pacto distinto. Asimismo, también son de aplicación los artículos 1553, relativo al lugar de entrega, y 1554, que establece la responsabilidad del vendedor ante el comprador por los frutos del bien, en caso de ser culpable de la demora de su entrega.

Igualmente es de aplicación el artículo 1555, el cual prescribe que si al tiempo de celebrarse el contrato el comprador conoce el obstáculo que demora la entrega, no se aplica el artículo 1554 ni es responsable el vendedor de la indemnización por los daños y perjuicios.

Con relación a lo establecido por el artículo 1556, podríamos hacer de aplicación esta norma señalando que cuando se resuelve el arrendamiento-venta por falta de entrega, el arrendador-vendedor debe reembolsar al arrendatario-comprador los tributos y gastos del contrato que hubiera pagado, e indemnizarle los daños y perjuicios sufridos.

Similares expresiones podríamos anotar con respecto al artículo 1557. Pues si en un arrendamiento-venta el vendedor-arrendador demorara la entrega del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

bien, resulta evidente que los plazos se prorrogan por el tiempo de la demora. Vale decir, que la renta (que a la vez constituye parte del precio) deberá empezar a pagarse recién a partir del momento en que el arrendatario-comprador reciba el bien.

En lo que respecta a las normas relativas a las obligaciones del comprador, la aplicación de las mismas al arrendamiento-venta resulta un tanto confusa.

Así, el artículo 1558 devendría mediatizado, pues el precio no debe pagarse, en principio, al contado en el momento de la entrega del bien, sino que deberá pagarse en las mensualidades o plazos convenidos, aplicando el principio de que «el pago se hará en el domicilio del comprador» (este precepto concuerda con lo establecido por el artículo 1238 del propio Código, en el sentido de que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso).

Pensamos que dada la naturaleza del contrato de arrendamiento-venta no le resultaría aplicable el artículo 1559, así como tampoco lo prescrito por el artículo 1560.

En cambio, sí resultarían pertinentes las disposiciones del artículo 1561, el cual establece que cuando el precio debe pagarse por armadas en diversos plazos, si el comprador deja de pagar tres de ellas, sucesivas o no, el vendedor puede pedir la resolución del contrato o exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuvieren pendientes.

Por su parte, el artículo 1563 del Código Civil sí tiene plena aplicación al contrato de arrendamiento-venta.

No creemos, por el ámbito de aplicación de la norma, que resulte pertinente a ese contrato el artículo 1564 del Código Civil, salvo que estemos en el supuesto excepcional del arrendamiento-venta de un bien mueble en el que, antes de su entrega, el arrendatario-comprador tuviese que pagar la primera cuota, mensualidad o renta.

Por otra parte, estimamos que el artículo 1565 sí sería de aplicación, ya que el arrendatario-comprador estaría obligado a recibir el bien en el plazo fijado en el contrato o en el que señalen los usos. Asimismo, también podría aplicarse lo dispuesto en el segundo párrafo de esta norma, el cual establece que, a falta de plazo convenido o de usos diversos, el comprador (en nuestro caso, el arrendatario-comprador) debe recibir el bien en el momento de la celebración del contrato.

Pasando a otro tema, respecto al artículo 1566, un arrendamiento-venta no podrá ser objeto de ser inscrito en el Registro Fiscal de Ventas a Plazo, ello debido a que la primera Ley de la Garantía Mobiliaria derogó la Ley n.° 6565 que creó este registro. Así lo establece la sexta disposición final de la referida ley.

En materia de transferencia del riesgo, preferimos no referirnos a cada uno de los artículos del capítulo sexto, del título del contrato de compraventa por las

EDUARDO CASTILLO PEREZ

serias objeciones que tenemos con relación a estas normas. Sin embargo, debemos señalar que el tema de la transferencia del riesgo revestirá caracteres especiales en el arrendamiento-venta.

Nos explicamos.

Antes de que el arrendador-vendedor entregue el bien al arrendatario-comprador, obviamente, se aplicarán las reglas contenidas en el Código Civil respecto de la teoría del riesgo y el principio *periculum est debitoris*. Esto equivale a decir que el arrendador-vendedor será quien corra con el riesgo de pérdida de la contraprestación, si la hubiere.

Luego de efectuada la entrega no podríamos aplicar respecto de su contraparte el principio *res perit domino*, pues el arrendatario-comprador todavía no se habrá convertido en propietario del bien. Sólo lo será una vez que termine de pagar las cuotas convenidas.

Pero estaremos ante una curiosa situación, toda vez que el arrendatario-comprador no deja de ser arrendatario y, como tal, en la eventualidad de que no culmine con el pago de todas las cuotas o mensualidades, estaría obligado a devolver el bien al arrendador-vendedor. En tal sentido, podría pensarse que, mientras dure la relación contractual de arrendamiento-venta, el riesgo de pérdida de la contraprestación lo correrá el arrendatario-comprador, aplicándose respecto de este contratante el principio *periculum est debitoris*.

Así, una vez que el arrendatario-comprador haya terminado de pagar la última cuota, mensualidad o renta debida, se hará automáticamente propietario del bien. Desde ese momento, al no existir relación obligacional alguna (pues todas ellas ya se habrán extinguido), resultará de aplicación el principio *res perit domino* (la cosa se pierde para su dueño), evidentemente respecto del nuevo propietario.

Creemos que los anotados constituyen los principios básicos que deben regir el tema de la transferencia del riesgo en el arrendamiento-venta.

Por otra parte, estimamos que la compraventa a satisfacción del comprador (artículo 1571), la compraventa a prueba (artículo 1572) y la compraventa sobre muestra (artículo 1573) son aplicables al contrato de arrendamiento-venta —*mutatis mutandis*, evidentemente— según lo permita la naturaleza de este contrato y los usos y costumbres.

Asimismo, consideramos que las normas relativas a la compraventa sobre medida y a la compraventa en bloque (artículos 1574 a 1579 del Código Civil) son aplicables al arrendamiento-venta. Sin embargo, debemos anotar que en la eventualidad de tener derecho a una reducción del precio, ella se vería expresada en una disminución proporcional en las cuotas, mensualidades o rentas, que el arrendatario-comprador deba pagar al arrendador-vendedor.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

Con relación al tema de la «compraventa sobre documentos», podrían ser de aplicación sus normas (los artículos 1580 y 1581) al contrato de arrendamiento-venta, pues en el plano teórico no existe impedimento alguno.

Sin embargo, en una perspectiva más amplia de esta compraventa, referida ya a la generalidad de mercancías que se comercializan en el mundo mercantil, sí resultaría raro ver un arrendamiento-venta.

Creemos que los pactos prohibidos para la compraventa, específicamente el pacto de mejor comprador y el pacto de preferencia, no se extienden al contrato de arrendamiento-venta, en la medida que se trata de normas prohibitivas. Éstas, de acuerdo con lo prescrito por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, no pueden aplicarse por analogía puesto que, se quiera o no, el arrendamiento-venta es un contrato distinto de la compraventa propiamente dicha.

Las normas de compraventa con reserva de propiedad son —por excelencia— aplicables al arrendamiento-venta, ya que precisamente el artículo 1585 es el numeral que de modo expreso las hace aplicables.

Por otro lado, con respecto a las disposiciones referidas al pacto de retroventa (artículos 1586 a 1591), estas sí son de aplicación al arrendamiento-venta con la salvedad de que si se llegase a resolver unilateralmente el contrato, el arrendatario-comprador debería devolver el bien recibido, en tanto que el arrendador-vendedor estaría en la obligación de reembolsar a su contraparte todas las cuotas, mensualidades o rentas que le hubiesen sido entregadas.

Finalmente, debemos anotar que las normas referidas al derecho de retracto (artículos 1592 a 1601) no son aplicables al arrendamiento-venta en la medida en que, al ser preceptos restrictivos de derechos, no pueden aplicarse por analogía a un contrato distinto de la compraventa en estricto.

11.3. Por su estructura

Por su estructura, el arrendamiento-venta sería un contrato de carácter complejo, pues comparte rasgos, tanto de la compraventa como del arrendamiento. Así, 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.

11.4. Por su contenido

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

11.5. Por su autonomía

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

LEDO MARIO CASTILLO PEREZ

11.6. Por su función

Por su función es, fundamentalmente, un contrato constitutivo, aunque puede formar parte —por excepción— de uno modificatorio. Sin embargo, nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará obligaciones entre las partes.

11.7. Por los sujetos a quienes obliga

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

11.8. Por la prestación

Por la prestación es un contrato bilateral o sinalagmático. Hoy en día, bajo nuestro Código Civil, hablaríamos de un contrato con prestaciones recíprocas (artículos 1426 a 1434 del Código), pues una parte —el arrendador-vendedor— se obliga a entregar el bien a la otra —el arrendatario-comprador—, el cual a su vez se obliga a pagar el precio en cuotas mensuales o de periodicidad distinta (el cual constituye la renta). De esta manera, al pagarse la última de dichas cuotas, se transferirá automáticamente la propiedad del bien al arrendatario-comprador.

11.9. Por la valoración

Por la valoración, de acuerdo con lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, es un contrato a título oneroso, pues ambas partes se obligan a ejecutar una prestación.

11.10. Por el riesgo

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

Si bien aunque no se ha planteado ni legislativa ni doctrinariamente el tema de la aleatoriedad en el contrato de arrendamiento-venta, podríamos imaginar algunos supuestos en los que ello resultaría factible, sobre todo si recordamos que no habría inconveniente teórico alguno para aplicar los principios que al respecto hemos tratado al estudiar el bien materia del contrato de compraventa.

11.11. Por su formación

Por su formación, el arrendamiento-venta es un contrato consensual, es decir, se celebra con el solo consentimiento de las partes, ya que la ley no establece ningún requisito de forma para este acto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

11.12. Por el tiempo

Por el tiempo se trata, esencialmente, de un contrato de duración, ya que aunque el bien, objeto del mismo, se entrega poco después de la celebración del contrato (en un acto instantáneo), el pago de las cuotas, mensualidades o rentas por parte del arrendatario-comprador se prolonga en el tiempo tanto como en un contrato de arrendamiento común y corriente. En tal sentido podemos decir que es un contrato de duración continuada, dado que el arrendador-vendedor se obliga a permitir el uso y disfrute del bien por parte del arrendatario-comprador en tanto dure la relación contractual y mientras no se produzca la transferencia de propiedad.

Pero, por otra parte, también será un contrato de duración periódica si nos atenemos a la obligación del arrendatario-comprador, la cual consiste en el pago periódico (por lo general, mensual) de las cuotas o rentas convenidas.

11.13. Por la negociación

Por la negociación puede ser tanto un contrato de negociación previa —es decir, aquél en el cual las partes tienen la libertad de modelar su contenido (esta será la regla)— como un contrato por adhesión o que contenga cláusulas generales de contratación (supuestos excepcionales, por cierto).

11.14. Por el rol económico

Por el rol económico es un contrato de cambio, ya que está destinado a la circulación de la riqueza. Y también un contrato de disposición, pues implica una disminución en el patrimonio del arrendador-vendedor, la cual se verá —a su vez— compensada con la contraprestación que debe recibir por parte del arrendatario-comprador (renta-precio).

11.15. Por sus efectos

Por sus efectos se trata de un contrato meramente obligatorio u obligacional.

12. Obligaciones del arrendador

Independientemente de aquellos conceptos relativos a las obligaciones que asumen las partes en un contrato de arrendamiento, sobre las cuales hemos hecho referencia oportunamente, el Código Civil peruano de 1984 destina dos capítulos al tratamiento de las obligaciones del arrendador y a las obligaciones del arrendatario.

Así, el capítulo segundo (artículos 1678 a 1680) trata acerca de las obligaciones del arrendador y el capítulo tercero (artículos 1681 a 1686) aborda lo relativo a las obligaciones del arrendatario.

En adelante, las obligaciones del arrendador.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

12.1. Obligación de entrega del bien

El artículo 1678[1456] del Código Civil peruano establece que el arrendador está obligado a entregar al arrendatario el bien arrendado.

Resulta evidente que el citado numeral regula la que constituye una obligación de dar que asume el arrendador con respecto al arrendatario.

Esta obligación deberá ejecutarse en estricto apego a los principios de identidad e integridad del pago. Para tal efecto, remitimos al lector a las expresiones vertidas cuando analizamos lo relativo al artículo 1672 del Código Civil.

Adicionalmente, debemos precisar que el artículo 1678 establece que el bien debe entregarse con todos sus accesorios.

El citado precepto concuerda con lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1134 del Código Civil, norma propia de las obligaciones de dar bienes ciertos. Dicho artículo señala lo siguiente:

> Artículo 1134.- «El bien debe entregarse con sus accesorios, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso».[1457]

El primer párrafo del artículo 1134 del Código Civil impone al deudor la obligación de conservar el bien hasta su entrega, vale decir, la obligación de realizar todos los actos conducentes a que el bien conserve, en el momento en que se efectúe el traspaso del mismo al acreedor, todas las características que tenía cuando se generó la obligación (en el caso de los contratos, al momento de su celebración).

Como señala Luis María Boffi Boggero,[1458] va implícita la obligación de conservar la cosa, previa a la de entregarla. Además, agrega que resulta obvio que no puede entregarse una cosa no conservada por el deudor.

En lo relativo al segundo párrafo del artículo 1134, podemos decir que dicho precepto no hace sino recoger los principios establecidos en el artículo 888 del Código Civil en lo referente a las partes de un bien que se consideran sus accesorios. Esta norma señala lo siguiente:

> Artículo 888.- «Son accesorios los bienes que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien».

1456 Artículo 1678.- «El arrendador está obligado a entregar al arrendatario el bien arrendado con todos sus accesorios, en el plazo, lugar y estado convenidos.
Si no se indica en el contrato el tiempo ni el lugar de la entrega, debe realizarse inmediatamente donde se celebró, salvo que por costumbre deba efectuarse en otro lugar o época».

1457 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*, tomo I, pp. 313-316.

1458 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 308.

Así, el segundo párrafo del artículo 1134 recoge el antiguo principio jurídico de que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal», de modo tal que si un deudor se halla obligado a entregar un bien cierto, deberá hacerlo junto con sus accesorios («salvo que lo contrario resultase de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso», según establece el mencionado artículo).

A decir de Boffi Boggero,[1459] si nada se puso en la obligación, parece acertado el criterio de Galli, quien recurre a la fuente:

> Freitas establece que las cosas accesorias aludidas por el artículo son «aquellas cuya retención impediría tener por cumplido el objeto que se tuvo en vista de contraer la obligación de entregar la cosa principal».

Resulta fácil imaginar ejemplos de los dos primeros supuestos señalados en la parte final del artículo 1134 (la ley o el título de la obligación); sin embargo, no lo es tanto imaginar uno correspondiente al tercer supuesto (circunstancias del caso). Por nuestra parte, pensamos que podríamos comprender dentro de este rubro el ejemplo que damos a continuación.

Si un laboratorio químico arrienda uno de sus locales a otro laboratorio químico sin establecerse en el contrato si se deberán entregar o no los implementos e instalaciones propias del rubro o actividad que estaba desarrollándose en dicho local, de las circunstancias del caso (por ser también un laboratorio el comprador del local) deberá entenderse que se incluyen dichos implementos o accesorios dentro de los bienes a entregar. Lo contrario podría presumirse si quien arrienda dicho local no fuese otro laboratorio sino un almacén de mercaderías textiles, por ejemplo.

Otro ejemplo respecto de las circunstancias del caso nos lo da el propio Manuel Augusto Olaechea, cuando expresa que la subordinación económica o la aplicación permanente a un fin no son principios estereotipados. En el caso de una casa que tiene estatuas en su jardín no se sabe si ésta tendrá dichos objetos en calidad de accesorios. Habría que atenerse a un contrato, a un acuerdo de partes; porque aquí no existe la costumbre de tener jardines con estatuas. Pero, contrariamente, si se alquilara un castillo de Luis XIV, todas las cosas adheridas a él, como las arañas de luz, las cortinas y las estatuas formarían parte integrante del castillo.

Comentando el artículo 864 del Código Civil brasileño de 1916 —que era el referente, en ese país, al segundo párrafo de nuestro artículo 1134—, Antonio José de Souza Levenhagen[1460] precisa que lo dispuesto en este artículo procede directamente del tradicional principio de derecho que establece que lo secundario o accesorio sigue la suerte de lo principal; por lo tanto, quien se obliga a entregar

1459 *Ibidem*, pp. 307 y 308.

1460 LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. *Código Civil, comentarios didácticos. Derecho de las Obligaciones*. San Paulo: Editora Atlas, 1978, pp. 18 y 19.

un bien cierto, implícitamente se obliga también a entregar, conjuntamente con dicho bien, todo cuanto le sea accesorio.

Levenhagen continúa diciendo que un bien accesorio es aquél cuya existencia está vinculada a la de un bien principal: como los árboles, cuya existencia está vinculada al suelo donde fueron plantados. «Principal» es el bien que existe concretamente, sin depender de la existencia de cualquier otro: como el suelo, por ejemplo. De ese modo, si alguien se compromete a entregar un terreno a quien lo ha alquilado, y si en el contrato no constara ninguna reserva, se incluirán los árboles ahí existentes; entendiéndose como integrantes de la obligación de entregar el terreno, por cuanto éstos son accesorios del suelo. En tal sentido, el artículo 864 del Código Civil brasileño de 1916 resultaba un tanto más explícito que su similar peruano, ya que establecía que deberán comprenderse aun los accesorios no mencionados. Esto equivale a decir que, de acuerdo con el régimen del Código de 1916 de ese país, no era necesario que en el contrato quede expresamente establecido que la obligación de entregar el terreno (lo principal) implicaba también la de entregar los árboles (accesorios).

De acuerdo con el régimen del Código Civil peruano, para que los accesorios no estén comprendidos dentro de la obligación de dar un bien principal, es indispensable, tal como ha sido señalado anteriormente, que ello resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

El tratadista argentino Eduardo B. Busso[1461] opina en el mismo sentido que el segundo párrafo del artículo 1134 del Código Civil peruano. Así, señala que la obligación de dar cosas ciertas comprende todos los accesorios de éstas, aunque en los títulos no se mencionen o aunque momentáneamente hayan sido separados de ellas. En tal sentido, y basándose en lo establecido por el Código Civil argentino de 1871, el mencionado autor precisa que deben entenderse comprendidos los accesorios indispensables para la utilidad que se tuvo en cuenta al contratar la cosa, aun cuando ellos estuvieran separados de la misma al tiempo de formarse el vínculo. Asimismo, señala luego, también deben entenderse comprendidos los otros accesorios que, sin ser indispensables, estuviesen incorporados a la cosa al tiempo del contrato, porque, precisamente por tal estado de incorporación, es razonable pensar que las partes entendieran comprenderlos.

Busso también agrega que si antes de la constitución de la deuda el deudor había separado definitivamente un accesorio anteriormente adherido a la cosa, éste no queda comprendido en la obligación, porque en tal caso no se configura la separación momentánea a la cual se refiere el texto del artículo 1134.

Por otra parte, debemos señalar que el artículo 1678 del Código Civil peruano también establece la obligación por parte del arrendador de entregar el bien y sus accesorios en el plazo, lugar y estado convenidos.

1461 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 12 y 13.

En lo que respecta al precepto bajo comentario, el mismo debe ser necesariamente concordado con el artículo 1675 que comentamos oportunamente. Dicha norma establece lo siguiente:

> Artículo 1675.- «El bien mueble arrendado se debe restituir en el lugar en que fue entregado, salvo pacto distinto».

En lo referente al momento de la entrega del bien, salvo que se hubiese establecido un término diferente en el contrato de arrendamiento, dicha entrega deberá efectuarse inmediatamente después de celebrado el contrato de arrendamiento, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1240 del Código Civil, norma general de pago, de texto siguiente:

> Artículo 1240.- «Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación».

Dicha norma general concuerda con el precepto especial establecido en el segundo párrafo del artículo 1678 del propio Código en el sentido de que si no se indica en el contrato el tiempo de la entrega, ésta deberá realizarse inmediatamente, salvo que por costumbre deba efectuarse en otra época.

En lo que respecta al lugar de entrega del bien, el artículo 1678 incluye una norma sumamente defectuosa; pues, en su segundo párrafo establece que si no se indica en el contrato el lugar de la entrega del bien por parte del arrendador al arrendatario, la misma deberá realizarse en el lugar donde se celebró, salvo que por costumbre deba efectuarse en otro lugar.

Estimamos que en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles será difícil que el contrato se celebre en el lugar donde se encuentre el bien arrendado. Por tal razón, no será lo más común que dicho bien se entregue en el lugar donde se celebró el contrato, salvo que estuviésemos hablando de una entrega ficta.

En adición a lo expresado, resulta insuficiente la precisión efectuada por la última parte del artículo 1678, la cual señala que no se entregará el bien en el lugar donde se celebró el contrato si por costumbre debiera entregarse en otro lugar.

Decimos esto, ya que no es que por costumbre deba efectuarse o no la entrega del bien en un lugar distinto, sino por el hecho de que así lo impone su naturaleza y las circunstancias del caso.

Por lo demás, sobre el particular, remitimos al lector a la consulta de los comentarios que efectuamos al analizar el artículo 1675 del Código Civil.

12.2. Los gastos que ocasione la entrega

A pesar de no establecerse una norma especial en sede de arrendamiento, es claro que el arrendador deberá sufragar los gastos que ocasione la entrega del bien al arrendatario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Decimos esto en estricta aplicación de lo dispuesto por el artículo 1241 del Código Civil, precepto que establece que:

> Artículo 1241.- «Los gastos que ocasione el pago son de cuenta del deudor».[1462]

Como enseña Palacio Pimentel,[1463] con oportunidad del pago se hacen desembolsos económicos, ya sea de parte del obligado o del acreedor. Esos desembolsos, que vienen a ser los gastos que impone, como indispensables por el cumplimiento de la obligación, vale decir, por el pago, son muchos, según la naturaleza de la obligación, el lugar de su cumplimiento, la forma de éste, etc. Palacio Pimentel cita como ejemplos los de transporte, flete, embalaje, gastos de viaje de persona o personas determinadas, gastos de comisión, timbres, cancelación de hipotecas, o constitución de un apoderado o de un encargado para recibir el pago. Estos gastos en las obligaciones de dar son más fácilmente determinables, no así en lo que respecta a las obligaciones de hacer. Por ejemplo, el obligado, para ir a trabajar a un lugar determinado fuera de su domicilio requerirá gastos de viaje, pasajes, viáticos. Asimismo, en la ejecución de una obra puede ser necesario hacer gastos previos: como demolición, desmontes, acarreo de materiales, compra de víveres, de máquinas, flete de éstas, herramientas, materias primas, combustibles, alquileres, construcción o mejoras de locales para depósitos o almacenes, etc. Dentro del concepto de gastos no se comprenden los reputados como superfluos.

Palacio Pimentel agrega que la importancia práctica, en lo referente a los gastos del pago, es determinar a quién corresponde soportarlos. Luego señala que, en la mayoría de las legislaciones, éstos corresponden al deudor, pues los gastos se reputan como un elemento accesorio de la prestación en que consiste el pago. Añade que es esta la opinión, entre otros, de Sánchez Román, la cual sirve de fundamento para imponer esa carga al deudor.

Como decía Marcadé[1464] al comentar el mismo principio contenido en el Código Napoléon, es muy natural que los gastos correspondientes al pago estén a cargo de aquel que debe pagar, puesto que éstos son sólo los medios de realizar o constatar el pago al cual estaba obligado. Así, le corresponde al deudor aportar la cosa debida en el lugar donde se debe entregar, e igualmente, corresponde a él correr con los gastos del pago.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1462 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*, segunda parte, tomo V, pp. 251-255.

1463 Palacio Pimentel, Gustavo. *Las obligaciones en el Derecho Civil peruano*. Lima: Editora y Distribuidora de Libros Huallaga, 1990, tomo I, pp. 497 y 498.

1464 Marcadé, Victor. *Op. cit*, tomo IV, p. 568.

Giorgi[1465] señala que la regla de que el pago se hace a expensas del deudor (expresada así literalmente por el Código) parece clara, pero está llena de dificultades en su aplicación. Considerada en razón, significa solamente que el acreedor tiene derecho a conseguir íntegro el objeto de la obligación, sin sufrir el descuento de los gastos necesarios para efectuarlo o lograr su goce. Sin embargo, como el punto más serio está en determinar cuál es el objeto de la obligación, dicha regla no puede convertirse en máxima de práctica utilidad sin salir de las generalidades y descender a las aplicaciones particulares, examinando obligación por obligación, el *quid* y el *quantum debeatur*. El maestro italiano agrega que comúnmente los escritores la refieren a las obligaciones de dar y hablan de los gastos de consignación y de finiquito porque en relación con los mismos es más fácil comprender su importancia y más frecuente discutirla. Luego, precisa que quizá en esto pensaron los compiladores que formularon la disposición legislativa; mas ya que la regla, escrita como está, tiene carácter general para toda clase de pagos, es preciso, para comprenderla, elevarse bastante más alto y leer en ella un criterio que dice: determinado el objeto, éste debe ser íntegramente prestado por el deudor, el cual no puede pretender descontar los gastos que le cueste la prestación del mismo.

12.3. Presunción de buen estado del bien

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1679 del Código Civil peruano:

> Artículo 1679.- «Entregado el bien al arrendatario, se presume que se halla en estado de servir y con todo lo necesario para su uso».

La presunción establecida en el artículo 1679 tiene directa relación con la idea de que una vez entregado el bien por el arrendador al arrendatario, dicho bien se encuentra en estado de servir, vale decir, que resulta útil a efectos del contrato celebrado.[1466]

Esta norma nos recuerda lo dispuesto por el artículo 1655 del Código nacional, relativo al contrato de mutuo, cuando establece lo siguiente:

> Artículo 1655.- «Recibido el bien por el mutuatario, se presume que se halla en estado de servir para el uso a que se destinó».

El sentido de dicha norma, según el legislador de 1984,[1467] era facilitar la concertación del contrato y exigir por parte del mutuatario una actitud prudente

1465 Giorgi, Giorgio. *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1909, tomo VII, pp. 46 y 47.

1466 Al respecto, la Casación n.° 846-2008 de 15 de mayo de 2009, emitida por la Sala Civil Transitoria, señaló lo siguiente: «el artículo 1679 contiene una presunción legal *juris tantum*; y señala que una vez el bien entregado al arrendatario, se presume que éste se halla en estado de servir y con todo lo necesario para su uso (...)». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1228.

1467 Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, tomo II, p. 267.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

al momento de la entrega del bien mutuado, en forma similar a lo que sucede en el artículo 1679 del Código Civil (relativo a las obligaciones del arrendador).

Desde nuestro punto de vista reiteramos que tanto la presunción establecida en el artículo 1655 como la registrada para el artículo 1679 resultan inadecuadas.

En primer término, porque dentro de la lógica de las obligaciones de dar podría pensarse en la creación de una regla similar para todos los contratos que impliquen este tipo de obligaciones. Y, como sabemos, ello no es así en la medida en que dichos contratos y dichas obligaciones no se encuentran amparados por ninguna presunción.

En segundo lugar, el tema de la presunción de buen uso resulta excesivo. Pensamos que el mismo debería regirse, en todo caso, por las disposiciones generales de las obligaciones de saneamiento contenidas en los artículos 1484 y siguientes, teniendo en cuenta que según el citado numeral:

> Artículo 1484.- «Hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien».

Por su parte, el artículo 1485 establece lo siguiente:

> Artículo 1485.- «En virtud del saneamiento el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor».

En tercer lugar, estimamos que la presunción contenida en el artículo 1679 del Código Civil no aporta nada, en la medida que, incluso si no existiese, el arrendatario que se sienta perjudicado deberá demostrar que el bien arrendado no se hallaba en estado de servir para el uso al que se destinó en virtud del principio general de Derecho Procesal que reza que «todo aquel que alegue un hecho debe probarlo». Asimismo, esta prueba tendría que aportarse con la existencia de la presunción a favor del arrendador o sin ella.

Por otra parte, resulta evidente que la situación del arrendador no variaría si la presunción no existiese, ya que si el arrendatario se considerara perjudicado, tendría que demostrar dicho perjuicio.

12.4. Obligación de mantener al arrendatario en el uso del bien

De conformidad con lo prescrito por el artículo 1680 (inciso 1) del Código Civil, el arrendador también está obligado a mantener al arrendatario en el uso del bien durante el plazo del contrato y a conservarlo en buen estado para el fin del arrendamiento.

Sobre este particular no vamos a efectuar comentarios, remitiendo al lector a lo expuesto con ocasión de nuestro análisis del artículo 1673 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

12.5. Obligación de realizar las reparaciones necesarias

De acuerdo con lo prescrito por el artículo 1680 (inciso 2), el arrendador también está obligado a realizar, durante el arrendamiento, todas las reparaciones necesarias, salvo pacto distinto.

Sobre este particular procedemos de igual forma que en el acápite anterior, remitiendo al lector a nuestras expresiones vertidas con ocasión del análisis del artículo 1673, norma con la que de alguna manera resulta reiterativo el inciso 2 del artículo 1680.

Sólo queda por precisar que lo relativo a las reparaciones necesarias que deberá efectuar el arrendador constituye una norma de eminente carácter dispositivo. No sólo es así dada la naturaleza del precepto, sino porque tal consideración es ratificada en la parte final del referido inciso 2, cuando se admite pacto distinto.

13. Obligaciones del arrendatario

Dado que quien posee el bien durante el plazo de vigencia del contrato de arrendamiento es el arrendatario, precisamente sobre él recae el mayor número de obligaciones impuestas, no sólo legal sino contractualmente.

Decimos esto porque el Código Civil regula las obligaciones del arrendatario en seis artículos, en los cuales le establece un voluminoso conjunto de obligaciones. Pero también resulta usual que cuando en la práctica se celebran contratos de arrendamiento, el mayor número de obligaciones que se consignan en ellos, así como el mayor detalle acerca de las mismas, esté compuesto por las obligaciones del arrendatario.

13.1. Obligación de recibir el bien

El inciso 1 del artículo 1681[1468] establece que el arrendatario está obligado a recibir el bien.

1468 Artículo 1681.- «El arrendatario está obligado:
1. A 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.
2. A pagar puntualmente la renta en el plazo y lugar convenidos y, a falta de convenio, cada mes, en su domicilio.
3. A pagar puntualmente los servicios públicos suministrados en beneficio del bien, con sujeción a las normas que los regulan.
4. A dar aviso inmediato al arrendador de cualquier usurpación, perturbación o imposición de servidumbre que se intente contra el bien.
5. A permitir al arrendador que inspeccione por causa justificada el bien, previo aviso de siete días.
6. A efectuar las reparaciones que le correspondan conforme a la ley o al contrato.
7. A no hacer uso imprudente del bien o contrario al orden público o a las buenas costumbres.
8. A no introducir cambios ni modificaciones en el bien, sin asentimiento del arrendador.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En realidad, haber establecido esta aparente obligación resulta una demasía, ya que todo acreedor (y el arrendatario es acreedor del bien que se le tiene que entregar) tiene el deber de recibir dicho bien. Sin embargo, esta situación resulta tan evidente que ni el Derecho de Obligaciones la regula de manera expresa.

Además, si el arrendatario se negase a recibir el bien, el arrendador, en caso de insistir en la ejecución del contrato, podría llegar a forzar el pago a través del mecanismo judicial de la consignación. Claro está que, en tal situación, difícilmente dicho arrendador insistirá en que el contrato se ejecute, ya que al encontrarse iniciando la ejecución de la relación jurídica creada con el arrendatario, y advirtiendo el problema planteado, lo más razonable sería renunciar a ingresar a un camino lleno de dificultades prácticas.

13.2. Obligación de cuidar diligentemente el bien

En virtud de lo establecido por el inciso 1 del artículo 1681, el arrendatario está obligado a cuidar diligentemente el bien.

El cuidado del bien que deberá asumir el arrendatario será el de actuar, con relación al mismo, como actuaría una persona responsable en torno a los bienes que son de su propiedad.

Este patrón de conducta es de carácter objetivo, asumiendo un ideal de persona responsable y de ninguna manera ubicando tal situación en una persona en particular (ni mucho menos en el arrendatario del que se trate).

Esta situación no plantea, de ninguna manera, el impedimento de hacer un uso correcto del bien, siempre teniendo en consideración que dicho bien deberá ser devuelto a la finalización del contrato, sin más desgaste que el de su uso ordinario. Asimismo, dicho uso, por razones obvias, deberá estar en relación directa con el cuidado objetivo que se haga del mismo.

13.3. Obligación de usar el bien para el destino que se le concedió en el contrato o el que pueda presumirse de las circunstancias

Si bien es cierto que en la mayoría de contratos se establece cuál es la finalidad para la que se arrienda el bien, podría no haberse establecido algo al respecto.

En el primero de los casos es evidente que el arrendatario tendrá que dar un uso conforme al destino convenido, no pudiendo apartarse en lo absoluto y darle un destino diferente, por óptimo que éste sea. Vale decir, no podrá, sin autorización

9. A no subarrendar el bien, total o parcialmente, ni ceder el contrato, sin asentimiento escrito del arrendador.
10. A devolver el bien al arrendador al vencerse el plazo del contrato en el estado en que lo recibió, sin más deterioro que el de su uso ordinario.
11. A cumplir las demás obligaciones que establezca la ley o el contrato».

del arrendador, darle un destino que incluso implicara un deterioro menor que el que conllevaría el destino convenido en el contrato.

Aquí de lo que se trata es del simple resguardo del principio de identidad en el cumplimiento de las obligaciones, de modo tal que el arrendador no requiera exponer los motivos de una eventual negativa a aceptar que su arrendatario dé un destino diferente al bien (ya que razones podría haber en abundancia). Estas razones serían aquellas de orden moral (por ejemplo, si se quisiera dedicar el bien a alguna actividad lícita pero reñida con la moral del arrendador); religioso (como podría ser el caso de que el arrendatario desease utilizar el inmueble como centro de reunión religiosa de una confesión distinta a la del arrendador); político (en la medida que el arrendador no comparta las convicciones del arrendatario); o incluso en cualquiera de los casos anteriores, aún habiendo afinidad de ideas o de pensamientos, si simplemente el arrendador no desea aceptar un cambio de destino o uso del bien arrendado.

En cuanto a la posibilidad de que las partes no hayan convenido de manera expresa el destino que se le dará al bien, tendríamos que solucionar el problema de acuerdo con las circunstancias, tal como establece la última parte del inciso 1 del artículo 1681 del Código Civil.

En primer término debería analizarse cuál es el uso que tiene registrado el bien ante el respectivo municipio distrital, y en tal caso se consideraría que el mismo sea comercial o particular.

Pero en la medida en que las características del inmueble o la naturaleza del giro del negocio del arrendatario resulten inequívocas podrá concluirse, de acuerdo con las circunstancias, por ejemplo, que el bien deberá ser destinado a local comercial, oficinas administrativas, casa para uno de los ejecutivos de la empresa, etc.

13.4. Obligación de pagar puntualmente la renta

En virtud de lo establecido por el inciso 2 del artículo 1681 del Código Civil, el arrendatario está obligado a pagar puntualmente la renta en el plazo y lugar convenidos y, a falta de convenio, cada mes en su domicilio.

Con relación al momento del pago de la renta ya nos hemos pronunciado con ocasión del análisis del artículo 1676 del Código Civil, razón por la cual remitimos al lector a lo expresado en aquella oportunidad.

Lo único que tendríamos que agregar es que por medio del inciso 2 del artículo 1681 se está estableciendo una presunción en torno a la duración de los periodos pactados para el pago de la renta, los mismos que, de no haberse establecido, deberían entenderse como de un mes.

En cuanto al segundo extremo de la norma, referido al lugar de pago de la renta, resulta evidente que las partes tienen al respecto la mayor libertad para

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

convenir si el mismo deberá efectuarse en el domicilio del deudor, en el domicilio del acreedor o incluso en algún otro lugar.

Sin embargo, la ley establece que, a falta de convenio, se entenderá que el pago deberá realizarse en el domicilio del arrendatario, lo cual equivale a decir que el arrendador deberá ir a cobrarle la renta.

En tal sentido debemos recordar que esta solución legislativa concuerda plenamente con la regla general del lugar de pago establecida por el artículo 1238 del Código Civil, precepto que señala lo siguiente:

> Artículo 1238.- «El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso».

13.5. Obligación de pagar puntualmente los servicios públicos

Conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 1681 del Código Civil, el arrendatario está obligado a pagar puntualmente los servicios públicos suministrados en beneficio del bien, con sujeción a las normas que los regulan.

Se entiende que están comprendidos dentro del concepto de la norma citada todos aquellos servicios públicos básicos relativos al bien (sobre todo para el caso de los inmuebles, que es el supuesto al cual está dirigida la norma).

Tal sería el caso de la luz, el agua y los arbitrios municipales.

En el caso de la luz y el agua, ambos son servicios básicos de todo inmueble. En el caso de los arbitrios, se trata de una contribución municipal destinada al mantenimiento de parques, jardines, baja policía, serenazgo municipal, etc., vale decir que también representan servicios en beneficio del inmueble y, por tanto, del beneficio del arrendatario. Todo ello, naturalmente, en lo que respecta a la relación contractual y con absoluta prescindencia de lo establecido por las normas tributarias en cuanto a quién es el sujeto pasivo del tributo.

Sin embargo, podría darse el caso de que el inmueble contase con otros servicios contratados por el arrendador y que éstos se hubiesen incluido en el contrato a efectos de que el arrendatario deba continuar sufragando el costo de los mismos para beneficio suyo. Ese podría ser el caso de la línea telefónica, de la televisión por cable, del internet y de algún otro servicio público que se brinde en beneficio del bien arrendado.

Resulta evidente que el arrendatario tiene esta obligación con respecto al arrendador más allá de que se trate de una relación contractual interna, es decir, independientemente de la relación que el arrendador tenga respecto de dichos servicios con relación a las empresas con las que haya contratado o con la municipalidad respectiva, si se trata del titular o propietario de los mismos.

ESTUDIO CASTILLO FREYRE

De ahí la importancia de que el arrendador vigile el pago puntual de los servicios por parte del arrendatario en la medida que, cuando termine el contrato y dicho arrendatario desocupe el bien, las diversas entidades públicas y privadas no vacilarán en cobrar a quien para ellas es su único deudor, vale decir, el arrendador del bien. Entendemos que es con relación a este último supuesto que puede estar consignada la última parte del inciso 3 del artículo 1681, el cual señala que dicho cumplimiento deberá efectuarse con sujeción a las normas que regulan esos servicios públicos suministrados en beneficio del bien.

Sin embargo, más allá del tema tributario, resulta claro que el arrendador no deberá responder —en lo absoluto— por las deudas contractuales que, con respecto de terceros, el arrendatario hubiese dejado impagas.

13.6. Obligación de dar aviso inmediato al arrendador en torno a actos perturbatorios

Conforme a lo establecido por el inciso 4 del artículo 1681 del Código Civil peruano, el arrendatario está obligado a dar aviso inmediato al arrendador de cualquier usurpación, perturbación o imposición de servidumbre que se intente contra el bien.

Esta norma tiende a proteger al arrendatario y al arrendador.

El arrendatario tendrá vivo interés en evitar que se produzca cualquiera de los actos mencionados por el inciso 4, dado que disminuiría el libre y pleno uso que pudiera hacer del bien, conforme al contrato celebrado.

Pero para evitar se consuma dicha perturbación o, si se hubiera consumado, para evitar que continúe perjudicándolo, el arrendatario requiere de la colaboración del arrendador, quien, como titular del bien, podrá ejercer frente a terceros las acciones legales correspondientes, además de premunir al arrendatario de la información necesaria para que él mismo pueda intentar hacer valer sus derechos.

Sin embargo, además de lo señalado, queda claro que el arrendatario, si se viera perturbado en la posesión del bien por un tercero, podría ejercer las acciones derivadas de la defensa posesoria, establecidas por los artículos 920 y 921 del Código Civil, que prescriben lo siguiente:

> Artículo 920.- «El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias».
>
> Artículo 921.- «Todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él».[1469]

1469 Según la naturaleza de la perturbación, su antigüedad y quien sea titular de la acción se podría pensar en el planteamiento de procesos de desalojo o interdictos, conforme a lo establecido por los artículos 585 a 607 del Código Procesal Civil.

13.7. Obligación de permitir al arrendador que inspeccione el bien

Conforme a lo establecido por el inciso 5 del artículo 1681, el arrendatario está obligado a permitir al arrendador que inspeccione por causa justificada el bien, previo aviso de siete días.

La finalidad de este precepto radica en que, a través del contrato de arrendamiento, el arrendador deja de ser poseedor inmediato del bien, convirtiéndose sólo en poseedor mediato del mismo.

En tal virtud, al no tener un contacto directo con el bien arrendado, desconocerá cuál sea el uso, desgaste y situación real del bien en su interior.

En tal sentido, la única forma que tendrá para conocer a ciencia cierta esa situación será inspeccionándolo.

En principio, las partes contratantes suelen establecer minuciosamente la manera como se ejercerá el derecho de inspección del bien por parte del arrendador, estableciendo incluso que la inspección se realizará con un previo aviso menor a siete días, o sin previo aviso.

Estos pactos son enteramente válidos y se basan en el carácter meramente dispositivo y no imperativo del inciso 5 del artículo 1681, norma que las partes podrán aplicar ya sea de manera más restrictiva o extensiva, e incluso suprimirla.

La idea del previo aviso de siete días (plazo absolutamente arbitrario) es la de no causar mayores molestias al arrendatario en el uso del bien, ya que, en principio, es él quien tiene derecho a utilizar dicho bien con carácter exclusivo y, como resulta evidente, el arrendador no tendrá derechos o prerrogativas para interponerse en el libre uso del bien que desee hacer el arrendatario.

De ahí la necesidad del aviso previo.

Pero, adicionalmente, el inciso 5 establece que esa inspección deberá realizarse por causa justificada.

Entendemos que lo que la ley busca es que exista una razón por la cual el arrendador desee inspeccionar el bien y no se haga dicha inspección por un mero capricho, o incluso abusando del derecho de inspeccionar el bien arrendado.

No obstante ello, debemos admitir que la expresión «por causa justificada» resulta por demás ambigua, ya que se presta a una interpretación subjetiva, de acuerdo con los intereses o pretensiones del arrendador y del arrendatario.

Dentro de tal orden de ideas asumimos que esta situación deberá apreciarse con el mayor criterio de ponderación, conducente a hacer valer los derechos del arrendador en resguardo de la integridad del bien arrendado. Sin embargo, también deberá asumirse dicho ejercicio del derecho con el mayor respeto por el contrato, es decir, por los intereses del arrendatario de utilizar tranquila y pacíficamente el bien arrendado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El abuso del ejercicio de la facultad establecida por el artículo 1681 (inciso 5) podría otorgar al arrendatario la plena facultad para negarse a que el arrendador proceda a efectuar dicha inspección, e incluso a resolver el contrato, independientemente de la indemnización que por daños y perjuicios le pudiera corresponder.

13.8. Obligación de efectuar reparaciones

Conforme a lo establecido por el inciso 6 del artículo 1681 del Código Civil, el arrendatario está obligado a efectuar las reparaciones que le correspondan, conforme a la ley o al contrato.

El tema de las reparaciones resulta un tanto ambiguo en la medida en que no es absolutamente claro qué reparaciones corresponde por ley ser efectuadas por el arrendador (vale decir, que el arrendador cargue con el costo de las mismas) y qué reparaciones corresponde ser efectuadas por el arrendatario (vale decir, que el arrendatario corra con el costo de las mismas).

Nosotros hemos iniciado el tratamiento del tema y adelantado opinión con ocasión del análisis de los artículos 1673 y 1674 del Código Civil, estableciendo, en síntesis, que el arrendador estará obligado a realizar las reparaciones de importancia que preserven el principio de identidad en el cumplimiento de su obligación, esto es, mantener el bien, durante el curso de la relación contractual, en las mismas condiciones que tenía cuando se contrató.

Pero esto no significa que el arrendador tenga la obligación de sufragar todas las reparaciones que se tengan que realizar en el bien, en la medida en que todas aquellas de menor importancia, y que a la vez puedan ser consideradas como gastos de conservación, deberán ser efectuadas por cuenta y cargo del arrendatario.

Sobre este particular volveremos con ocasión del análisis del artículo 1682 del Código Civil.

Sin embargo, cabe señalar que sería conveniente que en todo contrato de arrendamiento se estableciese, de la manera más clara posible, cuáles son las reparaciones que corresponde ser sufragadas por el arrendador y cuáles corresponde ser sufragadas por el arrendatario. De esta manera, si bien se corre el riesgo de caer en el reglamentarismo, dichas precisiones permitirán que la relación contractual se desenvuelva de manera más fluida, dado que se evitarán discrepancias sobre temas que, no obstante ser menores, podrían llegar a tener una considerable importancia patrimonial.

13.9. Obligación de no hacer uso imprudente del bien

De acuerdo con lo establecido por la primera parte del inciso 7 del artículo 1681 del Código Civil, el arrendatario está obligado a no hacer uso imprudente del bien.

Entendemos como tal el realizar en el bien determinadas actividades que pudieran ocasionar su deterioro o destrucción.

ALFREDO MARIO OSTOLAZA REYNE

Decimos esto por cuanto la imprudencia no debe ser apreciada en sí misma, sino de acuerdo con los intereses patrimoniales del arrendador. Así, si el arrendatario realizara en el bien actividades imprudentes que pudieran ocasionar daño a su persona, pero no al bien, ello no tendría relevancia para el arrendador.

Sin embargo, en caso el bien hubiese sido arrendado para casa-habitación y el arrendatario, aficionado a la química, se dedicara a hacer peligrosos experimentos con productos altamente combustibles, no sólo pondría en riesgo su integridad personal, sino —y esto es lo que importa a efectos de la norma—, fundamentalmente, la integridad física del inmueble, el cual podría verse afectado por algún incendio, explosión u otro daño similar.

13.10. Obligación de no hacer uso del bien que sea contrario al orden público

Esta obligación también es impuesta al arrendatario por el artículo 1681 (inciso 7).

Con prescindencia de los múltiples conceptos que en doctrina existen acerca del orden público, para nosotros queda claro que el orden público necesariamente tiene que encontrarse objetivado en normas jurídicas de carácter imperativo o prohibitivo, las cuales recojan determinados principios que la sociedad considere necesario impedir legalmente.

Con ello queremos expresar que no podría existir un principio de orden público que no se encuentre traducido en una norma legal.

Entonces, el alcance de esta obligación del arrendatario implica que dicho contratante no podrá transgredir el ordenamiento jurídico en su conjunto con la utilización que haga del bien arrendado.

13.11. Obligación de no hacer con el bien un uso contrario a las buenas costumbres

El artículo 1681, inciso 7, *in fine*, establece la obligación del arrendatario de no hacer con el bien un uso contrario a las buenas costumbres.

Como sabemos, el concepto de buenas costumbres varía con el transcurso del tiempo y con el medio geográfico, de modo tal que algo que puede ser considerado como conforme a las buenas costumbres en un determinado lugar podría no serlo en otro.

En tal sentido, las buenas costumbres deben ser apreciadas con un criterio objetivo, tomando en consideración los valores preeminentes en un determinado medio social y en un tiempo específico.

Ahora bien, las buenas o las malas costumbres, mientras no ingresen dentro del campo de lo ilícito, sólo interesarán en la medida en que ellas puedan ser de conocimiento por parte de terceros. De esta manera, las «buenas o malas costumbres» que tenga cada persona en su fuero íntimo no pueden afectar en lo absoluto

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

las consecuencias de sus relaciones contractuales con terceros, especialmente en lo que respecta al contrato que nos ocupa: el arrendamiento.

Así, por ejemplo, si un arrendatario que hubiese alquilado un inmueble para casa-habitación realizara dentro del mismo actos de naturaleza sadomasoquista, sin que éstos resultasen exhibicionistas con respecto a los vecinos (es decir, que los realizara en la absoluta intimidad), por más que el propietario o arrendador se enterase de una situación de esta naturaleza, no podría resolver el contrato por incumplimiento, ya que su inquilino (por más pervertido que sea en el ámbito personal), no habría infringido ninguna norma de conducta social ni legal.

13.12. Obligación de no introducir cambios ni modificaciones en el bien

El inciso 8 del artículo 1681 del Código Civil establece que el arrendatario está obligado a no introducir cambios ni modificaciones en el bien sin asentimiento del arrendador.[1470]

Ante todo, debemos expresar que no vamos a hacer referencia al tema de las reparaciones, pues el mismo ya es abordado por otras normas del Código, comentadas oportunamente.

Tampoco lo haremos con respecto a los gastos de conservación ni a las mejoras necesarias, pues de estos temas nos ocuparemos cuando analicemos el contenido de las obligaciones del arrendatario impuestas por el artículo 1682 del Código Civil.

Fundamentalmente, de lo que trata el inciso bajo comentario es de prohibir al arrendatario que efectúe modificaciones que alteren la estructura, distribución o disposición del bien, además de cualquier otra modificación que pudiese ser considerada como mejora útil o de recreo. Asimismo, dichas modificaciones necesariamente deberán ser efectuadas contando con la autorización expresa del arrendador. Ello, por dos razones.

La primera consiste en que como el arrendatario debe devolver el bien al arrendador a la finalización del plazo del arrendamiento, dicha devolución deberá efectuarse conforme al principio de identidad. Esto equivale a decir que el bien deberá ser devuelto en el mismo estado y con las mismas características en que fue recibido por el arrendatario, sin más deterioro que el de su uso ordinario (argumento de los artículos 1134 y 1681, inciso 10, del Código Civil peruano).

1470 Al respecto, la Casación n.° 1516-96-Lima, de 3 de diciembre de 1997, emitida por la Sala Civil, en una interpretación *contrario sensu* del artículo 1681, inciso 8, señala lo siguiente: «(...) debe entenderse que las mejoras, cualquiera sea su modalidad, pueden realizarse siempre y cuando cuenten con la autorización del arrendador, por consiguiente, el derecho de reembolso de mejoras del arrendatario o subarrendatario estará supeditado a la previa autorización del arrendador, en estricto cumplimiento de las obligaciones que asume en virtud del contrato de arrendamiento (...)». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1228.

EDUARDO MANUEL CASTILLO FREYRE

Y la segunda se debe a que el arrendatario no podría obligar de manera alguna al arrendador a que le restituya el valor de las mejoras útiles que hayan sido introducidas en el bien sin su asentimiento, en la medida en que, si esto fuese permitido por la ley, el arrendatario podría utilizar dicho argumento con el propósito de seguir habitando el bien —teniendo en cuenta que, en el caso de mejoras, existe el derecho de retención por parte del poseedor con respecto al propietario (argumento del artículo 918 del Código Civil)—.

En tal sentido, si la ley tolerara que el arrendatario efectuase las mejoras útiles que considerara convenientes sin autorización del arrendador, y si además tuviese derecho a reembolso, entonces dicho arrendatario podría evitar la desocupación del bien si el arrendador no tuviera el dinero necesario para reembolsar el valor de dichas mejoras.

Finalmente, es claro que con respecto a las mejoras de recreo no habría mayor problema, pues éstas no podrían ser efectuadas si representasen cambios o modificaciones en el bien. Y si no representasen cambios ni modificaciones en el bien, ello significaría que el arrendatario tendría la posibilidad de retirarlas al momento de la desocupación del bien, con lo cual no se presentaría ningún problema al respecto.

13.13. Obligación de no subarrendar el bien sin asentimiento escrito del arrendador

Esta obligación es impuesta al arrendatario por el inciso 9 del artículo 1681 del Código Civil.

Sin embargo, no nos ocuparemos de ella en este punto, sino cuando analicemos el subarrendamiento.

13.14. Obligación de no ceder la posición contractual del arrendatario sin el asentimiento escrito del arrendador

Esta obligación también es impuesta por el artículo 1681 (inciso 9) del Código Civil, y de ella trataremos al abordar la denominada «cesión del arrendamiento».

13.15. Obligación de devolver el bien al arrendador al vencerse el plazo del contrato

Conforme a lo establecido por el artículo 1681 del Código Civil, al vencerse el plazo del contrato, el arrendatario está obligado a devolver el bien al arrendador en el estado en que lo recibió, sin más deterioro que el de su uso ordinario.

Sobre este particular resulta evidente que la norma citada no hace sino reiterar el principio de identidad aplicado a las obligaciones del arrendatario.[1471]

1471 Al respecto, la Casación n.° 2232-97-Lima, de 23 de julio de 1999, emitida por la Sala Civil, ha precisado que la entrega del inmueble mediante la consignación de las llaves, «(...) determina la

En tal sentido no vamos a profundizar el desarrollo de este principio, por cuanto su estudio ya ha sido materia de tratamiento.

Simplemente diremos que el deber de devolver el bien en el estado en que se recibió no sólo resulta aplicable para cuando haya que devolverlo por vencimiento del plazo del contrato, pues, como sabemos, el contrato de arrendamiento podría terminar por alguna otra causal distinta al vencimiento del plazo pactado (como podría ser el caso de la resolución por incumplimiento de alguna de las obligaciones del arrendatario o algún otro supuesto distinto).[1472] En éstos y en todos los otros casos en que concluya la relación contractual (independientemente de si venció o no el plazo pactado), queda claro que el arrendatario deberá devolver el bien al arrendador en similar condición o estado en que lo recibió.

Finalmente, debemos reparar en la salvedad establecida en la parte final de la norma, cuando expresa que dicha devolución deberá efectuarse sin más deterioro que el de su uso ordinario.

A este respecto debe tenerse en consideración lo expuesto anteriormente por nosotros con respeto a los deberes de cuidado que debe tener el arrendatario.

Pero, además, debemos reflexionar en torno a que dicho uso ordinario debe tener relación con el destino al que se ha dedicado el bien, conforme al contrato de arrendamiento. Así, resulta evidente que será distinto el desgaste ordinario de un bien dedicado a casa-habitación, del de uno dedicado a las oficinas administrativas de una empresa o al de un almacén de maquinaria pesada y de equipo industrial.

Antes de concluir este punto, estimamos ilustrativo citar las expresiones de Bigio Chrem,[1473] quien sostiene que el arrendatario está obligado a restituir al arrendador una cosa cierta, no puede devolverle otra, bajo el pretexto de que tiene mayor valor, de acuerdo al principio general contenido en el artículo 1132 del Código Civil.

Agrega Bigio que es tan gravitante este deber de restitución del bien arrendado, que ha llevado a autores como Luis María Rezzónico a sostener que esta obligación es tanto o más importante que la obligación de pagar la renta, pero precisa que el legislador peruano se aparta de opinión tan respetable, ya que considera

entrega del inmueble con la salida del arrendatario y sus efectos personales pues es ilógico que se haga la entrega de seis llaves del inmueble y control remoto si aún lo estuviere ocupando con sus utensilios y bienes propios, por lo que debe colegirse que sólo quedaron los muebles con los que fue arrendado el departamento (...)». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1228.

1472 La decisión emitida en el Expediente n.° 470-99, de 22 de diciembre de 1999, por la Corte Superior de Lima, precisa que debe entenderse ocupado el bien por el arrendatario, aun cuando se encuentre totalmente vacío, si es que puede acceder a él en cualquier momento; en consecuencia, «mientras el arrendatario no formalice la devolución al arrendador, se considera que continúa ocupando el bien arrendado». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1230.

1473 Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, pp. 93-96.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que cuando el arrendador decide arrendar el bien tiene en mira principalmente la percepción de una renta y asume que el bien le será restituido en la fecha pactada.

En lo que respecta a las cosas muebles, según indica el citado profesor, éstas deben ser restituidas, salvo pacto distinto, en el lugar en que fueron entregadas, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1675 del Código Civil. Si se trata de cosa inmueble, el artículo 1711 del Código Civil establece que el arrendatario debe solicitar autorización del propietario o de la autoridad respectiva antes de proceder a desocuparlo.

Recuerda Bigio que la obligación de conservar el bien afecta tanto a la entrega como a su restitución, por aplicación del principio general contenido en el artículo 1134 del Código Civil; es así que el arrendatario está obligado a conservarlo en buen estado hasta su devolución al arrendador.

En otro orden de ideas, Bigio considera razonable suponer que si el arrendatario ha cuidado diligentemente el bien arrendado, sólo tendrá como deterioro el proveniente de su uso normal. Por consiguiente, todo daño que no provenga del desgaste natural del bien debe ser indemnizado por el arrendatario, a menos que éste, conforme al artículo 1683 del Código Civil, pueda probar que el deterioro del bien se debe a causas que no le son imputables.

Puntualiza el citado profesor que en cuanto al estado que debe presentar el bien al momento de su restitución es menester tener en consideración en qué condiciones de conservación fue recibido. Siguiendo la doctrina del profesor Raymundo M. Salvat, deberá recurrirse al acta o inventario que se hubieren llevado a efecto al momento de la entrega del bien al arrendatario.

De lo contrario, a falta de descripción del bien, Bigio considera que se aplica la presunción contenida en el artículo 1679 del Código Civil. En todo caso, el bien no deberá presentar mayores deterioros que los que de suyo conlleva su uso normal.

Finalmente, Bigio advierte que si bien el texto alude a la obligación del arrendatario de devolver el bien al vencimiento del plazo, debe entenderse que éste también está obligado a ello en todo supuesto en que el contrato de arrendamiento sea resuelto (judicial o extrajudicialmente), sea rescindido o sea declarada su nulidad.

13.16. Obligación de dar aviso sobre reparaciones requeridas

El artículo 1682 del Código Civil establece lo siguiente:

> Artículo 1682.- «El arrendatario está obligado a dar aviso inmediato al arrendador de las reparaciones que haya que efectuar, bajo responsabilidad por los daños y perjuicios resultantes.
>
> Si se trata de reparaciones urgentes, el arrendatario debe realizarlas directamente, con derecho a reembolso, siempre que avise al mismo tiempo al arrendador.
>
> En los demás casos, los gastos de conservación y de mantenimiento ordinario son de cargo del arrendatario, salvo pacto distinto».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En primer término, debemos expresar que esta norma tiene varios objetivos.

El primero de ellos es el de establecer la obligación que tiene el arrendatario de advertir al arrendador para que este efectúe las reparaciones que, dada su magnitud y naturaleza, correspondan ser efectuadas por el arrendador, vale decir, aquellas reparaciones cuyo costo corresponda ser asumido por este último.

Se puede decir que los dos primeros párrafos del citado numeral se refieren a las reparaciones a las cuales estamos haciendo referencia. Los dos primeros párrafos del artículo 1682 están destinados a regular las reparaciones de envergadura o de considerable magnitud.

La única distinción que existe entre lo dispuesto por el primer párrafo y segundo de la norma es que el primero trata acerca de reparaciones necesarias, pero que no resultan absolutamente urgentes, entendida esta absoluta urgencia como la necesidad de efectuarlas apenas se tome conocimiento de las mismas, a riesgo de que su omisión ocasione daños graves inminentes e irreparables al bien.

Si se trata de reparaciones que no resultan absolutamente urgentes, habrá tiempo para que el arrendatario pueda comunicar al arrendador la necesidad de efectuarlas.

En cambio, si no hubiese tiempo para ello, el arrendatario deberá realizarlas directamente, teniendo derecho al reembolso de su valor, siempre que avise al mismo tiempo al arrendador.

El segundo párrafo contempla situaciones absolutamente urgentes, no debiendo ser entendido como regla, sino como excepción en la medida que lo normal debe ser que el arrendador tome las disposiciones que considere convenientes para reparar el bien arrendado, efectuando dichas reparaciones de la manera que estime pertinente y empleando, a tal efecto, los bienes y servicios que su criterio le aconseje emplear.

El tercer párrafo de la norma, en cambio, alude a un supuesto distinto.

Dicho extremo del artículo 1682 trata acerca de todos los demás casos en que deba efectuarse reparaciones que no sean de envergadura, ni tampoco susceptibles de reembolso por parte del arrendador al arrendatario, vale decir, todas las reparaciones menudas y todos los gastos de conservación y de mantenimiento ordinario, los cuales deben ser sufragados por el arrendatario, salvo pacto distinto.

Esta norma relativa a los gastos de conservación y mantenimiento ordinario (como es el caso de aquellos relativos a la limpieza, desinfección, mantenimiento de jardines, gasfitería menuda, etc.) resulta una precisión absolutamente necesaria para el caso del contrato de arrendamiento, ya que el precepto general relativo a

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

los gastos de conservación (esto es, el artículo 1141 del Código Civil) no soluciona el problema para el contrato que nos ocupa.[1474]

En páginas anteriores hicimos referencia a que la conservación del bien consistía en mantener el mismo, hasta el momento de su entrega, en similares condiciones, características y estado que presentaba al momento del surgimiento de la obligación. Así, los gastos de conservación son aquellos en que se incurre en razón de dicho fin.

El artículo 1141 prescribe que dichos gastos son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega.

Sin lugar a dudas, el artículo 1141 debe ser concordado con el numeral 1134, el cual impone al deudor la obligación de conservar el bien hasta su entrega.

Los gastos de conservación deben ser asumidos, en una primera instancia, de manera absolutamente necesaria por el deudor, ya que es éste quien se encuentra en posesión del bien y quien mejor conoce lo necesario para mantener dicho bien en un estado de conservación similar al que tenía cuando surgió la obligación de entregarlo al acreedor, sea tal deudor propietario del bien o no. Sin embargo, la figura del deudor podrá coincidir o no con la del propietario del bien.

Para ilustrar lo señalado vamos a citar dos ejemplos:

a) Un deudor se ha obligado a entregar (por compraventa), a su acreedor, un automóvil (de su propiedad) en un plazo de tres meses. Aquí, el deudor será propietario del bien hasta que se efectúe su entrega, ya que la propiedad mueble se transfiere con el traspaso del bien al acreedor. Entonces, respecto de los gastos de conservación, éstos deberán ser efectuados por el deudor (artículo 1134) y asumidos también por este mismo en su condición de propietario (artículo 1141).

b) Un deudor se ha obligado a entregar (por compraventa), a su acreedor una casa (de su propiedad) en un plazo de tres meses. Aquí, el deudor no será propietario del bien, sino que lo será el acreedor, ya que la propiedad inmueble se transfiere con la sola obligación de enajenar. Entonces, respecto de los gastos de conservación tendremos que éstos deberán ser efectuados por el deudor (artículo 1134) y asumidos por el acreedor en su condición de propietario (artículo 1141).

En este caso, como el propietario no está en posesión del bien (no es el deudor del mismo), será de aplicación lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1141. Éste señala que si quien incurre en los gastos de conservación no es

1474 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*, primera parte, tomo II, pp. 79-85.

la persona a quien correspondía efectuarlos, el propietario debe reintegrarle lo gastado más sus intereses.

Ahora queremos ocuparnos de un tema que tiene relación con el de los gastos de conservación: el de las mejoras.

Las mejoras están reguladas en los artículos 916 a 919 del Código Civil (en el libro de Derechos Reales). No se incluye una definición de las mismas, pero se deduce que son gastos que debe reembolsar al poseedor no propietario el propietario no poseedor. No está de más precisar que el tema de las mejoras alcanzará relevancia, para efecto de nuestro análisis, exclusivamente después de contraída la obligación de dar.

De acuerdo con esto, para que alguna mejora constituya un gasto de conservación del bien, deberá, como primer requisito, servir a la finalidad de la conservación del mismo, vale decir, servir estrictamente para que el bien se mantenga hasta su entrega en similar estado que el que tenía al momento del surgimiento de la obligación de dar. Cualquier mejora que no conduzca a dicho fin no tendrá el carácter de gasto de conservación. En segundo lugar, para que una mejora constituya un gasto de conservación, deberá haber sido hecha por el poseedor no propietario, lo cual, en casos usuales (salvo pacto en contrario), se limitará exclusivamente al ámbito de los bienes inmuebles, pues en estos casos ya se habrá transferido la propiedad del bien al acreedor, quien deberá reembolsar su valor al deudor no propietario.

Para resolver la pregunta de qué mejoras podrían ser consideradas como gastos de conservación del bien, resulta necesario analizar cuál es la concepción que el Código Civil tiene respecto de las mejoras.

Ese cuerpo legislativo considera, en su artículo 916, que las mejoras son necesarias cuando tienen por objeto impedir la destrucción o el deterioro del bien, razón por la cual, a nuestro entender, toda mejora necesaria deberá considerarse como un gasto de conservación.

El citado artículo agrega que son mejoras útiles las que, sin pertenecer a la categoría de «necesarias», aumentan el valor y la renta del bien. En tal sentido, consideramos que sería muy difícil que una mejora útil presente la categoría de gasto de conservación. A nuestro entender, podría serlo cuando no revista mayor valor y esté directamente relacionada con el mantenimiento del bien. Por ejemplo, cambiar una tubería de desagüe de una casa, que es muy antigua y se sabe que está deteriorada, pero que no representa un peligro inminente de destrucción del bien.

Sin embargo, admitimos que esta apreciación sería muy discutible, ya que, en estricto, no se está conservando la casa, sino mejorándola.

Pero el hecho de que una mejora útil no sea considerada como gasto de conservación no querrá decir que, por tal circunstancia, deje de ser abonada por el propietario del bien si es que es efectuada por el poseedor no propietario que deba restituir el bien (artículo 917 del Código Civil).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Para las mejoras de recreo es de aplicación lo dispuesto por el mismo artículo 917, el cual establece el derecho del poseedor a retirar las que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar su valor actual.

Es indudable que las mejoras de recreo —vale decir, aquéllas que, sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad— no podrán ser consideradas como gastos de conservación del bien.

Antes de concluir nuestras referencias al artículo 1141 del Código Civil, debemos manifestar que sus conceptos son principios asumidos por la generalidad de la doctrina, en el sentido de que los gastos de conservación son de cargo del propietario, desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega, y que si quien incurre en ellos no es la persona a la que correspondía efectuarlos, el propietario debe reintegrarle lo gastado más sus intereses. No obstante, existen algunos temas derivados de este principio sobre los cuales cabría reflexionar.

Consideramos que el artículo bajo comentario ha sido pensado en función de una obligación de dar en la cual el deudor es el propietario del bien; y además de ello, dicho deudor se ha obligado a entregar el bien en propiedad.

Pero ocurre que éste sólo será uno de los supuestos susceptibles de presentarse respecto a las obligaciones de dar. En tal sentido, si bien puede constituir el caso más frecuente, no por ello deja de ser un supuesto más. Así, consideramos conveniente analizar algunas otras hipótesis respecto a las cuales, sin lugar a dudas, no se pensó al elaborar el referido numeral.

a) Si el deudor de la obligación de dar un bien no es propietario del mismo, y el acreedor de dicha obligación tampoco tiene tal situación jurídica, es evidente que el propietario del bien no tendrá que sufragar gasto de conservación alguno.

b) Es el caso del contrato de subarrendamiento, en el cual ni el subarrendador (arrendatario en el contrato principal) ni el subarrendatario son propietarios del bien. En este caso, en la obligación de entrega del bien a este último, será evidente que el propietario del bien (el mismo que no es parte en el contrato de subarrendamiento celebrado) no deberá sufragar gasto de conservación alguno, a pesar de lo que establece el artículo 1141 del Código Civil.

c) Si se trata de una obligación de dar que implique la restitución del bien al acreedor (el mismo que puede o no ser propietario del bien).

En este caso, en las obligaciones de restituir un bien, los gastos de conservación del mismo no deberán ser sufragados por el propietario del bien; vale decir, por el acreedor. Concretamente, para ilustrar el caso, apelamos a un contrato de arrendamiento celebrado entre el propietario (arrendador) y el inquilino.

LEÓN MARIO CASTILLO FREYRE

Nos estamos refiriendo a la obligación del inquilino de restituir el bien al momento de la terminación del plazo establecido en el contrato. Es evidente que el arrendatario, durante toda la vigencia del plazo en que haga uso del bien, está en la obligación de conservarlo y de sufragar los gastos que conlleve dicha conservación. Aún más evidente es que el propietario no deberá asumir los gastos menudos de conservación del bien durante todo el tiempo en que esté vigente el contrato de arrendamiento, lapso durante el cual, quien debe efectuar y cargar con el costo de dicha conservación es, sin lugar a dudas, el inquilino.

13.17. Obligación de responder por la pérdida o deterioro del bien

El artículo 1683 del Código Civil peruano establece lo siguiente:

> Artículo 1683.- «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.
>
> 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».

En primer término, debemos señalar que, en virtud de lo establecido por el artículo 1329 del Código Civil:

> Artículo 1329.- «Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».

En tal sentido, dentro del régimen general, esta presunción *iuris tantum*, evidentemente perjudica al deudor, ya que el Derecho ha entendido necesario establecer una presunción que recoja la que constituye causa mayoritaria del incumplimiento de las obligaciones.

Decimos esto, pues, en la inmensa mayoría de veces en que una obligación es incumplida, dicho incumplimiento obedece a causa imputable al deudor. De ahí la presunción legal.

Sin embargo, es claro que la ley ha establecido una presunción que permite al acreedor agravar la responsabilidad del deudor, pudiendo demostrar que dicho incumplimiento obedeció a culpa inexcusable o dolo del deudor. En tal caso, este último se vería obligado a responder por los daños y perjuicios previsibles, y por los daños y perjuicios imprevisibles (argumento de los artículos 1321 y 1330 del Código Civil).

No obstante, el deudor también podría liberarse de dicha responsabilidad si probase que el incumplimiento hubiera obedecido a caso fortuito, fuerza mayor, o que hubiera incumplido a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias (argumento de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil peruano).

FERNANDO MARIO CASTILLO FREYRE

En sede de arrendamiento, el Código Civil ha procedido en igual sentido al establecer 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.

Resulta evidente que, con esta disposición, lo que establece el Código Civil es una presunción *iuris tantum*, en el sentido de que el incumplimiento obedece a culpa del deudor.

Ahora bien, aunque no se establece el grado de la culpa, se entiende que se trata de culpa leve, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1329 del propio Código.

El primer párrafo del artículo 1683 se encarga de establecer, en su parte final, que el arrendatario podría liberarse de esta responsabilidad si probara que la pérdida o deterioro del bien ocurrieron por causa no imputable a él, con lo cual, evidentemente, podría exonerarse si demostrara que tal pérdida o deterioro se produjo por caso fortuito, fuerza mayor o a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

En este sentido, el régimen probatorio de la inejecución de las obligaciones del arrendatario concuerda plenamente con lo prescrito por las disposiciones generales de inejecución de obligaciones.

El segundo párrafo del artículo 1683 establece que el arrendatario también es responsable por la pérdida y el deterioro ocasionados por causas imputables a las personas que ha admitido, aunque sea temporalmente, al uso del bien.

En este extremo, el artículo 1683 extiende la responsabilidad del arrendatario a aquellos daños y perjuicios que hubiesen ocasionado al bien arrendado las personas que él hubiese admitido al mismo, siempre y cuando dichos daños y perjuicios hayan sido causados por culpa de dichas personas.

Resulta claro que si una visita del arrendatario, por ejemplo, ocasiona un daño o deterioro al inmueble arrendado, el arrendatario deberá responder frente al arrendador por dicho daño o deterioro.

Sin embargo, poco importará si el acto de dicho tercero fue ocasionado con culpa o dolo, en la medida en que recae sobre el arrendatario un deber de conservación del bien y una doble responsabilidad: la denominada culpa *in vigilando*, que lo obliga a custodiar adecuadamente las instalaciones externas e internas del bien arrendado con relación a los actos de terceros; y una culpa *in eligendo*, que lo obliga a calificar a las personas a quienes permita que hagan uso eventual (como terceros visitantes) del bien arrendado.

En tal sentido, consideramos una demasía o tal vez un exceso de celo el que el artículo 1683, en su segundo párrafo, haya establecido que el arrendatario responde por causas imputables a dichos terceros.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No dudamos de que el arrendatario será responsable frente al arrendador si dichos terceros actúan culposa o dolosamente, pero también lo será si dichos terceros ocasionan daños o deterioros al inmueble, a pesar de haber actuado diligentemente.

13.18. Obligación general de indemnización en caso de incendio

El artículo 1684 del Código Civil establece lo siguiente:

> Artículo 1684.- «Si el bien destruido o deteriorado por incendio había sido asegurado por el arrendador o por cuenta de éste, 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.
>
> 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 éste es indemnizado por el asegurador.
>
> Quedan a salvo, en todo caso, las normas concernientes al derecho de subrogación del asegurador».

Es claro que muchas podrían ser las causas o los siniestros que afecten un bien arrendado.

Sin embargo, el artículo 1684 establece un régimen especial para el caso en que el bien se hubiera destruido o deteriorado por un incendio. Ello, tal vez, porque el incendio es una causa frecuente de este tipo de daños, y también por la posibilidad —mayor que en otros casos— de que el bien haya estado asegurado contra este tipo de siniestro.

Evidentemente, si el siniestro se produce por caso fortuito, fuerza mayor o a pesar de que el arrendatario emplea la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias, el arrendador sufrirá las consecuencias de la pérdida o deterioro del bien, sin derecho a reembolso de daños y perjuicios por parte del arrendatario.

Sin embargo, si el incendio que ocasionara tales daños o deterioros se hubiese originado por culpa del arrendatario, éste deberá indemnizar al arrendador por tales daños y perjuicios, dentro de los alcances y restricciones del artículo 1321 del Código Civil.

Ahora bien, si el arrendador hubiese contratado, con una compañía de seguros, una póliza contra incendio a favor del bien o si tal póliza hubiese sido contratada por el arrendatario, pero por cuenta del arrendador (sin importar si el pago de dicha póliza se efectuó con dinero del arrendador o del arrendatario), la responsabilidad por los daños y perjuicios causados que tiene el arrendatario frente al arrendador se limitará a la diferencia existente entre la indemnización que por concepto del siniestro abone la compañía de seguros y el monto total de los daños y perjuicios producidos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este precepto resulta de absoluta justicia, en la medida en que el Derecho no acepta que una misma persona sea indemnizada dos veces por el mismo daño producido.

En este caso, el seguro salvará en parte o totalmente al arrendatario.

Contemplamos la eventualidad de una liberación total del arrendatario en la medida que la diferencia entre la cantidad pagada por la compañía de seguros y el monto por los daños y perjuicios sea cero.

Una segunda eventualidad prevista por el artículo 1684 es aquélla en la que el bien haya sido valorizado (se entiende entre arrendador y arrendatario para el contrato de arrendamiento respectivo) y el seguro se hubiese fijado en una cantidad igual al valor de la tasación, caso en el cual no habría responsabilidad del arrendatario frente al arrendador si este último fuese indemnizado (se entiende por el íntegro del valor) por la compañía de seguros.

El artículo 1684 del Código Civil concluye estableciendo que quedan a salvo, en todo caso, las normas concernientes al derecho de subrogación del asegurador.

Este último extremo alude a que la compañía de seguros, si bien pagará al arrendador la indemnización correspondiente, tendrá todo el derecho para reclamar, judicial o extrajudicialmente, dicho monto al arrendatario en caso el siniestro se hubiese producido por culpa de este último.

13.19. Obligación especial de indemnización proporcional en caso de incendio

En virtud de lo establecido por el artículo 1685 del Código Civil peruano:

> Artículo 1685.- «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».

Esta norma regula un supuesto especial en la medida que plantea la hipótesis en la que el bien siniestrado haya estado ocupado por más de un arrendatario.

Aquí cabe efectuar una distinción.

Si fuese posible determinar dónde comenzó el siniestro (el incendio), el arrendatario culpable deberá responder por el íntegro de los daños y perjuicios causados no sólo al arrendador (por la pérdida o deterioro del bien), sino también a los demás arrendatarios.

Ahora bien, si resultase imposible determinar que el siniestro comenzó en la habitación o parte del inmueble arrendado a uno de los arrendatarios, todos los arrendatarios serán responsables divisible y mancomunadamente con respecto al arrendador por los daños y perjuicios causados al bien.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Se trata de una responsabilidad de carácter divisible, en la medida que la ley señala que será en proporción al valor de la parte que ocupan (responsabilidad concordante con lo dispuesto por los artículos 1172 y 1173 del Código Civil), además de tratarse del pago de una suma de dinero, supuesto divisible por excelencia.

De igual manera, se trata de una responsabilidad mancomunada, en la medida en que el artículo 1685 no impone solidaridad y, como sabemos, según lo dispuesto por el artículo 1183 del Código Civil:

> Artículo 1183.- «La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa».

Antes de concluir con estos comentarios, debemos resaltar lo dispuesto por el artículo 1686 del Código Civil:

> Artículo 1686.- «Si el arrendador ocupa alguna parte del predio, será considerado como arrendatario, respecto a la responsabilidad a que se refiere el artículo 1685».

Esta norma tiene una doble lectura.

La primera de ellas es muy clara, en el sentido de que la responsabilidad divisible y mancomunada de los arrendatarios tendrá como límite los daños y perjuicios proporcionales al valor de las partes del bien ocupadas por ellos, detrayendo, obviamente, aquella parte que ocupaba el arrendador. Esto significa que el arrendador no será indemnizado por la parte proporcional de la indemnización, correspondiente al valor de aquella sección del bien que él ocupaba (ya que nadie puede indemnizarse a sí mismo).

Sin embargo, la segunda lectura de la norma se relaciona con la posibilidad de que el arrendador, al ser uno de los culpables del siniestro, también tendría deberes de indemnización para con los demás arrendatarios; pero como estos deberes serían de carácter recíproco se produciría la denominada concurrencia de culpas, prevista en el artículo 1326 del Código Civil. Por tal razón, incluso podría darse el supuesto en el que nadie deba nada a nadie.

13.20. Obligaciones adicionales

De conformidad con lo establecido por el inciso 11 del artículo 1681 del Código Civil peruano, el arrendatario se encuentra obligado a cumplir las demás obligaciones que establezcan la ley o el contrato.

Esta disposición, en realidad, simplemente reconoce lo que ocurre en la práctica, en la medida en que, en los contratos de arrendamiento, los arrendadores se cuidan de ser sumamente escrupulosos en el detalle de las obligaciones que debe cumplir el arrendatario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No sólo resulta común apreciar la reiteración de una serie de principios establecidos por la propia ley, sino además el convenio sobre una serie de estipulaciones en resguardo de la integridad física del bien arrendado y del cumplimiento del pago de la renta.

En tal sentido son comunes las estipulaciones en torno a la inclusión de anexos en donde se detallan las características en las cuales se produce la entrega del bien y de sus diversos ambientes. Cláusulas penales moratorias en las que se establecen sanciones diarias por la no desocupación oportuna del inmueble; cláusulas sobre intereses moratorios; establecimiento de garantías dinerarias (prenda de dinero), así como fianzas de naturaleza solidaria otorgadas por terceros (fundamentalmente empresas) para el cumplimiento de las obligaciones del arrendatario; y otras más.

En realidad, ambas partes tienen la más absoluta libertad en torno al establecimiento de obligaciones adicionales del arrendatario, siempre y cuando no atenten contra norma legal de carácter imperativo, la moral o las buenas costumbres.

14. Duración del arrendamiento

14.1. Posibilidades

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1687 del Código Civil:

> Artículo 1687.- «El arrendamiento puede ser de duración determinada o indeterminada».

El tema de la duración del arrendamiento está planteado, evidentemente, por el plazo que las partes convengan para la posesión y uso del bien por parte del arrendatario, durante el cual este último contratante deberá pagar al arrendador la renta convenida en los periodos pactados.

Como establece el citado artículo 1687, existen dos tipos de plazo para el arrendamiento: el indeterminado y el determinado.

14.1.1. Arrendamiento de plazo indeterminado

El arrendamiento de plazo indeterminado es aquel en el cual las partes han establecido el término inicial del contrato, pero han omitido pronunciarse, ya sea deliberada o conscientemente, respecto al término final del mismo.

En otras palabras: se sabe cuándo comenzará el arrendamiento, pero no cuándo concluirá.

Necesariamente debemos hacer referencia a que los contratos a plazo indeterminado no son contratos eternos. Lo único claro es que no se ha establecido, al momento de su celebración, el término final. Pero ello no equivale a decir que nunca se les podrá poner fin de manera unilateral.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En tal sentido, el Código Civil prescribe en el artículo 1703, norma que será materia de estudio posterior, lo siguiente:

> Artículo 1703.- «Se pone fin a un arrendamiento de duración indeterminada, dando aviso judicial o extrajudicial al otro contratante».

Es claro, además, que este aviso puede ser cursado por el arrendatario o por el arrendador, vale decir, por cualquiera de las partes que desee poner fin a la relación contractual.

No debe descartarse tampoco que sean ambos contratantes quienes deseen poner fin a la relación contractual, para cuyo efecto recurrirían a la figura de la resolución bilateral o por mutuo disenso (argumento del artículo 1313 del Código Civil).

Resulta necesario señalar que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1690 del Código Civil:

> Artículo 1690.- «El arrendamiento de duración indeterminada se reputa por meses u otro periodo, según se pague la renta».

Este precepto resulta innecesario en la medida que el artículo 1681 establece, en su inciso 2, que el arrendatario está obligado a pagar puntualmente la renta en el plazo y lugar convenidos; y a falta de convenio, cada mes en su domicilio.

Esto significa que ya existe una presunción en torno a la duración de los periodos, tema sobre el cual nos hemos pronunciado en su oportunidad.

Además, la citada norma no precisa si el arrendamiento se pacta como de duración determinada o de duración indeterminada, razón por la cual es aplicable a ambos supuestos.

14.1.2. Arrendamiento de plazo determinado

El arrendamiento de plazo determinado es aquel por el cual las partes pactan, al momento de su celebración, un término inicial y un término final, vale decir, que ellas acuerdan la fecha en que comenzará y la fecha en que concluirá.

La regla general en torno a la duración de los plazos, en materia de acto jurídico, está signada por la más absoluta libertad. Así, las partes pueden convenir el plazo que consideren conveniente, ya sea éste suspensivo o resolutorio.

Esta regla se encuentra mediatizada en sede de arrendamiento, ya que si bien rige la más absoluta libertad para los plazos suspensivos, existen límites para los resolutorios.

Cuando nos referimos al plazo suspensivo, estamos haciendo alusión a que, en el contrato de arrendamiento, las partes podrán prever que el contrato celebrado recién surtirá efectos transcurrido un lapso desde el momento de su celebración.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Tal podría ser el caso en que dos partes celebraran un contrato de arrendamiento con respecto a la casa que ocupa el arrendador y convinieran que dicho arrendador recién haría entrega de la misma al arrendatario tres meses después del momento de la celebración del contrato, fecha desde la cual recién el arrendatario podría ocupar el inmueble y se encontraría obligado a pagar la renta.

Se trata, sin duda, de un plazo suspensivo, y sobre este particular rige la más absoluta libertad, ya que el Derecho entiende que el tema no ofrece ningún problema.

Sin embargo, sí se establecen límites para el plazo resolutorio en el arrendamiento de duración determinada, el mismo que, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 1688,[1475] no puede exceder de diez años.

Se ha criticado mucho que el Código Civil haya establecido un plazo máximo para la duración del arrendamiento.

Por nuestra parte consideramos que sí era necesario establecer un plazo máximo para la duración del arrendamiento, si bien es cierto no estamos de acuerdo con la magnitud legal del mismo.[1476]

Decimos que era necesario en la medida que, en caso de pactarse un plazo excesivamente largo —como podría ser, por ejemplo, uno de 500 años (como ocurre en otras latitudes)—, podríamos preguntarnos si se estaría celebrando propiamente un contrato de arrendamiento o si esta figura contractual se asemejaría más a alguna por la cual se transfiriera la propiedad a la contraparte.

Se podría argumentar que ello no tiene nada de malo y que, dentro de la libertad contractual o de configuración interna, los seres humanos deberían poder determinar, dados sus intereses, la duración de los plazos que consideren conveniente.

Sin embargo, es claro que un arrendamiento celebrado en estas condiciones, estableciendo una renta variable, ya sea tomando cláusulas valoristas o sujetándolas a algún referente más o menos estable, podría representar un contrato ventajoso para el arrendador y sus futuros herederos.

No obstante, y como sabemos, no existe restricción alguna para las partes en torno a los montos o precios que se pueden pactar en el mercado, razón por la

1475 Artículo 1688.- «El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años.
Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede ser mayor de seis años.
Todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos».

1476 La Casación n.° 26-96-Ayacucho, de 12 de mayo de 1997, emitida por la Sala Civil, ha precisado que la norma contenida en el artículo 1688 «está referida a los plazos máximos que se pueden pactar para la celebración de los contratos de arrendamiento, estableciendo que los pactos en exceso así como las prórrogas se entienden reducidos a los plazos máximos sañalados». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1232.

cual la renta podría haberse convenido en una cifra diminuta, precisamente para tener con el arrendatario un acto de liberalidad.

Si ese fuese el caso, y una persona arrendara por 500 años todos los bienes inmuebles de su propiedad, teniendo una edad muy avanzada, podría presentarse la situación en la cual, al morir, sus herederos deban asumir el supuesto descrito sin posibilidad de impugnarlo. Esto podría representar una peligrosa salida para burlar al Derecho de la sanción que establece la ley civil con respecto a la donación inoficiosa (argumento del artículo 1629 del Código Civil).

En tal sentido, se estarían burlando «legítimamente» las normas de la legítima hereditaria.

Sin embargo, no estamos de acuerdo en que el plazo pactado tenga como límite máximo los diez años contemplados por la ley. Decimos esto en razón de que dicho pacto podría resultar muy corto si tenemos en consideración determinadas operaciones de orden mercantil en donde resulte imprescindible establecer plazos más extensos.

Por eso estimamos que sería razonable que fuese de veinte o cuarenta años en lugar de diez.[1477]

En lo que respecta a la duración del plazo del arrendamiento, cuando se trata de bienes pertenecientes a entidades públicas o a incapaces, la ley establece que dicho plazo no puede ser mayor de seis años.

La finalidad de este precepto se basa en proteger los intereses del Estado y de los incapaces en relación con los actos de sus representantes, de quienes si bien no se presume mala fe, podría esperarse que actúen de manera irresponsable o dolosa, perjudicando los intereses de sus representados. En tal sentido, la ley ha optado por establecer como plazo máximo uno menor al común.

Nos parece adecuado el sentido del precepto y también consideramos conveniente el plazo establecido. No creemos que el mismo deba aumentarse.

Finalmente, debemos señalar que el plazo máximo común de diez años para los arrendamientos de duración determinada, así como el plazo máximo de seis años para el arrendamiento de bienes pertenecientes a entidades públicas o incapaces son de orden público.

Esto significa que las partes no podrían convenir válidamente plazos que excedan a los indicados por la ley.

En tal sentido, el último párrafo del artículo 1688 establece que todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos.

1477 Para mayor información remitimos al lector a una investigación anterior: Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas*, tomo II, pp. 1007 y 1008.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Tal vez habría sido mejor que la norma estableciera que todo plazo que exceda del término señalado se entienda reducido a dicho plazo. Además, se debió agregar que, vencido el plazo, las partes podrían prorrogarlo y, en tal eventualidad, el plazo de cada prórroga se sujetaría a lo prescrito en este artículo.

Decimos esto porque, con el texto mencionado, la norma tendría una redacción idónea, ya que en la actualidad no queda claro el tema de la prórroga de los plazos —la cual, a nuestro entender, puede efectuarse sucesiva e indefinidamente (siguiendo los requisitos establecidos por la ley cada vez que se acuerde la prórroga)—.

15. Supuestos de presunción de plazo determinado

En virtud del artículo 1689 del Código Civil se establece una presunción para dos supuestos de arrendamiento en los que, a falta de acuerdo expreso en torno al plazo, se presume que el mismo es determinado por la duración señalada en la norma.

El citado numeral establece lo siguiente:

> Artículo 1689.- «A falta de acuerdo expreso, se presume que el arrendamiento es de duración determinada en los siguientes casos y por los periodos que se indican:
>
> 1. Cuando el arrendamiento tenga una finalidad específica, se entiende pactado por el tiempo necesario para llevarla a cabo.
>
> 2. Si se trata de predios ubicados en lugares de temporada, el plazo de arrendamiento será el de una temporada».

15.1. Arrendamiento para una finalidad específica

Conforme lo establecido por el inciso 1 del artículo 1689, a falta de acuerdo expreso se presume que el arrendamiento será de duración determinada cuando tenga una finalidad específica, entendiéndose pactado por el tiempo necesario para llevarla a cabo.

Ejemplos al respecto hay muchos, pero consideramos que uno muy ilustrativo es el siguiente.

Con ocasión de la toma de la residencia del embajador del Japón en Lima por un grupo terrorista, en diciembre de 1996, se generó una expectativa a nivel mundial, razón por la cual vinieron al Perú periodistas de las más diversas cadenas televisivas en el mundo. Dichas empresas, al igual que las televisoras nacionales, arrendaron de inmediato, y por rentas altísimas, los pisos elevados de los edificios más cercanos a la residencia ocupada: esto se hizo no sólo para cubrir las incidencias cotidianas, sino esperando que se produjera alguna situación de especial violencia o interés periodístico que pudiesen registrar sus cámaras.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Era evidente que el plazo del arrendamiento en todos aquellos casos era de duración determinable —vale decir, susceptible de determinación—, ya que la duración del mismo se prolongaría hasta la finalización de la crisis en la residencia del embajador.

La finalidad específica para la que fueron arrendados dichos inmuebles por parte de los medios periodísticos fue esa y no otra, de modo tal que hubiera carecido de absoluto sentido que el arrendamiento continuara una vez terminada la crisis y todos los acontecimientos que podían ser periodísticamente relevantes.

Si bien es cierto que el Código Civil no regula este tipo de arrendamiento con el nombre de duración determinable, sino determinada, no por ello deja de tener la naturaleza jurídica del primero de los mencionados.

Pero independientemente de lo que acabamos de señalar, es claro el sentido de la norma.

15.2. Arrendamiento en lugares de temporada

Según lo establecido por el inciso 2 del artículo 1689 del Código Civil, a falta de acuerdo expreso se presume que el arrendamiento es de duración determinada si se trata de predios ubicados en lugares de temporada, caso en el cual el plazo de arrendamiento será de una temporada.

Es el típico caso en que se arrienda, por ejemplo, un departamento en un balneario; y dicho arrendamiento se celebra a mediados del mes de diciembre del año 2021, pero no se establece el término final del mismo.

En este caso regirá la presunción establecida por la norma bajo comentario en el sentido de que el plazo del arrendamiento deberá entenderse circunscrito a la temporada de verano. Sin embargo, no se circunscribe necesariamente dicha temporada a la estación llamada «verano», sino al lapso en el cual el inmueble podrá ser utilizado para disfrutar la temporada de sol en la playa, la cual usualmente se prolonga hasta finalizada la Semana Santa del año siguiente.

Entonces, si ese fuese el caso, y aplicando la presunción establecida por el artículo 1689 (inciso 2), el plazo durará hasta mediados del mes de abril del año 2022.

Sin embargo, resulta importante precisar que esta presunción sólo rige cuando los predios ubicados en lugares de temporada son arrendados en época de temporada.

Así, si dos personas celebraran un contrato de arrendamiento sobre un inmueble ubicado en el balneario de Ancón en el mes de mayo del año 2021 y no establecieran un plazo determinado en su término final, podría interpretarse el contrato de dos maneras.

La primera, considerando que el bien se ha arrendado como se arrendaría cualquier bien común y corriente —vale decir, que el contrato tendría un plazo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

indeterminado—, sujetándose el mismo a las reglas respectivas. Sin duda, esta sería la interpretación más difundida del problema.

Pero podría haber una segunda interpretación que considere que, al haberse arrendado ese bien precisamente al finalizar la temporada de verano, se trataría de un arrendamiento de «antitemporada», vale decir, uno cuyo plazo de duración vencería a principios de diciembre de ese año. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si se tratara de alguna persona que hubiera arrendado ese bien para descansar en la absoluta tranquilidad que representa encontrarse en un balneario desierto durante el invierno.

16. Los periodos forzosos y voluntarios

En virtud de lo establecido por el artículo 1691 del Código Civil:

> Artículo 1691.- «El arrendamiento puede ser celebrado por periodos forzosos y periodos voluntarios, pudiendo ser éstos en favor de una o ambas partes».

Resulta usual que el contrato de arrendamiento se pacte incluyendo periodos forzosos y periodos voluntarios.

Los periodos forzosos, generalmente, se encuentran al comienzo de la duración del arrendamiento. Ello significa que, desde que se celebra el contrato, ambas partes tendrán que respetar un plazo mínimo, en el que serán arrendador y arrendatario, debiendo cumplir cada una de ellas con las obligaciones que les correspondan.

La única forma de concluir antes de tiempo con el plazo forzoso es si ambas partes lo consideran conveniente, recurriendo a la resolución convencional por mutuo disenso (argumento del artículo 1313 del Código Civil).

Pero ocurre que, al momento de la celebración del contrato, en muchas ocasiones el arrendador o el arrendatario no tienen la certeza de querer continuar con la vigencia de la relación contractual por un periodo adicional, ya sea porque se plantee nuevas condiciones para el periodo siguiente, porque el arrendatario aspire a conseguir un inmueble de su propiedad o por cualquier otra circunstancia.

En tal sentido, y previendo lo que pudiera ocurrir, las partes acuerdan periodos de carácter voluntario. Ello significa que una o ambas partes otorgan, respecto a la otra, una opción para que dicho periodo voluntario se convierta en forzoso.

No es otra cosa que una opción, propiamente dicha, de la regulada en el artículo 1419 y siguientes. Así, el citado numeral establece:

> Artículo 1419.- «Por el 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».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Queda claro que la opción podría hacerse válida si la parte beneficiada por ella manifestara su voluntad en tal sentido o si guardara silencio al respecto transcurrido un plazo determinado y habiendo otorgado las partes al silencio valor de manifestación positiva de voluntad (argumento del artículo 142 del Código Civil).

No obstante, también podría tratarse de una opción recíproca en torno al periodo voluntario por aplicación de la denominada opción recíproca regulada en el artículo 1420 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente:

> Artículo 1420.- «Es válido el pacto en virtud del cual el contrato de opción recíproca puede ser ejercitado indistintamente por cualquiera de las partes».

17. El contrato de subarrendamiento

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1692 del Código Civil peruano:

> Artículo 1692.- «El subarrendamiento es el arrendamiento total o parcial del bien arrendado que celebra el arrendatario en favor de un tercero, a cambio de una renta, con asentimiento escrito del arrendador».

Para expresar de una manera más clara cuáles son las características del contrato de subarrendamiento vamos a recurrir a establecer minuciosamente una por una.

17.1. Características

17.1.1. En cuanto al nombre

Por su nombre es un contrato nominado, ya que no sólo recibe el referido nombre en tiempos modernos, sino que es conocido como tal desde antes de que el contrato de arrendamiento se llamara así, vale decir, incluso cuando el contrato de arrendamiento era conocido con el nombre de contrato de locación-conducción.

17.1.2. En cuanto a su regulación

Por su regulación es un contrato típico social y típico legal.

Es típico social, ya que la sociedad en su conjunto conoce cuál es la estructura de este contrato.

Es típico legal en virtud de que se encuentra expresamente regulado por el Código Civil peruano entre los artículos 1692 y 1695, preceptos cuyo contenido nos encargaremos de estudiar en estas páginas.

17.1.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura es un contrato simple, ya que siempre se le ha considerado como un contrato que da lugar a una sola relación jurídica, que consiste en la obligación

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

del arrendatario de ceder el uso del bien arrendado en favor del subarrendatario, y la obligación de este último de pagar al arrendatario la renta correspondiente, todo ello con autorización expresa del propietario del bien.

17.1.4. En cuanto a su contenido o área

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

Es claro que el arrendamiento de naturaleza civil y el arrendamiento de naturaleza mercantil, se hallan regulados de manera uniforme por el Código Civil peruano de 1984. Así, dicho cuerpo legal no efectúa distinción alguna en cuanto a la naturaleza del contrato de arrendamiento, el cual podría ser civil o mercantil dependiendo de las personas que lo celebren.

Igual respuesta puede obtenerse en lo que respecta al contrato de subarrendamiento, el mismo que siempre se encontrará regulado por lo dispuesto en el Código Civil de 1984.

17.1.5. En cuanto a su autonomía

En cuanto a su autonomía, el subarrendamiento es un contrato derivado, ya que requiere de la existencia de un contrato principal (el contrato de arrendamiento del cual emana). De esta manera, el contrato principal de arrendamiento le imprime sus características propias al subarrendamiento, de modo tal que el subarrendamiento siempre tendrá la misma naturaleza jurídica que el contrato principal u originario de arrendamiento, del cual emana.[1478]

Nunca podría existir un contrato de subarrendamiento sin que existiese un contrato de arrendamiento.

Así, si un arrendatario alquila a un subarrendatario el inmueble que ocupa sin contar con la aprobación expresa y escrita del arrendador, siempre será un subarrendamiento, a pesar de tratarse de un contrato nulo por estar ausente dicha autorización del arrendador. Sin embargo, no se trataría de un arrendamiento de bien ajeno, ya que para ser tal no debería haber existido contrato de arrendamiento que vinculase al arrendador y al arrendatario.

17.1.6. En cuanto a su formación

El contrato de subarrendamiento es un contrato consensual en la medida en que la ley no exige que se siga alguna formalidad preestablecida (pudiéndose incluso celebrar de manera verbal).

1478 Al respecto, la Casación n.° 107-2004-Tacna, de 25 de abril de 2005, emitida por la Sala Civil Permanente, ha afirmado que «(...) nunca podría existir un contrato de subarrendamiento sin que existiese un contrato de arrendamiento. En ese sentido, dentro del denominado subarrendamiento se presenta una trilogía en la cual confluyen tres partes denominadas el arrendador, el arrendatario y el subarrendatario (...)». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1233.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, la autorización que otorgue el arrendador al arrendatario para celebrar el subarrendamiento debe ser dada por escrito (argumento del artículo 1692, *in fine*, del Código Civil).

17.1.7. En cuanto al tiempo

En cuanto al tiempo, el subarrendamiento es esencialmente un contrato de duración, la cual 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).

Sin embargo, debe tenerse presente que conforme a lo establecido por el artículo 1694 del Código Civil:

> Artículo 1694.- «A la conclusión del arrendamiento se extinguen los subarrendamientos cuyos plazos no han vencido, dejándose a salvo el derecho del subarrendatario para exigir del arrendatario la indemnización correspondiente».

17.1.8. En cuanto a su negociación

El subarrendamiento puede ser un contrato de negociación previa, es decir, aquel en el cual las partes tienen libertad de modelar su contenido, ya sea por adhesión o celebrarlo con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Sin embargo, dada la naturaleza de ser un contrato derivado, el subarrendamiento, por lo general, será de negociación previa.

17.1.9. En cuanto al rol económico

El subarrendamiento es un contrato de goce, pues está destinado al disfrute del bien por el subarrendatario sin tener la disposición del mismo.

También es un contrato de restitución, pues obliga al subarrendatario a devolver el bien, ya sea al arrendatario o al arrendador, según corresponda.

17.1.10. En cuanto a su función

Por su función, el subarrendamiento es un contrato fundamentalmente constitutivo, aunque podría formar parte, por excepción, de contratos modificatorios. Sin embargo, nunca será resolutorio, ya que en el subarrendamiento siempre se generará la obligación —por parte del arrendatario— de entregar en uso el bien al subarrendatario. Este último asumirá la obligación de pagar al arrendatario una renta determinada o determinable.

17.1.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Pensamos que el subarrendamiento —en cierta forma— es un contrato colectivo, ya que el mismo no solamente obliga a las partes que lo celebran, sino también al

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

arrendador, quien a pesar de no ser parte en el contrato, y por el hecho de haber autorizado por escrito su celebración, queda obligado a respetar la existencia y duración del subarrendamiento mientras dure el plazo de vigencia del contrato principal (el de arrendamiento).

17.1.12. En cuanto a la prestación

El subarrendamiento es esencialmente un contrato bilateral, sinalagmático o de prestaciones recíprocas a través del cual una parte, el arrendatario, se obliga a ceder temporalmente al subarrendatario el uso del bien arrendado, mientras que el subarrendatario se compromete a pagarle cierta renta convenida.

17.1.13. En cuanto a la valoración

El subarrendamiento es un contrato celebrado a título oneroso, pues en tanto el arrendatario se obliga a entregar el bien para que sea usado por el subarrendatario, éste asume la obligación de abonar una renta en favor de aquél.

17.1.14. En cuanto al riesgo

El contrato de subarrendamiento es fundamentalmente conmutativo, pues la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir el arrendatario y el subarrendatario son ciertas —vale decir, conocidas de antemano—. Sin embargo, la naturaleza del subarrendamiento no impide que pudiera revestir la modalidad de aleatorio.

17.1.15. En cuanto a sus efectos

En cuanto a sus efectos, el subarrendamiento es un contrato meramente obligatorio u obligacional.

17.2. La autorización escrita del arrendador

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1692, para que se celebre el subarrendamiento se requiere que el arrendador otorgue su asentimiento escrito.

Con respecto a este tema, Bigio[1479] anota que en realidad, la legislación comparada y la práctica ofrecían al legislador diferentes soluciones, como las que se indican a continuación:

a) Permitir el subarrendamiento, sin restricción alguna.

b) Permitir el subarrendamiento, salvo pacto en contrario, tal como lo establecía el artículo 1523 del Código Civil de 1936.

c) Prohibir el subarrendamiento, sin admitirse pacto en contrario.

1479 Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, pp. 122-124.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

d) Permitir el subarrendamiento si el subarrendatario propuesto ofreciese las calidades de solvencia moral y económica.

e) El arrendatario debe abstenerse de subarrendar el bien sin el asentimiento escrito del arrendador.

Recuerda que el legislador de 1984 adoptó esta última solución, inspirado en el fundamento de que cuando el arrendador decide arrendar el bien no sólo toma en consideración la renta que va a percibir y el plazo de duración del contrato, sino, también, la solvencia moral y económica del arrendatario. Además, se entiende que el arrendador entrega el bien para el uso del arrendatario y no para que efectúe otro contrato con el mismo, estimándose, por tanto, que al arrendador le interesa quién va a usar el bien arrendado.

Según refiere Bigio, a ello hay que agregar que durante la vigencia del Código Civil de 1936, mientras duró la prohibición de aumento de alquileres, se observó un abuso por parte del inquilino, especialmente de locales comerciales, quien arrendaba el bien por una suma de dinero y lo subarrendaba a un tercero por un monto excesivamente mayor, situación que el legislador de 1984 deseó evitar.

De allí que se haya optado por invertir la regla contenida en el artículo 1523 del Código Civil de 1936, según la cual el arrendatario podía subarrendar sin asentimiento del locador si en el contrato no se le privó de esta facultad.

A mayor abundamiento —dice Bigio—, el legislador no hizo sino incorporar en la ley lo que en la generalidad de los contratos de arrendamiento se venía estipulando, esto es, la prohibición del subarriendo sin el asentimiento escrito del arrendador.

Indica que el legislador de 1984 se apartó de un sector de la doctrina que justifica la facultad de subarrendar con el argumento de que el subarrendamiento aumenta la garantía del arrendador por el pago de la renta, por cuanto el arrendatario no sólo se obliga al pago de ésta sino, también, a cuidar el bien diligentemente. Es razonable suponer, entonces, que el arrendador antes de ceder el uso del bien ha tomado las providencias necesarias para efectuar una cuidadosa elección del arrendatario.

No obstante, Bigio estima necesario advertir que este numeral no consagra una regla de carácter imperativo, puesto que el arrendatario no está impedido de subarrendar si tiene autorización escrita del arrendador, la cual puede estar referida a la totalidad del bien o a parte de éste.

Agrega que el legislador no ha considerado conveniente privar al arrendador de la facultad de permitir el subarrendamiento por cuanto existen casos en que al arrendador puede resultarle conveniente autorizar el subcontrato.

Por último, el citado profesor estima importante indicar que cuando hay subarrendamiento el inquilino se convierte en arrendador y el subarrendatario tiene la condición de arrendatario frente a aquél.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Debemos expresar que el arrendamiento es un contrato *intuitu personae*, vale decir que se celebra en estricta consideración de las cualidades personales, empresariales, morales, etc., del arrendatario. Por tal razón, al arrendador no le dará lo mismo si el arrendatario continúa con el cumplimiento de sus obligaciones o si delega a otro la posibilidad de usar el bien.

Sólo a título de ejemplo podríamos decir que a un arrendador no le dará lo mismo que el bien sea utilizado por tal o cual persona en calidad de arrendatario. Esto debido a que aquel con quien ha celebrado el contrato tal vez sea una persona que él mismo se ha ocupado de seleccionar con el debido cuidado, a fin de que preserve la integridad física del bien materia del arrendamiento.

En este sentido resulta evidente que para tal arrendador no será igual que en vez del arrendatario sea un tercero quien haga uso del bien y no porque partamos del hecho de que dicho tercero no guarde los debidos cuidados para con el bien, sino porque partimos de la simple constatación de que el arrendador no ha celebrado contrato con dicho tercero.

Es en virtud de estas consideraciones que el Derecho estima imprescindible, para la validez de un contrato de subarrendamiento, que el arrendador dé su asentimiento al respecto.

Además, no sólo exige dicho asentimiento, sino que el mismo debe ser otorgado de manera escrita.

Dicha formalidad se establece por razones de seguridad jurídica, para dar una mayor certeza de que dicha autorización ha sido realmente otorgada.

También resulta de interés razonar acerca del momento en que debe ser manifestado ese asentimiento.

En ausencia de prescripción legal podemos manifestar que el asentimiento escrito del arrendador podría ser efectuado con anterioridad, coetaneidad o posterioridad al contrato. Así, la autorización de subarrendar podría haber sido establecida por escrito en el propio contrato de arrendamiento celebrado entre arrendador y arrendatario.

Dicha autorización también podría haber sido otorgada por el arrendador, interviniendo en una cláusula especial en el propio contrato de subarrendamiento.

Asimismo, también podría haber sido otorgada con posterioridad a la celebración del referido contrato de subarrendamiento.

En los dos primeros casos, la validez del subarrendamiento se presentaría desde el momento de su celebración. En el tercer caso, el subarrendamiento sería válido recién desde el momento en que el arrendador otorgue su autorización escrita.

No está de más señalar que dicho arrendador podría otorgar la referida autorización en cualquier otro momento distinto a los señalados con anterioridad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Con respecto a si ese asentimiento escrito debe contener la determinación exacta de la persona del subarrendatario, podemos manifestar que ello es optativo en la medida en que la ley no prescribe que tal asentimiento deba hacerse necesariamente con precisión de la persona del futuro subarrendatario.

Es claro que si se dejara abierta la posibilidad de que el arrendatario contrate con quien considere conveniente, el arrendador estaría otorgando dicha autorización con renuncia de su potestad de verificar, con la mayor pulcritud, a la persona que ocupará la posición contractual de subarrendatario y que pasará a usar el bien en vez del arrendatario. Así, debe ser consciente de los riesgos que implicaría otorgar una autorización escrita con semejante amplitud. Dentro de tal orden de ideas pensamos que lo más lógico sería que el arrendador precisara, en la autorización a otorgar, el nombre del subarrendatario y que previamente hubiera verificado la idoneidad de esa persona para la celebración del futuro contrato de subarrendamiento.

17.3. Responsabilidad solidaria entre subarrendatario y arrendatario con respecto al arrendador

En virtud de lo establecido por el artículo 1693 del Código Civil peruano:

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

Este es un caso en el cual la ley establece responsabilidad solidaria ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones del contrato de arrendamiento. Ya sea que dicho incumplimiento obedezca a causa imputable al arrendatario, obedezca a causa imputable al subarrendatario u obedezca a causa imputable a ambos.[1480]

Debemos tener presente, también, que podría haber pluralidad de arrendatarios o pluralidad de subarrendatarios, pero siempre estaríamos en presencia de una obligación de carácter solidario.

Ahora bien, como las obligaciones solidarias necesariamente serán divisibles o indivisibles, si se tratara de una indemnización por daños y perjuicios —vale decir, de una prestación de carácter dinerario—, la obligación sería divisible y solidaria, ya que toda obligación de dar una suma de dinero es de carácter divisible. Pero si se derivase del incumplimiento, la obligación de pagar con alguna prestación distinta o la ejecución forzosa de alguna prestación de carácter indivisible, estaríamos en presencia de una obligación indivisible y solidaria.

1480 La Casación n.° 518-96-Lima, de 21 de agosto de 1997, emitida por la Sala Civil Permanente, interpretando el artículo 1693 del Código civil, ha señalado que «(...) la renta que paga el subarrendatario sirve para cubrir la que debe el arrendatario (...)»; por lo tanto, se establece claramente la solidaridad entre ambos. Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1234.

En cualquiera de los casos señalados sería de aplicación lo dispuesto por el artículo 1195 en torno al incumplimiento de las obligaciones solidarias.[1481]

El Código Civil peruano establece sanciones diversas para los casos de las obligaciones indivisibles y las obligaciones solidarias. Esto en el supuesto de que exista un incumplimiento culposo de las mismas por parte de uno o más de uno de los codeudores.

El artículo 1180 del Código Civil contempla el caso de la obligación indivisible cuyo incumplimiento se deba a causas imputables a alguno o algunos de los codeudores. En esta hipótesis, la obligación se resolverá en la de indemnizar daños y perjuicios (si éstos se hubiesen generado). En tales supuestos, los codeudores responsables ya no estarán obligados a pagar el valor de la prestación, sino una indemnización por los daños y perjuicios que le hubiesen causado al acreedor o acreedores de la misma.

Adicionalmente, dicho artículo establece que cada uno de los codeudores a cuya culpa se deba el incumplimiento quedará obligado por el íntegro de la indemnización, mientras que cada uno de los codeudores que hubiese estado dispuesto a cumplir con la prestación solamente contribuirá a la indemnización de los daños y perjuicios con la proporción o porcentaje del valor de la prestación que le corresponda.

El Código peruano, en el artículo 1180, dispone que este porcentaje se refiere al valor de la prestación, lo cual podría conducirnos a entender que se está aludiendo a la prestación original (aquélla que se incumplió) y no a la indemnización de daños y perjuicios a que haya lugar. Sin embargo, consideramos que la interpretación correcta es que los codeudores no culpables deberán, por concepto indemnizatorio, solamente la parte proporcional al valor de su participación en la prestación incumplida.

Por otra parte, el artículo 1195 del Código Civil prescribe que el incumplimiento de la obligación solidaria por causa imputable a uno o a varios codeudores no liberará a los demás de pagar de manera solidaria el valor de la prestación debida (a diferencia del supuesto de la indivisibilidad). Esto quiere decir que todos los codeudores, incluso aquellos que se encontraban dispuestos a ejecutar la obligación, devendrán en deudores solidarios, en vía indemnizatoria, del valor total de la prestación respecto del acreedor común.

Para el caso de los daños y perjuicios, el segundo párrafo del artículo 1195 del Código peruano establece que el acreedor podrá pedir su resarcimiento solamente al codeudor responsable del incumplimiento o de ser varios los responsables, demandarlos de manera solidaria.

1481 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*, primera parte, tomo III, pp. 175-189.

El sentido correcto del precepto es que el incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o varios deudores determina que cada uno de los no culpables sólo esté obligado a pagar por concepto de daños y perjuicios hasta el monto correspondiente al valor del íntegro de la prestación incumplida. Mientras que el culpable o culpables responden no sólo por el íntegro de tal valor, sino por cualquier excedente indemnizatorio al cual tenga derecho el acreedor.

El Código Civil peruano[1482] sigue en el artículo 1195 el sistema de que cuando la obligación es imposible por culpa de alguno de los codeudores solidarios subsiste para todos la obligación de pagar su valor, pero por los daños y perjuicios sólo responden el o los culpables.[1483]

17.4. Consolidación

La consolidación[1484] —también conocida como confusión— es una de las formas de extinción de las obligaciones, tal vez la más compleja por su naturaleza jurídica y por sus propios términos conceptuales.

En efecto, resulta imposible imaginar que en una persona concurran las calidades contradictorias de acreedor y de deudor de una misma obligación. Como se sabe, la relación obligacional tiene por lo menos un sujeto activo (el acreedor) y un sujeto pasivo distinto del acreedor (el deudor). Pero de suceder aquel evento, ¿qué ocurre en ese caso? ¿Realmente se trata de una causa de extinción de la obligación? ¿Se produce tal extinción por concentrarse en una sola persona la relación obligatoria, o simplemente se suspende o «paraliza» debido a constituir un absurdo tautológico?

Podría suceder que el arrendatario comprara al arrendador el inmueble materia de arrendamiento y subarrendamiento, caso en el cual dejaría de haber arrendamiento y, teóricamente, debería extinguirse también el subarrendamiento.

No obstante ello, tal situación sería injusta, pues en quien se hubiera consolidado el arrendamiento sería la persona que le subarrendó el bien.

Lo propio ocurriría si la consolidación entre arrendatario y arrendador se produjese en la persona de este último, ya que, de acuerdo con lo establecido por

1482 A este respecto, recomendamos al lector la consulta de: LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil. Contratos*, tomo VI, vol. I, pp. 233-235; DE GÁSPERI, Luis. *Tratado de las obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino*. Buenos Aires: Depalma, tomo II, 1945 y 1946, pp. 109-116; BUSSO, Eduardo. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 148-151; SALVAT, Raymundo M. *Op. cit.*, pp. 96-98; ALTERINI, Atilio, Óscar José AMEAL y Roberto LÓPEZ CABANA. *Curso de obligaciones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988, tomo II, p. 119; y BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil, obligaciones*. 8ª ed. actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, tomo I, p. 85 y ss.

1483 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Contratos en el Derecho Civil peruano*, 1975, tomo II, p. 13.

1484 OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las obligaciones*, tercera parte, tomo IX, pp. 339-410.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la última parte del artículo 1692 del Código Civil, para que se trate de un subarrendamiento válido se deberá contar con el asentimiento escrito del arrendador.

De esta forma, en virtud de la ficción impuesta por el artículo 1695 del Código Civil, a pesar de haberse extinguido el contrato de arrendamiento, subsiste el subarrendamiento.

Sin embargo, no debe entenderse que dicho subarrendamiento subsiste como tal —vale decir, en condición de contrato derivado—, pues el mismo revestirá la naturaleza de contrato principal, dado que habrá dejado de tener existencia el contrato del cual derivaba y ya no deriva (no por su origen, sino por la referida ficción legal).

De esta forma queda claro que quien tuvo la condición de arrendador o arrendatario, y en cuya persona se consolidó el contrato de arrendamiento, tendrá ahora la condición de arrendador y, por otra parte, el subarrendatario tendrá ahora la condición de arrendatario.

También resulta evidente que, a partir del momento en que se produzca dicha situación, el antiguo subarrendamiento se dejará de regir por las normas especiales que contiene el Código con respecto a este contrato (los artículos 1692 a 1695), y pasará a regirse por los preceptos generales de todo el título VI, relativo al contrato de arrendamiento.

18. La cesión de posición contractual y el arrendamiento

En el artículo 1696 del Código Civil se establece lo siguiente:

> Artículo 1696.- «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 la cesión de posición contractual».

El Código Civil, a través del capítulo quinto, relativo al título del contrato de arrendamiento, se refiere al subarrendamiento y a la denominada cesión del arrendamiento, tema este último que recibe regulación únicamente en el artículo 1696 antes transcrito.

El artículo 1696 tiene su origen en describir una situación bastante frecuente en materia de contratos de arrendamiento: que el arrendatario ceda su posición contractual a un tercero.

La mala práctica llevó a que siempre dicha cesión se produjera sin contar con el asentimiento del arrendador, vale decir, con el simple acuerdo entre el tercero cesionario y el arrendatario.

Dicha consecuencia práctica consistía en que el arrendatario le transmitía al tercero cesionario la posesión del bien a cambio de una cantidad de dinero que sería pagada en una o en varias oportunidades, de manera similar a la renta.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero, independientemente de las razones prácticas que han llevado al legislador de 1984 a regular el contrato de cesión de posición contractual de arrendatario, tal situación no tiene asidero teórico, ya que el propio Código Civil regula la cesión de posición contractual como una figura típica dentro de la parte general de contratos, entre los artículos 1435 y 1439.

La cesión de posición contractual es una figura cuya regulación *in extenso* recién se dio por primera vez con el Código de 1984, a pesar de que con anterioridad al mismo no existió ninguna disposición que prohibiese o restringiese dicha figura jurídica.

En el artículo 1435 se establece que en los contratos cuyas prestaciones todavía no hayan terminado de ejecutarse, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual.

Para tal efecto se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión.

El citado precepto agrega que si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cesionario, el contrato sólo tendrá efectos desde que dicho acuerdo sea comunicado al cedido por escrito de fecha cierta.

Del concepto de cesión de posición contractual, y de los preceptos que contiene el Código Civil como normas generales, puede apreciarse claramente que cualquiera de las partes de una relación contractual puede ceder a un tercero su posición en ella, siempre y cuando cuente con el asentimiento de la contraparte.

Dentro de tal orden de ideas queda claro que el artículo 1696 del Código Civil sólo regula la cesión de posición contractual de arrendatario y no la cesión de posición contractual de arrendador.

Sin embargo, resulta entendible que el Código Civil haya abordado la cesión de posición contractual de arrendatario en la medida en que ésta resulta ser en la práctica la figura más común de ambas.

Si el arrendatario desease ceder su posición contractual a un tercero, para ello requeriría del asentimiento del arrendador en la medida que, una vez que surta efectos la cesión de posición contractual, el arrendador tendría como parte en el contrato al tercero cesionario y ya no al arrendatario.

Así, por razones de elemental seguridad jurídica, y en virtud de que los contratos solamente surten efecto entre las partes que los celebran (y, eventualmente, entre sus herederos), sería imprescindible que el arrendatario obtuviese el asentimiento del arrendador a favor de la cesión.

Sin embargo, nos quedarían algunas dudas si de lo que se tratase fuera de una cesión de posición contractual de arrendador.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si seguimos el esquema legal planteado por los preceptos del Código peruano en torno a la cesión de posición contractual, es evidente que si el arrendador desease ceder su posición contractual en favor de un tercero, para que dicha cesión surtiera efecto se requeriría —inevitablemente— contar con el asentimiento del arrendatario.

No obstante, existe un supuesto que tanto en el plano teórico como en el práctico no requeriría de la obtención de tal asentimiento. Nos referimos al caso en que el arrendador sea a la vez propietario del bien arrendado (supuesto común en la práctica) y dicho arrendador-propietario venda el bien a un tercero.

El contrato de compraventa celebrado haría que dicho tercero se convierta en propietario del bien y a pesar de no haber adquirido la condición de arrendador en virtud de una cesión formal, sí la habría adquirido indirectamente, al haberse convertido en propietario del bien.

Decimos esto, pues, conforme a lo establecido por el artículo 923 del Código Civil:

> Artículo 923.- «La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien [...]».

Dentro de tal orden de ideas, es al nuevo propietario a quien corresponde usufructuar del bien y, en la medida que el mismo se encuentra arrendado y en posesión del arrendatario, corresponderá al nuevo propietario no el uso del bien, pero sí la percepción de los frutos que el mismo genere. Y los frutos generados por el bien estarán constituidos precisamente por la renta que el arrendatario paga al arrendador en virtud del contrato de arrendamiento.

Así, si bien es cierto que no se habría convenido formalmente una cesión de posición contractual, en los hechos ella sí se habría verificado, ya que el nuevo propietario tendría derecho a cobrar la renta al arrendatario.

Asumimos que esta posición podría ser discutida en el terreno teórico al considerar que el antiguo propietario arrendador nunca habría dejado de tener la condición de arrendador. Sin embargo, esta posición nos conduce inevitablemente a la figura del enriquecimiento sin causa (artículos 1954 y 1955 del Código Civil), ya que, más allá del formalismo contractual, no habría ninguna razón dentro del terreno teórico, ni dentro del terreno práctico, que sostenga que el antiguo propietario sea quien deba cobrar la renta.

Finalmente, debemos expresar nuestras dudas con respecto a si el artículo 1696 del Código Civil debería ser una norma más amplia y de simple remisión a los preceptos generales de cesión de posición contractual o si, en cambio, por ser redundante debería ser suprimida.[1485]

1485 Debemos recordar que en ocasión anterior (Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas*, tomo II, p. 1010) sostuvimos que el texto ideal para el artículo en cuestión hubiese sido el siguiente:

19. Resolución del arrendamiento

19.1. Causales de resolución

Como sabemos, el Código Civil de 1984 establece, por medio de su artículo 1371, lo siguiente:

> Artículo 1371.- «La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración».

Asimismo, señala en su artículo 1372 lo siguiente:

> Artículo 1372.- «La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato.
>
> La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.
>
> Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento.
>
> En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este Artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe».

Adicionalmente, también resultan normas generales de resolución contractual los numerales 1428, 1429 y 1430, preceptos propios de los contratos con prestaciones recíprocas, cuyo texto consignamos seguidamente:

> Artículo 1428.- «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 u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.
>
> A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación».
>
> Artículo 1429.- «En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto.

Artículo 1696.- «La cesión *de posición contractual de arrendatario se rige por las normas pertinentes*» (la parte en cursiva es la que proponíamos modificar).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios».
>
> Artículo 1430.- «Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.
>
> La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria».

En tal sentido puede decirse que las citadas normas constituyen los preceptos generales que rigen el tema de la resolución contractual.

Pero, sin perjuicio de ello, el Código Civil establece, en algunos contratos típicos, determinadas disposiciones que rigen de manera dispositiva (no imperativa) la resolución contractual, como en el caso del contrato de compraventa (artículo 1559 y siguientes) o en el de suministro (artículos 1619 y 1620).

El Código Civil para el contrato de arrendamiento contempla cinco supuestos de resolución, todos ellos en el artículo 1697.

19.1.1. Resolución por falta de pago de la renta

De conformidad con lo establecido por el inciso 1 del artículo 1697 del Código Civil, el contrato de arrendamiento puede resolverse:

> «Si el arrendatario no ha pagado la renta del mes anterior y se vence otro mes y además quince días. Si la renta se pacta por periodos mayores, basta el vencimiento de un solo periodo y además quince días. Si el alquiler se conviene por periodos menores a un mes, basta que venzan tres periodos».

Como puede apreciar el lector, el inciso 1 del artículo 1697 contempla diversos supuestos de resolución por falta de pago de la renta por parte del arrendatario al arrendador.[1486]

El primero de ellos constituye la regla general, entendiendo por tal cuando el arrendamiento se pacta por periodos de un mes.

En tal sentido se requerirá del vencimiento de dos meses y quince días para que proceda resolver judicial o extrajudicialmente el contrato de arrendamiento.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1486 Al respecto, la Casación n.° 2466-2010-Loreto, de 1 de septiembre de 2010, emitida por la Sala Civil Transitoria, ha precisado que el proceso de desalojo tiene carácter resolutorio, es decir, (...) «el desarrollo del proceso y conclusión del mismo con sentencia estimatoria de la demanda constituye la propia declaración de resolución del contrato de arrendamiento sin necesidad de declaración expresa (...)». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1233.

Como hemos expresado, estimamos que las disposiciones del artículo 1697 no son imperativas. Ello significa que las partes podrían pactar la posibilidad de una resolución contractual en un periodo menor, tal como establece el artículo 1698 del propio Código Civil. Sin embargo, esta norma es clara al señalar que ello no procederá, tratándose de casas-habitación comprendidas en leyes especiales, si no se han cumplido por lo menos dos mensualidades y quince días sin que se hubiese pagado la renta.

Sin embargo, cabe formular la apreciación de que en la actualidad se encuentran derogadas todas esas leyes especiales, en particular, el Decreto Ley n.° 21938 (antigua Ley del inquilinato) y su respectivo reglamento. Pero de ello nos ocuparemos al estudiar los alcances del artículo 1698.

El segundo supuesto de resolución, planteado por el inciso 1 del artículo 1697, es la resolución por falta de pago en caso la periodicidad de la renta se hubiese pactado por periodos mayores a un mes.

Podría ser el caso, por ejemplo, de periodos bimensuales, trimestrales, semestrales o anuales.

En estos casos bastará el vencimiento de un solo periodo y quince días más. Esta solución reviste plena lógica en el sentido de que si los periodos resultan mayores a un mes, el incumplimiento de un periodo ya constituye un incumplimiento de notoria importancia (de modo tal que, en realidad, el plazo para que el arrendador perjudicado pueda resolver el contrato debería ser menor).

Finalmente, la ley contempla, en el inciso 1 del artículo 1697, el supuesto de que el alquiler se convenga por periodos menores a un mes. Como podría ser el caso de periodos de un día, de una semana o de una quincena, por ejemplo.

En estos casos, según el Código Civil, bastará que hayan vencido tres de esos periodos para que proceda la resolución.

19.1.2. Resolución por incumplimiento previo proceso judicial

El inciso 2 del artículo 1697 establece el derecho del arrendador para resolver el contrato de arrendamiento en caso de haberse producido cualquiera de los tres supuestos de incumplimiento contemplados en el inciso 1 del artículo 1697, y si el arrendatario necesitó que hubiese contra él sentencia para pagar todo o parte de la renta y, en adición a ello, se vence con exceso de quince días el plazo siguiente sin que haya pagado la nueva renta devengada.

No consideramos acertada la inclusión del inciso 2 del artículo 1697, ya que si tuvo que seguirse un proceso judicial de resolución por incumplimiento (basado en el inciso 1 del propio artículo 1697), y el arrendatario fue vencido en juicio, condenándosele a desalojar el inmueble y además a pagar las rentas atrasadas, ya se habría producido un caso de resolución judicial. Por tal razón, sería innecesario,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en el terreno teórico y en el práctico, que se vuelva a resolver el contrato, judicial o extrajudicialmente, por falta de pago de un periodo adicional de quince días. Ello carece de sentido.

Estamos convencidos de que el inciso 2 del artículo 1697, en virtud de lo señalado, no se refiere a la norma precitada.

En cambio, sí está referido al caso particular de que el arrendador hubiese demandado al arrendatario no la resolución del contrato por falta de pago, sino solamente el pago de las rentas atrasadas.

19.1.3. Resolución por cambio de destino

De acuerdo con lo establecido por la primera parte del inciso 3 del artículo 1697 del Código Civil, el contrato de arrendamiento puede resolverse si el arrendatario da al bien un destino diferente de aquel para el cual se le concedió expresa o tácitamente.

Esta causal de resolución resulta plenamente lógica y debe ser concordada, necesariamente, con lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 1681 del propio Código.

En tal sentido, cuando en el artículo 1681 se hace referencia al destino que se le concedió al bien en el contrato, ello concuerda con el destino que se le concedió expresamente, contemplado por el artículo 1697 en su inciso 3.

Asimismo, lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 1681, en cuanto al destino que pueda presumirse de las circunstancias, debe entenderse en concordancia con lo señalado en el inciso 3 del artículo 1697, cuando se hace referencia al destino que se le concedió tácitamente.

A mayor abundamiento sobre el particular, remitimos al lector a nuestras expresiones vertidas con ocasión del análisis de las obligaciones del arrendatario, en especial lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 1681.

19.1.4. Resolución por permitir actos contrarios al orden público o a las buenas costumbres

De conformidad con lo dispuesto por la segunda parte del inciso 3, del artículo 1697 del Código Civil, el contrato de arrendamiento puede resolverse si el arrendatario permite que en el bien se realicen actos contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

Pensamos que lo dispuesto en este extremo de la norma bajo comentario debe ser plenamente concordado con lo establecido en el inciso 7 del artículo 1681 del propio Código, a cuyo comentario remitimos al lector.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

19.1.5. Resolución por subarrendar el bien contra pacto expreso o sin asentimiento escrito del arrendador

De acuerdo con lo prescrito por el inciso 4, del artículo 1697 del Código Civil, el contrato de arrendamiento puede resolverse si el arrendatario subarrienda el bien contra pacto expreso o sin asentimiento del arrendador.

En torno a este tema, ya hemos manifestado nuestra opinión al comentar lo dispuesto por el inciso 9 del artículo 1681, así como el contenido de los artículos 1692 a 1695, motivo por el cual remitimos al lector a lo ahí expresado.

19.1.6. Resolución por ceder el arrendamiento contra pacto expreso o sin asentimiento escrito del arrendador

El inciso 4 del artículo 1697 del Código de 1984 establece que el contrato de arrendamiento puede resolverse si se cede el arrendamiento contra pacto expreso o sin asentimiento del arrendador.

Este tema ha sido materia de comentario de nuestra parte al analizar el inciso 9 del artículo 1681, así como el artículo 1696, norma expresa sobre cesión del arrendamiento, razón por la cual remitimos al lector a lo allí expresado.

19.1.7. Resolución del arrendamiento por incumplimiento de cualquier otra obligación

De conformidad con lo establecido por el inciso 5 del artículo 1697, el contrato de arrendamiento puede resolverse si el arrendador o el arrendatario no cumplen cualesquiera de sus obligaciones.

Esta norma resulta bastante ilustrativa, mas no indispensable.

Como sabemos, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1428 y 1429 del Código Civil, la parte que se considere afectada por el incumplimiento de la contraria puede resolver el contrato de arrendamiento, ya sea de manera judicial o extrajudicial, de conformidad con los procedimientos establecidos en las normas mencionadas.

Sin embargo, en cualquier contrato, y en el arrendamiento en particular, debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo 1430 del Código Civil en torno a la llamada cláusula resolutoria expresa.

El citado precepto establece lo siguiente:

> Artículo 1430.- «Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.
>
> La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Lo prescrito por el artículo 1430 lleva, necesariamente, a que la causal de incumplimiento, materia de la misma, deba encontrarse expresamente establecida como tal para que el arrendador (o el arrendatario) pueda hacer uso de la cláusula resolutoria expresa, es decir, establecida como causal de resolución contractual expresa.

Ello significa que debe existir una cláusula en el contrato en donde se establezca con toda precisión qué obligaciones son materia del pacto descrito por el artículo 1430 del Código Civil, vale decir, qué obligaciones están contenidas dentro de la llamada cláusula resolutoria expresa.

Ello no significa que necesariamente tenga que repetirse o copiarse de nuevo el texto de todas las obligaciones que se desee incluir dentro de la referida cláusula, pues bastaría que en ella se hiciera referencia a los números de las cláusulas contractuales en las que se encuentren insertas las referidas estipulaciones.

Pero lo que sí resultaría insuficiente sería que se redactase una cláusula genérica en donde se estableciera la posibilidad de hacer valer el mecanismo del artículo 1430: «Ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en el contrato». Ello desnaturalizaría el sistema de la cláusula resolutoria expresa, la cual también debe entenderse como cláusula resolutoria expresa y específica (esto resulta contrario al empleo de generalidades, las cuales no tendrán valor alguno en cuanto a esta materia).

19.1.8. Resolución por falta de pago de la renta en inmuebles sujetos a leyes especiales

De conformidad con lo establecido por el artículo 1698 del Código Civil peruano:

> Artículo 1698.- «La resolución por falta de pago de la renta se sujeta a lo pactado, pero en ningún caso procede, tratándose de casas-habitación comprendidas en leyes especiales, si no se han cumplido por lo menos dos mensualidades y quince días».

No debe olvidarse que el Código Civil peruano data de 1984 y en esa fecha se encontraban vigentes determinadas disposiciones especiales en torno a regímenes de aparente protección a los arrendatarios, fundamentalmente el Decreto Ley n.° 21938 y su reglamento, el Decreto Supremo n.° 052-77-VC.

Esta disposición se enmarcaba dentro de la antigua política que tendía a otorgar determinadas ventajas a los arrendatarios de casas-habitación en sus respectivos contratos frente a los arrendadores. Esta materia puede apreciarse claramente de la lectura del antiguo Decreto Ley n.° 21938, al cual hemos hecho referencia.

En adición a lo expuesto debemos señalar que esta política sin duda resultó ser perjudicial para los propios arrendatarios, ya que generó una falta de incentivo muy grande entre los inversionistas para construir viviendas de casa-habitación.

FONDO EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

Como se sabe, todas las normas especiales sobre la materia fueron derogadas durante el Gobierno que ejerció funciones entre los años 1990 y 2000, razón por la cual el artículo 1698 hoy carece de aplicación práctica.

Sin embargo, resulta necesario subrayar que los plazos que señalaba el referido dispositivo eran de orden público, dada la naturaleza protectora de la norma.

20. Conclusión del arrendamiento

20.1. Consideraciones generales

En el capítulo séptimo y último del título referido al contrato de arrendamiento se legisla acerca de la llamada conclusión del arrendamiento, que no es otra cosa que un conjunto de disposiciones relativas a la resolución del contrato por vencimiento del plazo.

Sin embargo, el legislador de 1984 ha preferido regular el tema bajo el nombre de conclusión del arrendamiento, a pesar de tratarse de supuestos de resolución del contrato, esta vez por vencimiento del plazo.

Pero ello se explica en la medida en que se ha intentado establecer un conjunto de procedimientos y consecuencias derivados de la finalización del referido contrato, que en estricto detallan, de una manera minuciosa, aquello que ocurre luego de resuelto éste por vencimiento del plazo.

20.2. Conclusión de arrendamiento de duración determinada

En virtud de lo establecido por el artículo 1699 del Código Civil:

> Artículo 1699.- «El arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas».

El artículo 1699 se explica por sí solo, en la medida que el plazo resolutorio implica que, al vencer su término final, el contrato deja de surtir efectos.

Si un contrato deja de surtir efectos, las partes ya no se encuentran obligadas a continuar cumpliendo ninguna obligación, pues las mismas han dejado de tener la condición de tales.

Por lo tanto, si nos centramos en el caso del arrendamiento propiamente dicho, podríamos decir que si bien el arrendatario ya no estará obligado a seguir pagando la renta convenida, el arrendador tampoco estará obligado a seguir permitiendo que el arrendatario continúe en uso del bien.

En razón de ello se entiende que al no requerirse o no ser necesario que tratándose de un contrato de arrendamiento a plazo determinado, al vencer el término final, el arrendador curse aviso alguno al arrendatario para que se entienda

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

vencido el plazo, ya que los plazos resolutorios determinados no vencen en virtud de ningún aviso, sino del simple curso del tiempo.

20.3. Consecuencias de la conclusión del arrendamiento de duración determinada

En razón de lo establecido por el artículo 1700 del Código Civil:

> Artículo 1700.- «Vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento».

El citado numeral tuvo como antecedente al artículo 1532 del Código Civil de 1936, precepto que establecía una disposición absolutamente distinta de la que actualmente rige. Así, el citado artículo del Código derogado establecía, en su primer párrafo, lo siguiente:

> Artículo 1532.- «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».

Esto significaba que, de acuerdo con el régimen anterior, era necesario que el arrendador solicitara la devolución del bien dentro de los quince días siguientes al vencimiento del plazo, y si ello no se producía y el arrendatario continuaba en el uso del bien, simple y llanamente se producía una prórroga del plazo, el cual pasaba a ser indeterminado.

La situación descrita, que rigió hasta 1984, era injusta en la medida que no debía cambiar la naturaleza del plazo del arrendamiento por la sola circunstancia de que el arrendador no hubiese reclamado la devolución del bien dentro de un determinado plazo, teniendo en cuenta que el arrendador, como cualquier acreedor que se encuentre frente a un deudor incumpliente, puede optar entre exigir el cumplimiento o no reclamarlo si no le fuera urgente o necesario beneficiarse del mismo.

Dentro de tal orden de ideas, la solución del artículo 1700 del Código de 1984 nos parece totalmente justa, con las salvedades de orden teórico que vamos a expresar seguidamente.

El citado numeral establece que en el supuesto planteado por la norma no se entiende que haya renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento.

La expresión antes citada resulta un tanto confusa, en la medida en que uno podría preguntarse, con toda razón, cómo resulta posible que no se entienda la existencia de la renovación tácita del contrato, sino la mencionada «continuación del arrendamiento».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Y es que, en efecto, no existe renovación tácita del contrato. Lo que existe es una prórroga tácita del término final del contrato celebrado. Ello no porque haya habido un convenio de las partes al respecto, sino por el hecho de que el Derecho Civil peruano adopta como regla para la constitución en mora aquella que establece la necesidad de interpelar al deudor para que la mora exista.

En tal sentido, si el arrendador no reclama al arrendatario la devolución del inmueble arrendado, el Derecho asume que durante el lapso que demore la entrega del mismo no deberá entenderse que hay mora, sino simple demora, situación que no acarrea consecuencias jurídicas negativas en contra del arrendatario.

En tal virtud, se configura una situación de *statu quo* en donde, obviamente, rigen las estipulaciones del contrato de arrendamiento celebrado sobre el cual no se ha producido prórroga alguna, sino que simplemente, en virtud de esa especie de prórroga tácita del plazo, se mantendrá vigente con las estipulaciones convenidas hasta que el arrendador decida hacer valer sus derechos, judicial o extrajudicialmente, referentes a la devolución del inmueble.[1487]

Dentro de tal orden de ideas podemos afirmar que el artículo 1700 del Código Civil concuerda plenamente con lo prescrito por el artículo 1333 (primer párrafo), debiéndose entender que el arrendatario no se encuentra en situación moratoria hasta que el arrendador le reclame la devolución del bien.[1488]

Por otra parte, debe repararse en que el artículo 1700 indica que el contrato continúa bajo sus mismas estipulaciones.[1489] Como lo hemos señalado, ello resulta obvio, salvo que en el propio contrato se hubiese contemplado una situación como la descrita, la misma que sin que implicase mora establezca que, al cabo del

1487 La Casación n.° 918-2002-Lima, de 14 de agosto de 2002, emitida por la Sala Civil Transitoria, ha señalado que, una vez concluido el plazo del contrato de arrendamiento, «la condición del arrendador no es de un ocupante precario, ya que el contrato de arrendamiento, si antes no se ha solicitado la devolución del inmueble, sigue vigente y bajo las condiciones en un inicio pactadas, siendo que en tal supuesto el arrendador puede solicitar la devolución del bien en cualquier momento (...)». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1240.

1488 Al respecto, el Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación n.° 2195-2011-Ucayali), de 13 de agosto de 2012, establece en su considerando 5.2., lo siguiente: «(...) no constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700 del Código civil, dado que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Dada esta condición, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título (...)». Véase en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ee071b0045166a0eb8bdb9279eb5db9a/Cuarto+Pleno+Casatorio.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ee071b0045166a0eb8bdb9279eb5db9a

1489 En este sentido, se ha pronunciado la Casación n.° 2459-2002-La Libertad, de 28 de mayo de 2004, emitida por la Sala Civil Permanente. El considerando cuarto prescribe que «vencido el plazo del contrato de arrendamiento sujeto a duración determinada y el arrendatario permanece en uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento bajo las mismas estipulaciones; infiriéndose (...) que no se genera una nueva relación contractual (...) creándose así la figura del arrendamiento de duración indeterminada (...)». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1238.

vencimiento de dicho término, alguna o algunas de las condiciones del arrendamiento variarán, en especial, lo dispuesto en torno al monto de la renta convenida.

Antes de concluir las referencias al artículo 1700 del Código Civil creemos pertinente tratar acerca de los efectos de la prórroga en relación a las garantías.

En tal sentido, recordaremos las expresiones vertidas por el profesor Bigio,[1490] quien sostiene al respecto que cuando la garantía se ha otorgado por un plazo determinado, se está en presencia de un contrato accesorio sujeto a plazo resolutorio, cuyos efectos cesan automáticamente a su vencimiento.

Cita como ejemplo el caso en que se celebra un contrato de arrendamiento con un plazo de duración de dos años y el fiador garantiza el cumplimiento de las obligaciones del arrendatario por un plazo de dos años, supuesto en el cual tal fianza se extingue a su vencimiento, de tal manera que si el arrendatario permanece en el uso del bien sin oposición del arrendador y continúa el contrato, tal continuación debe entenderse en el ámbito privado de las relaciones entre arrendador y arrendatario, sin que dicha circunstancia influya en el contrato de fianza. A este respecto, agrega Bigio, debe tenerse presente que si bien la fianza es un contrato accesorio, es independiente del arrendamiento.

Por el contrario, indica que si la fianza se ha otorgado sin un plazo determinado y se ha convenido, por ejemplo, que la fianza subsistirá durante todo el tiempo que el arrendatario permanezca en el uso del bien, tal fianza sólo se extinguirá cuando el contrato principal, o sea, el arrendamiento concluya por cualquiera de las causas establecidas por la ley o por el contrato.

20.4. Conclusión del arrendamiento que incluya periodos forzosos y voluntarios

El artículo 1701 del Código Civil establece lo siguiente:

> Artículo 1701.- «En el arrendamiento cuya duración se pacta por periodos forzosos para ambas partes y voluntarios a opción de una de ellas, los periodos 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 periodos forzosos o cada uno de los voluntarios.
>
> El aviso a que se refiere el párrafo anterior debe cursarse con no menos de dos meses de anticipación al día del vencimiento del respectivo periodo, si se trata de inmuebles, y de no menos de un mes, en el caso de los demás bienes».

El numeral antes trascrito tiene directa relación con lo establecido por el artículo 1691 del propio Código Civil, precepto que señala que el arrendamiento puede ser celebrado por periodos forzosos y periodos voluntarios, pudiendo ser éstos en favor de una o ambas partes. En tal virtud, remitimos al lector a lo allí expresado.

1490 Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, pp. 151 y 152.

EDICIONES MARIO CASTILLO FREYRE

Sin perjuicio de ello, diremos que el artículo 1701 está directamente referido al arrendamiento que contemple la existencia de uno o más plazos voluntarios, todos ellos dejados a opción de una sola de las partes.

Debe señalarse que este numeral es una de las normas del Código Civil que otorga al silencio valor legal de manifestación de voluntad positiva, ya que establece que si la parte que goza de dicha opción no avisa a la otra que el arrendamiento concluirá al finalizar los periodos forzosos o cada uno de los voluntarios, el siguiente periodo voluntario se convertirá automáticamente en forzoso.[1491]

Se puede decir que esta norma constituye una excepción expresa a lo dispuesto por el artículo 142 del Código Civil, precepto que señala lo siguiente:

> Artículo 142.- «El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado».

En torno al plazo mínimo establecido en el segundo párrafo de la norma, en el sentido de que dicho aviso debe cursarse con no menos de dos meses de anticipación al día del vencimiento del respectivo periodo, si se trata de inmuebles, y de no menos de un mes en el caso de los demás bienes, debemos formular determinadas precisiones.

En primer término consideramos una demasía haber señalado en la última parte de la norma la expresión «los demás bienes», pues si se está haciendo alusión a aquellos bienes que no son inmuebles, hubiera bastado con referirse directamente a los bienes muebles (ya que, de acuerdo con la ley peruana los bienes se clasifican en muebles e inmuebles, no existiendo una tercera categoría de acuerdo con su movilidad).

En segundo término entendemos que el legislador, al redactar el segundo párrafo del artículo 1701, pensó en los contratos de arrendamiento pactados con una duración de al menos un año, supuesto que puede ser el más común o representativo de este contrato, pero no necesariamente el único.

Entendemos que este ha sido el pensamiento del legislador en la medida en que si el plazo resultara menor, la anticipación de dos meses (para inmuebles) y de un mes (para muebles) podría resultar excesiva.

Independientemente de la redacción del segundo párrafo del artículo 1701 bajo comentario, entendemos que los plazos mínimos establecidos son solo normas de carácter dispositivo, vale decir, regirán si las partes no han dispuesto algo distinto.

1491 Al respecto, la Casación n.° 2770-98-Callao, de 25 de mayo de 1999, emitida por la Sala Civil Transitoria, ha establecido lo siguiente: «a diferencia de los períodos forzosos, los voluntarios dependen de una sola de las partes; y éstos se irán convirtiendo en forzosos, uno a uno, si la parte a la que se le concedió la opción no notifica a la otra que el arrendamiento concluirá al finalizar el período forzoso o cada uno de los voluntarios». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1242.

Decimos esto pues entendemos que en nada perturbaría los derechos del arrendatario o del arrendador si las partes pactasen plazos mínimos distintos, en tanto conviniese a sus intereses.

De otro lado debemos mencionar que el artículo 1702 del Código Civil establece el caso de conclusión del arrendamiento en caso los periodos sean voluntarios para ambas partes, vale decir, cuando existiere una opción recíproca:

> Artículo 1702.- «Si en el contrato se establece que los periodos 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 periodos forzosos».

En tal sentido, a estos efectos también remitimos al lector a lo dispuesto por el artículo 1691 comentado oportunamente.

Además, hacemos de aplicación a esta norma los comentarios vertidos con ocasión del análisis del artículo 1701.

20.5. Conclusión del arrendamiento de duración indeterminada

En virtud de lo prescrito por el artículo 1703 del Código Civil:

> Artículo 1703.- «Se pone fin a un arrendamiento de duración indeterminada dando aviso judicial o extrajudicial al otro contratante».

El artículo 1703 se encarga de establecer la manera como se pone fin a un contrato de arrendamiento de duración indeterminada.

Como se recuerda, el contrato de arrendamiento de duración indeterminada es aquel en el cual las partes han pactado el término inicial mas no el término final, vale decir, se sabe cuándo comienza a surtir efectos dicho contrato, pero no se ha convenido el momento en que el mismo dejará de surtir efectos.[1492]

En tal sentido que un contrato sea de duración indeterminada no significa necesariamente que ese contrato sea eterno, vale decir que las partes deban respetar a perpetuidad su vigencia.

Lo único que significa es que no se sabe cuándo concluirá.

Dentro de tal orden de ideas, el plazo indeterminado podrá concluir cuando cualquiera de las partes lo considere conveniente, para lo cual deberá manifestar esa voluntad a la parte contraria.

1492 La Casación n.° 299-2004-Arequipa, de 7 de septiembre de 2005, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social, ha señalado que la carta notarial enviada por el arrendador con el propósito de poner fin al arrendamiento que había devenido en uno de duración indeterminada, constituye un aviso extrajudicial a los arrendatarios que hace fenecer «el vínculo arrendaticio». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1242.

Con esto queremos expresar que tanto el arrendador como el arrendatario gozan de la facultad de poner fin al plazo del referido contrato.

En virtud de lo establecido por el artículo bajo comentario, la parte interesada en dar por concluido el contrato deberá manifestar a la otra su voluntad en tal sentido, ya sea judicial o extrajudicialmente.

En lo que respecta al aviso extrajudicial, la ley no establece formalidad alguna; vale decir, el arrendador o el arrendatario podría expresar esa voluntad a través de cualquier medio como, por ejemplo, desde una carta notarial, una carta simple, un facsímil, un correo electrónico, e incluso de manera verbal.

Obviamente, resulta recomendable que se haga a través de un medio del cual quede constancia, a efectos de cualquier problema ulterior.

Con relación a este tema debemos reparar en que el Código Civil no ha establecido ningún periodo mínimo para que surta efectos la comunicación extrajudicial. Esto significa que la comunicación extrajudicial que da por concluido el término final de un contrato de arrendamiento surtirá efectos desde el mismo momento en que llegue al domicilio de la parte contraria (argumento de los artículos 1373 y 1374 del Código Civil peruano).

No se ha concedido un periodo mínimo para que surta efectos dicha comunicación, al estilo de lo prescrito por los artículos 1701 y 1702 para el caso de la conclusión de los contratos de arrendamiento con periodos voluntarios que tengan opción única u opción recíproca.

Pensamos que tal vez hubiese sido conveniente establecer un precepto de carácter dispositivo que señalara, salvo que las partes estableciesen algo distinto, que dicha comunicación extrajudicial surtirá efectos un mes después de llegar a destino.

Cuando el artículo 1703 hace referencia a la finalización del contrato a través de la vía judicial, ello significa que se llevará a cabo a través de la notificación con la demanda de desalojo u otra similar.

20.6. Consecuencias de la no restitución del bien ante cualquier supuesto de conclusión del arrendamiento

En virtud de lo establecido por el artículo 1704 del Código Civil:

> Artículo 1704.- «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 periodo precedente, hasta su devolución efectiva. El cobro de cualquiera de ellas no importará la continuación del arrendamiento».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En palabras de Jack Bigio,[1493] este dispositivo tiene por objeto complementar lo previsto en los artículos 1700 y 1703 para los contratos de duración determinada e indeterminada, respectivamente.

Refiere Bigio que los contratos de duración determinada continúan, según sus mismas estipulaciones, más allá del vencimiento del plazo originalmente previsto por las partes, según el texto del artículo 1700 del Código Civil. Por tanto, dichos contratos perduran hasta que el arrendador solicite su devolución o hasta que, en su caso, el arrendatario los dé por concluidos. En otros términos, los citados contratos mantienen su vigencia hasta que se produzca la exigencia de devolución señalada o cuando el arrendatario, en su caso, lo restituya al arrendador.

Agrega, por otro lado, que los contratos de duración indeterminada concluyen cuando cualquiera de las partes así lo señale, mediante un aviso que puede ser judicial o extrajudicial.

Según indica Bigio, ante tal exigencia o aviso, el arrendatario puede proceder a entregar el bien arrendado, en cuyo caso, el presente dispositivo no tendrá aplicación alguna, el asunto se habrá resuelto en un debido cumplimiento de las obligaciones del arrendatario; pero para los casos en los que éste continúe en el uso del bien es necesaria una norma que establezca la sanción correspondiente.

Estima el citado profesor que el artículo 1704 debe entenderse en el sentido de que vencido el plazo del contrato (duración determinada) o cursado el aviso de conclusión del contrato (duración indeterminada) no se está produciendo todavía la sanción regulada.

De esta forma, la sanción prevista en este artículo se produce sólo cuando, en el caso del contrato de duración determinada, no sólo se ha vencido el plazo, sino que, además, el arrendador ha exigido la devolución del bien, y en el caso del contrato de duración indeterminada, el arrendador no sólo ha dado el aviso judicial de terminación del contrato (artículo 1703), además, lo que puede haber ocurrido conjuntamente, ha exigido la devolución del bien.

Refiere, además, que en el entendido de que ya no existe contrato de arrendamiento vigente, el legislador regula la obligación del arrendatario de pagar una suma que no denomina «renta», sino «una prestación igual a la renta del periodo precedente», la misma que deberá abonarse hasta la devolución efectiva del bien en favor del arrendador, obligación legal que, según Bigio, tiene por objeto impedir que el exarrendatario pueda eludir el pago de lo que corresponde por el uso del bien o pueda someter al arrendador a la necesidad de perseguir el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

Por nuestra parte, y en primer término, debemos señalar que el artículo 1704 antes transcrito, se refiere a las consecuencias de la no restitución del bien por parte

1493 Bigio Chrem, Jack, pp. 156-158.

del arrendatario al arrendador ante cualquier supuesto de conclusión del contrato de arrendamiento, incluyendo cualquiera de las modalidades de conclusión a las que nos hemos referido en páginas anteriores.

Dentro de tal orden de ideas, lo que se habría configurado es el incumplimiento de una obligación de dar por parte del arrendatario, ya que, como se recuerda, las obligaciones de dar no solamente implican aquellas por las cuales el deudor se encuentra comprometido a la entrega de un bien, sino aquellas otras en las cuales debe devolverlo.

El artículo 1704 señala que, en tal eventualidad, el arrendador tiene derecho a exigir la devolución del bien, vale decir, a exigir la ejecución forzosa de la obligación de dar.[1494]

En este caso entendemos que no habría problemas para entender el empleo de la fuerza pública en la ejecución de esta obligación, ya que dicha fuerza no implicará acción alguna contra la persona del deudor (arrendatario), límite natural del Derecho para este tipo de acciones.

En segundo lugar, el artículo 1704 del Código Civil establece que el arrendador tendrá derecho al cobro de la penalidad convenida.

Entendemos por penalidad convenida aquella derivada de una cláusula penal.

Como se recuerda, en virtud de lo establecido por el artículo 1341 del Código Civil:

> Artículo 1341.- «El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores».

Además, el artículo 1342 agrega:

> Artículo 1342.- «Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación».

Teóricamente, el pactar una penalidad tiene diversos efectos.

1494 La Casación n.° 2493-2000-Lima, de 30 de noviembre de 2000, emitida por la Sala Civil, ha señalado que «el hecho de dar por concluido el contrato de arrendamiento, significa que el arrendador tiene derecho a exigir la devolución del bien, lo que no convierte al inquilino en ocupante precario (...)». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1245.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Uno de ellos es de carácter disuasivo, pues conmina al deudor a dar cumplimiento a la obligación, ya que de lo contrario se verá perjudicado por el acaecimiento de la penalidad.

La segunda finalidad de la cláusula penal es la de no tener que discutir en juicio la cuantía de los daños y perjuicios sufridos, e incluso ni siquiera la existencia de los mismos. Esto parecería deducirse del texto del artículo 1343 del propio Código Civil peruano, cuando establece:

> Artículo 1343.- «Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario».

Si bien es cierto que en el plano teórico están presentes estas dos funciones de la cláusula penal, no necesariamente ambas tienen correlato práctico en el Perú, ya que en virtud de lo establecido por el artículo 1346 del propio Código Civil:

> Artículo 1346.- «El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida».

No cabe duda de que el contenido del artículo 1346 resulta en extremo discutible y ha generado abundante polémica desde la entrada en vigencia del Código Civil de 1984 (más allá de que su antecesor, el Código Civil de 1936, contenía un precepto similar).

Dada la existencia del artículo 1346, si el arrendatario es una persona incumplida e incurre en mora para la desocupación del inmueble, podría llegarse al extremo de que el arrendador se vea precisado a iniciar un proceso judicial para la desocupación del bien, exigiendo al arrendatario el pago de la penalidad convenida. Por su parte, el arrendatario podría reclamar al juez la reducción o eliminación de la penalidad, conduciendo inevitablemente al arrendador a la necesidad de probar los daños y perjuicios sufridos, materia que —sin duda— en la mayoría de casos se tornará sumamente difícil, ya que se alegará que el pago de una suma igual a la renta que se venía pagando será suficiente para resarcir cualquier perjuicio sufrido por el arrendador.

Las penalidades relativas al contrato de arrendamiento suelen pactarse de las más diversas formas y estilos. Es común que se establezca el pago de una determinada suma de dinero por cada día, semana o mes que demore el arrendatario en desocupar el bien.

Por otra parte, el artículo 1704 bajo comentario refiere expresamente que, en defecto de penalidad convenida, el arrendador tendrá derecho a cobrar una prestación igual a la renta del periodo precedente hasta la devolución efectiva del bien.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Entendemos que esta disposición tiene carácter fundamentalmente subsidiario, vale decir, se entiende que el arrendador deberá cobrar la renta si no se ha pactado penalidad.

En este punto queremos efectuar ciertas precisiones.

Cabe la posibilidad de que se hubiera pactado que, ante la no desocupación del bien en tiempo oportuno, el arrendatario deberá pagar al arrendador cualquiera de las penalidades de estilo a las que hemos hecho referencia. Pero también cabría la posibilidad de que se hubiese pactado no una penalidad de aquéllas, sino que, a partir de la no desocupación del bien, la renta aumentaría a una suma determinada.[1495]

En esta última eventualidad no consideramos que una estipulación de tales características necesariamente constituya una penalidad, pues podría interpretarse, simplemente, como un aumento del monto de la renta.

Dentro de este orden de ideas podría presentarse un caso en el cual estemos en presencia de este aumento del monto de la renta y que, a la par, se hubiese convenido una penalidad moratoria diaria, semanal o mensual.

En este caso, el cobro de esta penalidad diaria, semanal o mensual no será obstáculo alguno para que rija el aumento de la renta, hasta el momento de la desocupación del bien.

Con ello queremos expresar que podría presentarse la concurrencia de la renta (incrementada) y de la penalidad, debiéndose pagar ambas. En estos casos, sólo cabría al arrendatario-deudor demandar la reducción de la penalidad diaria, semanal o mensual, mas no de la renta con el aumento correspondiente.

De lo expresado se deduce que el carácter supletorio del cobro de una cantidad, similar a aquella que se venía pagando como renta, regirá para aquellos casos en los cuales no se hubiese establecido su incremento, pues, de lo contrario, el arrendatario debería pagar la suma mayor.[1496]

Sin embargo, cabe también la posibilidad de que las partes hubiesen pactado como penalidad el pago de una suma diaria, semanal o mensual, pero sin alterar el monto de la renta.

En este caso no estamos convencidos de que sólo deba pagarse la penalidad y no la renta, en la medida en que dicha penalidad podría haberse entendido

1495 La Casación n.° 2120-2001-Lima, de 14 de diciembre de 2001, emitida por la Sala Civil Transitoria, ha señalado que el artículo 1704 del Código Civil otorga, al arrendador, dos posibilidades alternativas y no concurrentes. Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1245.

1496 De acuerdo a lo establecido en la Casación n.° 2620-2002-La Libertad, de 15 de enero de 2003, emitida por la Sala Civil Transitoria, «se advierte que el concepto de la penalidad no tiene mérito ejecutivo (...) dejándose por ello a salvo su derecho para que lo haga efectivo en la vía correspondiente». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1244.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

como un suplemento a la propia renta. Así, si solamente se pagase dicha penalidad, estaríamos en presencia de una suma ínfima. Sin duda, en estos casos, lo que debería corresponder es el pago de la suma de la renta que se venía pagando y de la penalidad pactada.

En cambio, sería discutible el carácter subsidiario de la renta si el monto de la penalidad fuese verdaderamente alto. Ello, en la medida en que esta penalidad no se apreciaría ya como suplemento de la renta, sino como sustituto de la misma.

Finalmente, para concluir nuestros comentarios sobre el artículo 1704 del Código Civil, debemos expresar que la última parte del mismo (esto es, «el cobro de cualquiera de ellas no importará la continuación del arrendamiento») resulta una expresión un tanto ambigua, pues esos pagos constituyen la ejecución de una situación que no es sólo de hecho, sino de derecho, ya que la renta y la penalidad (o la suma de ambas) constituyen, en el fondo, renta dentro del aspecto civil. Más aún para el Derecho Tributario, sin lugar a dudas, constituyen renta, la misma que, para el caso de predios, estará necesariamente gravada por el 10 % de Impuesto a la Renta que deberá pagar el arrendador en cualquiera de los tres supuestos antes señalados al recibir el pago correspondiente del arrendatario.

Sin duda se trata de una de esas situaciones en las cuales priman los tonos grises, por sobre el blanco y el negro.

20.7. Otros supuestos de conclusión del arrendamiento sin necesidad de declaración judicial

En virtud del artículo 1705 del Código Civil se establecen cinco supuestos en los cuales concluye el arrendamiento sin necesidad de declaración judicial.[1497]

20.7.1. Conclusión del arrendamiento cuando el arrendador sea vencido en juicio sobre el derecho que tenía

Este supuesto puede entenderse de dos formas.

La primera, en el sentido de que el arrendatario se encuentra litigando con el propietario sobre el derecho de propiedad del bien arrendado. En este caso, si fuese el arrendatario quien venciese en el juicio, se habría producido un supuesto

1497 Artículo 1705.- «Además concluye el arrendamiento, sin necesidad de declaración judicial, en los siguientes casos:
1. Cuando el arrendador sea vencido en juicio sobre el derecho que tenía.
2. Si es preciso para la conservación del bien que el arrendatario lo devuelva con el fin de repararlo.
3. Por la destrucción total o pérdida del bien arrendado.
4. En caso de expropiación.
5. 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».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de consolidación, en la persona del arrendatario, de las calidades contradictorias de arrendador y arrendatario, consolidándose, por tanto, todas las obligaciones que hubieran existido entre ellos y extinguiéndose la relación contractual (situación que conduciría inexorablemente a la conclusión del arrendamiento).

Pero el inciso 1 del artículo 1705 bajo comentario, también admite una segunda interpretación en el sentido de que dicho proceso judicial se hubiera seguido entre el arrendador y un tercero, venciendo este último y, por tanto, siendo declarado con mejor derecho de propiedad sobre el bien.[1498]

Dentro de tal orden de ideas, no puede entenderse que hubiera concluido el contrato de arrendamiento en estricto, sino que el mismo habría concluido para el antiguo arrendador. En efecto, éste habría dejado de tener tal calidad, ya que el tercero, nuevo propietario del bien, pasaría a convertirse en nuevo arrendador.

20.7.2. Conclusión del arrendamiento cuando es necesario para la conservación del bien que el arrendatario lo devuelva con el fin de repararlo

Debemos expresar que el contenido del inciso 2 del artículo 1705 tiene estrecha relación con lo dispuesto por los artículos 1673 y 1674 del Código Civil, relativos a la necesidad de efectuar reparaciones en el bien, cuya magnitud pueda incluso ser considerable.

Así, los referidos artículos establecen cuáles son los derechos que tendría el arrendatario en tales circunstancias. En cambio, el artículo 1705 (inciso 2) estaría regulando un derecho del arrendador, ya que éste es un modo por el cual el arrendador puede recuperar el bien con el objeto de lograr su restauración o reparación.

Sin embargo, nos inclinamos a considerar que el propósito del legislador de 1984 ha sido el de asumir el supuesto regulado por el inciso 2 del artículo 1705, como una causal de orden objetivo, sin ánimo de beneficiar o perjudicar a ninguna de las partes (ya que la conclusión del contrato de arrendamiento, en sí misma, no tendría por qué beneficiar o perjudicar a alguien en especial).

20.7.3. Conclusión del arrendamiento por la destrucción total o por la pérdida del bien arrendado

El inciso 3 del artículo 1705 del Código Civil establece que concluye el arrendamiento por la destrucción o pérdida del bien arrendado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1498 La Casación n.° 593-97-Lima, de 9 de julio de 1998, emitida por la Sala Civil Transitoria, ha establecido «la conclusión del arrendamiento sin necesidad de declaración judicial, cuando el arrendador sea vencido en juicio sobre el derecho que tenía lo que está referido a la validez del título de propiedad y no a la transferencia de la propiedad (...)». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1248.

En primer término, como el contrato de arrendamiento versa sobre bienes ciertos, necesariamente debemos relacionar lo prescrito en este artículo con lo dispuesto por el artículo 1137 del Código Civil, norma que establece lo siguiente:

> Artículo 1137.- «La pérdida del bien puede producirse:
>
> 1. Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial.
> 2. Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.
> 3. Por quedar fuera del comercio».

Resulta evidente que la destrucción total del bien es considerada por la doctrina como uno de los supuestos de perecimiento, razón por la cual la destrucción total se enmarcaría dentro del primero de los supuestos del artículo 1137 antes citado.

Sin embargo, el legislador de 1984 ha errado al establecer en el inciso 3 del artículo 1705, como alternativa a la destrucción total, la pérdida del bien arrendado. Decimos esto, pues dentro de una adecuada sistemática, y en debida concordancia con lo establecido por el artículo 1137 del propio Código, la destrucción total es uno de los varios supuestos de pérdida del bien.

Se puede decir que entre la destrucción total y la pérdida existe una relación de especie a género. Por eso resultaba necesario mencionar la destrucción del bien y luego la pérdida del mismo, ya que haciendo referencia genérica a la pérdida se hubiera comprendido no solamente la destrucción total, sino también los supuestos de pérdida regulados por el citado artículo 1137.

Como se recuerda,[1499] el artículo 1137 del Código de 1984 recoge varios supuestos según los cuales la ley considera que se pierde un bien cierto, a cuya entrega se ha obligado un deudor con su acreedor. Se entiende que la pérdida origina diversas consecuencias desarrolladas por el artículo 1138, relativo a la teoría del riesgo.

El primer caso, contemplado por el inciso primero del artículo 1137, es aquel en el cual el bien perece. El perecimiento de un bien puede revestir diversas características. En primer lugar, si se tratase de un animal o de un ser vivo de otro género (por ejemplo, un vegetal), su perecimiento coincidirá con su muerte física. En los casos de seres vivos se entiende claramente cuál es el sentido del perecimiento. Sin embargo, el concepto no es tan claro en el caso de los bienes que no son seres vivos. Así, un vehículo perecerá, obviamente, cuando se destruya. Su perecimiento equivaldrá, entonces, a su destrucción total, situación que se produciría, por ejemplo, en el supuesto de que el vehículo se incendie totalmente. Como

1499 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*, primera parte, tomo II, p. 19 y ss.

expresa Eduardo Busso,[1500] la pérdida supone la destrucción total de la cosa, por oposición a los supuestos de destrucción parcial o de deterioro; y agrega que no pueden darse reglas fijas sobre el exacto alcance de cada uno de estos conceptos por cuanto la solución varía según las circunstancias de cada caso.

Busso añade que la pérdida total —entendida estrictamente— supone la destrucción integral de la cosa, tanto desde el punto de vista cuantitativo como del cualitativo; el aniquilamiento de su materia y de las aptitudes que le daban utilidad. Señala que sobre tal base cabría distinguir esa pérdida total de la pérdida parcial, que no alcanza la totalidad de la cosa, y del deterioro, que no consume su íntegra utilidad.

En adición a los conceptos enunciados, el mencionado tratadista argentino sostiene que, jurídicamente, el concepto no puede aplicarse con excesiva rigidez, debiéndose sujetar a la función del contrato y a la finalidad de las partes, y adecuándose la pérdida de la cosa a aquella utilidad que los contratantes hayan tenido en cuenta cuando pactaron la obligación que se refería a su entrega.

Por otra parte, debemos señalar que, para efectos prácticos, en el Derecho peruano puede no tener mayor importancia distinguir la destrucción total de la destrucción parcial. Esto ya que el daño parcial del bien, que lo hace inútil para el acreedor, también es supuesto de pérdida.

Se trataría del caso en que no se produce el perecimiento o destrucción total del bien, sino su notorio deterioro, pero aunque no se destruye totalmente, sufre un daño parcial que lo hace inútil para el acreedor. Un ejemplo de tal situación sería que un accidente destruyera toda la parte delantera de un automóvil, quedando inutilizados el motor y otras piezas fundamentales del mismo. En este caso sería posible sostener que no habría una destrucción total, y que, por lo tanto, el bien no habría perecido, pero será igualmente claro que el daño ocasionado al vehículo es de tal magnitud que lo hará totalmente inútil para el acreedor. Esta hipótesis también está prevista, como equivalente a pérdida, por el mismo inciso primero del artículo 1137 del Código Civil.

El inciso segundo del artículo mencionado señala el caso de que el bien desaparezca de modo tal que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.

De este inciso podemos extraer claramente dos supuestos distintos. El primero es la desaparición del bien sin que se tenga noticias de él. Vamos a consignar un ejemplo, a nuestro juicio, ilustrativo. Si una persona se hubiese obligado a entregar a otra una pelota de playa y, precisamente en la playa —evidentemente antes de la entrega—, jugando con esa pelota, la misma se introdujera en el mar y éste la arrastrara sin posibilidad de recuperación hasta perderse en el horizonte,

1500 Busso, Eduardo. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 93 y 94.

se habría configurado un supuesto en el cual el bien ha desaparecido sin tenerse idea de dónde puede estar, ya que las corrientes marinas podrían haberlo hecho llegar a cualquier parte.

Busso[1501] precisa que, en general, debe considerarse perdida la cosa por parte del deudor cuando, por cualquier circunstancia, se halle sustraída a sus poderes en forma que pueda estimarse definitiva. Busso señala que en la pérdida-destrucción interesa la extensión material del efecto sobre la substancia de la cosa: pérdida total, pérdida parcial, etc. En la pérdida-extravío (y, en general, en la pérdida-imposibilidad), lo que interesa es la prolongación del efecto en el tiempo. Según Busso, la calificación de «pérdida total» es reemplazada por la de «pérdida definitiva», asimilando las pérdidas temporarias, en cierta forma, a los deterioros.

El citado autor agrega que mientras la privación no sea definitiva, la obligación no debe considerarse extinguida, pues se crea simplemente un compás de espera. Señala, además, que esta suspensión sólo será admisible en la medida en que no conspire contra el logro de los fines del contrato, según la intención con que las partes lo hayan celebrado. Y, finalmente, añade que, en general, el retardo en la ejecución importa disminuir la utilidad de la prestación, existiendo, en tal forma, un paralelismo entre el riesgo de pérdida de la cosa (destrucción de su materia) —en estricto debería hablarse de pérdida de la contraprestación, si la hubiere— y el riesgo de ejecución tardía, que importa una inejecución parcial y puede justificar una liberación correlativa del acreedor, en la medida en que aquel retardo haya modificado el valor de la prestación.

Busso plantea también otro tema digno de atención: en los casos de pérdida por extravío que venimos estudiando, ¿qué pasaría si la cosa perdida reapareciera? Los autores franceses enseñan que, en este supuesto, la obligación renacería. Sin embargo, esta solución, en principio acertada, requiere, para su aplicación práctica en el Derecho peruano, de algunas precisiones. En efecto, si esa fuese la hipótesis, no podríamos sostener similar solución, puesto que en los términos del artículo 1137 el bien se habría perdido. Además, si las partes ya hubiesen comprobado dicha pérdida, debería entenderse que la obligación se ha extinguido, y para renacer se requeriría que las partes la crearan nuevamente a través de un nuevo contrato (si se tratase de esta fuente de las obligaciones). Lo contrario equivaldría a condenar a las relaciones jurídicas, en estos casos, a una inestabilidad sumamente peligrosa.

Un ejemplo del segundo supuesto de este mismo inciso segundo del artículo 1137 del Código Civil puede ser aquel en el cual un andinista se hubiese obligado frente a otro —compañero de aventuras— a entregarle su reloj, resistente a golpes fuertes y especial para efectuar dicha actividad de alturas y temperaturas extremas. En una excursión, al deudor se le cae el reloj a una grieta de una profundidad

1501 *Ibidem*, pp. 94 y 95.

de 50 metros en las alturas de la Cordillera de los Andes. Luego de caído el artefacto, y utilizando largavistas, los andinistas logran ubicar exactamente dónde se encuentra dicho bien. Sin embargo, constatan que, pese a conocer su ubicación, resulta físicamente imposible recuperarlo, teniendo en cuenta lo agreste de la zona y lo angosto de la grieta donde se encuentra.

El inciso tercero del artículo 1137 del Código Civil peruano establece que se considerará la pérdida de un bien cuando éste quede fuera del comercio. En realidad, los bienes se encuentran fuera del comercio en razón de alguna norma legal que así lo prescriba. Como decía Baudry-Lacantinerie en su *Tratado de Derecho Civil*, la regla general es que una cosa puede ser vendida; la excepción, que ella no puede serlo. Por tal razón, agregaba dicho autor, para que la venta de una cosa sea posible no es necesario que un texto de ley lo permita, basta que ninguna ley lo prohíba y que, por consiguiente, solo trataría de las cosas cuya venta está prohibida, para concluir, por el argumento a contrario, que las otras pueden ser vendidas. Estos mismos argumentos los podríamos aplicar, respecto de los bienes comercializables y no susceptibles de comercialización en sentido amplio.

En tal sentido, entendemos como bienes, dentro del comercio, a aquellos sobre cuya comercialización no recae ninguna restricción legal.

Antes de concluir nuestras referencias en torno al inciso tercero del artículo 1137 del Código Civil peruano debemos señalar que consideramos también comprendido en este inciso al supuesto de que un bien sea expropiado.

20.7.4. Conclusión del arrendamiento por expropiación

En virtud de lo establecido por el inciso 4 del artículo 1705 del Código Civil, también concluye el arrendamiento en caso de expropiación.

Podría ser una demasía el haber señalado la expropiación, ya que, como ha sido visto en nuestro análisis del punto anterior, se entiende que la expropiación es uno de los supuestos en los que el bien se pierde por quedar fuera del comercio de los hombres (inciso 3 del artículo 1137 del Código Civil); y así, por incluirse a la pérdida del bien arrendado en el inciso 3 del artículo 1705, no resultaba necesario reiterar el tema en el inciso 4. Sin embargo, al tratarse de un tema de interpretación, lo que abunda no daña.

20.7.5. Conclusión del arrendamiento por voluntad de los herederos del arrendatario

De conformidad con lo dispuesto por el inciso 5 del artículo 1705 del Código Civil, el arrendamiento concluye 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.

Este precepto merece ciertas precisiones.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En primer término debe recordarse que la condición de heredero se adquiere en el Perú (independientemente del momento en que se declare dicha condición) con retroactividad al momento de la muerte del causante.

Así lo dispone el artículo 660 del referido Código cuando señala:

> Artículo 660.- «Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores».

Sin embargo, el artículo 1705 (inciso 5) solamente alude a los herederos del arrendatario, mas no a los herederos del arrendador.

Uno podría preguntarse cuál es la razón por la que se ha restringido la aplicación de este numeral a los herederos del arrendatario.

La explicación se encuentra en que la norma no sólo contempla los derechos de estas personas por tener la condición de herederos, sino también porque dichos herederos se encuentran usando el bien, conjuntamente con el arrendatario, al momento de la muerte de este último.

Vale decir que el Código Civil establece la prerrogativa en favor de los herederos que usan el bien en el sentido de que, si lo consideran conveniente a sus intereses, comuniquen al arrendador que no continuarán con la relación contractual.

De más está decir que la norma bajo comentario es aplicable tanto si el arrendatario fallecido ocupaba el bien como casa particular o como local comercial (a título de persona natural y no jurídica), siempre y cuando haya venido usando dicho bien en compañía de quienes luego se convirtieron en sus herederos.

En adición a lo señalado, cabe expresar que el inciso 5 del artículo 1705 no establece distinción en lo que respecta al uso del bien.

Por otra parte, aunque en el citado numeral se emplea la palabra herederos (plural), no habría ningún inconveniente en considerar que se trate de un solo heredero, pues donde hay la misma razón debe haber el mismo derecho.

De otro lado, en caso de pluralidad de herederos que ocupen el bien podríamos preguntarnos cuál sería el modo en que debería adoptarse la decisión de dichos herederos de no continuar con la relación contractual.

Entendemos que la opción que brinda el inciso 5 bajo comentario podría ser ejercida por alguno, algunos o todos los herederos del arrendatario que ocupen el bien.

De esta forma si quedara algún heredero del arrendatario que no hubiese manifestado su voluntad de poner término a la relación contractual, en teoría podría ser ese heredero el que continuase teniendo la calidad de arrendatario, habiendo dejado de formar parte de dicha relación contractual todos aquellos herederos del arrendatario que así lo hubiesen manifestado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, el Código Civil ha optado por una solución distinta al establecer en el artículo 1710 lo siguiente:

> Artículo 1710.- «Si dos o más herederos del arrendatario usan el bien, y la mitad o el mayor número de ellos no manifiesta su voluntad de extinguirlo, continúa el contrato para éstos, sin ninguna responsabilidad de los otros.
>
> En tal caso, no subsisten las garantías que estaban constituidas en favor del arrendador. Este tiene, sin embargo, el derecho de exigir nuevas garantías; si no se le otorgan dentro de quince días, concluye el contrato».

El primer párrafo del artículo 1710 antes citado se explica por sí solo. Simplemente cabe agregar, con relación a lo dispuesto por el segundo párrafo, que resulta lógico que en tal caso se extingan las garantías otorgadas por terceros, a favor del cumplimiento de las obligaciones del arrendatario.

Ello debido a que los contratos en virtud de los cuales alguien otorga garantía por el cumplimiento de una obligación ajena, sea esta garantía real o personal, son actos de naturaleza *intuitu personae*, vale decir, contraídos en virtud de las calidades o cualidades del deudor.

Sin embargo, resulta evidente la posibilidad señalada en el segundo párrafo del artículo 1710, en el sentido de que el heredero o los herederos del arrendatario que continúen con la relación contractual negocien el otorgamiento de nuevas garantías. En tal eventualidad, y si no se hubiesen renovado las mismas dentro de un plazo de quince días, la relación contractual concluirá.

Finalmente, y antes de terminar nuestros comentarios al inciso 5 del artículo 1705, debemos manifestar que los herederos del arrendatario que deseasen hacer valer el derecho que les confiere esta norma, deberán comunicarlo al arrendador dentro de los noventa días de la muerte del arrendatario, debiendo llegar dicha comunicación al domicilio del arrendador dentro de ese plazo (argumento de los artículos 1373 y 1374 del Código Civil).

Sin embargo, la ley no establece un periodo mínimo para que surta efectos dicha comunicación, razón por la que deberá entenderse (salvo que en la misma se establezca lo contrario) que sus efectos serán inmediatos, con lo cual dichos herederos deberán proceder a la devolución inmediata del bien.

Tal vez habría sido conveniente que la ley estableciese un plazo mínimo para la entrada en vigencia de esta comunicación, fundamentalmente para permitir al arrendador tomar las previsiones del caso.

21. Mora del arrendador

En virtud de lo dispuesto por el artículo 1706 del Código Civil:

ESTUDIO GARCÍA CASTILLO FERRARI

> Artículo 1706.- «En todo caso de conclusión del arrendamiento, o teniendo el arrendatario derecho para resolverlo, si pone el bien a disposición del arrendador y éste no puede o no quiere recibirlo, aquél podrá consignarlo».

Resulta evidente que mediante el artículo 1706 que acabamos de transcribir, el Código Civil establece un supuesto de mora creditoria, ya que todo arrendador tiene el deber de realizar los actos de colaboración necesarios a fin de que el arrendatario (deudor de la devolución del bien) pueda cumplir con la obligación de devolver el bien.

Resulta evidente que el arrendador podría negarse a aceptar la devolución del bien si el estado del mismo no correspondiera al contemplado en el contrato o en la ley (vale decir, que el bien se devuelva sin más deterioro que el de su uso ordinario).

Con ello queremos expresar que el arrendador estaría haciendo un uso legítimo de su derecho si se negara a recibir el bien no sólo en contravención de lo antes expuesto, sino también de los principios de identidad, integridad, oportunidad y lugar de pago.

Sin embargo, la ley es clara al establecer el deber del arrendador de recibir el bien, entendiéndose que el mismo se está ofreciendo conforme a ley.

Este es un típico caso de mora del acreedor.

En tal sentido, el artículo 1338 establece que:

> Artículo 1338.- «El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación».

Además, los artículos 1339 y 1340 agregan lo siguiente:

> Artículo 1339.- «El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso».

> Artículo 1340.- «El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor».

De esta manera las normas que acabamos de citar establecen las consecuencias de la mora creditoria.

Por otra parte debemos señalar que el deudor que ha constituido en mora a su acreedor goza de la opción de conservar el bien, con las consecuencias prácticas y jurídicas que ello implica, o consignarlo judicialmente.

No debe olvidarse el carácter meramente optativo de la consignación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La ley civil peruana otorga,[1502] al deudor que se encuentra ante la imposibilidad de efectuar un pago directo, la facultad de recurrir a un mecanismo que le permita extinguir su deuda, a saber: el pago por consignación.[1503]

En efecto, la consignación es una de las formas de pago que busca la liberación del deudor, aun contra la voluntad del acreedor. En este sentido, el Código Civil peruano regula esta figura como uno de los medios extintivos de las obligaciones.

A entender de Cazeaux y Trigo Represas,[1504] el pago por consignación es un modo de realización coactiva del interés del deudor en liberarse, dúplica de la ejecución forzada que constituye el medio coactivo de realización del interés del acreedor en cobrar.

Los autores citados agregan que el fundamento de este instituto reside en el derecho a «liberarse» que tiene el deudor, quien —precisamente— cuenta en el ordenamiento jurídico con el amparo que le brinda la posibilidad de la liberación forzada mediante el pago por consignación.

En opinión de Wayar,[1505] el pago por consignación es la liberación coactiva del deudor, que funciona cuando éste, deseoso de poner fin al vínculo jurídico que lo somete patrimonialmente a su acreedor, encuentra obstáculos que impiden o imposibilitan la realización de un pago normal o natural.

Según se ha dicho, la consignación supone la liberación coactiva del deudor cuando la falta de colaboración del acreedor, u otros obstáculos, imposibilitan el pago directo y espontáneo. Esta liberación, sin embargo, opera con la ejecución de la prestación, la misma que —en nuestro ordenamiento jurídico— puede llevarse a cabo a través de la entrega del certificado de depósito de dinero o valores que expide el Banco de la Nación, la designación del depositario de los bienes adeudados, o con aquellas formas en las que el juez decide que debe efectuarse la consignación.

De allí que consideremos inapropiadas aquellas definiciones en donde se delimita la noción del pago por consignación, en función del depósito judicial.

A nuestro modo de ver, el derecho del deudor a pagar justifica la regulación que nuestra legislación otorga al pago por consignación.

1502 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*, segunda parte, p. 160 y ss.

1503 Debe recordarse que cuando se contrae una obligación, la misma otorga al acreedor el derecho de exigir su pago y al deudor, el derecho de exigir a su acreedor que le reciba el pago de lo que debe. Ello en razón a que el deudor tiene, además del deber de pagar, el derecho de hacerlo. François Laurent (Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVIII, p. 172) expresaba, comentando el artículo 1257 del Código Napoléon, lo siguiente: «El deudor obligado a pagar, también tiene el derecho de pagar, además, hay un interés. Un viejo proverbio dice: "Quien debe y paga no debe nada"».

1504 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 215.

1505 Wayar, Ernesto Clemente. *El pago por consignación. Doctrina y jurisprudencia.* Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1983, p. 45 y ss.

Antes de concluir nuestros comentarios sobre este punto, debemos recordar lo dispuesto por el artículo 1707 del Código Civil peruano:

> Artículo 1707.- «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».

El precepto citado es de claridad meridiana y concuerda con los efectos naturales del pago por consignación, que liberarán al acreedor de un bien cierto de toda responsabilidad en torno al bien consignado.

22. Supuestos de enajenación del bien arrendado por parte del arrendador a un tercero

El artículo 1708 del Código Civil establece lo siguiente:

> Artículo 1708.- «En caso de enajenación del bien arrendado se procederá del siguiente modo:
>
> 1. Si el arrendamiento estuviese inscrito, el adquirente deberá respetar la relación contractual, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador.
>
> 2. 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.
>
> 3. Tratándose de bienes muebles, el adquirente no está obligado a respetar el contrato si recibió su posesión de buena fe».

A continuación, analizaremos cada uno de los citados supuestos.

22.1. Enajenación de bien cuyo arrendamiento ha sido inscrito

En este caso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1708 (inciso 1), el adquirente deberá respetar el contrato, quedando sustituido, desde el momento de su adquisición, en todos los derechos y obligaciones del arrendador.

Se trata de un supuesto de sustitución en la relación contractual, figura atípica a la cual ya hemos hecho referencia y que sería una especie de cesión de posición contractual, operada por mandato de la ley.

El inciso 1, bajo comentario, es una norma de equidad, ya que si el arrendatario procedió, en salvaguarda de sus derechos, a inscribir en los Registros Públicos el contrato de arrendamiento que había celebrado, con dicha inscripción se ponía a buen recaudo con respecto a cualquier futura enajenación que hiciese el propietario del bien.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Debemos subrayar que, evidentemente, el arrendatario se verá beneficiado por la presunción establecida por el artículo 2012 del Código Civil. Este precepto señala:

> Artículo 2012.- «Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones».

Por tal razón, se entiende que el adquirente de un bien arrendado cuya situación conste inscrita en los Registros Públicos no podrá alegar jamás desconocimiento de tal situación, más allá de que en los hechos no haya consultado el respectivo registro.[1506]

22.2. Enajenación del bien cuyo arrendamiento no ha sido inscrito

El inciso 2 del artículo 1708 del Código Civil contempla dos supuestos que, a pesar de la redacción de la referida norma, no son subsidiarios sino alternativos.

Nos explicamos.

El referido numeral debe entenderse como que si el tercero hubiera adquirido el bien cuyo arrendamiento no se encontraba inscrito y no asumió con el vendedor o antiguo propietario enajenante el deber de respetar el arrendamiento, entonces no tendrá por qué respetar la vigencia de la relación contractual de arrendamiento, pudiendo darlo por concluido.[1507]

Es evidente que la facultad de dar por concluida dicha relación contractual es una opción de la que goza el tercero adquirente, ya que bien podría, al haberse convertido en el nuevo propietario del bien, decidir, por convenir a sus intereses, respetar rigurosamente la relación contractual asumida por el antiguo propietario del bien.

Caso contrario, es decir, si tal situación no le conviene, podrá dar por concluido el contrato de arrendamiento.

1506 Al respecto, el Tribunal Registral en su Resolución n.° 366-2000-ORLC/TR, de 2 de noviembre de 2000, ha precisado que la finalidad de la inscripción del contrato de arrendamiento, conforme a lo establecido en el artículo 1708, es «que el adquirente del inmueble materia del arrendamiento inscrito respete el derecho del arrendatario resultando, además, relevante la inscripción para efectos del concurso del arrendatario (...) en tal sentido, el acto que se socilita inscribir (...) no resulta incompatible con el título pendiente». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1248.

1507 La Casación n.° 523-97-Lima, de 9 de julio de 1998, emitida por la Sala Civil Transitoria, señaló que en el caso de enajenación de bien inmueble, el adquirente del inmueble se sustituye en la calidad del arrendador, siendo «indiferente que ésta se haya producido en subasta pública y no por compraventa consensual y como el contrato de arrendamiento no se encontraba inscrito, el adquirente no está en la obligación de respetarlo, y está facultado para darlo por concluido (...)». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1248.

Sin embargo, no sabemos exactamente si el tercero adquirente podría proceder de esta forma en caso hubiese conocido, de modo fehaciente, la existencia del contrato de arrendamiento celebrado entre el antiguo propietario y el arrendatario.

Pensamos que este es un supuesto que si bien no está contemplado de manera expresa por la ley, podría entenderse de justicia, ya que si después de adquirir un bien a sabiendas de que estaba arrendado se diese por concluida la relación contractual, se estaría actuando de mala fe. En efecto, un proceder de esta naturaleza representaría un ejercicio abusivo del derecho, conforme lo estipulado por el artículo II del Título preliminar del Código Civil, norma que establece lo siguiente:

> Artículo II.- «La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso».

La segunda hipótesis contemplada por el inciso 2 del artículo 1708 es que el adquirente haya asumido, frente al arrendador enajenante, la obligación de respetar la relación contractual.[1508]

En este caso resulta obvio que deberá respetarse la presencia del arrendatario en la ocupación del bien hasta el término final establecido en el contrato.

22.3. Enajenación de bien mueble

Si bien es cierto que los incisos 1 y 2 del artículo 1708 del Código Civil no hacen distinción entre los bienes muebles e inmuebles, entendemos que dichas normas han sido contempladas, fundamentalmente, para el caso de bienes inmuebles (inscribibles por excelencia) y de bienes muebles inscribibles.

En tal sentido, el legislador de 1984 ha reservado el inciso 3 del artículo 1708 para los bienes muebles no inscribibles, pues sólo tratándose de esta clase de bienes rige en ellos —con carácter absoluto— la vieja presunción de que en materia de bienes muebles la posesión vale título. Cabe recordar que dicha presunción está contenida en el artículo 912 del Código Civil de 1984, según el cual:

> Artículo 912.- «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».

1508 La Casación n.° 2570-2008-Lima, de 8 de julio de 2009, emitida por la Sala Civil Transitoria, ha precisado, para los casos de arrendamientos no inscritos, que «el demandante en su calidad de adquirente del bien inmueble tiene dos formas de darlo por concluido: a) en forma extrajudicial, mediante una carta, que puede ser notarial o no, y en este último caso, con cargo o prueba de su entrega, y b) en forma judicial, a través de la notificación con la demanda». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1248.

En estos casos resulta evidente que el tercero adquirente considerará que ha adquirido la propiedad de un bien que no tiene arrendamiento alguno que pese sobre él, razón por la cual si actuó de buena fe, no tendría por qué respetar la existencia de una relación contractual previa. Sin embargo, nos resulta evidente que en el caso contrario, vale decir, cuando haya conocido de la preexistencia de la relación contractual de arrendamiento, deberá respetarla.

23. Efectos indemnizatorios de la enajenación del bien arrendado

El artículo 1709 del Código Civil establece:

> Artículo 1709.- «Cuando concluya el arrendamiento por enajenación del bien arrendado, el arrendador queda obligado al pago de los daños y perjuicios irrogados al arrendatario».

La citada norma se encarga de regular los efectos de la relación *inter partes* arrendador-arrendatario, en el supuesto de que se hubiese configurado alguno de los casos contemplados en el artículo 1708, en donde el propietario arrendador hubiera enajenado el bien a un tercero y este tercero no tuviese la obligación de respetar la relación contractual de arrendamiento preexistente, y al no tener dicha obligación, precisamente, no la respete, dando por concluido el arrendamiento en perjuicio del arrendatario, pero en legítimo ejercicio del derecho del tercero adquirente.

En tal situación resulta claro que el arrendatario no tendrá derecho a efectuar reclamo alguno con respecto al tercero adquirente, pero conservará a plenitud el derecho a demandar a su arrendador el pago de la indemnización de daños y perjuicios que le hubiera ocasionado el contrato de compraventa celebrado por dicho arrendador con el tercero adquirente.

Si bien es cierto la norma bajo comentario reviste plena lógica, no estamos persuadidos de que ella haya debido ser incluida en el Código Civil, pues se arriba a idéntica conclusión en virtud de los principios generales de inejecución de obligaciones.

24. Razones por las cuales se exige al arrendatario recabar previa autorización para la desocupación del bien

El artículo 1711 del Código Civil establece la obligación del arrendatario de recabar autorización del arrendador para desocupar el bien. Seguidamente, el texto del artículo 1711:

> Artículo 1711.- «Para desocupar el bien el arrendatario debe previamente recabar autorización escrita del arrendador o, en su defecto, de la autoridad respectiva.
>
> Si el arrendatario desocupa el bien sin alguna de esas autorizaciones, será responsable:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1. 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.

2. De los daños y perjuicios correspondientes.

3. De que un tercero se introduzca en él».

El artículo 1711 se explica por sí solo y en él se impone al arrendatario la obligación de recabar, antes de desocupar el inmueble, autorización del arrendador (o, si no fuese el caso, de la autoridad policial) a fin de que no se produzcan abusos por parte de estos contratantes hacia sus contrapartes.

En realidad lo que quiere evitar la referida norma son, precisamente, las consecuencias previstas en los incisos 1, 2 y 3 del referido artículo, de las cuales será responsable el arrendatario en caso incumpla con esta obligación.

Sin embargo, debemos expresar que dicho contratante no estará exento de tal responsabilidad si no recaba autorización del propio arrendador y, en vez de ello, solamente la obtiene de la autoridad policial.

25. Regulación supletoria de los contratos de arrendamiento regidos por leyes especiales

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1712 del Código Civil:

> Artículo 1712.- «Los contratos de arrendamiento regulados por leyes especiales, se rigen supletoriamente por las normas de este título».

Debemos expresar que el artículo 1712 guardaba sentido en la medida que cuando se promulgó el Código Civil se encontraban en vigencia las leyes especiales de inquilinato relativas a inmuebles destinados a casa-habitación, en especial el Decreto Ley n.° 21938 y su reglamento, el Decreto Supremo n.° 052-77-VC. Dichas normas, a las cuales ya hemos hecho referencia oportunamente, hoy se encuentran derogadas y ya no existe ningún régimen especial para este tipo de contratos. Por esa razón, el numeral 1712 del Código Civil hoy carece de aplicación práctica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CONTRATO DE HOSPEDAJE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El contrato de hospedaje

1. Concepto

En virtud de lo prescrito por el artículo 1713 del Código Civil peruano de 1984:

> Artículo 1713.- «Por el 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. Esta podrá ser fijada en forma de tarifa por la autoridad competente si se trata de hoteles, posadas u otros establecimientos similares».

El concepto anotado permite apreciar que estamos en presencia de un contrato que puede contener diferentes prestaciones a cargo del hospedante en favor del huésped o, tal vez, una sola prestación (la de albergue). Esta situación nos sitúa frente a un contrato muy especial que va a tener un gran parecido con otros contratos y figuras típicas reguladas en el Derecho Civil peruano, con los cuales lo vamos a comparar oportunamente.

Por otra parte, el concepto brindado al hospedaje por el artículo 1713, pareciera señalar que se trata inevitablemente de un acto celebrado a título oneroso, pero más allá del concepto legal, nos encargaremos de explicar, a lo largo de las siguientes páginas, que el mismo puede ser celebrado también a título gratuito, sin desnaturalizar su esencia.

2. Partes

En el hospedaje intervienen dos partes.

La primera es el hospedante, quien se obliga a prestar a la otra parte albergue y, adicionalmente, alimentación y otros servicios que contemplan la ley y los usos.

La segunda es el huésped, quien, si el contrato se celebra a título oneroso, se obligará a pagar una retribución al hospedante; en tanto que si el contrato se celebrara a título de liberalidad, no estaría obligado a pagar contraprestación alguna.

3. Características

Antes de abordar el análisis de las características del contrato de hospedaje en el Código Civil de 1984, debemos precisar que la metodología empleada se basa —como siempre— en la clasificación general de los contratos elaborada por Manuel de la Puente y Lavalle.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3.1. En cuanto al nombre

El contrato de hospedaje es de carácter nominado.

3.2. En cuanto a su regulación

El hospedaje es un contrato típico.

Su tipicidad social viene configurada desde tiempos inmemoriales, en tanto su tipicidad legal data de tiempo reciente en la legislación peruana. Decimos esto por cuanto el contrato de hospedaje comenzó a recibir regulación orgánica en el Código Civil de 1984 (artículos 1713 a 1727). Sin embargo, con anterioridad a la promulgación del Código de 1984 han existido diversas normas legales que, fundamentalmente en el campo administrativo, han dado regulación a este contrato.

Concretamente, cabe señalar que —al momento en que se ha concluido la segunda edición de esta obra, en octubre de 2007— se encuentra en vigencia el Decreto Supremo n.° 029-2004-MINCETUR, que establece el Reglamento de Establecimiento de Hospedaje, texto legal compuesto por siete capítulos, treinta y un artículos, siete disposiciones transitorias, complementarias y finales, y ocho anexos.

Adicionalmente, debe mencionarse al Decreto Supremo n.° 10-95-ITINCI, que establece el Reglamento de autorización y registro de casas particulares y centros educativos que ofrecen servicio de alojamiento. Asimismo, debemos hacer mención a la Resolución Directoral n.° 0011-95-MITINCI/VMTINCI/DNT, que establece los requisitos que deberán cumplir los establecimientos que brindan servicio de alojamiento a que hace referencia el Decreto Supremo n.° 10-95-ITINCI.

El Reglamento de Establecimiento de Hospedaje, en su artículo 1, establece las disposiciones para la clasificación, categorización, funcionamiento y supervisión de los establecimientos de hospedaje. Asimismo, señala cuáles son los órganos competentes en dicha materia. De otro lado, el artículo 2 indica que quedan sujetos a las normas del presente Reglamento todos los establecimientos de hospedaje, los mismos que se clasifican en:

a) Hoteles
b) *Apart-hotel*
c) Hostales
d) *Resorts*
e) *Ecolodges*
f) Albergues

Es en el artículo 3 donde se establecen una serie de conceptos. A continuación pasaremos a mencionarlos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

«Establecimiento de hospedaje» es el lugar destinado a prestar habitualmente servicio de alojamiento no permanente para que sus huéspedes o usuarios pernocten en dicho local, con la posibilidad de incluir otros servicios complementarios a condición del pago de una contraprestación previamente convenida.

«Clase» es la identificación del establecimiento de hospedaje clasificado y categorizado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 del Reglamento.

«Categorías» son los rangos de estrellas establecidos por el Reglamento, cuya finalidad es la de diferenciar dentro de cada clase de establecimiento de hospedaje, las condiciones de funcionamiento y los servicios que éstos deben ofrecer. Sólo se categorizan los establecimientos de hospedaje de la clase hotel, *apart-hotel*, hostal y *resort*.

«Hotel» es el establecimiento de hospedaje que cuenta con no menos de 20 habitaciones y que ocupa la totalidad de un edificio o parte del mismo, completamente independizado. Para que un establecimiento de hospedaje sea categorizado como un hotel de uno a cinco estrellas, debe cumplir con ciertos requisitos, los cuales se hallan señalados en el anexo 1 de dicho Reglamento.

«*Apart-hotel*» es el establecimiento de hospedaje que está compuesto por departamentos que integran una unidad de explotación y administración. Los apart-hoteles pueden ser categorizados de tres a cinco estrellas, debiendo cumplir con los requisitos señalados en el anexo 2 del Reglamento.

Por su parte, «hostal» es el establecimiento de hospedaje que cuenta con no menos de seis habitaciones y que ocupa la totalidad de un edificio o parte del mismo completamente independizado, constituyendo sus dependencias una estructura homogénea. Los establecimientos de hospedaje para ser categorizados como hostales, de una a tres estrellas, deberán cumplir con los requisitos que se señalan en el anexo 3 de dicho Reglamento.

«*Resort*» es el establecimiento de hospedaje que está ubicado en zonas vacacionales, tales como playas, ríos y otros de entorno natural. Ocupa la totalidad de un conjunto de edificaciones y posee una extensión de áreas libres alrededor del mismo. Éstos pueden ser categorizados de tres a cinco estrellas y deben cumplir con los requisitos señalados en el anexo 5 del Reglamento.

De otro lado, «*ecolodge*» es el establecimiento de hospedaje cuyas actividades se desarrollan en espacios naturales, cumpliendo con los principios del «ecoturismo». Debe ser operado y administrado de manera sensible, en armonía con el respeto y protección del medio ambiente. El *ecolodge* deberá cumplir con los requisitos señalados en el anexo 5 del citado Reglamento.

«Albergue» es el establecimiento de hospedaje que brinda servicio de alojamiento, preferentemente en habitaciones comunes, a determinado grupo de huéspedes o usuarios que comparten uno o varios intereses comunes, los que determinarán la modalidad del mismo: juveniles, de montaña, de pesca, de playa, etc. Los

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

albergues deberán contar con los requisitos mínimos que se señalan en el anexo 6, que forma parte del Reglamento.

El mismo Reglamento entiende por «registro de huéspedes» a las fichas o libros, según sus necesidades, en que obligatoriamente se inscribirán, por lo menos, el nombre completo del huésped, sexo, nacionalidad, documento de identidad, fecha de ingreso, fecha probable de salida, número de la habitación asignada y tarifa correspondiente, con indicación de los impuestos y sobrecargos que se cobrarán adicionalmente (o que estén incluidos en la tarifa).

Finalmente, el Reglamento señala que «día hotelero» es el periodo de 24 horas dentro del cual el huésped podrá permanecer en el establecimiento de hospedaje, a efectos de fijar la tarifa respectiva.

Por otra parte, en lo que respecta a la autorización y funcionamiento de los establecimientos de hospedaje, el artículo 6 del Reglamento establece que constituye requisito, previo al funcionamiento de los establecimientos de hospedaje, inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes. A este requisito se refiere la Ley n.° 26935, Ley sobre simplificación de procedimientos para obtener los registros administrativos y las autorizaciones sectoriales para el inicio de actividades de las empresas.

El numeral 7, por su parte, establece las condiciones mínimas que deberán cumplir los establecimientos de hospedaje. Para tales efectos, los titulares de dichos establecimientos deberán presentar al órgano regional competente, dentro de un plazo de 30 días de iniciada su actividad, una declaración jurada dejando constancia de que cumplen con determinadas condiciones, tales como que el número de habitaciones no sea menor a seis, que cuenten con un área de recepción o que posean un botiquín de primeros auxilios; y, si se trata de un establecimiento de hospedaje de cinco o más plantas, que cuente por lo menos con un ascensor, etc.

Asimismo, en el artículo 8 se señala que el órgano regional competente se encuentra facultado para efectuar de oficio, a pedido de parte interesada o de terceros, las supervisiones que sean necesarias para la verificación del cumplimiento permanente de dichas condiciones.

Por su parte, a partir del numeral 9 se establece el procedimiento para que el titular de un establecimiento de hospedaje pueda ostentar clase y/o categoría. Para ello, deberá solicitar al órgano regional competente el certificado de clasificación y/o autorización y cumplir ciertos requisitos establecidos en la ley bajo comentario.

Calificada la solicitud por el órgano regional competente, éste procederá a realizar una inspección del establecimiento de hospedaje.

Expedido el certificado de clasificación y/o categorización, éste tendrá una vigencia de cinco años, pudiendo ser renovable por cinco años más y así sucesivamente. El órgano regional competente está facultado para efectuar, de estimarlo conveniente, las verificaciones que considere necesarias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, el artículo 15 establece que si el titular del establecimiento de hospedaje no solicitase la renovación del certificado, éste caducará automáticamente.

De otro lado, el numeral 16 señala que los establecimientos de hospedaje deberán mostrar en un lugar visible, en el exterior del establecimiento, la placa indicativa que dé cuenta de la clasificación y/o categorización otorgada por el órgano regional competente. Dicha placa indicativa deberá cumplir con la forma y características señaladas en el anexo 8 que integra el citado Reglamento.

Al terminar nuestras referencias al Reglamento de Establecimiento de Hospedaje, debemos recordar que existe un Reglamento de autorización y registro de casas particulares y centros educativos que ofrecen servicio de alojamiento. Se trata del Decreto Supremo n.° 10-95-ITINCI, promulgado el 3 de mayo de 1995, al que hicimos referencia cuando señalamos cuál era la normatividad vigente en materia de hospedaje.

La citada norma legal establece en su artículo 1 que dicho Decreto Supremo se encarga de normar el procedimiento para la autorización y registro de casas particulares, universidades o institutos superiores con infraestructura adecuada para ofrecer servicio de alojamiento en caso no exista infraestructura de servicios turísticos o ésta sea deficitaria. Es de aplicación a nivel nacional, excepto en la provincia de Lima y en la provincia constitucional del Callao (artículo 2).

Posteriormente se establecieron los requisitos que deberán cumplir los establecimientos que brindan el mencionado servicio de alojamiento. Esto se hizo a través de la Resolución Directoral n.° 0011-95-MITINCI/VMTINCI/ DNT, de fecha 9 de mayo de 1995.

En el artículo 1 de dicha norma se establecieron requisitos mínimos —en cuanto a condiciones generales— que deberán cumplir las casas particulares, universidades e institutos superiores para brindar servicio de alojamiento. Así, las construcciones deberán ser de materiales durables y que ofrezcan seguridad y aislamiento a los huéspedes. Además, el equipamiento y las instalaciones deberán estar en buen estado de conservación.

En lo referente a los dormitorios, se señala que deberán estar adecuadamente ventilados e iluminados. Las camas deberán contar con ropa de cama, a cargo de quien brinda el servicio de alojamiento; debiendo contar con el mobiliario mínimo indispensable, como una silla y una mesa de noche o similar por cada dos camas.

En torno a los servicios higiénicos, se señala que deberán contar con inodoro, lavatorio y ducha. También, deberán estar adecuadamente iluminados y ventilados. La cantidad de baños será de uno por cada cuatro camas.

Finalmente, en lo que atañe a los primeros auxilios, se establece que deberá existir un botiquín con medicamentos e implementos básicos que puedan ser utilizados en caso de emergencia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO PERU

Para finalizar nuestras menciones a la legislación especial que regula el contrato de hospedaje, debemos decir que ella se completa con la Resolución Ministerial n.° 147-2001-ITINCI-DM, de fecha 23 de julio de 2001, por la que se aprobó una escala de sanciones aplicable a los establecimientos de hospedaje clasificados y categorizados.

3.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, el hospedaje puede ser un contrato simple, dando lugar a una relación jurídica, pero también podría ser un contrato complejo, integrando a más de una relación jurídica.

3.4. En cuanto a su contenido o área

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 (no obstante, podría tratarse de una persona natural que se aloje por cuenta y cargo de una persona jurídica, en cuyo caso sería parte contratante la persona jurídica y no la persona natural). Pero dada la configuración de este contrato, creemos que no escapa a la naturaleza civil.

3.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, el hospedaje es un contrato principal, puesto que no depende jurídicamente de algún otro contrato.

3.6. En cuanto a su formación

Salvo disposición en contrario de las partes, el contrato de hospedaje es, fundamentalmente, consensual; no obstante, nada impediría que las partes conviniesen una formalidad distinta.

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

3.7. En cuanto al tiempo

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 y puede ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

fecha final) o indeterminada (aquella en la que se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final).

3.8. En cuanto a su negociación

El contrato de hospedaje es, fundamentalmente, uno arreglado a cláusulas generales de contratación. De allí que incluso se señale, a través del artículo 1714 del Código Civil, que este contrato se sujeta además a las normas reglamentarias y a las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad competente.

No obstante, 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. Empero, no es menos cierto que la difusión de este contrato en nuestros tiempos le ha impuesto el rasgo de la contratación masiva: ser celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.9. En cuanto al rol económico

En lo que respecta al rol económico, el hospedaje es un contrato de goce, pues implica el disfrute del bien sin tener la disposición del mismo.

4. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE EL CONTRATO DE HOSPEDAJE Y OTROS CONTRATOS

4.1. Con el contrato de arrendamiento

4.1.1. En cuanto al nombre

Tanto el hospedaje como el arrendamiento son contratos nominados.

4.1.2. En cuanto a su regulación

Al igual que el hospedaje, el arrendamiento es un contrato típico, pues está jurídicamente regulado. El Código Civil de 1984 lo trata en el libro VII, Fuentes de las obligaciones, sección II, Contratos nominados, título VI, Arrendamiento, artículos 1666 a 1712.

4.1.3. En cuanto a su estructura

El contrato de arrendamiento es simple, pues da lugar a una relación jurídica. El hospedaje puede ser simple o complejo.

4.1.4. En cuanto a su contenido o área

Por su contenido, ambos contratos son fundamentalmente de naturaleza civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.1.5. En cuanto a su autonomía

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

Sin embargo, en materia de arrendamiento podríamos estar frente a 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.

Esto nos lleva a plantear la interrogante de si en materia de hospedaje cabría el subhospedaje como contrato derivado del hospedaje.

Independientemente de que el tema no ha merecido tratamiento en doctrina, ni en la legislación nacional, entendemos que es posible la celebración de un contrato de subhospedaje, en tanto se cuente con la autorización o asentimiento del hospedante, y en el entendido de que dicho contrato lo celebren, de una parte, el huésped, quien da albergue a la otra parte, a la que se denominaría subhuésped.

Admitimos que lo expresado resulta inusual en el tratamiento cotidiano del contrato de hospedaje, pero, asimismo, es perfectamente factible de producirse, tanto en el terreno teórico como en el práctico.

Debe recordarse que el subarrendamiento está regulado en el Código peruano, en los artículos 1692 a 1695.

De otro lado, también cabría plantearse en este punto la posibilidad de que las partes celebren una cesión del arrendamiento o una cesión del hospedaje.

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

La cesión del hospedaje no está regulada por la ley, pero siguiendo la pauta de la cesión del arrendamiento constituiría la transmisión de los derechos y obligaciones del huésped en favor de un tercero que lo sustituye, rigiéndose también por las reglas de la cesión de posición contractual del propio Código Civil peruano.

4.1.6. En cuanto a su formación

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

Sin embargo, nada obstaría para que las partes establezcan una formalidad más rigurosa para la celebración de dicho contrato.

4.1.7. En cuanto al tiempo

Tanto el arrendamiento como el hospedaje son contratos de duración.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No obstante, resulta necesario expresar que la duración de los contratos de arrendamiento tiende a ser mayor que la de los contratos de hospedaje. Podría decirse que los contratos de arrendamiento tienen una vocación de mayor duración en el tiempo, de mantener ligadas jurídicamente a las partes, durante un lapso más o menos razonable. En cambio, en el hospedaje, los plazos son sustancialmente más efímeros.

Mientras resulta habitual que un arrendamiento dure meses, trimestres o años, el hospedaje, por lo general, solamente durará días, semanas y, en el mejor de los casos, meses.

Todo lo que estamos expresando en torno a la duración de ambos contratos se refiere básicamente a las que constituyen situaciones habituales en la práctica, pero de ninguna manera estamos estableciendo pautas inamovibles que franqueen líneas divisorias entre uno y otro contrato.

El lector podría preguntarse cuál es la causa que lleva a que los plazos de ambos contratos sean fundamentalmente distintos.

Creemos que ello obedece a la razón o a los motivos por los cuales, tanto el arrendatario como el huésped, celebran sus respectivos contratos.

Mientras el huésped se encuentra de paso, o dicho de otro modo, se halla en una situación de transitoriedad en el establecimiento de hospedaje, el arrendatario toma el bien no con una finalidad efímera, sino con una finalidad duradera, ya sea para vivir allí con su familia, constituyendo dicho inmueble como su hogar o para establecer sus oficinas, su negocio, o su actividad profesional o comercial habituales.

Es evidente que nadie arrienda un bien estando sólo de paso, en tanto que nadie se constituye en huésped para quedarse de manera permanente.

A estas consideraciones debe agregarse otra: que las tarifas de los establecimientos de hospedaje son sustancialmente más altas que los montos de la renta en los contratos de arrendamiento. Así, si alguien desea permanecer un tiempo considerable en un lugar, lo lógico sería que arriende un inmueble y no que permanezca en condición de huésped en un establecimiento de hospedaje.

4.1.8. En cuanto a su negociación

El hospedaje, fundamentalmente, se celebra por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, siendo también factible que se celebre de manera paritaria o por negociación previa. El contrato de arrendamiento, usualmente, se celebra por negociación previa, aunque de manera excepcional puede concertarse 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.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.1.9. En cuanto al rol económico

En lo que respecta al rol económico, hemos señalado que el hospedaje es un contrato de goce, pues implica el disfrute del bien sin tener su disposición.

Pero, como se recuerda, 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 del Código Civil). De presentarse esta situación, que es bastante frecuente, estaríamos también ante un contrato que implica custodia y conservación de tales 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 del Código Civil en cuanto sean aplicables (argumento del artículo 1726).

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. Esto configura al arrendamiento como 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.

4.1.10. En cuanto a su función

Tanto el hospedaje como el arrendamiento son contratos fundamentalmente constitutivos, aunque podrían formar parte, por excepción, de contratos modificatorios, pero nunca serán resolutorios. En el caso del hospedaje, siempre se generará la obligación por parte del hospedante de suministrar albergue al huésped. En tanto que en el 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.

4.1.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

4.1.12. En cuanto a la prestación

Es sabido que el contrato de arrendamiento es esencialmente un contrato bilateral, sinalagmático o de prestaciones recíprocas.

El contrato de hospedaje también podría ser bilateral, sinalagmático o de prestaciones recíprocas, en la medida en que, como establece el artículo 1713 del Código Civil peruano de 1984, el huésped se obligue a pagar una retribución al hospedante. Pero nada obsta para que el contrato de hospedaje se celebre a título

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

gratuito o de liberalidad, en caso el huésped no asuma la obligación de pagar dicha retribución al hospedante. En esta situación sería un contrato de prestación unilateral.

En este punto queremos dejar establecida una de las mayores diferencias que existen entre el contrato de arrendamiento y el contrato de hospedaje. Ella consiste en que en el arrendamiento se produce una desposesión del bien, vale decir que el mismo es entregado en posesión por el arrendador, quien conserva su posesión mediata, al arrendatario, quien se convertirá en poseedor inmediato del mismo.

En cambio, en el contrato de hospedaje no se producirá tal desposesión del bien, ya que el hospedante conservará tanto la posesión inmediata como la posesión mediata del bien, e incluso conservará duplicados de las llaves o tarjetas electrónicas de acceso a las habitaciones, lo que implica que el huésped solamente tiene derecho al uso del bien (instalaciones del establecimiento de hospedaje), pero no a los demás atributos que otorga la posesión.

4.1.13. En cuanto a la valoración

Mientras el contrato de arrendamiento siempre se celebra a título oneroso, el contrato de hospedaje puede celebrarse a título oneroso o a título gratuito.

4.1.14. En cuanto al riesgo

En este punto, el contrato de hospedaje coincide con el de arrendamiento, ya que es fundamentalmente un contrato conmutativo, pues la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes intervinientes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano; aunque la naturaleza de ambos contratos no impediría que revistieran la modalidad de aleatorios.

4.1.15. En cuanto a sus efectos

El hospedaje y el arrendamiento son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

4.2. Con el contrato de comodato

4.2.1. En cuanto al nombre

El hospedaje y el comodato son contratos nominados.

4.2.2. En cuanto a su regulación

El hospedaje y el comodato son contratos típicos. Sin embargo, el comodato tiene regulación legislativa desde el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, en tanto que el hospedaje, independientemente de su regulación administrativa, recién fue regulado por el Código Civil de 1984.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.2.3. En cuanto a su estructura

El hospedaje puede ser un contrato simple o uno complejo. El comodato es un contrato simple, pues solamente da lugar a una relación jurídica.

4.2.4. En cuanto a su contenido o área

El comodato es esencialmente un contrato civil, pues no persigue fines de lucro. El contrato de hospedaje, si bien es cierto, también tiene carácter civil, sí persigue —en la mayoría de los casos— finalidad lucrativa, a diferencia del comodato.

4.2.5. En cuanto a su autonomía

Tanto el hospedaje como el comodato son contratos principales, pues no dependen jurídicamente de otros contratos.

Sin embargo, se admite en el plano teórico y en el práctico la existencia de los contratos de subcomodato y subhospedaje, supuestos en los cuales sí estaríamos hablando de contratos derivados del comodato y del hospedaje, respectivamente.

4.2.6. En cuanto a su formación

Como sabemos, el hospedaje, legalmente hablando, es un contrato de carácter consensual, pues para su existencia no requiere que la voluntad de las partes se exprese a través de alguna formalidad especial. Sin embargo, en la inmensa mayoría de casos este contrato se formaliza por escrito, como ha sido mencionado oportunamente al momento en que estudiamos sus características, cuando los huéspedes llenan las fichas que obran en la recepción de los respectivos establecimientos.

Por su parte, el comodato es un contrato consensual.

4.2.7. En cuanto al tiempo

El hospedaje es un contrato de duración continuada, pudiendo prolongarse, como lo hemos expresado, por horas, días, semanas y hasta meses.

En adición debemos señalar que el hospedaje puede ser un contrato celebrado a plazo fijo (vale decir, aquel en el cual se hubiera establecido el término inicial y el término final del contrato), como también puede celebrarse a plazo determinable, o sea, aquel en el cual se hubiese señalado el término inicial, pero el término final se hubiera sujetado a la ocurrencia de algún evento de ocurrencia cierta, pero de fecha incierta.

Dicho contrato también se podría celebrar a plazo indeterminado, es decir, aquella eventualidad en la cual se hubiera establecido el término inicial mas no el final. En este supuesto, cualquiera de las partes podría ponerle término, cursando una comunicación a la otra en tal sentido (lo que constituiría un supuesto válido de resolución unilateral sin expresión de causa).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por su parte, en el comodato, de acuerdo con lo dispuesto por el Código Civil de 1984, si no se hubiera determinado la duración del contrato, el comodatario estará obligado a restituir el bien cuando se lo solicite el comodante (artículo 1737).

Adicionalmente, el mencionado Código no permite la prolongación de este contrato luego de la muerte del comodatario y establece como salvedad que el bien haya sido dado en comodato para una finalidad que no se pueda suspender.

4.2.8. En cuanto a su negociación

Por su negociación, el contrato de hospedaje es celebrado fundamentalmente de acuerdo con cláusulas generales de contratación y, en muchos casos, es incluso un contrato celebrado por adhesión. Sin embargo, nada obsta para que, sobre todo y en el caso de posadas o pequeños albergues, estemos frente a hospedajes celebrados de manera paritaria o por negociación previa.

Por su parte, el contrato de comodato es esencialmente uno de negociación previa, ya que dadas sus especiales características, está excluido —por su naturaleza— de ser uno celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

4.2.9. En cuanto al rol económico

Por el rol económico, el hospedaje es un contrato de goce, pues por el mismo el huésped tendrá derecho a usar el bien, debiendo desocuparlo al finalizar el término del contrato. Sin embargo, no se trata, estrictamente, de un contrato de restitución en la medida en que no se va a producir una devolución física del bien, pues en verdad el hospedante nunca se ha desprendido de la posesión del mismo.

Por su parte, el comodato es un contrato de goce, ya que implica el uso del bien prestado, pero también es un contrato de restitución, pues a través de dicho contrato el comodatario se obliga a devolver al comodante el bien recibido.

4.2.10. En cuanto a su función

Tanto el hospedaje como el comodato son contratos fundamentalmente constitutivos, aunque excepcionalmente podrían formar parte de contratos modificatorios o regulatorios, pero nunca serán contratos extintivos.

4.2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El hospedaje y el comodato son contratos individuales, pues las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que celebran el acto.

4.2.12. En cuanto a la prestación

El contrato de hospedaje, por lo general, es de prestaciones recíprocas, pues el huésped generalmente deberá pagar al hospedante una retribución dineraria a cambio de poder usar el bien que el hospedante le brinda como prestación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, ni la doctrina ni la normatividad legal excluyen la posibilidad de que el hospedaje sea un contrato de prestación unilateral, lo que ocurrirá si es que se hubiera pactado que el huésped no tenga que pagar contraprestación alguna.

En lo que respecta al contrato de comodato, si bien es cierto que se genera la obligación del comodante de entregar al comodatario el bien para su uso, el comodatario debe devolver el bien al comodante. Ésta y otras obligaciones accesorias califican al contrato de comodato como un contrato sinalagmático imperfecto.

4.2.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo con lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, el hospedaje es fundamentalmente un contrato celebrado a título oneroso y excepcionalmente a título gratuito. Esto, a diferencia del contrato de comodato, que siempre se celebra a título gratuito.

4.2.14. En cuanto al riesgo

El hospedaje y el comodato 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 pesar de no haberse planteado en ellos el tema de su eventual aleatoriedad, ella resultaría plenamente factible.

4.2.15. En cuanto a sus efectos

Tanto el hospedaje como el comodato son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

4.3. Con el contrato de depósito

4.3.1. En cuanto al nombre

El hospedaje, al igual que el depósito, es un contrato de carácter nominado.

4.3.2. En cuanto a su regulación

Ambos contratos son típicos, encontrándose regulados en el Código Civil. El depósito está legislado como uno de los contratos de prestación de servicios cuya legislación acerca del depósito voluntario se encuentra entre los artículos 1814 y 1853 del Código nacional. La primera de las normas mencionadas señala que por el depósito voluntario el depositante se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.3.3. En cuanto a su estructura

El hospedaje puede ser un contrato simple o uno complejo. El depósito es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

4.3.4. En cuanto a su contenido o área

El contrato de hospedaje es, fundamentalmente, de naturaleza civil, en tanto que el depósito puede revestir naturaleza diversa.

En efecto, podríamos hablar de un depósito civil si éste se celebrara entre dos personas naturales para la custodia de un determinado bien. Pero también podríamos pensar en los depósitos de naturaleza mercantil que se producen en el caso de los almacenes generales de depósito de mercaderías, donde es evidente la naturaleza comercial del acto y de las empresas intervinientes.

Pero, además, podemos agregar el depósito bancario en cualquiera de sus modalidades (contrato de depósito de ahorros, contrato de depósito en cuenta corriente y contrato de depósito en cajas de seguridad para custodia de valores).

Lo antes mencionado nos lleva a afirmar que la naturaleza del depósito es diversa, de acuerdo con las actividades sociales en donde se emplee.

4.3.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, el hospedaje y el depósito son contratos principales, pues no dependen jurídicamente de otros contratos. Sin embargo, se admite las figuras del subhospedaje y subdepósito, casos en los cuales estaríamos en presencia de contratos derivados.

4.3.6. En cuanto a su formación

Según lo establecido por el Código Civil, el contrato de hospedaje es consensual, más allá de que en múltiples ocasiones se celebra por escrito, tal como explicamos oportunamente.

En lo que respecta al depósito tenemos lo prescrito por el artículo 1816 del Código Civil, norma que establece que la existencia y el contenido del depósito se rigen por lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1605 del propio Código, precepto relativo al contrato de suministro que establece que 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.

4.3.7. En cuanto al tiempo

El hospedaje y el depósito son contratos de duración, pues ambos prolongan su vigencia en el tiempo; el hospedaje, mientras dure la permanencia del huésped en

ESTUDIO MARIO CASTILLO FEVRE

el establecimiento respectivo y el depósito en tanto dure la custodia del bien por parte del depositario.

4.3.8. En cuanto a su negociación

El hospedaje y el depósito coinciden en que ambos son contratos que se celebran fundamentalmente por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Sin embargo, como ha sido dicho oportunamente, pueden existir contratos de hospedaje que se celebren por negociación previa en la medida en que se trate de establecimientos menores, en donde no existan tarifas preestablecidas o exista cierta capacidad de negociación.

No está de más señalar que situación similar se presentará en los contratos de depósito que no sean de naturaleza bancaria ni financiera y que no se realicen tampoco en establecimientos comerciales de envergadura. En estos casos de excepción será posible apreciar también contratos de depósito paritarios.

4.3.9. En cuanto al rol económico

Como sabemos, el hospedaje es un contrato de goce, pues implica el disfrute del bien sin que el huésped tenga disposición del mismo. Por su parte, el depósito es un contrato de custodia y conservación, que son precisamente las obligaciones que asume el depositario con respecto al bien que le confía el depositante. El contrato de depósito también es un acto que implica la devolución del bien.

4.3.10. En cuanto a su función

Tanto el contrato de hospedaje como el contrato de depósito son actos de naturaleza fundamentalmente constitutiva.

Sin embargo, a pesar de que será raro encontrar hospedajes y depósitos de carácter regulatorio o modificatorio, la naturaleza de dichos actos no lo impide.

Sería prácticamente imposible hallar contratos de esta naturaleza que revistan carácter extintivo.

4.3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El hospedaje y el depósito son contratos de carácter individual, ya que las obligaciones que crean afectan, únicamente, a las partes que los celebran.

4.3.12. En cuanto a la prestación

El hospedaje y el depósito pueden ser celebrados en condición de contratos con prestaciones recíprocas, siempre y cuando el huésped y el depositante asuman, como contraprestación a los servicios brindados por el hospedante y el depositario, el pago de una suma de dinero u otra prestación equivalente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, ambos contratos también podrían celebrarse con prestación unilateral, caso en el cual ni huésped ni depositante asumirían la ejecución de contraprestación alguna.

4.3.13. En cuanto a la valoración

Por la valoración, de acuerdo con lo que se acaba de mencionar en el punto anterior, si bien es cierto que el hospedaje y el depósito son contratos de carácter fundamentalmente oneroso, ello no implica que no puedan ser celebrados a título gratuito.

4.3.14. En cuanto al riesgo

El hospedaje y el depósito son contratos fundamentalmente conmutativos. Sin embargo, no existe impedimento teórico o práctico alguno para pensar en una eventual aleatoriedad de los mismos.

4.3.15. En cuanto a sus efectos

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

4.4. Con el contrato de compraventa

4.4.1. En cuanto al nombre

La compraventa y el hospedaje son contratos nominados.

4.4.2. En cuanto a su regulación

La compraventa y el hospedaje son contratos típicos, encontrándose ambos regulados en el Código Civil.

4.4.3. En cuanto a su estructura

El hospedaje puede ser un contrato simple o complejo. La compraventa es simple, pues da lugar a una relación jurídica.

4.4.4. En cuanto a su contenido o área

Mientras el contrato de hospedaje es fundamentalmente de carácter civil, la compraventa puede ser tanto un contrato civil como uno mercantil.

4.4.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, ambos son contratos principales, ya que no dependen jurídicamente de otro contrato.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, como lo hemos expresado, dentro del hospedaje cabe la figura del subhospedaje, contrato que tiene carácter de derivado, situación que nunca se presenta en el contrato de compraventa.

4.4.6. En cuanto a su formación

Tanto la compraventa como el contrato de hospedaje son fundamentalmente consensuales. Sin embargo, en múltiples ocasiones, las partes, al celebrar el contrato de compraventa, se autoimponen la formalidad escrita o la escritura pública como forma solemne. Lo propio ocurre en el contrato de hospedaje, cuando dicho acto se formaliza por escrito en formularios de los establecimientos respectivos, en virtud de las disposiciones administrativas que regulan el particular.

4.4.7. En cuanto al tiempo

La compraventa, de acuerdo a su naturaleza, es, en principio, un contrato de ejecución inmediata. Excepcionalmente, la compraventa será un contrato de duración en la medida en que la entrega del bien o de los bienes, o la entrega del precio, se pacte a plazos.

En cambio, el hospedaje es, por esencia, un contrato de duración.

4.4.8. En cuanto a su negociación

El contrato de hospedaje es, salvo para aquellos casos de establecimientos de hospedaje de menor envergadura, un contrato arreglado a cláusulas generales de contratación. En cambio, la compraventa suele ser tanto un contrato de negociación previa como un contrato por adhesión, o uno celebrado con arreglo a cláusulas generales de contratación.

4.4.9. En cuanto al rol económico

Como sabemos, el hospedaje es un contrato de goce, pues implica el disfrute del bien sin que el huésped tenga disposición del mismo.

Por su parte, la compraventa es un contrato de disposición, pues a través de él una parte —denominada vendedor— se obliga a transferir la propiedad de un bien a otra parte, denominada comprador, obligándose —esta última— a pagar un precio en dinero. En este sentido, la compraventa puede ser calificada también como un contrato de cambio.

Podría decirse que la diferencia fundamental entre la compraventa y el hospedaje se aprecia en la compraventa de bienes inmuebles o, por excepción, en aquellos contratos cuya normatividad se asimila al hospedaje y que recaen sobre los bienes muebles a que hace referencia el artículo 1727 del Código Civil. Pero, si bien es cierto que el huésped, al igual que el comprador de un bien, adquiere el derecho de usar y disfrutar de dicho bien, el comprador gozará de este derecho a

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

título de propietario, debiendo el vendedor, a la par que transmitirle la propiedad del bien, hacerle entrega del mismo.

En cambio, en el contrato de hospedaje no habrá propiamente una entrega del bien por parte del hospedante al huésped, pues el hospedante sigue teniendo la posesión mediata e inmediata de dicho bien. Lo único que ocurrirá es que el hospedante cederá al huésped el derecho al uso de dicho bien, debiendo ser desocupado por el huésped cuando termine el plazo del contrato.

4.4.10. En cuanto a su función

El hospedaje y la compraventa son, fundamentalmente, contratos de carácter constitutivo. Será raro encontrar actos como éstos que tengan carácter regulatorio o modificatorio, aunque la naturaleza de los mismos no lo impediría. Menos aún sería posible encontrar hospedajes o compraventas de naturaleza extintiva.

4.4.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Los contratos de hospedaje y compraventa son de carácter individual, pues las obligaciones que ellos crean afectan únicamente a las partes que los celebran.

4.4.12. En cuanto a la prestación

Como sabemos, el hospedaje es, en principio, un contrato con prestaciones recíprocas. Pero podría ser, excepcionalmente, convenido con prestación unilateral.

Por su parte, la compraventa siempre será un contrato bilateral, sinalagmático o de prestaciones recíprocas.

4.4.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo con lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, el hospedaje es fundamentalmente un contrato oneroso, pero también podría celebrarse a título gratuito. En cambio, la compraventa siempre será un contrato celebrado a título oneroso.

4.4.14. En cuanto al riesgo

El hospedaje es, fundamentalmente, un contrato conmutativo, no habiéndose planteado en el mismo su eventual aleatoriedad. Pero no encontraríamos impedimento alguno para que se celebre aleatoriamente.

4.4.15. En cuanto a sus efectos

El hospedaje y la compraventa son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.5. Con el derecho real de uso y habitación

4.5.1. En cuanto al nombre

Mientras el hospedaje es un contrato nominado, el derecho real de uso y habitación también es de carácter nominado, al igual que todos los derechos reales, ya que su existencia se da por mandato legal en virtud de *numerus clausus*.

4.5.2. En cuanto a su regulación

Mientras el hospedaje es un contrato típico, el derecho real de uso y habitación —dada su naturaleza de derecho real—, es también de carácter típico y se encuentra regulado entre los artículos 1026 y 1029 del Código Civil.

A través del artículo 1026 del Código Civil se establece que el derecho de usar o de servirse de un bien no consumible se rige por las disposiciones del título relativo al derecho real de usufructo, en cuanto sean aplicables.

El numeral siguiente (artículo 1027) establece que cuando el derecho de uso recae sobre una casa o parte de ella para servir de morada, se estima constituido el derecho de habitación.

A través del artículo 1028 se señala que los derechos de uso y habitación se extienden a la familia del usuario, salvo disposición distinta.

Y, finalmente, el artículo 1029 señala que los derechos de uso y habitación no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación.

4.5.3. En cuanto a su estructura

El hospedaje puede ser un contrato simple o uno complejo. El derecho real de uso y habitación no podría ser encuadrado dentro de la clasificación general de los contratos en cuanto a su estructura, ya que nos estamos refiriendo a los derechos de los hombres sobre las cosas (derechos reales) y no a derechos de naturaleza obligacional.

4.5.4. En cuanto a su contenido o área

El contrato de hospedaje y el derecho real de uso y habitación son fundamentalmente de naturaleza civil.

4.5.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, el hospedaje es un contrato principal, pues no depende jurídicamente de otro contrato; salvedad hecha del contrato de subhospedaje, contrato derivado del hospedaje.

Por su parte, el derecho real de uso y habitación es un derecho real principal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.5.6. En cuanto a su formación

Por su formación, tanto el contrato de hospedaje como el derecho real de uso y habitación son de naturaleza consensual, pues el hospedaje se celebra y el uso y habitación se constituye con el solo consentimiento de las partes.

4.5.7. En cuanto al tiempo

El contrato de hospedaje es de duración. El derecho real de uso y habitación también tiene esta característica, común a los derechos reales principales.

4.5.8. En cuanto a su negociación

Mientras el contrato de hospedaje se celebra fundamentalmente por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, el derecho real de uso y habitación es fundamentalmente paritario.

4.5.9. En cuanto al rol económico

El hospedaje es un contrato de goce, pues implica el disfrute del bien sin tener su disposición. El derecho real de uso y habitación también comparte esta característica, pero podría implicar o no la entrega del bien al poder del usuario, vale decir, la existencia de un acto de desposesión sobre dicho bien.

4.5.10. En cuanto a su función

El contrato de hospedaje es fundamentalmente constitutivo, pero podría formar parte, por excepción, de un contrato regulatorio o modificatorio. Podemos decir lo mismo en cuanto al derecho real de uso y habitación.

4.5.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El contrato de hospedaje es de carácter individual, pues las obligaciones creadas por él afectan, únicamente, a las partes que lo celebran.

Más allá de la naturaleza real del derecho de uso y habitación, es evidente que la constitución del mismo solamente afecta al propietario del bien y a aquella persona en cuyo favor se constituye dicho derecho de uso y habitación.

4.5.12. En cuanto a la prestación

En cuanto a la prestación, el hospedaje es un contrato que se celebra fundamentalmente a título oneroso, pero como hemos expresado, nada impediría que se celebrara a título de liberalidad.

Por su parte, la constitución del derecho real de uso y habitación podría producirse, mediando una contraprestación del usuario, a favor del propietario del bien o de manera unilateral.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.5.13. En cuanto a la valoración

El contrato de hospedaje es fundamentalmente oneroso y excepcionalmente gratuito.

En lo que respecta al derecho real de uso y habitación podemos decir que el mismo puede celebrarse, indistintamente, a título oneroso o gratuito, pero en la mayoría de ocasiones será oneroso.

4.5.14. En cuanto al riesgo

El contrato de hospedaje y el derecho real de uso y habitación son fundamentalmente actos de carácter conmutativo, pues la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes intervinientes en el contrato de hospedaje y constituyentes del derecho real de uso y habitación son ciertas, vale decir, conocidas de antemano, aunque la naturaleza de ambos no impediría que revistiesen la modalidad de aleatorios.

4.5.15. En cuanto a sus efectos

Mientras el hospedaje es un contrato meramente obligatorio u obligacional, el uso y habitación es, conforme lo hemos expresado en reiteradas ocasiones, un derecho real.

4.6. Con el contrato de suministro

4.6.1. En cuanto al nombre

Tanto el hospedaje como el suministro son contratos de carácter nominado.

Si bien es cierto que el hospedaje desde hace siglos ha sido conocido con este nombre dentro de las sociedades pertenecientes a nuestra tradición jurídica, no ocurrió algo similar con el suministro, contrato que recién fue conocido propiamente como tal en las primeras décadas del siglo XX, consagrando su autonomía conceptual en el Código Civil italiano de 1942.

Antes, el suministro sólo era considerado como una modalidad más de celebración del contrato de compraventa, razón por la cual todavía no se le podía considerar como un contrato nominado.

4.6.2. En cuanto a su regulación

Si bien es cierto que el contrato de hospedaje ha tenido tipicidad legal desde hace tiempo en el Perú, sobre todo a través de normas reglamentarias de la actividad hotelera, recién recibió tipicidad de carácter general con el Código Civil de 1984, cuyo articulado nos encontramos analizando.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En cambio, el contrato de suministro no tuvo tipicidad legal alguna hasta antes del referido Código Civil.

En lo que respecta a la regulación de ambos contratos observamos que podría existir un punto de contacto y similitud entre ambos.

Decimos esto, por cuanto el artículo 1713 del propio Código establece que el hospedante, además de prestar albergue al huésped, podría brindarle alimentación y otros servicios contemplados por la ley y los usos.

En tal sentido, si dichos servicios, dentro de los cuales evidentemente se comprende algunos bienes, fueran brindados, por ejemplo, a la habitación del huésped, estas prestaciones tendrían cierta similitud con aquéllas que se compromete a ejecutar un suministrante a favor del suministrado (argumento del artículo 1605 del Código Civil peruano).

Sin embargo, la diferencia fundamental entre ambos actos estriba en el hecho de que aquellas prestaciones de bienes que puede brindar el hospedante al huésped son complementarias de la prestación de albergue y nunca podrían ser apreciadas de manera independiente.

No es que el hospedaje pueda contener un suministro, pues el contrato de suministro es uno de naturaleza principal e independiente de cualquier contrato. Además, el rasgo característico principal del contrato de suministro, consistente en la entrega periódica o continuada de bienes que efectúa el suministrante a favor del suministrado, existirá por sí y ante sí, sin necesidad de que dichas actividades sean complementarias de algunas otras de distinta naturaleza.

En lo que respecta al contrato de hospedaje no podría sostenerse que el uso del bien que hará el huésped constituya una prestación que implique la entrega de bienes con carácter continuado.

Ello no podría ser sostenido recurriendo siquiera a una ficción legal, en la medida en que en el contrato de hospedaje estamos hablando de un solo bien y no de varios, además de ser sumamente discutible el que haya entrega del bien, pues no existe desposesión material del mismo por parte del hospedante a favor del huésped; simplemente le permite gozar de él.

4.6.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, el hospedaje puede ser un contrato simple o uno complejo. El suministro es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

4.6.4. En cuanto a su contenido o área

El contrato de hospedaje es uno de naturaleza fundamentalmente civil. En cambio, el suministro puede ser un contrato mercantil, civil o administrativo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.6.5. En cuanto a su autonomía

Tanto el hospedaje como el suministro son contratos principales, puesto que no dependen jurídicamente de otros contratos, excepción hecha del subhospedaje, contrato derivado del hospedaje.

4.6.6. En cuanto a su formación

Independientemente de las disposiciones administrativas que establecen la necesidad de cumplir con determinadas formalidades posteriores a la celebración del contrato, en el caso de algunos establecimientos de hospedaje, debemos decir que el hospedaje es un contrato fundamentalmente consensual.

Por su parte, el contrato de suministro es, en principio, consensual. Sin embargo, si es celebrado a título de liberalidad deberá celebrarse por escrito, siendo un contrato *ad solemnitatem* (argumento del artículo 1605 del Código Civil, norma que establece que el suministro puede probarse por cualquiera de los medios que permite la ley, pero si hubiere sido celebrado a título de liberalidad, debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad).

4.6.7. En cuanto al tiempo

El hospedaje y el suministro son contratos de duración, ya que la relación contractual creada por ellos se prolonga en el tiempo. Sin embargo, se podría decir que el hospedaje es un contrato con una vocación de existencia más breve, pues es usual que se prolongue por lapsos de horas, días, semanas y hasta meses, siendo de carácter continuado.

Es inusual que el contrato de hospedaje se prolongue por lapsos mayores, pero no existe inconveniente conceptual alguno en que ello pueda producirse.

Contrariamente, lo usual es que el contrato de suministro se convenga a plazo indeterminado, como ocurre en el caso de los suministros de agua potable y energía eléctrica, o que, en todo caso, se pacte por periodos anuales. No son muy comunes los suministros pactados por una duración mensual, por ejemplo. De este modo, se podría decir que el contrato de suministro tiene una vocación de existencia mayor que el contrato de hospedaje.

Por otra parte, ambos contratos coinciden en que su duración puede pactarse con carácter determinado (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha final), o indeterminada (aquélla en la que se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final). Sin embargo, consideramos que es este último supuesto aquél que se presentará con mayor frecuencia en ambos contratos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.6.8. En cuanto a su negociación

Como sabemos, el contrato de hospedaje es, en la mayoría de supuestos, uno arreglado a cláusulas generales de contratación, pero en un porcentaje minoritario suele ser de negociación previa.

En cambio, el contrato de suministro, en la práctica, presenta a la vez supuestos de negociación previa, contratos por adhesión y contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación, siendo de estas últimas dos clases, los suministros de servicios públicos y otros que se celebran fundamentalmente en formularios preimpresos.

4.6.9. En cuanto al rol económico

En lo que respecta al rol económico, el hospedaje es un contrato de goce, que implica el disfrute del bien por parte del huésped sin tener la disposición del mismo.

Por su parte, el suministro es fundamentalmente (aunque no siempre) un contrato de cambio, ya que su principal función es la circulación de la riqueza. Asimismo, es un contrato de disposición en la medida en que implica una disminución en el patrimonio del suministrante (que de haberse pactado a título oneroso se verá compensada con la respectiva contraprestación).

4.6.10. En cuanto a su función

Tanto el hospedaje como el suministro son, fundamentalmente, contratos de carácter constitutivo, aunque la naturaleza de ambos no impediría la existencia de actos que revistan carácter regulatorio o modificatorio.

4.6.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

4.6.12. En cuanto a la prestación

Por la prestación, tanto el hospedaje como el suministro son, en principio, contratos bilaterales, sinalagmáticos o con prestaciones recíprocas. Sin embargo, siguiendo nuestro ordenamiento legal, cabe perfectamente la posibilidad de que los mismos no se celebren con la existencia de una contraprestación, que el suministrado o el huésped, respectivamente, tuvieran que asumir.

4.6.13. En cuanto a la valoración

Por la valoración, de acuerdo a lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, el hospedaje y el suministro son fundamentalmente contratos onerosos. Sin embargo, conforme a esas mismas consideraciones, ambos contratos también podrían celebrarse a título gratuito.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.6.14. En cuanto al riesgo

Ambos contratos son fundamentalmente conmutativos, 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 doctrinariamente el tema de la aleatoriedad en estos contratos, pero no encontraríamos impedimento alguno para que se celebren de esta manera.

4.6.15. En cuanto a sus efectos

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

4.7. Con el contrato de locación de servicios

4.7.1. En cuanto al nombre

El hospedaje y la locación de servicios son contratos nominados.

4.7.2. En cuanto a su regulación

Ambos son contratos típicos.

Como sabemos, el hospedaje se encuentra regulado entre los artículos 1713 y 1727 del Código Civil. De otro lado, la locación de servicios constituye uno de los cinco contratos de prestación de servicios nominados de que trata el Código Civil y se encuentra normado entre los artículos 1764 y 1770 del mismo Código.

En el artículo 1764 se establece 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, y puede ser materia del contrato toda clase de servicios materiales e intelectuales.

El contrato de locación de servicios es *intuitu personae*. En este sentido, el artículo 1766 del Código 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 éstos está permitida por el contrato o por los usos, y no es incompatible con la naturaleza de la prestación.

El parecido que podría existir entre el hospedaje y la locación de servicios se centraría en los eventuales servicios complementarios que el hospedante podría brindar al huésped en adición al albergue propiamente dicho.

Sin duda alguna, estos servicios tienen gran similitud con el contrato de locación de servicios. Sin embargo, en el caso del hospedaje no se concibe la existencia de los servicios por sí mismos, única y exclusivamente, sin la existencia del albergue. En este sentido, debe subrayarse que no hay que entender que el contrato

EDICIONES MARIO CASTILLO FREYRE

de hospedaje comprende a un contrato de locación de servicios, simplemente esos servicios deben ser apreciados con el carácter complementario que tienen.

4.7.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, el hospedaje puede ser un contrato simple o uno complejo. La locación de servicios es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

4.7.4. En cuanto a su contenido o área

Mientras el contrato de hospedaje es fundamentalmente de carácter civil, la locación de servicios puede ser civil, mercantil o de naturaleza especial.

4.7.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, el hospedaje y la locación de servicios son contratos principales, pues no dependen jurídicamente de otros contratos.

4.7.6. En cuanto a su formación

Los contratos de hospedaje y de locación de servicios son fundamentalmente consensuales; sin embargo, nada impediría que las partes conviniesen una formalidad especial para su celebración.

4.7.7. En cuanto al tiempo

El hospedaje es, esencialmente, un contrato de duración, ya que el albergue se prolonga en el tiempo.

Por su parte, la locación de servicios también podría ser calificada como un contrato de duración, pero a diferencia del hospedaje no podría convenirse indefinidamente, ya que el Código Civil establece plazos máximos con relación a este contrato.

En este sentido, el artículo 1768 del Código Civil dispone que el plazo máximo de este contrato sea de seis años si se trata de servicios profesionales y de tres años en otra clase de servicios. En tanto que si se pactara un plazo mayor, el límite máximo indicado sólo podría ser invocado por el locador.

En adición a lo expuesto, el artículo 1769 del Código Civil dispone que 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, teniendo el locador derecho al reembolso de los gastos efectuados y a la retribución de los servicios prestados.

4.7.8. En cuanto a su negociación

Mientras el contrato de hospedaje es fundamentalmente uno celebrado por adhesión o arreglado a cláusulas generales de contratación, la locación de servicios

FERNANDO MARIO CASTILLO FREYRE

—en la práctica— puede ser un contrato de negociación previa, como también puede celebrarse con arreglo a cláusulas generales de contratación o por adhesión.

4.7.9. En cuanto al rol económico

Mientras el hospedaje es un contrato de goce, la locación es un contrato de prestación de servicios.

4.7.10. En cuanto a su función

Ambos son contratos fundamentalmente constitutivos, aunque por excepción podrían ser regulatorios o modificatorios.

4.7.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Tanto el hospedaje como la locación de servicios son contratos de carácter individual, ya que las obligaciones que crean afectan únicamente a las partes que los celebran.

4.7.12. En cuanto a la prestación

El hospedaje y la locación de servicios son, en principio, contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas.

Pero, excepcionalmente, podríamos estar ante hospedajes y locaciones de servicios de carácter unilateral, en tanto que los contratos de prestación de servicios en general también pueden celebrarse sin remuneración (argumento del artículo 1759 del Código Civil peruano).

En lo que respecta al hospedaje, éste también puede celebrarse con prestación unilateral.

Si ambos contratos se hubiesen pactado con carácter bilateral, en el caso del hospedaje la prestación que deberá pagar el huésped podrá ser fijada en forma de tarifa por la autoridad competente si se trata de hoteles, posadas u otros establecimientos similares (argumento del artículo 1713 del Código Civil). En tanto que si se tratase de un contrato de locación de servicios pactado a título oneroso, no habiéndose establecido la retribución del locador y no pudiéndose determinar según las tarifas profesionales o los usos, será fijada con relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados (argumento del artículo 1767 del Código Civil).

4.7.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo con lo que acabamos de mencionar en el punto anterior, el hospedaje y la locación de servicios son contratos fundamentalmente onerosos. Sin embargo, según esas mismas consideraciones, ambos también podrían ser contratos que se celebren a título gratuito.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.7.14. En cuanto al riesgo

El hospedaje y la locación de servicios 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.

A pesar de no haberse planteado teóricamente el tema de la aleatoriedad en los referidos contratos no encontramos impedimento alguno para que se celebren de manera aleatoria.

4.7.15. En cuanto a sus efectos

El hospedaje y la locación de servicios son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

5. De las prestaciones del hospedante

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1713 del Código Civil, 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.

En lo que respecta al albergue propiamente dicho, el mismo implica la existencia de, al menos, una obligación de dar y de una obligación de no hacer. La obligación de dar, sin embargo, no implica —en sentido estricto— una entrega en los términos de desposesión propiamente dicha. Con ello queremos decir que el hospedante durante la vigencia del contrato continúa teniendo el control sobre la habitación que constituye el bien materia de hospedaje.

Este control es prácticamente total y se refiere a los accesos generales al establecimiento de hospedaje, e incluso a la habitación utilizada por el huésped si es que éste incumpliera con las obligaciones asumidas en el contrato, de manera tal que el hospedante pudiese tomar medidas con respecto a la finalización de la relación contractual.

El control absoluto también se pone de manifiesto en la medida en que el hospedante conserva duplicados de las llaves o tarjetas de acceso a la habitación del huésped. Esto, a efectos de evitar cualquier problema relacionado con la pérdida de dicho implemento por parte del huésped, al igual que para poder ingresar a la habitación a fin de realizar labores de limpieza e incluso inspección. No está de más recordar que los accesos generales al establecimiento de hospedaje siempre estarán bajo el control del hospedante.

Podríamos decir que, dado el nivel de control que existe por parte del hospedante, el huésped solamente tiene derecho al uso de las instalaciones de la habitación, siendo consciente de que ese uso será respetado por el hospedante, pero a la vez teniendo presente que deberá dejar la habitación en el mismo estado de uso y funcionamiento en que la recibió.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, el huésped también tendrá derecho a utilizar todos los servicios comunes del establecimiento que se encuentren a disposición de los clientes, tales como cafeterías, comedores, salas de estar, piscinas, peluquerías, gimnasio, sauna, etc., pagando los costos de sus consumos de bienes y servicios cuya utilización no sea gratuita.

Sin embargo, cabe agregar que los consumos adicionales a la tarifa de la habitación no sólo se generarán fuera de ella, en la medida en que el huésped podrá, por citar sólo algunos ejemplos, efectuar llamadas telefónicas desde su habitación, utilizar servicios de lavandería, alimentación a la habitación, etc.

De todo lo expresado puede deducirse claramente que la prestación que debe ejecutar el hospedante recae, por lo general, sobre una habitación, es decir, sobre un bien inmueble. Y así será en la generalidad de contratos de hospedaje. Sin embargo, debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo 1727 del Código Civil, en el sentido de que las disposiciones del título relativo al contrato de hospedaje comprenden 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.

Independientemente del análisis detallado de esta norma que luego efectuaremos, queremos resaltar lo referente a la aplicación supletoria de las normas del hospedaje, a las naves, aeronaves y coches-cama. Precisamos esto por cuanto los medios de transporte mencionados, evidentemente, son bienes muebles, y podría pensarse que el contrato de hospedaje pudiera recaer sobre bienes de esta naturaleza. Sin embargo, ello no es así ya que en estos casos estaremos fundamentalmente ante contratos de transporte marítimo, aéreo o terrestre, respectivamente, a los que les será de aplicación supletoria la normatividad relativa al contrato de hospedaje, no por tratarse de contratos de hospedaje propiamente dichos, sino porque en los mencionados contratos los referidos medios de transporte ofrecen determinados servicios que, de una manera u otra, se parecen a aquellos proporcionados por los establecimientos de hospedaje. Tal vez el caso más representativo sea el de los barcos de pasajeros en donde se combina el confort con la duración de los viajes, la misma que varía entre días y semanas. Dichas naves son, por cierto, verdaderos hoteles flotantes. También es el caso de los trenes con vagones dormitorio.

6. De la prestación del huésped

Más allá del cumplimiento de otras obligaciones, la principal obligación asumida por el huésped es el pago de la tarifa por el uso de la habitación, los servicios y bienes complementarios que consuma durante su estadía en el establecimiento de hospedaje.

A pesar de no encontrase establecido en la ley, consideramos que los usos y costumbres han impuesto en el Perú que la tarifa siempre se exprese en dinero (soles) o en moneda extranjera (dólares estadounidenses). En este último caso

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

resulta de plena aplicación lo dispuesto por el artículo 1237 del Código Civil, precepto que permite contraer obligaciones en monedas extranjeras no prohibidas por leyes especiales.

La citada norma agrega que, salvo pacto en contrario, el pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación. En este caso, si no hubiera mediado pacto en contrario en lo referido a la moneda de pago y el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que el pago en moneda nacional se haga al tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación o al que rija el día del pago.

En el Perú, por lo general, las tarifas de los hoteles se expresan en dólares americanos en tanto que las de los hostales se expresan en dólares y en soles. Resulta una constante que los hostales de más baja categoría expresen sus tarifas en soles.

Si bien es cierto que la ley (artículo 1713 del Código Civil) señala que la tarifa podrá ser fijada por la autoridad competente, también es muy cierto que, como nos encontramos dentro de un régimen económico constitucional de economía social de mercado, existe la más absoluta libertad para la fijación de dichas tarifas por parte de los establecimientos de hospedaje.

7. Normatividad legal aplicable al contrato de hospedaje

La mayoría de contratos regulados en el Código Civil limitan su tratamiento legal a las normas contenidas en el mencionado cuerpo normativo. Ello no ocurre en el caso del hospedaje debido a que es un contrato cuya importancia va más allá de las propias partes que lo celebran, pues estamos hablando de una actividad en donde los establecimientos brindan un servicio al público usuario o consumidor.

En tal sentido, interesa al Estado que esta actividad se encuentre no sólo regulada, sino también supervisada por el mismo. De ahí que todo establecimiento de hospedaje requiere para su funcionamiento de las licencias municipales respectivas, y también de aquéllas del ministerio del ramo, tal como se puede apreciar de la mención que hicimos en tiempo oportuno.

8. Condiciones de la habitación y de los alimentos

Según establece el artículo 1715 del Código peruano:

> Artículo 1715.- «El huésped tiene derecho a exigir del hospedante que la habitación presente las condiciones de aseo y funcionamiento de servicios normales y que los alimentos, en su caso, respondan a los requisitos de calidad e higiene adecuados».

El artículo trascripto hace referencia a dos obligaciones concretas del establecimiento de hospedaje con relación al huésped relativas a que la habitación

ESTUDIO MARIO CASTRO OTREMO

presente condiciones de aseo y funcionamiento de servicios normales y que los alimentos, en su caso, respondan a los requisitos de calidad e higiene adecuados.

Con relación a la primera de las obligaciones, hace bien el Código Civil en precisar que las condiciones que debe presentar la habitación en cuanto a aseo y funcionamiento deben ser las normales, debiéndose entender por ello que unas y otras tienen que ir de la mano con la que debería entenderse como situación de normalidad de acuerdo con la categoría del establecimiento.

Ello se entiende perfectamente en lo que respecta a las condiciones de funcionamiento de todos los servicios de la habitación. Es claro que ellos serán acordes con la categoría del establecimiento.

Sin embargo, el asunto no se manifiesta con similar claridad en lo que respecta a las condiciones de aseo de la habitación, pues siempre deben respetarse estándares mínimos de aseo que preserven la salud e integridad física del huésped.

Por otra parte, estimamos que estas condiciones de aseo, funcionamiento e higiene a que hace referencia el artículo 1715 no se circunscriben a la habitación y a los alimentos, sino a todas las instalaciones del establecimiento de hospedaje, ya sea que se encuentren o no a disposición y uso de los huéspedes.

9. Obligación de exhibir tarifas y cláusulas generales de contratación

El artículo 1716 del Código Civil establece que:

> Artículo 1716.- «Los establecimientos destinados a hospedaje exhibirán en lugar visible las tarifas y cláusulas generales de contratación que rigen este contrato».

Sin duda, la disposición contenida en el artículo 1716, en cuanto a las tarifas, resulta necesaria en la medida en que la tarifa es uno de los elementos esenciales-especiales del contrato de hospedaje oneroso. Mal podría entenderse celebrado un contrato de estas características si el huésped desconociera la tarifa que va a regir durante su estadía en dicho establecimiento.

Por otra parte, en lo que respecta a las cláusulas generales de contratación, su exhibición resultaría indispensable para que las mismas se incorporasen al contrato de hospedaje en caso de no haber sido aprobadas por la autoridad administrativa, conforme lo establece el artículo 1397 del Código Civil.

En cambio, si se tratara de cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, ellas se incorporarían a todos los contratos de hospedaje que celebrara dicho establecimiento, conforme a lo dispuesto por el artículo 1393 del propio Código.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, debemos recordar que el tema de la exhibición de las tarifas también es abordado por el Reglamento de Establecimiento de Hospedaje, el mismo que trata sobre el particular en sus artículos 16, 30 y 31.

El artículo 16 indica que:

> «Los establecimientos de hospedaje deberán mostrar en un lugar visible en el exterior del establecimiento, la placa indicativa que dé cuenta de la clasificación y/o categorización otorgada por el Órgano Regional Competente. Dicha placa deberá cumplir con la forma y características señaladas en el Anexo N° 8 del presente Reglamento.— Los establecimientos de hospedaje que no cuenten con el Certificado de clasificación y/o categorización, no pueden ostentar la placa indicativa antes señalada».

El numeral 30 agrega que:

> «Los establecimientos de hospedaje deben brindar atención permanente a sus huéspedes y mostrar en forma visible tanto en la recepción como en las habitaciones, las tarifas, la hora de inicio y el término del día hotelero y demás condiciones del contrato de hospedaje».

Asimismo, el artículo 31 prescribe que:

> «Es requisito indispensable para ocupar las habitaciones, la inscripción previa de los clientes en el Registro de Huéspedes, acreditando su identidad y demás información, según lo establecido en el inciso p) del artículo 3 del presente Reglamento».

10. Derecho de retención en favor del hospedante

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1717 del Código Civil:

> Artículo 1717.- «Los equipajes y demás bienes entregados o introducidos por el huésped responden preferencialmente por el pago de la retribución del hospedaje y por los daños y perjuicios que aquél hubiese causado al establecimiento, pudiendo el hospedante retenerlos hasta su cancelación».

El derecho de retención se encuentra regulado entre los artículos 1123 y 1131 del Código Civil.

El artículo 1123 indica que por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene.

El numeral 1124 agrega que la retención no puede ejercerse sobre bienes que al momento de recibirse estén destinados a ser depositados o entregados a otra persona.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Asimismo, el artículo 1125 prescribe que el derecho de retención es indivisible. Puede ejercerse por todo el crédito o por el saldo pendiente, y sobre la totalidad de los bienes que estén en posesión del acreedor o sobre uno o varios de ellos.

Por otra parte, el artículo 1126 establece que la retención se ejercita en cuanto sea suficiente para satisfacer la deuda que la motiva y cesa cuando el deudor la paga o la garantiza.

De otro lado, el artículo 1127 establece cómo ejercer «el derecho de retención».

En primer término se podrá ejercer extrajudicialmente, rehusando la entrega del bien hasta que no se cumpla la obligación por la cual se invoca; y en segundo lugar, judicialmente, como excepción que se opone a la acción destinada a conseguir la entrega del bien. El juez puede autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente.

El artículo 1128 señala que para que el derecho de retención sobre inmuebles surta efecto contra terceros debe ser inscrito en el Registro de la propiedad inmueble.

Agrega la norma que sólo se puede ejercitar el derecho de retención frente al adquirente a título oneroso que tiene registrado su derecho de propiedad si el derecho de retención estuvo inscrito con anterioridad a la adquisición.

Puntualiza la norma que, respecto de los inmuebles no inscritos, el derecho de retención puede ser registrado mediante anotación preventiva extendida por mandato judicial.

Según establece el 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.

Por su parte, el artículo 1130 proscribe el pacto comisorio en el derecho de retención, al señalar que aunque no se cumpla la obligación, el retenedor no adquiere la propiedad del bien retenido, siendo nulo el pacto contrario.

Y, por último, el artículo 1131 indica que las reglas del título relativo al hospedaje son aplicables a todos los casos en que la ley reconozca el derecho de retención, sin perjuicio de los preceptos especiales.

Por nuestra parte, podemos decir que, sin duda, el derecho de retención es de carácter excepcional y se ejerce en los casos en que expresamente lo permite la ley. El contrato de hospedaje es uno de ellos.

Pero nótese que la posibilidad de retener los equipajes y demás bienes entregados o introducidos por el huésped se circunscribe al pago de la retribución del hospedaje, y por los daños y perjuicios que hubiese causado al establecimiento.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De ninguna manera incluye cualquier otra deuda que el huésped pudiera mantener —por cualquier otro concepto— con el establecimiento de hospedaje.

Sin embargo, nos parece lógico que sí se entiendan comprendidas deudas derivadas de contratos de hospedaje precedentes celebrados entre las mismas partes.

De otro lado, podríamos preguntarnos si además del derecho de retención establecido en el artículo 1717 del Código Civil, se contempla la posibilidad de compensar.

Para tal efecto, debemos recordar que, si así fuese, en todo caso podríamos estar frente a un supuesto de compensación unilateral (pues para que sea bilateral se requeriría del asentimiento del huésped —y éste no es el caso—).

En tal sentido, el artículo 1288 del Código Civil dispone que:

> Artículo 1288.- «Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyan de común acuerdo».

De lo que acaba de ser mencionado, y dado que la tarifa se paga en dinero o en moneda extranjera, podría deducirse que únicamente cabría compensar de modo unilateral en la medida en que estemos hablando (en calidad de bien depositado) de dinero o de moneda extranjera.

Pero si ése fuese el caso, la compensación estaría prohibida por la ley, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1290, inciso 2 del propio Código, precepto que proscribe la compensación en la restitución de bienes depositados.

Antes de entrar a explicar algunas consideraciones sobre la mencionada prohibición de compensación debemos establecer algunas precisiones acerca de la delicada particularidad que envuelve a los contratos de depósito y de comodato.[1509]

La obligación del depositario es de honor, por la extrema confianza que origina la obligación de custodia. En efecto, quien depositó el bien en sus manos reveló confianza absoluta. Lo mismo ocurre en el caso del comodatario, a quien el comodante benefició entregándole un bien en calidad de préstamo a título gratuito. Aquí se da inclusive un elemento adicional, cual es la gratitud que se espera por parte del comodatario. Por último, en ambos casos están de por medio principios éticos de cautela al depositante o comodante por tratarse de obligaciones de honor. Por ello, tanto las obligaciones del depositario como del comodatario no sólo tienen contenido jurídico, sino ético y moral.

1509 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*, vol. XVI, tercera parte, tomo IX, pp. 175-179.

Podría argüirse en contra de estas ideas, aduciéndose que la confianza es un elemento subjetivo que se presenta en las obligaciones generadas por toda clase de contratos, y no sólo en los de depósito y comodato. Por ejemplo, la compraventa a crédito. En este caso, el vendedor entrega al comprador el bien objeto del contrato sin recibir el íntegro de su contraprestación, contando con recibirla más adelante —fraccionadamente en el tiempo—, según lo convenido. Hay un elemento de confianza, que supuestamente siempre debería honrarse. Lo mismo puede ocurrir en un contrato de permuta, en uno de suministro, etc.

La confianza entraña riesgo, y la sociedad lo asume, ya que de lo contrario nadie contrataría en ninguna otra forma que no fuera entregando y recibiendo los bienes objeto de la prestación y la contraprestación en el mismo momento y acto. Si la aversión al riesgo fuera absoluta, entonces las transacciones se reducirían en forma tal que el progreso sería algo muy lejano y hasta utópico. Ahora bien, por todo esto es que el Derecho ha creado formas legales de prevención en caso de que alguna de las partes actúe o pretenda actuar de mala fe, tales como los títulos-valores (de mérito ejecutivo), los diversos tipos de garantías (prendarias, hipotecarias, el contrato de fianza, etc.), y los demás recursos legales a los que se puede acudir (medidas cautelares como el embargo, el secuestro, etc., o configuración de delitos, con las consiguientes sanciones penales, etc.) cuando el daño está hecho, además del efecto disuasivo de estas últimas. Inclusive el que existan tantas y tan variadas normas de dicha naturaleza podría invitar a suponer que lo que mayormente se presume es la mala fe, antes que la buena fe, situación que desde luego no es exacta.

Nuestro Código Civil, si bien procura ser funcionalista, en el fondo es sumamente subjetivista y humanista. Su objetivismo es más bien tímido, ya que a lo largo de todo el cuerpo legal encontramos normas basadas en presunciones de buena fe.

Un caso palpable de este tinte subjetivista es el inciso 2 del artículo 1289, cuyo fundamento tiene sus cimientos —como lo hemos señalado— en el honor.

Luego de estas consideraciones analizamos sucintamente las prohibiciones a que se refiere el precepto.

Es el caso de una persona que deba a otra determinada prestación, y que a su vez dicho deudor haya entregado a su mismo acreedor, en virtud de un contrato de depósito o de comodato, un bien (o bienes) fungible (fungibles) con lo adeudado. Como la obligación del deudor ha vencido, entonces el acreedor decide compensar los bienes propiedad del deudor que tiene en custodia con los que éste le adeuda.

Supongamos, para utilizar un ejemplo, que Juan le debe a Jorge 5000 soles. Asimismo, el primero entrega al segundo, en calidad de depósito, la cantidad de 4000 soles. Entonces, Jorge tiene un crédito exigible a su favor de 5000 soles (que Juan se demora en pagarle) y, a la vez, tiene como depositario la suma de 4000 soles, de propiedad de Juan, la cual debe devolver. Se trata de dos obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y con prestaciones cuyos objetos son fungibles entre

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sí. Supuestamente, podría oponer la compensación (sería una compensación parcial), basándose en el artículo 1288 del Código, pero por la naturaleza de su obligación está impedido de hacerlo. La índole de esta obligación supone un criterio de confianza, de honor, mayor al de otras figuras contractuales.

Creemos que si bien puede parecer poco funcional basar un precepto imperativo en un criterio tan puramente subjetivo, y aun siendo proclives a que las normas sean más honestas y eficientes, y menos líricas, sí consideramos necesario proveer de cierta mística de valores y principios de orden subjetivo a nuestro cuerpo legal, procurando que los mismos no caigan en meras declaraciones sin contenido realista o práctico. Los principios subjetivos, bien empleados, pueden coadyuvar a lograr un sistema eficiente.

Por ello, concluyendo esta parte del análisis, creemos que conservar, como elemento fundamental de la naturaleza de estos contratos, al honor, no resulta retrógrado ni obsoleto, aunque admitimos que tales criterios deben ser dosificados en forma muy restringida. En nuestro caso, por ejemplo, la obligación de entrega del deudor (Juan) no se encuentra tan «santificada» por el honor como la obligación de entrega de su acreedor (Jorge), existiendo disparidad de condiciones para ambos. Podría verse hasta injusto, por lo que cabría cuestionar la falta de reciprocidad en cuanto al «honor» en ambas obligaciones. Sin embargo, para no desvirtuar el carácter especialmente ético y de compromiso absoluto que se desea imprimir a las obligaciones de los depositarios y comodatarios se le confiere la carga adicional del elemento subjetivo.

Por estas razones, en opinión nuestra, resulta adecuada la norma que prohíbe expresamente la compensación en la restitución de bienes depositados o entregados en comodato, pero nos parecería equitativo facultar al depositario o comodatario a retener (sin disponer ni compensar) tales bienes a efectos de estimular a su deudor a realizar el pago que le adeuda.[1510]

Por otro lado, en cuanto a la clase de bienes depositados o entregados en comodato, sujetos a la prohibición de compensar, ésta se aplica a bienes de todo tipo, fungibles e infungibles, si se trata de la compensación convencional. Para el caso de la compensación unilateral, evidentemente la prohibición se refiere a los objetos de las prestaciones fungibles entre sí, pues en ningún caso se podría oponer la compensación del artículo 1288 si se tratase de objetos no fungibles entre ellos. Lo mismo sucedería, desde luego, en el caso de la compensación legal.[1511]

1510 El derecho de retención, como sabemos, sólo faculta al acreedor a retener el o los bienes de su deudor cuando exista conexión entre el crédito y el o los bienes que se retienen, supuesto que no corresponde al caso bajo análisis.

1511 Remitimos al lector a lo manifestado al analizar el requisito de fungibilidad del artículo 1288 del Código Civil peruano, con ocasión de una anterior investigación (Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*, tercera parte, pp. 72-80).

Por último, es nuestro parecer que, al igual que en el primer inciso del artículo 1289, la exclusión de la compensación no debe restringirse a la restitución del bien, sino que debe comprender también el monto de los daños y perjuicios correspondientes en caso de pérdida del bien en poder del comodatario o del depositario.

11. Responsabilidad del hospedante como depositario

Según lo dispuesto por el artículo 1718 del Código nacional:

> Artículo 1718.- «El hospedante responde como depositario por el dinero, joyas, documentos y otros bienes recibidos en custodia del huésped y debe poner en su cuidado la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

Como se recuerda, el citado cuerpo normativo regula el depósito en su artículo 1814 y siguientes. En la primera de las normas citadas establece que:

> Artículo 1814.- «Por el depósito voluntario el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante».

En primer término debemos tener presente que el hospedaje no es precisamente un contrato de depósito. Es un contrato autónomo y distinto. Lo que ocurre es que en lo relativo a la custodia de los bienes de valor o importancia para el huésped que éste haya confiado al establecimiento de hospedaje se da una situación enteramente asimilable a la del contrato de depósito, pues la custodia, al fin y al cabo, no es otra cosa que un depósito sobre los referidos bienes.

Así, y conforme a lo dispuesto por el artículo 1718 antes citado, pensamos que las disposiciones del contrato de depósito que resultarían de aplicación a la custodia de los bienes en el hospedaje serían las contenidas en los numerales 1817 y 1819 a 1852 del propio Código.

Ahora bien, antes de concluir nuestros comentarios sobre el artículo 1718 del Código nacional, debemos subrayar el hecho de que la citada norma pone énfasis en que el cuidado de los bienes se hará conforme a la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Con ello no se está haciendo otra cosa que aludir a las diferentes categorías de establecimientos de hospedaje y a los mecanismos de seguridad con que puede contar cada uno de ellos.

Es evidente que no se podría exigir los mismos mecanismos de seguridad a un hotel cinco estrellas que a un hostal de una estrella. Pero también es claro que el huésped deberá actuar con un ponderado criterio de razonabilidad, no confiando bienes de gran valor en desproporción o ausencia de adecuados mecanismos de custodia o seguridad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero aquí el establecimiento de hospedaje también deberá actuar con similar ponderación, no debiendo aceptar la custodia de bienes cuya integridad no pueda garantizar. Si no actuara responsablemente, pensamos que su culpa se agravaría.

Este es uno de aquellos casos en los que puede presentarse el supuesto de concurrencia de culpas, regulado por el artículo 1326 del Código Civil, en el sentido de que:

> Artículo 1326.- «Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven».

12. Responsabilidad del hospedante por los objetos introducidos por el huésped

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1719 del Código nacional:

> Artículo 1719.- «El hospedante responde igualmente de los objetos de uso corriente introducidos por el huésped, siempre que éste cumpla las prescripciones del aviso que estará fijado en lugar visible de las habitaciones. La autoridad competente fijará el límite de la responsabilidad».

Sin duda, el ámbito de aplicación de esta norma es distinto de aquél del artículo 1718. En este último artículo, la responsabilidad del hospedante se extiende a los objetos que el huésped haya confiado en custodia al establecimiento de hospedaje. En cambio, el artículo 1719 se refiere a aquellos bienes que el huésped haya introducido al establecimiento de hospedaje sin haberlos confiado en custodia.

La norma se refiere —lo consideramos así— a las pertenencias que el huésped lleva siempre consigo, sus maletas y su contenido, así como los objetos que lleva puestos (anteojos, relojes, billeteras, cámaras fotográficas, etc.).

Es claro que los huéspedes no dan en custodia estos bienes al establecimiento de hospedaje, por cuanto el uso de dichos bienes es corriente, con independencia de su valor.

Pero ello no implica que el establecimiento de hospedaje pudiera desentenderse del tema y permitir que los mismos resulten vulnerables frente a terceros o al propio personal de dicho establecimiento.

Si esos bienes desaparecieren, se deteriorasen o, en general, les ocurriese un daño, el establecimiento responderá frente al huésped.

Sin embargo, entendemos que tal responsabilidad tiene un límite en la medida en que se trate de objetos de inmenso valor y los mismos no hubiesen sido declarados.

No creemos que el límite signifique que el establecimiento pueda disminuir sus medidas de seguridad. El límite está dado por el hecho de que el establecimiento

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

—de haberlo solicitado el huésped— hubiera podido guardar en cajas especiales de seguridad esos objetos, otorgándole la protección que los mismos requerían dado su valor.

Pensamos que estas disposiciones de los establecimientos de hospedaje deberían hacerse públicas y puestas en conocimiento de los huéspedes, tal como señala el primer párrafo, *in fine*, del artículo 1719 del Código (en aviso que estará fijado en lugar visible de las habitaciones).

Finalmente, queremos referirnos a lo dispuesto por el último párrafo del artículo 1719, en el sentido de que «la autoridad competente fijará el límite de la responsabilidad».

Luego de haber analizado el Reglamento de Establecimiento de Hospedaje y las demás normas que rigen la citada actividad, hemos podido llegar a la conclusión de que no existen límites en materia de responsabilidad fijadas por el Mincetur, es decir, por la autoridad administrativa.

Sin embargo, ello no impediría que se estableciera en el contrato de hospedaje una cláusula penal a este respecto, que fijase o limitase el eventual monto indemnizatorio.

No obstante, deberíamos tener presente lo dispuesto en el artículo 1328 del propio Código, en el sentido de que:

> Artículo 1328.- «Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga. También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público».

Tal situación significa que de darse los supuestos del artículo 1328, entonces el monto indemnizatorio no estaría limitado por la suma contemplada en la cláusula penal.

13. Declaración escrita de objetos del huésped

De conformidad a lo establecido por el artículo 1720 del Código Civil:

> Artículo 1720.- «El hospedante tiene derecho a solicitar del huésped, dentro de las veinticuatro horas de su ingreso, una declaración escrita de los objetos de uso común introducidos, así como a comprobar su exactitud».

Sobre el citado precepto, diremos que la facultad en él contenida a favor de los establecimientos de hospedaje se relaciona directamente con lo dispuesto en el artículo precedente, es decir, el 1719 y tiene su fundamento en el hecho de verificar las pertenencias del huésped a fin de protegerlo, ofrecerle custodia para sus objetos de valor, así como para expresar en torno al mismo cuáles son los límites

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de responsabilidad que asume el hospedante con respecto a sus pertenencias, a fin de que el huésped proceda conforme mejor convenga a sus intereses.

14. Límites en cuanto a la custodia de bienes

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1721 del Código nacional:

> Artículo 1721.- «El hospedante no puede negarse a recibir en custodia o a que se introduzcan los bienes a que se refiere el artículo 1718, sin justos motivos. Se consideran tales, el excesivo valor de los bienes en relación con la importancia del establecimiento, así como su naturaleza en cuanto constituya obstáculo respecto a la capacidad del local».

En primer lugar debemos decir que la prohibición a la negativa de los establecimientos de hospedaje de aceptar en custodia los bienes del huésped obedece a razones propias de seguridad del propio huésped, en la medida que si ello no fuese así, este último se encontraría en una situación de incertidumbre con respecto a sus pertenencias y, en tal supuesto, su estadía no revestiría las comodidades del caso.

La propia norma establece como excepción lo que denomina como «justos motivos». El artículo 1721 no deja lugar a interpretaciones en torno al alcance de dicha expresión, por cuanto acto seguido procede a señalar determinadas situaciones que deberán considerarse como tales. Entendemos, sin embargo, que dicha enumeración no es taxativa sino meramente enunciativa o ejemplificadora.

Los «justos motivos» a que hace expresa referencia el artículo 1721, son los siguientes:

a) El excesivo valor de los bienes en relación con la importancia del establecimiento.

Entendemos la razón de ser de este supuesto de excepción, en la medida en que todo debe guardar proporción en esta vida. Sería temerario, sólo por citar un ejemplo ilustrativo, que un huésped en un hostal de una estrella desee dejar en custodia un reloj marca Patek Philippe.

Sin duda, ello sería absolutamente desproporcionado con la condición del establecimiento de hospedaje y, probablemente, con las condiciones de seguridad que posea el mismo para tales efectos.

No obstante, consideramos que casos como estos serían inusuales en la práctica, en la medida en que quien posea dichos bienes será más probable que se aloje en un hotel de cinco estrellas y no en un hostal de una.

b) La naturaleza del bien en cuanto constituya obstáculo con respecto a la capacidad del local.

Podría ser el caso de un huésped que se aloje en el hostal de una estrella, sin estacionamiento interno propio, que busque que le cuiden su automóvil. Es

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

evidente que, dadas las condiciones del establecimiento, sería imposible dejar en custodia y debidamente estacionado el referido vehículo.

15. Extensión de la responsabilidad del hospedante

Si el contrato de hospedaje fuese celebrado, en calidad de hospedante, por una persona jurídica, es evidente que la responsabilidad del hospedante alcanzaría a aquélla de sus dependientes.

Ahora bien, si el titular del establecimiento de hospedaje no fuese una persona jurídica sino una persona natural, sería de aplicación, no sólo el artículo 1325 del Código Civil:

> Artículo 1325.- «El deudor que para ejecutar una obligación se vale de terceros, responde por los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario».

Sino también el numeral 1722 del Código Civil, norma que establece que:

> Artículo 1722.- «La responsabilidad del hospedante por la custodia de los bienes depositados o introducidos se extiende a los actos u omisiones de los familiares que trabajan con él y a sus dependientes».

Estimamos que, en uno u otro caso, el artículo 1722 constituye una demasía, pues hubiese bastado con la norma general contenida en el artículo 1325 del Código nacional.

Para concluir, diremos que la responsabilidad de los familiares del hospedante sólo tendría lugar en la medida en que ellos colaboren con dicho hospedante en la prestación del servicio respectivo.

16. Obligación del huésped de comunicar al hospedante sobre la sustracción, pérdida o deterioro de sus bienes

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1723 del Código Civil:

> Artículo 1723.- «El huésped está obligado a comunicar al hospedante la sustracción, pérdida o deterioro de los bienes introducidos en el establecimiento tan pronto tenga conocimiento de ello. De no hacerlo, quedará excluida [sic] la responsabilidad del hospedante, salvo cuando tales hechos se produzcan por dolo o culpa inexcusable de este último».

Entendemos que la razón de ser del citado precepto estriba en la necesidad de que el hospedante cuente con la información necesaria y suficiente para que adopte las medidas pertinentes a fin de evitar se repitan hechos de tal naturaleza.

Además, el tomar inmediato conocimiento de los mismos posibilitará que se pueda descubrir a los culpables y, eventualmente, recuperar lo sustraído.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es por estas razones que la ley exige que el huésped actúe con inmediatez y lo sanciona con la pérdida de cualquier indemnización que eventualmente le pudiese corresponder, a menos que los actos ilícitos descritos en el propio artículo 1723 se hayan producido por dolo o culpa inexcusable del hospedante. Esto equivale a decir que el único supuesto que quedaría excluido es si la sustracción, pérdida o deterioro hubiesen ocurrido por culpa leve del hospedante y hubiese habido demora del huésped en comunicarle sobre la producción de tales hechos.

Por otra parte, debemos señalar que cuando el artículo 1723 del Código Civil hace referencia a la sustracción del bien alude a cuando éste es sacado de la habitación o si lo fueren los implementos o vestimenta del huésped sin su autorización.

El concepto de pérdida debe ir directamente de la mano con lo dispuesto en los dos primeros incisos del artículo 1137 del Código Civil, a saber: por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial; y por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.

Finalmente, cuando la ley se refiere a deterioro del bien está haciendo alusión a un menoscabo que sufra el mismo, que sea de poca magnitud, sin llegar a constituir un daño parcial que haga que el bien sea inútil para el acreedor (argumento por oposición a la segunda parte del inciso 1 del artículo 1137 del propio Código).

17. Ausencia de responsabilidad del hospedaje en la sustracción, pérdida o deterioro de los bienes del huésped

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1724 del Código nacional,

> Artículo 1724.- «El hospedante no tiene responsabilidad si prueba que la sustracción, pérdida o deterioro de los bienes introducidos por el huésped se debe a su culpa exclusiva o de quienes le visiten, acompañen o sean dependientes suyos o si tiene como causa la naturaleza o vicio de ellos».

Estimamos que el artículo 1724, antes trascripto, constituye una demasía, pues su contenido resulta obvio e incontrovertible.

Dicha norma no merece comentario adicional.

18. Caducidad del crédito del hospedante

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1725 del Código Civil:

> Artículo 1725.- «El crédito del hospedante caduca a los seis meses contados a partir del momento de la terminación del contrato».

En principio, la acción personal, dentro de la que se encuentran aquellas de cobro de cualquier deuda, tiene un plazo prescriptorio de diez años. Ello, en virtud de lo establecido por el artículo 2001, inciso 1 del propio Código.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, en el caso del contrato de hospedaje el legislador de 1984 ha preferido otorgar un plazo muchísimo más breve y no de prescripción, sino de caducidad. Así, en el artículo 1725 se señala el plazo de caducidad de seis meses contados a partir del momento de la terminación del plazo del contrato.

Estimamos que haber optado por este camino obedece a que la propia ley ha otorgado al hospedante una serie de prerrogativas y beneficios para hacer efectivo su crédito.

Nos referimos, concretamente, a la posibilidad de hacerlo efectivo por medio del derecho de retención que el huésped goza sobre los bienes que haya introducido al establecimiento de hospedaje o los haya confiado en custodia.

Además, dada la alta movilidad del contrato de hospedaje, lo más probable sería que el huésped haya abandonado la habitación cumpliendo plenamente con la ejecución de sus obligaciones. Si no las hubiese ejecutado, lo más probable, también, es que el hospedante no hubiese permitido que el huésped se vaya llevándose sus pertenencias, a menos que haya hecho retiro paulatino de las mismas o que careciese de ellas.

El breve plazo de caducidad establecido por el artículo 1725 del Código Civil constituye muestra palpable de que el legislador peruano no ha deseado prolongar la posibilidad de existencia de eventuales problemas entre las partes del contrato materia de análisis. Así, o bien ellos se solucionarán pronto, o no tendrán solución.

Sin embargo, debemos subrayar que este plazo de caducidad se refiere únicamente a cualquier acción de cobro del hospedante hacia el huésped, pero no en sentido inverso. Así, si el huésped tuviese algún reclamo pendiente con respecto al establecimiento de hospedaje, podrá hacerlo efectivo dentro de los plazos de prescripción de las acciones establecidas en el artículo 2001 del propio Código Civil.

La lógica de esta distinción estriba en que la situación contractual del huésped es diametralmente distinta, ya que este último no goza de ninguna prerrogativa (como podría ser un derecho de preferencia con respecto al hospedante).

19. Servicio de estacionamiento de vehículos

De conformidad a lo establecido por el artículo 1726 del Código nacional:

> Artículo 1726.- «El servicio adicional de estacionamiento de vehículos o similares, se rige por los artículos 1713 a 1725, en cuanto sean aplicables».

En torno a este precepto, es necesario decir que no se trata de apreciar de manera aislada un contrato de estacionamiento de vehículos, ya que el mismo podría ser considerado como un contrato de arrendamiento, como uno de depósito o, incluso, como un contrato sui géneris, todo ello de acuerdo a las obligaciones que asumen las partes y a las peculiares características que impriman a cada uno de sus contratos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De lo que se trata aquí es de apreciar el tema del estacionamiento del vehículo que, eventualmente, traiga consigo el huésped y desee hacerlo permanecer en las instalaciones del establecimiento de hospedaje.

Es para estos supuestos que el Código Civil ha contemplado el tema en su artículo 1726, haciendo de aplicación al mismo, en lo que fueren pertinentes, las normas contenidas en los artículos 1713 a 1725 del Código Civil, preceptos relativos al contrato de hospedaje y que nos hemos encargado de comentar en detalle a lo largo de estas páginas.

Ahora bien, estimamos que el problema central estriba en expresar cuáles de estas normas son las aplicables.

Así, el artículo 1713 lo será en lo relativo al rubro de los servicios adicionales que puede brindar el hospedante al huésped. Sin duda, el estacionamiento del vehículo del huésped sería un servicio adicional.

En lo que respecta al artículo 1714, esta norma también es aplicable en la medida en que el Reglamento de Establecimiento de Hospedaje establece con pulcritud y detalle la obligatoriedad de los establecimientos de hospedaje —según la categoría que tuvieren— de contar o no con lugares de estacionamientos para vehículos.

Por su parte, el artículo 1715 debe ser interpretado *mutatis mutandis*, en el sentido de que el huésped tiene derecho a exigir del hospedante que el lugar de estacionamiento de vehículos presente las condiciones de aseo y funcionamiento de servicios normales.

El numeral 1716 sería de aplicación en tanto y en cuanto el establecimiento de hospedaje debe exhibir las tarifas por parqueo de vehículos, o, si bien no exhibirlas, ponerlas en adecuado y oportuno conocimiento del huésped que desea hacer uso de este servicio.

El automóvil introducido por el huésped, al igual que los demás bienes muebles de su propiedad que se hallen en tal condición, responden preferencialmente por el pago de la retribución del hospedaje y por los daños y perjuicios que aquél hubiese causado al establecimiento, pudiendo el hospedante retenerlos hasta su cancelación.

El artículo 1718 sería aplicable en la medida en que el hospedante respondería frente al huésped como depositario por el vehículo de dicho huésped, en tanto lo hubiese dejado en custodia o vigilancia, debiendo poner el hospedante en este cometido (el cuidado del automóvil) la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

El numeral 1719 es aplicable con respecto a los objetos de uso corriente que el huésped introduzca al establecimiento, pero que se encuentren al interior de su vehículo. En estos casos estimamos que se haría aún más prioritario que el establecimiento de hospedaje fije los límites de responsabilidad a este respecto.

WALTER MARIO CASTILLO FREYRE

Los justos motivos (artículo 1721) por los cuales el hospedante podría negarse a recibir en custodia o a que el huésped introduzca su vehículo al establecimiento de hospedaje podrían aplicarse a plenitud. Se podría negar el acceso a un vehículo sumamente valioso de una marca muy famosa y de alto valor que haga que el establecimiento de hospedaje, dados sus precarios niveles de seguridad, no se encuentre en aptitud de responder en caso de pérdida o deterioro (eventual enorme indemnización). Como también se podría negar el acceso a un vehículo cuyas considerables proporciones hagan inviable su estacionamiento dentro del parqueo de las instalaciones del establecimiento de hospedaje sin que cause perturbaciones al normal desarrollo de las actividades de los demás vehículos y huéspedes (por ejemplo, el caso de un huésped cuyo vehículo sea una camioneta Coaster).

Por otra parte, no consideramos necesario efectuar comentario adicional alguno en torno a los artículos 1722, 1723 y 1724, por cuanto estos dispositivos devienen en plenamente aplicables al caso del estacionamiento de vehículos en los establecimientos de hospedaje.

20. Aplicación supletoria de las normas sobre hospedaje a otros contratos

Establece el artículo 1727 del Código nacional, que:

> Artículo 1727.- «Las disposiciones de los artículos 1713 a 1725 comprenden 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».

Como puede apreciar el lector, en el referido numeral se menciona una serie de nueve establecimientos, además de tres medios de transporte.

¿Qué tienen en común todos los establecimientos y medios de transporte a que alude el artículo 1727 del Código Civil?

Pues que en cada uno de ellos el usuario, cliente, paciente, viajero o persona, en general, va a permanecer por lo menos durante horas, días, semanas o meses y, precisamente durante su estadía se van a poder presentar situaciones que tendrán grandes similitudes con el contrato de hospedaje, no necesariamente por su naturaleza jurídica, sino por las prestaciones que cada uno de estos establecimientos o medios de transporte se obliga a proporcionar a sus clientes.

21. Las relaciones existentes entre el contrato de hospedaje, el contrato de viaje y el Derecho Turístico o Derecho de Turismo

En 1988, Manuel Villa-García Noriega sustentó, para optar el grado de bachiller en Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la tesis titulada *Estudio preliminar del Derecho Turístico*. Sin duda se trató

EDITORIAL RODRIGO CASTILLO FREYRE

de la primera y hasta la fecha única llamada de atención relativa a la necesidad de dar un vistazo a tan importante actividad comercial, en relación con el Derecho.

Por otra parte, también cuestionó el hecho de que el Código Civil peruano de 1984 sólo trató el tema del contrato de hospedaje y nada dijo sobre aquel que es más amplio, es decir, el contrato de viaje, piedra angular del Derecho Turístico o Derecho del Turismo (expresiones que no son equivalentes, pero que apuntan a poner de relieve la importancia jurídica de esta actividad comercial).

Villa-García[1512] señala que la actividad turística en el Perú es muy importante porque, además de propiciar la unión de nuestros pueblos, origina que ingrese una gran cantidad de divisas a nuestro país. Es por eso que este sector ha sido llamado «la industria sin chimeneas».

Indica que es tan importante la actividad turística que los legisladores de muchos países, aunque algunos más que otros, han venido creando y desarrollando las bases de una nueva rama de las ciencias jurídicas: «el Derecho Turístico o Derecho del Turismo».

Refiere que las instituciones y las normas de este Derecho se ubican dentro del Derecho Público y del Derecho Privado, los dos grandes sectores que reconoce el sistema jurídico romano-germánico. Ello es así, porque los empresarios turísticos constituyen mercantilmente sus empresas para explotar el negocio del turismo y obtener una legítima ganancia. Pero para ejercer esta actividad deben obtener ante el ministerio respectivo una licencia, de manera que la forma de proceder de los empresarios siempre estará supervisada por esta entidad.

Además —señala Villa-García—, una persona hace turismo por su propia iniciativa, originándose siempre una relación jurídica en el campo contractual privado. Es decir, cualquier persona que quiere hacer turismo tendrá siempre que celebrar algún tipo de contrato turístico, por más insignificante que éste sea. Así podrá celebrar un contrato de viaje (un *tour*), un contrato preparatorio de reserva, un contrato de transporte, un contrato de hotelería u hospedaje, un contrato de seguro turístico, un contrato de crédito turístico, un contrato de información y guía turística, un contrato de alimentación turística, un contrato de alquiler de auto, etc.

Villa-García se encontraba de acuerdo en que los legisladores que participaron en la redacción del libro VII, «Fuentes de las obligaciones» del Código Civil vigente, reconociendo la importancia de este sector, hubieran regulado en el Código el contrato de hospedaje. En este sentido, recuerda que Max Arias-Schreiber Pezet señaló que:

1512 Villa-García Noriega, Manuel. «El contrato de viaje». En: *Ius et Praxis*, n.° 17, Universidad de Lima, 1991, pp. 273-278.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> [...] teniendo en cuenta que nuestros recursos naturales y culturales hacen del turismo interno y receptivo un fenómeno de significativa importancia por su trascendencia económica, por su aporte de divisas y por lo que significa como medio de divulgación del país, se estimó conveniente introducir en el Código determinadas normas de carácter sustantivo sin perjuicio de su regulación y fiscalización administrativa.

Además, indicó que:

> [...] de lo expuesto se desprende que esta incorporación no es invento ni capricho nuestro, sino el resultado de reflexiones sobre el promisorio futuro de una industria llamada a alcanzar extraordinaria importancia debido a la gama de atractivos de todo orden que ofrece el Perú, tanto para los nacionales como para los extranjeros.

Pero Villa-García indica que resulta criticable que, habiéndose expresado y reconocido la importancia de la actividad turística, sólo se haya legislado sobre una pequeñísima parte de esta gran problemática: el hospedaje. Señala que si bien es importante la innovación jurídica realizada, que tiene como una de sus principales fuentes los artículos 2666 al 2669 del Código Civil mexicano, opina que se debió haber dado un paso trascendental y la fuente para ello debió ser los artículos 651a al 651k del Código Civil Alemán (BGB), que regulan el contrato de viaje, ya que este contrato es el soporte esencial de toda la contratación turística.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CONTRATO DE COMODATO

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El contrato de comodato

1. Concepto

En virtud de lo prescrito por el artículo 1728 del Código Civil:

> Artículo 1728.- «Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva».

La definición otorgada por Código nacional plantea diversos puntos que resulta necesario desarrollar, como son los relativos a los bienes que pueden constituir objeto del contrato de comodato, los alcances de las obligaciones de las partes y diversas otras materias que serán objeto de estudio a lo largo de este trabajo.

Comenzaremos el análisis del comodato viendo cuáles son sus características.

2. Características

Antes de abordar las características del contrato de comodato en el Código Civil peruano de 1984 debemos precisar que la metodología empleada se basa —como siempre— en la clasificación general de los contratos elaborada por Manuel de la Puente y Lavalle.

2.1. En cuanto al nombre

El contrato de comodato es de carácter nominado. Viene del latín *commodatum*. En su Exposición de Motivos, Manuel Lorenzo de Vidaurre, citando al Conde de Cépeda, escribió que «*commodatum* quiere decir cosa que es dada a pro de aquel que la recibió».

2.2. En cuanto a su regulación

El comodato es un contrato típico.

El comodato siempre ha tenido regulación legislativa.

En el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 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).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre, el comodato se encontraba regulado 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 al 1754).[1513]

1513 Como referencia podemos mencionar que el Código Civil francés regula al préstamo de uso o comodato, entre otros, en su artículo 1874 y siguientes.
Lo propio hace el Código Civil belga (en artículos de similar numeración).
Por su parte, el Código Civil austríaco trata acerca del contrato de comodato en el artículo 971 y siguientes.
De otro lado, recordaremos que el Código Civil boliviano de 1831 trataba acerca del comodato y su naturaleza y en el artículo 1239 y siguientes.
Por su parte, el Código Civil italiano de 1865 regulaba al comodato en su artículo 1805 y siguientes.
El Código Civil uruguayo aborda el contrato de comodato o préstamo de uso en el artículo 2216 y siguientes.
El Código Civil venezolano de 1880 legisla sobre el particular en el artículo 1663 y siguientes.
Por su parte, el Código Civil ecuatoriano lo hace en el artículo 2104 y siguientes.
La regulación del comodato en el Código Civil español se presenta en el artículo 1740 y siguientes.
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 y siguientes.
De otro lado, el Código Civil japonés aborda el particular en el artículo 593 y siguientes.
De otro lado, podemos decir que el Código Civil nicaragüense de 1903, aborda el tema en el artículo 3416 y siguientes.
El Código Civil hondureño de 1906 regula al comodato en su artículo 1919 y siguientes.
El Código de las Obligaciones de Suiza trata el tema en el artículo 305 y siguientes.
Por su parte, el Código Civil brasileño de 1916 legisla el comodato en el artículo 1248 y siguientes.
El Código Civil panameño de 1917 trata sobre el particular en el artículo 1431 y siguientes.
El Proyecto de Código Civil peruano de 1936 abordó el tema en el artículo 1570 y siguientes.
El Proyecto de Código Civil argentino de 1936 trataba acerca del comodato en su artículo 1183 y siguientes.
El Código Civil venezolano de 1942 legisla sobre la materia en el artículo 1724 y siguientes.
Por su parte, el Código Civil italiano de 1942 aborda el tema en el artículos 1803 y siguientes.
El Código Civil portugués de 1967 regula al comodato en el artículo 1129 y siguientes.
Por su parte, el Código Civil guatemalteco de 1973 aborda el particular en el artículo 1957 y siguientes.
El Código Civil boliviano de 1976 trata el tema en su artículo 879 y siguientes.
El Proyecto de Código Civil brasileño, aprobado por la Cámara de Diputados en 1984, abordaba el comodato en el artículo 579 y siguientes.
El Código Civil paraguayo de 1987, trata el tema en el artículo 1272 y siguientes.
El Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, se ocupa del tema en el artículo 1533 y siguientes.
Por su parte, el Código Civil brasileño de 2002, desarrolla el tema en el artículo 579 y siguientes.

En relación con el 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 se 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».

2.3. En cuanto a su estructura

El comodato es un contrato simple, pues da lugar a una sola relación jurídica.

2.4. En cuanto a su contenido o área

El comodato es esencialmente un contrato civil, pues no persigue fines de lucro.

2.5. En cuanto a su autonomía

El comodato es un contrato principal, pues no depende jurídicamente de otro contrato.

2.6. En cuanto a su formación

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

Tanto en el Proyecto De Vidaurre (artículo 1, título 12), como en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 (artículo 1239), el Código Civil de 1852 (artículo 1825), y en el de 1936 (artículo 1587), el comodato ha sido considerado como un contrato de naturaleza real. Es decir, la entrega del bien era requisito *sine qua non* para la celebración del contrato. Es con el Código Civil de 1984 que la entrega del bien se convierte en una obligación del comodante, y con su cumplimiento se produce la fase de ejecución del contrato (no de su celebración).

Con el Código Civil de 1984, el comodato es fundamentalmente un contrato consensual. Cabe agregar, sin embargo, que el artículo 1730 establece que la existencia y contenido del comodato se rigen por lo dispuesto en la primera parte del artículo 1605 (relativo al suministro), el mismo que señala 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. No obstante, oportunamente emitiremos opinión sobre el particular.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.7. En cuanto al tiempo

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 sólo en consideración a la persona de éste. 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 que el bien haya sido dado en comodato para una finalidad que no se pueda suspender.

2.8. En cuanto a su negociación

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—.

2.9. En cuanto al rol económico

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.

2.10. En cuanto a su función

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.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El comodato es un contrato individual, pues las obligaciones creadas por él afectan únicamente a las partes que celebran el acto.

2.12. En cuanto a la prestación

Puede recordarse que el comodato, hasta el Código Civil de 1936, era considerado como un contrato 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.

Creemos que el comodato es un contrato bilateral imperfecto, pues en virtud de su celebración sólo nacen obligaciones a cargo del comodante, siendo la devolución el bien a que está obligado el comodatario una consecuencia accidental de los actos extrínsecos o «meramente incidental», todo ello, en palabras de Pothier.

2.13. En cuanto a la valoración

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

2.14. En cuanto al riesgo

El comodato 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.

Sin embargo, en el comodato, a diferencia de la compraventa y de algunos otros contratos, no se ha planteado el tema de su eventual aleatoriedad, pero creemos que ello resultaría plenamente factible.

2.15. En cuanto a sus efectos

El contrato de comodato es un acto meramente obligatorio u obligacional.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3. Diferencias y semejanzas entre el contrato de comodato y otros contratos

3.1. Con el contrato de mutuo

3.1.1. En cuanto al nombre

Tanto el comodato como el mutuo son contratos nominados.

3.1.2. En cuanto a su regulación

Al igual que el comodato, el mutuo es y ha sido en nuestros códigos civiles un contrato típico, pues siempre ha estado jurídicamente regulado. El Código Civil de 1984 lo trata en el libro VII, «Fuentes de las obligaciones», sección II, «Contratos nominados», título V, «Mutuo», artículos 1648 a 1665.

3.1.3. En cuanto a su estructura

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

3.1.4. En cuanto a su contenido o área

Como ha sido dicho, el comodato es fundamentalmente un contrato civil, pues no persigue fines de lucro. En cambio, el mutuo es un contrato que puede ser tanto civil o mercantil.

3.1.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, tanto el comodato como el mutuo son contratos principales, pues no dependen jurídicamente de otros contratos.

3.1.6. En cuanto a su formación

Tanto el comodato como el mutuo son contratos consensuales y se celebran con el mero consentimiento de las partes. Ello es así dentro del marco regulatorio del Código Civil de 1984, pero nuestra antigua legislación no siempre mantuvo esta unidad de criterio entre ambas figuras.

3.1.7. En cuanto al tiempo

Dada su naturaleza es evidente que el comodato es un contrato fundamentalmente de duración, ya que no se concebiría la razón de ser de entrega del comodante al comodatario de un bien no consumible para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva (argumento del artículo 1728 del Código Civil peruano).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por su parte, el contrato de mutuo también es, esencialmente, un contrato de duración, la misma 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).

3.1.8. En cuanto a su negociación

El comodato será fundamentalmente un contrato de negociación previa, es decir, de aquéllos en los cuales las partes tienen libertad para modelar su contenido. De otro lado, el mutuo podrá ser tanto un contrato de negociación previa, como uno que se celebre por adhesión o, con arreglo a cláusulas generales de contratación, supuesto, éste último, que consideramos de mayor frecuencia, sobre todo en lo que respecta a operaciones financieras y bancarias.

3.1.9. En cuanto al rol económico

Según hemos dicho oportunamente, el comodato es un contrato de goce, pues implica el uso del bien prestado, pero también estamos en presencia de un contrato de restitución, ya que el comodatario se obliga a devolver el bien recibido.

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, ya que está destinado a la circulación de los bienes, independientemente de si incluye o no pacto de intereses. Asimismo, se trata de un contrato de restitución, ya que obliga a quien recibe el bien a devolverlo (en este caso, no devolverá el mismo bien, sino otro similar, por tratarse de un préstamo de consumo), siendo también un contrato de crédito basado en la confianza.

3.1.10. En cuanto a su función

En este aspecto, el comodato y el mutuo comparten semejanzas (más allá del objeto de cada uno), ya que ambos son fundamentalmente constitutivos, aunque por excepción podrían formar parte de un contrato modificatorio o regulatorio. Nunca serán contratos resolutorios o extintivos. En el caso del mutuo siempre se generará la obligación del mutuante de ejecutar a 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. En tanto que el comodato siempre generará la obligación, por parte del comodante, de entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva.

3.1.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

ARTURO MARCO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, es necesario recordar que, en el Código Civil de 1984, se permite que los derechos y obligaciones que resulten del comodato se transmitan a los herederos sólo cuando el bien haya sido dado para una finalidad que no se pueda suspender (artículo 1733).

3.1.12. En cuanto a la prestación

El contrato de mutuo es uno con prestaciones recíprocas, considerando que la obligación principal del mutuante es la de entregar el bien, y la obligación principal del mutuatario es la de restituirle a aquél un bien de la misma especie, cantidad y calidad, y la de pagar los intereses, si fuese el caso.

Por su parte, el comodato es un contrato de prestación unilateral, pues luego de recibido el bien para su uso y vencido el término pactado, o cumplida la finalidad convenida, el comodatario deberá devolverlo al comodante sin tener que pagar ninguna prestación adicional.

3.1.13. En cuanto a la valoración

Como acaba de ser señalado, la ley vigente establece que el mutuatario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto. Por consiguiente, 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.

Dentro de tal orden de ideas, y también de acuerdo a lo que venimos señalando en estas páginas, el comodato es esencialmente un contrato a título gratuito, puesto que, por parte del comodante, éste se desposee de un bien por un cierto lapso, mientras que el comodatario sólo recibirá beneficios, al poder usar dicho bien durante ese tiempo, de manera totalmente gratuita.

3.1.14. En cuanto al riesgo

Tanto el comodato como el mutuo 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.

No obstante lo antes mencionado, debemos señalar que en ninguno de los dos casos se ha planteado doctrinariamente el tema de su eventual aleatoriedad; pero ello, en ambos casos, resultaría plenamente factible.

3.1.15. En cuanto a sus efectos

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3.2. Con el contrato de arrendamiento

3.2.1. En cuanto al nombre

El comodato y el arrendamiento son contratos nominados, a pesar de que el arrendamiento no siempre recibió el mismo nombre, ya que hasta el Código Civil de 1936 se llamaba contrato de locación-conducción.

3.2.2. En cuanto a su regulación

Al respecto, el comodato 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 en la legislación peruana, realidad que se entiende, pues se trata de dos de los contratos más usuales y antiguos.

3.2.3. En cuanto a su estructura

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

3.2.4. En cuanto a su contenido o área

Por su contenido, tal como ha sido expresado en reiteradas ocasiones, el comodato es un contrato fundamentalmente civil. En cambio, el arrendamiento puede ser de naturaleza civil o mercantil. Sin embargo, apreciamos que resulta más frecuente encontrarnos frente a contratos de arrendamiento de carácter civil, salvo que estemos hablando del arrendamiento financiero (*leasing*), pero éste es un contrato que, como todos sabemos, escapa del concepto y regulación del arrendamiento tradicional o arrendamiento propiamente dicho.

3.2.5. En cuanto a su autonomía

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

Sin embargo, en materia de arrendamiento no podemos dejar de mencionar que resulta usual, a la par que legislado en el propio Código Civil, el contrato de subarrendamiento, el mismo que es un contrato derivado del arrendamiento, que sí depende jurídicamente de este último y que adopta sus principales caracteres. Como se sabe, para la validez del subarrendamiento (contrato celebrado entre el arrendatario y un tercero denominado subarrendatario) se requiere de la autorización expresa y escrita del arrendador.

En sede de comodato no existe disposición que regule de manera expresa el subcomodato, pero debería entenderse comprendido dentro de la amplia prohibición establecida por el artículo 1734 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En tal sentido, somos de la opinión de que no existe impedimento teórico ni práctico alguno para que se pueda celebrar un contrato de estas características. Simplemente, se tendrían que aplicar de manera analógica los principios que la ley peruana establece para el subarrendamiento. Así, el subcomodato sería el contrato derivado del comodato, celebrado entre el comodatario y un tercero al que debería denominarse subcomodatario, requiriéndose para su validez la autorización expresa y escrita del comodante.

También resulta necesario mencionar que en el caso del contrato de arrendamiento, el Código Civil de 1984 regula lo referente a la cesión del arrendamiento, que no es otra cosa que la cesión de posición contractual del arrendatario. Para tal efecto, el artículo 1696 del referido Código establece que la cesión del arrendamiento constituye la transmisión de los derechos y obligaciones del arrendatario a favor de un tercero que lo sustituye, y se rige por las reglas de la cesión de posición contractual (artículos 1435 a 1439 del Código Civil).

Es claro que en materia de comodato el Código Civil regula la eventual cesión del comodato o, propiamente, la cesión de posición contractual del comodatario en su artículo 1734, norma que establece que:

> Artículo 1734.- «El comodatario no puede ceder el uso del bien a un tercero sin autorización escrita del comodante, bajo sanción de nulidad».

3.2.6. En cuanto a su formación

Por su formación, el contrato de comodato es consensual, vale decir que se celebra con el solo consentimiento de las partes, sin que sea necesario que dicho consentimiento se exprese a través de formalidad alguna.

Es evidente que esto no siempre ha sido así, pero para tal efecto remitimos al lector al rubro de la formación del comodato cuando en este mismo trabajo analizamos las características de este contrato y sus raíces históricas en el Perú.

Por su parte, el arrendamiento si bien es hoy en día un contrato consensual, estuvo sujeto a muchas normas que establecieron antiguamente regulaciones formales al mismo. En tal sentido, y sólo a manera de ejemplo, cabe recordar lo dispuesto por el ya derogado Decreto Ley n.° 21938, y su Reglamento, que regulaba los arrendamientos de predios urbanos destinados a casa habitación, en donde se prescribía la obligatoriedad de celebrar dichos contratos en formularios impresos con cláusulas generales de contratación, en los que casi no cabría 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.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3.2.7. En cuanto al tiempo

El Código Civil de 1984 dispone que, si no se ha determinado la duración del contrato de comodato, el comodatario estará obligado a restituir el bien cuando el comodante lo solicite (argumento del artículo 1737). Pensamos que más allá de una ausencia de regulación orgánica en torno al plazo del comodato (la misma que tampoco tendría por qué existir), dicho contrato puede ser celebrado tanto a plazo determinado, como a plazo indeterminado o determinable.

En este aspecto el comodato tiene ciertos rasgos de similitud con el contrato de arrendamiento, ya que ambos son esencialmente contratos de duración. En el caso del arrendamiento dicha duración también podrá ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto, pero no conocido en su fecha) o de duración indeterminada (cuando se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final).

3.2.8. En cuanto a su negociación

Mientras el contrato de comodato es fundamentalmente uno de negociación previa, el arrendamiento puede ser tanto un contrato de negociación previa, es decir, aquél en el cual las partes tienen la libertad de modelar su contenido (supuesto más usual), uno por adhesión o uno celebrado con arreglo a cláusulas generales de contratación, supuesto, este último, de cierta frecuencia, sobre todo en lo que a predios multifamiliares se refiere.

3.2.9. En cuanto al rol económico

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, ya que en él el comodatario se obliga a devolver al comodante el bien recibido.

Por su parte, el arrendamiento también es un contrato de goce, pues está destinado al disfrute del bien por el arrendatario, sin tener este último la disposición del mismo. Al igual que el comodato, el arrendamiento también es un contrato de restitución, pues obliga a quien recibe el bien a devolverlo.

3.2.10. En cuanto a su función

En este aspecto el comodato y el arrendamiento 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. 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.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3.2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

3.2.12. En cuanto a la prestación

El contrato de comodato es uno bilateral imperfecto, pues a través del mismo el comodante se obliga a entregar en uso al comodatario un bien no consumible y aquél deberá devolverlo al finalizar el plazo convenido.

En cambio, el contrato de arrendamiento es, esencialmente, bilateral, sinalagmático o con prestaciones recíprocas.

3.2.13. En cuanto a la valoración

El comodato es esencialmente un contrato a título gratuito, puesto que por parte del comodante, éste se desposee de un bien por un cierto lapso, mientras que el comodatario sólo recibirá beneficios, al poder usar dicho bien durante ese tiempo, de manera totalmente gratuita. De otro lado, el arrendamiento es un contrato que se celebra siempre a título oneroso, pues a través del mismo el arrendador se obliga a entregar el bien para que sea usado por el arrendatario, y éste asume la obligación de abonar una renta en favor de aquél.

3.2.14. En cuanto al riesgo

En este punto el contrato de comodato coincide con el de arrendamiento, ya que son fundamentalmente contratos conmutativos, pues la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir comodante y comodatario, a la par que arrendador y arrendatario, son ciertas, vale decir, conocidas de antemano, aunque la naturaleza de ambos contratos no impediría que revistiesen la modalidad de aleatorios.

3.2.15. En cuanto a sus efectos

Tanto el comodato como el arrendamiento son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

3.3. Con el contrato de depósito

3.3.1. En cuanto al nombre

El comodato y el depósito son contratos nominados.

3.3.2. En cuanto a su regulación

Ambos contratos son típicos y se encuentran regulados en el Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3.3.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, tanto el comodato como el depósito son contratos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.3.4. En cuanto a su contenido o área

Mientras el comodato es un contrato fundamentalmente de naturaleza civil, el depósito puede ser tanto de naturaleza civil, mercantil o especial.

3.3.5. En cuanto a su autonomía

El depósito y el comodato 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 subdepósito, al igual que 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.

En lo que respecta a la posibilidad de celebrar un contrato de subcomodato, al igual que ceder la posición contractual de comodatario, hemos manifestado oportunamente que el tema es tratado de manera genérica por el artículo 1734 del Código Civil. Sobre el particular remitimos al lector a los comentarios que efectuamos en su oportunidad.

3.3.6. En cuanto a su formación

Dentro del Código de 1984, el comodato es fundamentalmente un contrato consensual, con independencia de lo dispuesto en el artículo 1730, precepto que establece que la existencia y contenido del comodato se rigen por lo dispuesto en la primera parte del artículo 1605, relativo a la forma del suministro.

Por su parte, el depósito actualmente también es un contrato consensual, aunque hasta antes de la vigencia del Código de 1984 era considerado un contrato real.

3.3.7. En cuanto al tiempo

Como sabemos, el contrato de comodato al igual que el depósito, podrán celebrarse a duración determinada, determinable o indeterminada.

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). Para el mismo Código, el depósito voluntario debe finalizar en cuanto el depositante solicite la devolución del bien, aunque hubiese plazo convenido, salvo que el contrato haya

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sido celebrado en beneficio e interés del depositario o de un tercero (argumento del artículo 1830).

Por lo demás, en el artículo 1832 se establece que si en el contrato no se hubiere fijado plazo, el depositario puede efectuar la restitución del bien en cualquier momento, siempre que se avise al depositante con prudente anticipación para que lo reciba.

Finalmente, en el artículo 1833 se señala 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.

3.3.8. En cuanto a su negociación

Como hemos dicho en reiteradas ocasiones, el comodato es un contrato que fundamentalmente se celebra por negociación previa. En cambio, el depósito se celebra tanto por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Sin embargo, en lo que respecta a los depósitos en los bancos, cooperativas, financieras, almacenes generales de depósito, mutuales y otras instituciones análogas que se rigen por las leyes especiales que los regulan (artículo 1853), los depósitos se celebran por adhesión y con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.3.9. En cuanto al rol económico

Por el rol económico, el comodato es un contrato de goce, pues implica el uso de un bien prestado, pero también estamos en presencia de un contrato de restitución, ya que en él el comodatario se obliga a devolver el bien recibido. Es evidente que además se trata de un contrato de confianza, al igual que el depósito.

El depósito es un contrato de custodia, no estando el depositario autorizado para usar el bien.

3.3.10. En cuanto a su función

Tanto el comodato como el depósito son contratos fundamentalmente constitutivos, pues más allá del objeto de cada uno se trata de actos creadores de obligaciones, aunque por excepción podrán ser o formar parte de un contrato modificatorio o regulatorio. Pero nunca serán resolutorios, ya que en el comodato siempre se 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. En tanto, el depósito generará la obligación del depositario de recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante (argumento del artículo 1814 del Código Civil de 1984).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3.3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El comodato y el depósito son contratos individuales, ya que las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

3.3.12. En cuanto a la prestación

El comodato es un contrato considerado bilateral imperfecto. El depósito puede ser también un contrato bilateral imperfecto (cuando se celebre a título gratuito) o uno con prestaciones recíprocas (cuando se celebre a título oneroso).

3.3.13. En cuanto a la valoración

De aquello que acaba de ser mencionado en el rubro anterior podemos inferir que el contrato de comodato siempre se celebra a título gratuito, mientras el depósito puede celebrarse a título gratuito o a título oneroso.

Sin embargo, resulta necesario recordar que 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 —al menos en teoría— generalmente uno con prestación unilateral y por excepción lo será con prestaciones bilaterales.

Lo antes mencionado puede inferirse del texto del artículo 1818 del propio Código, cuando establece que el depósito se presume gratuito, salvo que por acto distinto o por la calidad profesional, por la actividad del depositario u otras circunstancias se deduzca que es remunerado.

Dentro de tal orden de ideas cabría también señalar que aun cuando no se pacte una retribución dineraria o en especie, se puede convenir el uso del bien dado en depósito como contraprestación, con lo cual dejaría de ser un contrato de prestación unilateral para convertirse en uno de prestaciones recíprocas.

3.3.14. En cuanto al riesgo

Tanto el comodato como el depósito son contratos fundamentalmente conmutativos, puesto que desde un inicio las partes que los celebran conocerán la existencia y cuantía de las prestaciones que deberán cumplir, las mismas que son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

No se plantea, ni legislativa ni doctrinariamente, el tema de la aleatoriedad en los contratos de depósito y comodato, pero no encontraríamos impedimento para que se hiciere.

3.3.15. En cuanto a sus efectos

Tanto el comodato como el depósito son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3.4. Con la prenda

3.4.1. En cuanto al nombre

Mientras el comodato es un contrato nominado, el derecho real de prenda también reviste dicho carácter.

3.4.2. En cuanto a su regulación

El comodato es un contrato típico; la prenda es un derecho real de garantía atípico legal, pues hoy en día ya no se encuentra regulado en la ley (desde la entrada en vigencia de la primera Ley de la Garantía Mobiliaria), pero típico social.

En tanto el comodato puede tener por objeto un bien mueble o inmueble, la prenda sólo recae sobre bienes muebles, mediante su entrega física, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación.

3.4.3. En cuanto a su estructura

Tanto el comodato como el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir prenda sobre un bien en garantía del cumplimiento de una obligación son actos simples, pues dan lugar a una relación jurídica.

3.4.4. En cuanto a su contenido o área

El comodato es un contrato de carácter fundamentalmente civil, a diferencia de la prenda que puede revestir carácter civil o mercantil.

3.4.5. En cuanto a su autonomía

Mientras el comodato es un contrato principal, la prenda es accesorio, pues se constituye para garantizar el cumplimiento de cualquier obligación. Sin embargo, es necesario precisar que la constitución de la prenda puede efectuarse en virtud de una obligación nacida del mismo contrato, cuya ejecución garantizará, o de un contrato posterior.

3.4.6. En cuanto a su formación

Sabemos que el comodato 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 es requisito para la validez de la prenda que el bien se entregue físicamente al acreedor, a la persona designada por éste o a la que señalen las partes.

3.4.7. En cuanto al tiempo

El comodato es fundamentalmente un contrato de ejecución continuada, vale decir, de duración, pues tiene por finalidad cubrir el uso del bien durante todo el lapso

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en que se haya acordado su uso por parte del comodatario hasta su devolución al comodante. Asimismo, la prenda es —por lo general— un derecho real con vocación de permanencia en el tiempo, pues la vigencia del mismo se prolongará tanto como resulte impaga o incumplida la obligación que garantiza.

3.4.8. En cuanto a su negociación

El contrato de comodato y el derecho real de prenda son, fundamentalmente, actos de negociación previa, sin perjuicio de admitir la posibilidad de casos excepcionales.

3.4.9. En cuanto al rol económico

Como sabemos, 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. Por su parte, el contrato en virtud del cual una persona se obliga a constituir respecto a otra el derecho real de prenda sobre un bien es un contrato de garantía.

3.4.10. En cuanto a su función

Tanto el comodato como la prenda son actos fundamentalmente constitutivos, aunque por excepción podrían tener naturaleza regulatoria o modificatoria, pero nunca extintiva.

3.4.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Por los sujetos a quienes obliga, el comodato y el contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir un derecho real de prenda sobre un bien, son contratos de carácter individual, pues sólo afectan a las partes que intervienen en su celebración.

3.4.12. En cuanto a la prestación

El comodato es un contrato bilateral imperfecto. El contrato en virtud del cual nace la obligación de constituir una prenda puede ser celebrado ya sea con prestaciones recíprocas (de existir contraprestación a favor de quien otorga la prenda), como de prestación unilateral, en caso no existiese dicha contraprestación.

3.4.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, el contrato de comodato es fundamentalmente uno celebrado a título gratuito; en tanto, el contrato en virtud del cual alguien se obliga a constituir una prenda puede celebrarse tanto a título oneroso como a título gratuito.

3.4.14. En cuanto al riesgo

Sabemos que el contrato de comodato fundamentalmente es conmutativo, pero que por excepción podría ser aleatorio. En cambio, con la prenda no ocurriría lo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

mismo, ya que podría decirse que es netamente conmutativa, dado que debe recaer sobre bienes muebles debidamente detallados.

3.4.15. 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, al igual que el contrato de comodato.

3.5. Con el contrato de compraventa

3.5.1. En cuanto al nombre

El contrato de comodato, al igual que la compraventa, es de carácter nominado.

3.5.2. En cuanto a su regulación

Tanto la compraventa como el comodato son contratos típicos y ambos se encuentran legislados en el Código Civil.

3.5.3. En cuanto a su estructura

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

3.5.4. En cuanto a su contenido o área

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

3.5.5. En cuanto a su autonomía

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

3.5.6. En cuanto a su formación

El comodato y la compraventa son contratos consensuales en el marco de la legislación civil vigente.

3.5.7. En cuanto al tiempo

Como se sabe, el comodato es un contrato fundamentalmente de duración, lo que viene determinado por el objeto de las obligaciones emanadas de él, las mismas que se encuentran establecidas en el artículo 1728 del Código Civil. En cambio, 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.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3.5.8. En cuanto a su negociación

Por su negociación, el contrato de comodato es fundamentalmente 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 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.

Por su parte, la compraventa, como se sabe, es un contrato que puede celebrarse por negociación previa, por adhesión, o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.5.9. En cuanto al rol económico

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, ya que en él el comodatario se obliga a devolver el bien recibido. Por obvias razones también es un contrato de confianza.

Por su parte, la compraventa es un contrato de cambio y de disposición.

3.5.10. En cuanto a su función

En este aspecto, el comodato y la compraventa 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 extintivo puesto que siempre generará la obligación, por parte del comodante, de entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva.

3.5.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

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

3.5.12. En cuanto a la prestación

Mientras que el comodato es un contrato bilateral imperfecto, la compraventa es un contrato sinalagmático o con prestaciones recíprocas.

3.5.13. En cuanto a la valoración

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3.5.14. En cuanto al riesgo

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

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

3.5.15. En cuanto a sus efectos

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

4. Bienes que pueden constituir objeto del comodato

En primer término debemos referirnos al carácter de los bienes que pueden constituir objeto de la prestación del comodante en el contrato bajo estudio.

El artículo 1728 señala de manera expresa que el comodato debe recaer sobre un bien de carácter no consumible. Esta norma sólo admite la salvedad dispuesta por el artículo 1729, precepto que establece que:

> Artículo 1729.- «Hay comodato de un bien consumible sólo si es prestado a condición de no ser consumido».

Entonces, resulta necesario formularnos la pregunta de cuál es la razón a la que obedece la disposición contenida en el artículo 1728 del Código Civil. Estimamos que éste constituye uno de los puntos fundamentales en los que se enmarca la distinción entre el contrato de comodato y el contrato de mutuo. No olvidemos lo dispuesto en el artículo 1648 del propio Código, que establece que:

> Artículo 1648.- «Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuatario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad».

De esta forma queda claro que el mutuo recae fundamentalmente sobre bienes consumibles y que, a su vez, el comodato recae fundamentalmente sobre bienes no consumibles.

Entonces, teniendo en cuenta el carácter no consumible de los bienes materia del comodato, corresponde distinguir qué tipos de bienes no consumibles pueden formar parte del mismo.

Dentro de los bienes no consumibles tenemos el caso de los bienes ciertos, los bienes inciertos y los bienes fungibles.

Correspondería entonces preguntarnos si todos ellos pueden constituir objeto del comodato.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No olvidemos que la idea básica que inspira al contrato bajo estudio es que luego del uso que realice el comodatario del bien prestado lo devuelva al comodante sin pagar contraprestación alguna, vale decir, es un acto a título gratuito.

Esta devolución nos plantea entonces la pregunta de si se tiene que devolver el mismo bien o si se puede devolver uno exactamente igual o equivalente.

Debemos confesar que la doctrina en general cuando aborda el tema del comodato no ingresa a cuestionar esta posibilidad, asumiendo como valor entendido que el bien a devolver debe ser el mismo que se prestó. Es más, entre los autores que tratan la materia es unánime este criterio.

4.1. El comodato que tiene por objeto bienes ciertos

Vamos a comenzar el análisis de este punto refiriéndonos al caso en el cual el contrato de comodato recaiga sobre un bien cierto.

Como se recuerda, bien cierto es aquel que se encuentra absolutamente determinado e identificado al momento de contraer la obligación, vale decir, al momento en que esta última ha nacido en virtud de su título constitutivo.

Las obligaciones de dar bienes ciertos son las primeras que se regulan dentro del libro VI de Derecho de Obligaciones del Código Civil peruano de 1984, entre los artículos 1132 y 1141, inclusive.

Si el comodato recayese sobre un bien cierto, entonces resultarían de aplicación todas las disposiciones referidas a las obligaciones de dar bienes ciertos, pues no olvidemos que el comodatario tiene la obligación de dar el bien prestado en carácter de devolución. Y aquella obligación por la cual hay que devolver lo que se nos entregó es tan obligación de dar como aquella otra en la cual recién tengamos que entregar aquello a lo que nos hemos obligado a dar.

Entonces podríamos plantearnos la hipótesis de que deba aplicarse al caso la teoría del riesgo si es que el bien se perdiera en poder del comodatario antes de su devolución al comodante.

A este respecto, el título relativo al contrato de comodato ha intentado dar solución a un eventual problema a través del artículo 1742 del Código Civil, además del artículo 1750 del propio Código.

El artículo 1742 establece que:

> Artículo 1742.- «El comodatario debe pagar el valor del bien dado en comodato si perece por causa que no le es imputable, cuando hubiese podido evitarla sustituyéndolo con uno de su propiedad».

Norma similar contenían todos los códigos anteriores, pero se limitaban al caso fortuito. Cabe hacer la salvedad en el sentido de que el Proyecto De Vidaurre no se pronunciaba al respecto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por su parte, el numeral 1750 indica lo siguiente:

> Artículo 1750.- «Cuando sea imposible 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».

A nuestro entender, los citados numerales no contienen un rigor jurídico que resulte absolutamente concordante con la citada teoría del riesgo, que es regulada en el artículo 1138 del Código Civil. Decimos esto por cuanto el artículo 1742 se coloca en un supuesto especial de perecimiento por causa no imputable, cuando el comodatario hubiese podido evitar la pérdida del bien sustituyéndolo con uno de su propiedad.

Estimamos que poco importa la posibilidad o imposibilidad de sustitución del bien en la medida en que la pérdida del mismo pueda ser calificada como una pérdida imputable al deudor (comodatario), quien deberá responder de acuerdo a las reglas generales de Derecho de Obligaciones. Estimamos que el artículo 1742, más allá de las buenas intenciones que se hubiesen tenido en su redacción e inclusión en el Código Civil, entorpece los criterios generales sobre la transferencia del riesgo en Derecho de Obligaciones.

Y en lo que respecta al artículo 1750 antes citado, el mismo parte del error de generalizar la imposibilidad de devolución del bien sin entrar al detalle de si esa imposibilidad obedece a causa imputable al deudor, al acreedor o si ella no resulta imputable a ninguna de las partes.

Por lo demás, con la mayor naturalidad, el artículo 1750 del Código Civil establece que el comodante gozará de la elección entre que el comodatario le pague el valor del bien, de acuerdo a las circunstancias y lugar en que debía haberse restituido y que le restituya otro de la misma especie y calidad. Dicha «elección» parte del erróneo valor entendido de que el bien prestado no es único, sino que existen otros que puedan reemplazarlo perfectamente.

Con lo que hemos expresado en torno a los artículos 1742 y 1750 no estamos diciendo que dichas normas sean contradictorias con las generales de la teoría del riesgo. Lo único que estamos afirmando es que su redacción, incompleta y confusa, no soluciona los eventuales problemas que —con rango de infinitas posibilidades— son susceptibles de plantearse en la realidad.

De esta forma, resulta imprescindible analizar cuáles serán las consecuencias de la pérdida y deterioro del bien prestado en el marco del contrato de comodato, si es que dicha pérdida o deterioro ocurriese mientras el bien se encontrara en poder del comodatario y, obviamente, antes de su devolución al comodante.

4.1.1. Si el bien se pierde por culpa del comodatario

Si el bien se perdiera por culpa del comodatario y se tratara de un bien cierto, deberíamos aplicar el principio romano *periculum est debitoris* «el riesgo [de pérdida de la contraprestación] es del deudor».

Es claro que una vez perdido el bien, éste no podrá ser entregado al comodante, pero el comodante necesariamente tendría que ser resarcido por dicha pérdida, en la medida en que no bastaría con decir que la obligación del comodatario de entregar el bien cierto se habría extinguido por haberse perdido el bien (argumento del artículo 1137 del Código Civil).

En el caso del comodato hay que considerar la aplicación de los principios de la teoría del riesgo, teniendo en cuenta que no existe contraprestación que deba ser pagada por el comodatario al comodante. Entonces, resultaría absurdo que no se adecue dicha teoría al caso concreto.

El comodatario, como deudor de un bien cierto, dejará de estar obligado a entregarlo, ya que dicho bien se ha perdido, pero deberá pagar al comodante (acreedor del bien cierto) su valor, de acuerdo con las circunstancias y lugar en que debía haberse restituido.

Por otra parte, como estamos hablando de la pérdida de un bien cierto dado en comodato, es evidente que el comodante nunca podrá recuperar dicho bien en especie, sino solamente en lo que respecta al valor sustitutorio del mismo. Pero esta situación no enerva o anula la posibilidad de que el comodante pueda exigir al comodatario el pago de una indemnización por los daños y perjuicios que le hubiese causado la pérdida del bien cierto por culpa del comodatario, independientemente de poder recuperar su valor, tal como establece el artículo 1750 del Código Civil.

Por lo demás, también devendría en aplicable al caso materia de análisis lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1138 del Código Civil, precepto que establece que si como consecuencia de la pérdida, el deudor (en este caso el comodatario) obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor (comodante) puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor (comodatario) en la titularidad del derecho contra el tercero, casos en los cuales la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes.

4.1.2. Si el bien se pierde por culpa del comodante

Aunque no se trataría de un supuesto frecuente, dada la circunstancia de que mientras dure la vigencia del contrato de comodato, el bien se encontraría en poder del comodatario, podría ocurrir la eventualidad en la cual el bien se perdiese por culpa del comodante, quien por alguna circunstancia hubiere ocasionado dicha pérdida.

Este es un supuesto que, dado su carácter excepcional, no ha sido regulado de manera expresa en las normas relativas al contrato de comodato, pero que podríamos solucionarlo de acuerdo a los principios generales que inspira la teoría del riesgo.

Si este fuese el caso, tendríamos que aplicar el principio romano *periculum est creditoris* (el riesgo [de pérdida de la contraprestación, si la hubiere] es del

EDICIÓN RICARDO CASTILLO PEYRE

acreedor). Aquí será evidente que la obligación del comodatario (deudor) quedaría resuelta, no debiendo entregar absolutamente nada al comodante (acreedor del bien). Este comodante tampoco tendría derecho a reclamar del comodatario indemnización alguna por concepto de daños y perjuicios, ya que si los hubo, fue él quien los causó.

4.1.3. Si el bien se pierde sin culpa de las partes

Otra de las eventualidades pasibles de ocurrir en la vigencia de un contrato de comodato es aquella en la cual el bien que permanezca en poder del comodatario se pierda sin culpa suya ni tampoco del comodante, lo que equivale a decir que se pierda sin culpa de ninguna de las dos partes.

En este caso, estimamos se aplicaría el principio *periculum est debitoris*, debiendo el comodatario restituir el valor del bien al comodante, tal como lo establece el artículo 1750 del Código Civil. Nótese que si se adoptara la solución contraria, vale decir, que el comodatario no debiese restituir el valor del bien al comodante, nos encontraríamos frente a la solución del principio *periculum est creditoris* y, por tanto, estaríamos yendo contra lo dispuesto por el inciso 5 del artículo 1138 del Código Civil.

Siguiendo lo indicado por la segunda parte del referido inciso 5, en este caso corresponden al deudor (comodatario) los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien.

4.1.4. Si el bien se deteriora por culpa del comodatario

Como sabemos, el Código Civil no define el concepto de deterioro, pero podríamos considerar que el deterioro es un menoscabo sufrido por el bien que no llega a ser de tal magnitud que constituya un daño parcial considerable, que de manera objetiva haga inútil el bien para el acreedor (ya que si así fuese nos encontraríamos dentro del segundo supuesto de pérdida regulado por el inciso 1 del artículo 1137 del Código Civil).

Entonces, si el bien se deteriorara por culpa del comodatario (deudor), deberíamos aplicar lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 1138 del Código nacional. Pero *mutatis mutandis*, es decir, cambiando lo que haya que cambiar, en la medida que el referido inciso 2 contempla la posibilidad de existencia de una contraprestación a la prestación extinguida por pérdida del bien, en tanto, el contrato de comodato, al ser un acto a título gratuito, no contempla contraprestación alguna.

De esta forma, y aplicando siempre el principio *periculum est debitoris*, podríamos decir que el comodante tendría la opción entre resolver la obligación o recibir el bien prestado en el estado en que se encuentre, exigiendo una compensación adicional por concepto de indemnización de daños y perjuicios.

EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

Además, si como consecuencia de la pérdida el deudor (comodatario) obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor (comodante) puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor (comodatario) en la titularidad del derecho contra el tercero, casos en los cuales la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes.

4.1.5. Si el bien se deteriora por culpa del comodante

Este supuesto, por demás extraño en la práctica, debe solucionarse de acuerdo al principio *periculum est creditoris*. Vale decir que el acreedor (comodante) tendrá que resignarse a recibir en devolución el bien por parte del deudor (comodatario) en el estado en que se encuentre, sin derecho a reclamar indemnización de daños y perjuicios, ya que éstos se produjeron por culpa suya.

4.1.6. Si el bien se deteriora sin culpa de las partes

Para solucionar esta eventualidad tendríamos que recurrir a lo dispuesto por el artículo 1138 inciso 6 del Código Civil, aplicando el principio *periculum est debitoris*.

De esta forma si el bien que debe ser devuelto por el comodatario (deudor) se deteriorase sin culpa de las partes, el comodatario sufrirá las consecuencias del deterioro, debiendo pagar al comodante (acreedor) una indemnización por los daños y perjuicios que hubiera sufrido el bien que, por lo demás, deberá ser devuelto al comodante en el estado en que se encuentre.

En adición a lo expuesto, debemos expresar que también resultaría aplicable lo señalado en la parte final del inciso 6 del artículo 1138 del Código Civil, correspondiendo al deudor (comodatario) los derechos y acciones que pueda originar el deterioro del bien.

A todo lo expresado debemos agregar que en el contrato de comodato, y mientras el bien permanezca en poder del comodatario, resultará aplicable lo dispuesto por los artículos 1139 y 1140 del Código nacional.

En tal sentido se presumirá que la pérdida o deterioro del bien en posesión del deudor (comodatario) es por culpa suya, salvo prueba en contrario (argumento del artículo 1139). Se entenderá que el deudor (comodatario) no queda eximido de pagar el valor del bien cierto, aunque éste se haya perdido sin su culpa, cuando la obligación proviene de delito o falta, regla que no se aplica si el acreedor (comodante) hubiese sido constituido en mora (argumento del artículo 1140).

No podemos decir lo propio del artículo 1141, discutible norma que dispone que:

> Artículo 1141.- «Los gastos de conservación son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega. Si quien incurre en ellos no es la persona a quien correspondía efectuarlos, el propietario debe reintegrarle lo gastado, más sus intereses».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Decimos esto, por cuanto resulta evidente que el artículo 1141 ha sido concebido pensando en la obligación más común que asume un deudor con respecto a su acreedor, consistente en comprometerse a entregarle un bien en propiedad.

Pero en lo que respecta a la obligación de restituir bienes que se han cedido en uso, como es el caso del contrato bajo estudio, no podríamos aplicar, por absurda, la citada norma, en la medida en que resulta evidente que los gastos de conservación del bien no deberán ser sufragados por el propietario del mismo, sino por quien se encuentra en uso del referido bien. En el contrato de comodato, los gastos de conservación no deberán ser asumidos por el comodante (persona que en la mayoría de casos revestirá la condición de propietario), sino por el comodatario (persona que nunca revestirá la condición de propietario).

4.2. Si el comodato recae sobre bienes inciertos

Como sabemos, los bienes inciertos son aquéllos que al momento de originarse la obligación en virtud de su título constitutivo no se encuentran absolutamente determinados ni especificados. De lo que se trata es de haber señalado al menos la especie y la cantidad que hay que entregar de dichos bienes inciertos (argumento del artículo 1142 del Código Civil).

Ahora bien, resulta pertinente preguntarnos cómo podríamos aplicar el tema de los bienes inciertos al contrato de comodato.

Al respecto, solamente encontramos una respuesta coherente. El bien materia de comodato puede ser incierto al momento en que se dio nacimiento a la obligación, a efectos de que antes de que el comodante lo entregue al comodatario se deba seguir un proceso de elección, de conformidad a lo prescrito por los artículos 1143 y 1144 del Código Civil peruano.

Decimos esto por cuanto no resultaría imaginable que la situación de incertidumbre en torno al bien se prolongase luego de su entrega al comodatario, ya que evidentemente la entrega de uno de los individuos de la especie hará que dicho bien haya dejado de ser incierto y se haya convertido en cierto. Dentro de tal orden de ideas serán aplicables al caso las normas de las obligaciones de dar bienes inciertos (artículos 1142 a 1147 del Código Civil) antes de que el comodante entregue el bien al comodatario, en tanto, luego de su entrega o, más precisamente, luego de su elección, serán aplicables a la obligación de restituir el bien por parte del comodatario al comodante las normas de las obligaciones de dar bienes ciertos (artículos 1132 a 1141 del Código nacional). Por tal razón, hacemos aplicables *mutatis mutandis* todas las expresiones que hemos vertido con ocasión del análisis del comodato sobre bien cierto.

4.3. Si el comodato recae sobre bienes fungibles

Como se recuerda, la obligación de dar bienes fungibles es aquélla en la cual el objeto de la prestación es absolutamente intercambiable por todos los demás individuos de la especie, ya que todos ellos, por ser fungibles, son exactamente iguales

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

los unos con los otros, dando lo mismo la entrega de cualquiera de ellos. En tal virtud, cuando hay que entregar un bien fungible nunca estaremos ante un proceso de elección propiamente dicho, pues la elección implica discernir entre las cualidades que tienen los diferentes individuos que integran la especie. Cuando haya que entregar un bien fungible sólo tendremos un simple proceso de individualización para saber cuál de todos los bienes será materia de entrega.

Imaginemos un contrato de comodato en el cual el comodante se haya obligado a entregar al comodatario un bien fungible.

Esto significa que podrá entregar cualquier bien que revista la naturaleza de fungible dentro de la especie de que se trate.

Como sabemos, el contrato de comodato recae sobre bienes no consumibles, entendiendo por tales a aquellos bienes que no se destruyen, consumen o deterioran notablemente con el primer uso que se haga de ellos.

Dentro de tal orden de ideas, los bienes fungibles que se entreguen en comodato deben tener carácter de no consumibles. Esto no equivale a decir que no se vayan a deteriorar con el uso, situación que es normal en la mayoría de bienes.

Si seguimos este razonamiento, cuando el comodatario haga uso del bien prestado, en la mayoría de veces desgastará, aunque sea de una manera mínima, el bien que se le haya entregado. Y si hubiera producido tal desgaste sobre dicho bien, el mismo habrá dejado de ser fungible con relación a los demás bienes de la especie que integraba. En buena cuenta, dicho bien ahora se habrá convertido en cierto, habiendo dejado de tener la calidad o condición de fungible.

Pero, excepcionalmente, podría ocurrir el caso inverso, vale decir que se trate de un bien que no se deteriore o desgaste con el uso, como podría ser el supuesto en que se haya prestado una moneda de colección (fungible dentro de la especie de todas las monedas que conformaron la misma emisión). En este caso, el uso del bien (que fundamentalmente será ornamental) lo más probable es que no ocasione su desgaste. Dentro de tal orden de ideas, al no haberse consumido ni siquiera en parte, dicho bien seguirá siendo fungible con respecto a todos aquellos que integraban la especie de la cual formó parte.

Esta doble situación nos plantea a la vez una dualidad de soluciones.

Así, por un lado, si el bien fungible dejó de serlo, serán de aplicación para su devolución todos los principios relativos a la teoría del riesgo que fueron analizados por nosotros al tratar acerca del contrato de comodato relativo a bienes ciertos.

Pero, por otro lado, si el bien fungible nunca deja de tener tal condición, no le serán aplicables los referidos principios, pudiendo el deudor (el comodatario que debe devolverlo) efectuar la devolución del mismo, ya sea entregando el propio bien que recibió o entregando cualquier otro de la misma especie, precisamente porque seguiría existiendo fungibilidad entre todos los individuos de dicha especie.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

5. El comodato sobre bienes consumibles

Como ha sido expresado, el comodato recae sobre bienes no consumibles.

Es precisamente éste el elemento que distingue con mayor nitidez el contrato de comodato del contrato de mutuo, el mismo que recae, por naturaleza, sobre bienes consumibles.

Dicho esto, no resultaría coherente pensar en un contrato de comodato que recaiga sobre bienes consumibles ni en un contrato de mutuo que recayera sobre bienes no consumibles.

Ello, aparentemente, implicaría la desnaturalización de ambos contratos típicos.

Y creemos que no sólo sería aparente dicha desnaturalización, sino real o verdadera, en la medida en que el comodato está concebido para bienes no consumibles y el mutuo para bienes consumibles.

Sin embargo, es sabido que constituye figura de antigua data el denominado comodato por ostentación, figura recogida en el artículo 1729 del Código Civil peruano de 1984, precepto que establece lo siguiente:

> Artículo 1729.- «Hay comodato de un bien consumible sólo si es prestado a condición de no ser consumido».

Con la influencia del Código Civil alemán (1900) se introdujo en nuestra legislación la figura del comodato de bienes consumibles. Esto es expresado por 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 exhibición, uso que no implica, como se advierte, la destrucción necesaria de las cosas.[1514]

1514 Calle, Juan José. *Código Civil de 1852*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1928, p. 604.

En tal sentido, el artículo 1825 del Código Civil de 1852 quedó modificado por el artículo 671 del Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil de 1936 de la siguiente manera:

> 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».

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 sólo a los bienes no consumibles, ha creído conveniente agregar que podrá tratarse de bienes consumibles sólo si el bien es prestado a condición de no ser consumido, tal como señala Arias-Schreiber,[1515] al precisar que se trata de una excepción que confirma la regla.

Dicho esto, cabe formularse la pregunta de si los bienes que están destinados a agotarse o deteriorarse notablemente con el primer uso que se haga de ellos pueden, precisamente, constituir objeto de un contrato que implica no usar el bien, como es el caso del comodato.

La respuesta que da el Derecho a una situación como la planteada es positiva, en la medida en que se sigue la lógica de que no se está prestando lo consumible para que se consuma, sino, precisamente para destinarlo a una actividad distinta que implica su conservación.

Y ello es claro ya que el hecho de que un bien sea consumible no implica que deba necesariamente consumirse, sino solamente que es susceptible de ser consumido.

Dentro de tal orden de ideas debemos subrayar que celebrar un comodato sobre un bien de carácter consumible implica, necesariamente, que en ese contrato se prevea un destino distinto de aquél que normalmente se debería dar a ese bien, ya que —precisamente— el destino normal y su naturaleza son los elementos que hacen que habitualmente se le califique como bien consumible.

Por otra parte, uno podría preguntarse cuáles serían las razones por las cuales las partes celebrarían un comodato sobre bienes consumibles.

La doctrina, básicamente, señala como ejemplos aquellos relativos a la exhibición del bien, vale decir que de acuerdo a los intereses de las partes, y en especial del comodatario, no interesa que dicho bien sea consumido, sino que sea mostrado al público o al propio comodatario por un cierto tiempo.

Pero como alguna razón tiene que haber para que se celebre un comodato sobre bien consumible, es decir alguna razón que haga que dicho bien no sea

1515 Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, tomo III, p. 44.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

materia de consumo sino de disfrute visual, ello significaría, por lo general, que el bien materia de dicho contrato tuviese algunas características que lo hagan especial o al menos diferente del resto de bienes que conforman dicha especie.

Los bienes consumibles pueden ser tanto de origen animal, vegetal o mineral, más allá de que estos últimos no forman parte de la mayoría de ejemplos que habitualmente la doctrina aporta sobre el particular.

Si se celebrara un comodato sobre un bien de origen vegetal, podríamos imaginar aquél que celebrase una feria agropecuaria con un agricultor dedicado al sembrío de zapallos, con el propósito de exhibir en dicha feria —durante un periodo de diez días— un zapallo cosechado por dicho agricultor que pese 850 kilos.

Si se tratara de un bien de origen animal, el contrato celebrado por la misma feria podría versar sobre la exhibición de un toro que tenga dos cabezas.

Es obvio que tanto el zapallo gigante como el toro de dos cabezas, perfectamente podrían ser materia de consumo, destinándolos a la alimentación de los seres humanos, como habitualmente se hace con bienes de su especie.

Pero lo que mueve a las partes a no dar a estos bienes el destino que habitualmente les correspondería son sus especiales características, las mismas que los hacen únicos y, evidentemente, resulta mucho más valioso para el comodante contratar la exhibición de su zapallo que venderlo por kilos, o para el ganadero, celebrar dicho contrato con respecto al toro, en lugar de sacrificarlo en un camal.

Hemos dejado para este punto la mención a los bienes consumibles de origen mineral, ya que resulta evidente el hecho de que la gran mayoría de minerales perduran inalterables más allá del primer uso que se haga de ellos.

Sin embargo, podríamos imaginar el caso de alguna formación glaciar, fruto de la naturaleza, que revista una peculiar geometría o composición química especial, pero que fundamentalmente esté conformada por agua.

Si las peculiaridades de esta formación resultaran tan atractivas para la ciencia, podría darse el caso de que algún instituto de investigación o universidad la extraiga del lugar donde se encuentra y la conserve con las mismas condiciones climáticas de carácter artificial que rodeaban su permanencia en el lugar de origen.

No cabe duda que la función primordial del agua en el mundo está dada por su consumo y que también en este caso se podría derretir dicha formación glaciar y aplacar la sed de algún profesor universitario. Sin embargo, resulta evidente que no hay punto de comparación entre la utilidad práctica que tendría esa formación en exhibición que la que podría tener si se le destinara a su uso habitual, previa celebración de un contrato de comodato.

Otro punto que necesariamente debe abordarse al tratar acerca de esta modalidad especial de comodato sobre bienes consumibles es la relativa al plazo de duración de dichos contratos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Decimos esto, pues la inmensa mayoría de bienes consumibles, sea cual fuere el género al que pertenezcan, son de carácter perecible, vale decir que en un tiempo corto o mediano van a dejar de tener existencia, ya sea por perecer, es decir por morir, o porque los esfuerzos de conservación de los mismos no puedan ser eternos. En el primer caso se encontraría el toro de dos cabezas; y en el segundo el zapallo gigante.

Tal vez escaparía a estas consideraciones la formación glaciar objeto de nuestro tercer ejemplo (pero sólo tal vez, ya que en nuestros tiempos, incluso en los museos o instituciones de tecnología de punta, siempre existen riesgos que impiden la conservación plena y permanente de un bien consumible a perpetuidad).

Lo antes expresado implica que el plazo de los contratos de comodato que recaigan sobre bienes consumibles necesariamente estará ligado al de su existencia material o, dicho en otras palabras, al de su subsistencia material en las condiciones en que fue pactada su entrega, ya que no debe olvidarse que el contrato materia de estudio implica, de acuerdo a lo establecido por el propio artículo 1728 del Código Civil, la obligación del comodatario de devolver al comodante el bien recibido.

Si concordamos estas consideraciones con la naturaleza consumible de los bienes materia del contrato de comodato previsto por el artículo 1729 y con los principios de Derecho de Obligaciones (especialmente, el principio de identidad en el pago), no nos cabe duda de que a menos que se haya pactado lo contrario, el bien deberá ser devuelto por el comodatario al comodante en las mismas condiciones en que fue recibido.

Ello implicaría, en principio, que la situación del bien consumible dado en comodato no se altere durante el plazo del contrato, ya que de lo contrario se estaría transgrediendo el mencionado principio de identidad, además de entregar en devolución un bien disminuido o deteriorado.

Sin embargo, las afirmaciones que acabamos de efectuar no implican principios de carácter imperativo, ya que dichas normas sólo serán aplicables en ausencia de pacto de partes en torno a una situación diferente del estado de conservación que pudiera tener el bien objeto del contrato, al momento de ser devuelto.

Por otra parte, consideramos necesario formularnos la pregunta en el sentido de si cabría la celebración de un contrato de mutuo (contrato de préstamo de bienes consumibles) que recaiga, excepcionalmente, sobre bienes no consumibles.

Si bien es cierto que el mencionado supuesto no es tratado por la doctrina y la legislación, nos ha resultado interesante interrogarnos sobre el particular.

Al respecto creemos que la única posibilidad en que resultaría factible una situación de las referidas características sería aquella en la cual las partes contratantes

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(mutuante y mutuatario) asignen carácter consumible a bienes que no lo sean, es decir, a bienes que no se destruyan ni tampoco deterioren con el primer uso que se haga de ellos.

Esto implicaría que mutuante y mutuatario vayan a dar un destino especial (distinto del que habitualmente tienen) a dichos bienes.

Un ejemplo podría ser «celebrar» un contrato de mutuo sobre un automóvil de determinada marca, modelo, color, año y estado de conservación con el propósito de que sea utilizado en la filmación de una película, en una de cuyas escenas será destruido completamente. De esta manera, las partes pactarán que el mutuatario (la empresa productora cinematográfica) devolverá al propietario un automóvil de igual marca, modelo, color, estado de conservación y año de fabricación cuando la película tenga cuatro semanas de exhibición en la cartelera nacional, vale decir, cuando se empiecen a obtener los primeros ingresos por concepto de exhibición de la misma que permitirán reunir los fondos necesarios para reponer dicho automóvil.

Reconociendo el carácter peculiar y la escasísima frecuencia con la que pueden celebrarse actos de esta naturaleza, debemos expresar que estaríamos en presencia de un contrato de mutuo celebrado sobre bienes no consumibles, vale decir, ante la figura absolutamente contraria a la establecida por el artículo 1729 del Código Civil, con relación al comodato de bienes consumibles si son prestados a condición de no ser consumidos.

Así, dentro de la lógica que venimos siguiendo, podríamos concluir en que hay mutuo de un bien no consumible sólo si es prestado a condición de ser consumido.

No estamos proponiendo que el Código Civil incluya una norma como la contenida en el principio anotado. Lo único que hacemos es indicar la factibilidad de una operación como la descrita.

6. El comodato sobre bienes futuros

Si bien es cierto que ninguna de las normas del título que regula al contrato de comodato en el Código Civil se ocupa del comodato sobre bienes futuros, no vemos inconveniente alguno en que se celebre un acto de estas características.

Decimos esto en la medida que, como ha sido expresado, la figura del comodato se plantea fundamentalmente sobre bienes ciertos. Y es sobre este tipo de bienes en torno a los cuales gira la teoría de la contratación sobre bienes futuros, ya que se planteará la dificultad práctica de que el bien futuro específico llegue a tener la existencia deseada.

De ser este el caso, deberíamos aplicar *mutatis mutandis* los principios que sobre el particular contiene el Código Civil respecto a la compraventa de bienes futuros (artículos 1534, 1535 y 1536). Pero siempre amparándonos en las normas

generales que permiten la contratación sobre este tipo de bienes (artículos 1409 inciso 1 y 1410 del Código Civil).[1516]

7. Comodato sobre bienes ajenos

Al igual que lo que sucede en torno a los bienes futuros, podríamos decir que el Código Civil, cuando desarrolla los preceptos relativos al contrato de comodato, no se ocupa de los bienes ajenos.

Es evidente que este contrato es susceptible de recaer sobre bienes ajenos, pero tampoco recibe, por la mayoría de códigos civiles consultados, norma expresa al respecto. Sin embargo, encontramos dos excepciones: el segundo anteproyecto del libro V del Código Civil peruano de 1926, que incluye una norma: el artículo 672, por el cual se señala, al igual que en el caso del contrato de mutuo, que el comodato sólo puede ser celebrado por quienes tengan plena capacidad de disponer libremente de sus bienes. Así constituye el único de los códigos civiles consultados que hace referencia expresa a un caso de comodato de bien ajeno. De otro lado, el Código Civil ecuatoriano de 1887, en su artículo 2128, señala que si la cosa no perteneciera al comodante, y el dueño la reclamase antes de terminar el comodato, no tendrá el comodatario acción de perjuicio contra el comodante, salvo que éste haya sabido que la cosa era ajena y no lo haya advertido al comodatario.

No obstante la ausencia de regulación específica, el tema se rige por la norma general del artículo 1409 inciso 2 que permite la contratación sobre bienes ajenos, aplicándosele, *mutatis mutandis*, las normas sobre venta de bien ajeno (artículos 1539 a 1541 del Código Civil) y los preceptos de promesa de la obligación o del hecho de un tercero (numerales 1470, 1471 y 1472 del acotado).[1517]

8. Los sujetos en el contrato de comodato

Del concepto de comodato que brinda el Código peruano en su artículo 1728 se deduce claramente la existencia de dos partes que intervienen en la celebración de dicho acto.

Por un lado tenemos al comodante, que es la parte que se obliga a dar un bien al comodatario a título de liberalidad, es decir, en calidad de préstamo gratuito, a fin de que luego del plazo pactado o de la finalidad prevista, le sea devuelto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1516 Sobre este particular remitimos al lector a lo expresado en nuestro *Tratado de la venta* (vol. XVIII, tomo II, pp. 309-393) y en lo expuesto en la presente obra.

1517 Para mayor información remitimos al lector a los comentarios formulados sobre la venta de bien ajeno en nuestro *Tratado de la venta* (tomo II, pp. 395-446 y tomo III, pp. 27-210) y a lo expuesto en la presente obra.

De otro lado tenemos al comodatario, quien va a recibir el bien del comodante, usarlo y devolverlo sin más desgaste que el que imponga un uso diligente y cuidadoso del mismo.

Si bien es cierto que el comodatario no está celebrando un contrato de prestaciones recíprocas, se obliga a devolver el bien que le ha sido entregado, lo que equivale a decir que está asumiendo una obligación de dar, pero en devolución.

Dentro de los criterios que se manejan habitualmente al respecto, el único que soportaría la carga de la prestación en el comodato es el comodante. Sin embargo, podría plantearse la existencia de un comodato modal o con cargo.

A este respecto serían de aplicación las normas contenidas en los artículos 185 a 189 del Código Civil, no dejando por ello, en principio, de tratarse de un acto de liberalidad.

9. El plazo en el contrato de comodato

Independientemente de la descripción que en cuanto al plazo del comodato hicimos al clasificarlo por el tiempo, y en atención a determinadas particularidades que presenta nuestro Código Civil, es que queremos detenernos en el análisis de este tema.

Siguiendo los criterios establecidos por Fernando J. López de Zavalía, si nos formulásemos la pregunta de cuánto debe durar la ejecución del contrato de comodato, es evidente que el mismo podrá ser de ejecución inmediata, vale decir, uno cuya ejecución comience inmediatamente después de celebrado el contrato, pero también podría ser de ejecución diferida si es que se pactara que el bien sea entregado al comodatario pasado un lapso de dicha celebración.

En lo que respecta a la pregunta de cuánto debe durar la ejecución del contrato de comodato, difícilmente podríamos responder que se trata de un contrato de ejecución instantánea, ya que si así fuese no tendría sentido alguno la celebración del mismo. Esto en atención al concepto de dicho contrato recogido por el artículo 1728 del Código Civil que implica que el comodatario haga uso del bien dado en comodato por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva, sin perjuicio de las excepciones establecidas por los artículos 1736 y 1737 del propio Código, que serán materia de posterior análisis.

Dentro de tal orden de ideas, el comodato es fundamentalmente un contrato de duración continuada, ya que la permanencia del bien en poder del comodatario no va a sufrir, en principio, intervalos, es decir, la ejecución de dicha prestación se realizará sin solución de continuidad.

Siendo de duración continuada, ella podrá haberse pactado de manera determinada, es decir, a plazo fijo o para un uso específico.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En materia de Derecho de Obligaciones y Contratos es sabido que los plazos se establecen con el propósito de cumplirse, vale decir que el cumplimiento de los mismos es obligatorio para las partes que intervienen en la celebración del acto.

Sin embargo, existen determinados casos en los que el Código Civil establece preceptos de carácter excepcional en lo que respecta a esta materia, fundamentalmente, cuando nos encontramos en presencia de contratos celebrados a título gratuito o de liberalidad. Ejemplos notorios se encuentran en el contrato de donación y también es el caso del contrato de comodato, el mismo que, no debemos olvidarlo, es un acto a título gratuito (préstamo de uso gratuito de bien no consumible).[1518]

En tal sentido, la ley prioriza en determinados casos el interés del comodante en detrimento del interés del comodatario si se presentaran situaciones de carácter excepcional. Es el caso de lo dispuesto por el artículo 1736 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente:

> Artículo 1736.- «Si el comodante necesita con urgencia imprevista el bien o acredita que existe peligro de deterioro o pérdida si continúa en poder del comodatario, puede solicitarle su devolución antes de cumplido el plazo o de haber servido para el uso».

Con prescindencia del carácter excepcional del artículo que acabamos de transcribir, debemos subrayar el hecho de que la urgencia a que hace referencia la norma debe tener la condición de imprevista, vale decir que no haya sido prevista por el comodante con anterioridad a la celebración del contrato.

Además, la otra excepción prevista por el artículo 1736, consiste en que el comodante acredite la existencia de peligro de deterioro o pérdida del bien dado en comodato si éste continuase en poder del comodatario. Entendemos, naturalmente, que los conceptos de deterioro o pérdida a que acabamos de hacer referencia guardan plena concordancia con lo establecido al respecto por los artículos 1137 y 1138 del Código Civil, a cuyo texto remitimos al lector.

A nuestro modo de ver resulta claro que los supuestos anotados son de carácter plenamente objetivo, ya que las causales que eventualmente invoque el comodante deben encontrarse respaldadas con el debido sustento probatorio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1518 Al respecto, la Casación n.° 1104-2005-San Martín, de 9 de junio de 2006, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, ha señalado que «la liberalidad que caracteriza la figura del comodato puede verse limitada por alguna de las modalidades del acto jurídico, tales como el cargo, en donde el comodatario se obliga a la realización de un hecho, ya sea en determinado uso de la cosa dada, o en una prestación de índole pecuniaria o no, a favor de quien ha transmitido el derecho a un tercero, sin constituir por ello una prestación». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1252.

Ello significa que el comodante no podrá poner término al contrato de comodato celebrado a plazo fijo, sin el debido sustento objetivo. De no existir este respaldo, el plazo deberá respetarse escrupulosamente y no habrá forma a través de la cual el comodante pueda forzar a su contraparte para poner término al contrato y a devolverle el bien prestado.

Por otra parte, debemos decir que el comodato también puede ser pactado a duración determinable, vale decir, duración referida a un evento cierto pero no conocido en su fecha, como podría ser el caso de un contrato sujeto a plazo resolutorio, cuyo momento de ocurrencia exacto se desconoce (como sería el supuesto en que se haya colocado como término final del comodato a la muerte del comodante o del comodatario).

Pero el comodato también podría ser un contrato que se celebre a duración indeterminada, vale decir, el caso en el cual se hubiese señalado el término inicial del contrato, mas no el término final del mismo.

Como sabemos, el hecho de que se celebre un contrato a plazo indeterminado no equivale a que el contrato sea eterno, es decir que las partes no puedan ponerle fin.

Dentro de esta lógica se inscribe lo dispuesto por el artículo 1737 del Código Civil en el sentido de que:

> Artículo 1737.- «Cuando no se ha determinado la duración del contrato, el comodatario está obligado a restituir el bien cuando el comodante lo solicite».

10. La formalidad en el contrato de comodato

En virtud de lo establecido por el artículo 1730 del Código de 1984:

> Artículo 1730.- «La existencia y contenido del comodato se rigen por lo dispuesto en la primera parte del artículo 1605».

Igualmente el artículo 1649 del propio Código establece que:

> Artículo 1649.- «La existencia y contenido del mutuo se rigen por lo dispuesto en la primera parte del artículo 1605».

En tal sentido debe recordarse que el artículo 1605 es una norma propia del contrato de suministro, la misma que regula la formalidad en el suministro celebrado a título oneroso, al señalar lo siguiente:

> 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 [...]».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En lo personal, consideramos que este párrafo, aplicable no sólo al suministro, sino también al contrato de mutuo, no aporta absolutamente nada. Sin su inclusión se habría entendido lo mismo.

Pero si se estableciese la prevalencia del instrumento escrito, se tendría incluso que llegar a detallar de modo más minucioso la prevalencia de los instrumentos escritos entre sí, por lo que la norma resultaría ociosa e intrascendente.[1519]

Sin embargo, lo que puede resultar más interesante es que si bien el Código de Procedimientos Civiles de 1912, vigente al momento de la promulgación del Código Civil peruano en 1984, establecía en materia probatoria el sistema de la prueba tasada, a través del cual de manera apriorística se asignaba mayor valor probatorio a determinados medios por sobre otros, el Código Procesal Civil de 1993 no efectúa tal distinción, considerando que todos los medios probatorios tienen —en principio— igual importancia y deja al juez su adecuada valoración, según las circunstancias del caso.

Por estas razones es que consideramos que podría haberse prescindido de los artículos 1649 y 1730 del Código, al igual que de su referente, el primer párrafo del artículo 1605, norma propia del contrato de suministro.

11. Presunción de adecuado uso y conservación del bien

De conformidad con lo establecido por el artículo 1731 del Código Civil:

> Artículo 1731.- «Se presume que el comodatario recibe el bien en buen estado de uso y conservación, salvo prueba en contrario».

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 dado en comodato. Al respecto, los códigos civiles de 1852 y 1936 mandaban al comodante a «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».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1519 Al respecto, la Casación n.° 1395-98-Lambayeque, de 12 de noviembre de 1998, se ocupa de la formalidad del comodato, precisando lo siguiente: «(el contrato de comodato) significa la entrega de un bien a una persona para que la use o usufructúe en forma gratuita y como acto de liberalidad, debe otorgarse por escrito». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1252.

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.

Esta norma nos hace recordar lo dispuesto por el artículo 1655, relativo al contrato de mutuo («Recibido el bien por el mutuatario, se presume que se halla en estado de servir para el uso a que se destinó») y el artículo 1679, referido al contrato de arrendamiento, ubicado dentro del capítulo relativo a las obligaciones del arrendador («Entregado el bien al arrendatario, se presume que se halla en estado de servir, y con todo lo necesario para su uso»).

Como lo hemos expresado al estudiar los contratos de mutuo y arrendamiento, y específicamente las normas citadas, estimamos que la presunción establecida en el artículo 1731 tiene directa relación con la idea de que una vez entregado el bien por el comodante al comodatario, dicho bien se encuentra en buen estado de uso y conservación, vale decir, que resulta útil a efectos del contrato celebrado.

Desde nuestro punto de vista, las presunciones establecidas en los artículos 1655, 1679 y 1731 resultan inadecuadas.

En primer término porque dentro de la lógica de las obligaciones de dar podría pensarse en la creación de una regla similar para todos los contratos que impliquen este tipo de obligaciones (y nótese que el Código ya ha incurrido en el error de incluir una norma como ésta en mutuo, arrendamiento y comodato). Y, como sabemos, ello no es así en la medida que dichos contratos y dichas obligaciones no se encuentran amparados por ninguna presunción.

En segundo lugar, el tema de la presunción de buen estado de uso y conservación resulta excesivo. Pensamos que el mismo debería regirse, en todo caso, por las disposiciones generales de las obligaciones de saneamiento contenidas en los artículos 1484 y siguientes del Código Civil, teniendo en cuenta que en el citado numeral se afirma lo siguiente:

> Artículo 1484.- «Hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien».

Y el numeral siguiente, el artículo 1485, establece que:

> Artículo 1485.- «En virtud del saneamiento el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor».

En tercer término, el artículo 1731 del Código Civil hace referencia a la presunción de buen estado de conservación, elemento que resulta adicional a las presunciones establecidas en los numerales referidos al mutuo y al comodato. Pero consideramos que la presunción de buen estado de conservación tampoco constituye un gran aporte al tema, en la medida en que dado lo establecido en el artículo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1134 del propio Código, el deudor del bien cierto (en este caso, el comodante) tiene la obligación de conservarlo hasta su entrega, en absoluto resguardo del principio de identidad del pago que el propio Código Civil establece en el numeral 1132.

Dentro de tal orden de ideas, la presunción de buen estado de conservación chocaría con la propia realidad, en virtud de la cual el comodatario tendría todo el derecho de no aceptar la entrega del bien si es que el mismo estuviese deteriorado o destruido.

Y en cuarto término, estimamos que la presunción contenida en el artículo 1731 del Código Civil no aporta nada en la medida en que incluso si no existiese, el comodatario que se sienta perjudicado debería demostrar que el bien dado en comodato no se hallaba en estado de servir para el uso a que se destinó, en virtud del principio general de Derecho Procesal que reza que todo aquél que alegue un hecho debe probarlo. Y esta prueba tendría que aportarse con la existencia de la presunción a favor del comodante o sin ella.

Por otra parte, resulta evidente que la situación del comodante no variaría si la presunción no existiese, ya que si el comodatario se considerara perjudicado, tendría que demostrar dicho perjuicio.[1520]

Finalmente, debemos señalar que el artículo 1731 del Código Civil establece la salvedad de prueba en contrario, a diferencia de sus precedentes, los artículos 1655 y 1679. Sin embargo, ello no significa que en los casos de estas dos últimas normas no quepa también el pacto en contrario, ya que es obvio que no se trata de presunciones *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*.

12. El riesgo en el contrato de comodato

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1732 del Código Civil peruano:

> Artículo 1732.- «Corresponde al comodante el aumento y el menoscabo o pérdida del bien, salvo culpa del comodatario o pacto de satisfacer todo perjuicio».

Norma parecida al artículo 1732 se encuentra sólo 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.

1520 Cabe señalar la Resolución n.° 317-2001-ORLC/TR, del 23 de julio de 2001, del Tribunal Registral, cuyo criterio adoptado en LXXXIV Pleno, refiere al contrato de comodato como un acto no inscribible en el Registro de Predios. Véase en https://www.sunarp.gob.pe/TribunalRegistral/PrecedentesyResoluciones.asp

Como se recuerda, la regla general en materia de la teoría del riesgo en obligaciones de dar bienes ciertos está constituida por el artículo 1138, precepto donde se asume el concepto de riesgo relativo a la pérdida de la contraprestación, si la hubiere, siendo la regla general en la materia el *periculum est debitoris*.

Como es evidente, la citada norma está pensada en función de la existencia de una contraprestación de la que se verá beneficiado el deudor de la obligación de dar un bien cierto. Sin embargo, es claro que en el contrato de comodato, por ser de prestación unilateral, no existe contraprestación alguna.

En virtud de lo anotado podemos expresar que la lógica del artículo 1732 no gira en torno a similares conceptos de riesgo que los contenidos en el numeral 1138. Hasta podría decirse que el concepto de riesgo que maneja el artículo mencionado es mucho más simple, pues se refiere a los aumentos o al menoscabo o pérdida que pudiera sufrir el bien.

Esta norma recoge el viejo principio *res perit domino*, que no significa otra cosa que el bien se pierde para su dueño, lo que equivale a decir que el propietario de un bien sufre las consecuencias del aumento o menoscabo que resulte sobre el bien.

En el contrato de comodato estas consecuencias deberán ser asumidas por el propietario mientras el bien esté siendo poseído por el comodatario. Es evidente que antes de la entrega al comodatario se aplican las reglas establecidas por el artículo 1138 del Código Civil.

Sin embargo, el artículo 1732 contiene dos excepciones.

La primera de ellas está constituida por los casos en los que la pérdida o deterioro del bien obedezcan a culpa del comodatario, supuesto en el cual él deberá responder por los daños y perjuicios causados.

Es necesario precisar que al no efectuar una distinción la norma anotada, debemos entender que la misma comprende tanto el incumplimiento que obedezca a culpa leve, culpa inexcusable o dolo del deudor.

Queda claro, entonces, que en este supuesto el comodatario tendría que resarcir todos los daños y perjuicios causados.

La segunda excepción contemplada por el artículo 1732 consiste en que las partes hayan pactado la cláusula de satisfacción de todo perjuicio. Esta cláusula, dentro de los términos en que está redactado el artículo 1732, la entendemos como aquella por la cual el comodatario deberá pagar o responder por todo menoscabo o pérdida que ocurra con respecto al bien, salvo aquéllos que se produzcan por culpa del comodante.

Es evidente que la cláusula de satisfacción de todo perjuicio incluye la reparación de los daños causados por caso fortuito, fuerza mayor o aquéllos que el bien sufrió a pesar de que el comodatario empleó la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias (argumento de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

13. Carácter *intuitu personae* del comodato

El contrato de comodato es uno basado fundamentalmente en la confianza que tiene el comodante en el comodatario, razón por la cual resulta ser, sin lugar a dudas, un contrato *intuitu personae*.

De acuerdo al principio general establecido por el artículo 1218 del Código Civil:

> Artículo 1218.- «La obligación se transmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario».

Como expresamos en oportunidad anterior,[1521] el artículo 1218 del Código Civil peruano establece un principio claro y unánimemente aceptado: la obligación, salvo cuando es inherente a la persona (*intuitu personae*), lo prohíba la ley o se haya pactado en contrario, se transmite a los herederos. Éste es el principio de la transmisibilidad de las obligaciones. Sin embargo, resulta evidente que si una obligación no puede ser exigida a los herederos de un deudor por parte del acreedor, tampoco podrá ser exigida por los herederos del acreedor a aquéllos del deudor.

En el contrato de mutuo, contrato que podríamos calificar como «primo hermano del comodato», por citar un ejemplo, la obligación asumida por el mutuatario se transmitirá, sin duda, a sus herederos, salvo estipulación en contrario.

El propio artículo 1218, como acaba de mencionarse, señala que no se transmitirá a los herederos la obligación cuando sea inherente a la persona. Es el caso del artículo 1733, relativo al comodato.

Sin embargo, el artículo 1733 establece una excepción, por el supuesto en que el bien haya sido dado en comodato para una finalidad que no pueda suspenderse. 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 éstas sí se transmitían, criterio que también habría sido adoptado por el Código Civil de 1936 y el Proyecto De Vidaurre.

Entendemos que el hecho de existir esa finalidad que no pueda suspenderse no quita, en lo absoluto, al contrato de comodato su carácter *intuitu personae*.

Es más, resulta en estos casos irrelevante si la finalidad que no pueda suspenderse tenía o no intervención del comodatario. Lo importante es que si se

1521 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*, volumen XVI, primera parte, tomo IV, pp. 21 y 22.

FERNANDO CASTILLO FREYRE

interrumpiera dicha finalidad, se podrían causar daños y perjuicios a la empresa, herederos o incluso terceros beneficiados por ese contrato en ejecución.

Ahora bien, resulta obvio que inmediatamente terminada o cumplida la referida finalidad habrá cesado el comodato, debiendo los herederos del comodatario restituir al comodante de inmediato el bien en las mismas condiciones en que su causante pactó dicha restitución.

14. El contrato de subcomodato

A pesar de no encontrarse regulado expresamente por el Código peruano (salvo la regla general de intransmisibilidad contemplada por el artículo 1734 del Código Civil), y siguiendo los principios establecidos por el artículo 1692 del propio Código en lo que respecta al subarrendamiento, podríamos definir al subcomodato como el comodato total o parcial del bien dado en comodato que celebra el comodatario a favor de un tercero con asentimiento escrito del comodante.

Nos ocuparemos en detalle de las características del subcomodato.

14.1. En cuanto al nombre

Por su nombre es un contrato nominado, ya que no sólo recibe el referido nombre en tiempos modernos, sino que es conocido como tal desde antaño.

14.2. En cuanto a su regulación

Por su regulación es un contrato típico social, mas no típico legal.

Es típico social ya que la sociedad en su conjunto conoce cuál es la estructura de este contrato.

No es típico legal en virtud de que no se encuentra expresamente regulado por el Código Civil peruano, ni por alguna otra ley en el Perú.

14.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura es un contrato simple, ya que siempre se le ha considerado como un contrato que da lugar a una sola relación jurídica. Ésta consiste en la obligación del comodatario de ceder el uso del bien dado en comodato a favor del subcomodatario. Todo ello con autorización del comodante o propietario del bien.

14.4. En cuanto a su contenido o área

Por su contenido o área es fundamentalmente un contrato civil.

Es claro que tanto el comodato de naturaleza civil como el comodato de naturaleza mercantil se hallan regulados de manera uniforme por el Código Civil peruano de 1984, cuerpo legal que no efectúa distinción alguna en cuanto a la

Estudio Mario Castillo Freyre

naturaleza del contrato de comodato, el mismo que podría ser civil o mercantil, dependiendo de las personas que lo celebren.

Igual respuesta puede obtenerse en lo que atañe al contrato de subcomodato, el mismo que siempre se encontrará regulado por lo dispuesto en el Código Civil de 1984.

14.5. En cuanto a su autonomía

En cuanto a su autonomía, el subcomodato es un contrato derivado, ya que requiere de la existencia de un contrato principal (el contrato de comodato del cual emana). El contrato principal de comodato le imprime sus características propias al subcomodato, de modo tal que el subcomodato siempre tendrá la misma naturaleza jurídica que el contrato principal u originario de comodato del cual emana.

Nunca podría existir un contrato de subcomodato sin que existiese un contrato de comodato.

Así, si un comodatario diese en comodato a un subcomodatario el inmueble que ocupa en virtud del contrato de subcomodato sin contar con la aprobación expresa y escrita del comodante o propietario del inmueble, siempre sería un subcomodato, a pesar de tratarse de un contrato nulo, por estar ausente dicha autorización del comodante o propietario del inmueble. Pero no se trataría de un comodato de bien ajeno, ya que para ser tal no debería haber existido un previo contrato de comodato que vinculara al comodante y al comodatario.

14.6. En cuanto a su formación

El contrato de subcomodato en sí mismo considerado es un contrato consensual, en la medida que la ley no exige que se siga alguna formalidad preestablecida, pudiendo incluso celebrarse de manera verbal.

Es más, la autorización que otorgue el comodante al comodatario para celebrar el subcomodato no tendría por qué ser dada por escrito, ya que si bien el tema del subcomodato se rige *mutatis mutandis* por los principios que inspiran el subcomodato, no podríamos aplicar el argumento del artículo 1692, *in fine*, del Código Civil, por el principio jurídico de que la norma que restringe o prohíbe derechos no puede ser aplicada por analogía. Sin embargo, el principio de incesibilidad del artículo 1734 es susceptible de generar interrogantes sobre el particular.

14.7. En cuanto al tiempo

En cuanto al tiempo el subcomodato 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).

PÁNFILO MARIO CASTILLO PINEDA

Sin embargo, consideramos que el tema del subcomodato debería regirse también por un principio similar al establecido por el artículo 1694 del Código Civil, norma propia del contrato de arrendamiento, pero cuyos principios y criterio equitativo resultan de innegable aplicación al contrato de comodato. Dicho precepto establece lo siguiente:

> Artículo 1694.- «A la conclusión del arrendamiento se extinguen los subarrendamientos cuyos plazos no han vencido, dejándose a salvo el derecho del subarrendatario para exigir del arrendatario la indemnización correspondiente».

14.8. En cuanto a su negociación

El subcomodato, teóricamente, podría ser un contrato por adhesión o uno celebrado con arreglo a cláusulas generales de contratación. Pero ello sólo en teoría, ya que en la práctica será poco menos que imposible encontrar un subcomodato que revista estas características.

Lo que queremos expresar es que dada la naturaleza de ser un contrato derivado, el subcomodato siempre será de negociación previa, es decir, aquél en el cual las partes tienen libertad de modelar su contenido.

14.9. En cuanto al rol económico

El subcomodato es un contrato de goce, pues está destinado al disfrute del bien por el subcomodatario, sin tener la disposición del mismo.

También es un contrato de restitución, pues obliga al subcomodatario a devolver el bien, ya sea al comodatario o al comodante, según corresponda.

14.10. En cuanto a su función

Por su función, el subcomodato es un contrato fundamentalmente constitutivo, aunque podría formar parte, por excepción, de contratos modificatorios, pero nunca será resolutorio, ya que en el subcomodato siempre se generará la obligación —por parte del comodatario— de entregar en uso el bien al subcomodatario y este último asumirá la obligación de devolverlo.

14.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Pensamos que el subcomodato es un contrato colectivo, ya que no sólo obliga a las partes que lo celebran, sino también al comodante, quien a pesar de no ser parte en el contrato, y por el hecho de haber autorizado su celebración, queda obligado a respetar la existencia y duración del subcomodato mientras dure el plazo de vigencia del contrato principal (el de comodato).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

14.12. En cuanto a la prestación

El subcomodato es esencialmente un contrato bilateral imperfecto a través del cual una parte, el comodatario, se obliga a ceder temporalmente y a título gratuito al subcomodatario el uso del bien dado en comodato.

14.13. En cuanto a la valoración

Por la valoración, el subcomodato es un contrato celebrado a título gratuito, pues en tanto el comodatario se obliga a entregar el bien para que sea usado por el subcomodatario, éste no asume obligación alguna en favor de aquél.

14.14. En cuanto al riesgo

El contrato de subcomodato es fundamentalmente conmutativo, pues la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplirse son ciertas, vale decir, conocidas de antemano, aunque la naturaleza del subcomodato no impediría que éste revistiera modalidad aleatoria.

14.15. En cuanto a sus efectos

El subcomodato es un acto meramente obligatorio u obligacional.

15. La autorización del comodante en el subcomodato

Como se recuerda, conforme a lo establecido por el artículo 1692, para que se celebre el subcomodato se requiere que el arrendador otorgue su asentimiento escrito. Este también es el sentido amplio del artículo 1734, norma que a pesar de no referirse específicamente al subcomodato podría darnos una pauta a este respecto.

Así, las normas del contrato de comodato no prevén nada específico sobre el particular.

Sin embargo, entendemos que dada la naturaleza del contrato de subcomodato resulta necesaria la existencia del asentimiento del comodante para la validez del contrato de subcomodato, la misma que no se requiere sea escrita, pero debería serlo en el terreno procesal, ya que difícilmente podría acreditarse la existencia de un asentimiento que no revistiera dicha formalidad.

Hemos expresado las consideraciones anteriores en virtud de que el comodato es un contrato *intuitu personae*, vale decir que se celebra en estricta consideración a las cualidades personales, empresariales, morales, etc., del comodatario, razón por la cual al comodante no le dará lo mismo si el comodatario continúa con el cumplimiento de sus obligaciones o si delegara a otro la posibilidad de uso del bien.

Sólo a título de ejemplo podríamos decir que a un comodante no le dará lo mismo que el bien sea utilizado por tal o cual persona en calidad de comodatario debido a que aquél con quien ha celebrado el contrato tal vez sea una persona que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

él mismo se ha ocupado de seleccionar con el debido cuidado a fin de que preserve la integridad física del bien materia del comodato.

En este sentido resulta evidente que a tal comodante no le dará lo mismo que en vez del comodatario sea un tercero quien haga uso del bien, no porque partamos del hecho de que dicho tercero no guarde los debidos cuidados para con el bien, sino porque partimos de la simple constatación de que el comodante no ha celebrado contrato con dicho tercero.

Es en virtud de estas consideraciones que el Derecho estima imprescindible, para la validez de un contrato de subcomodato, que el comodante dé su asentimiento al respecto.

También resulta de interés razonar acerca del momento en que debe ser manifestado tal asentimiento.

En ausencia de prescripción legal podemos manifestar que el asentimiento del comodante podría ser efectuado con anterioridad, coetaneidad o posterioridad al contrato. Así, la autorización a dar en subcomodato podría haber sido establecida en el propio contrato de comodato celebrado entre comodante y comodatario.

Dicha autorización también podría haber sido otorgada por el comodante, interviniendo en una estipulación especial en el propio contrato de subcomodato.

Y también podría haber sido otorgada con posterioridad a la celebración del referido contrato de subcomodato.

En los dos primeros casos la validez del subcomodato se presentaría desde el momento de su celebración. En el tercer caso, el subcomodato sería válido recién desde el momento en que el comodante manifieste su autorización.

No está de más señalar que ese comodante podría otorgar la referida autorización en cualquier otro momento distinto a los señalados con anterioridad.

Con relación a si el referido asentimiento debe contener la determinación exacta de la persona del subcomodatario podemos manifestar que ello es optativo, en la medida en que la ley no prescribe que dicho asentimiento deba hacerse necesariamente con precisión de la persona del futuro subcomodatario.

Es claro que si se dejara abierta la posibilidad de que el comodatario contrate con quien considere conveniente, el comodante estaría otorgando dicha autorización con renuncia de su potestad de verificar con la mayor pulcritud a la persona que ocupará la posición contractual de subcomodatario y que pasará a usar el bien en vez del comodatario, debiendo ser consciente de los riesgos que implicaría otorgar una autorización escrita con la amplitud a que estamos haciendo referencia. Dentro de tal orden de ideas pensamos que lo más lógico sería que el comodante precise en la autorización a otorgar, el nombre del subcomodatario y que previamente haya verificado la idoneidad de esa persona para la celebración del futuro contrato de subcomodato.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

16. Naturaleza de la responsabilidad existente entre el subcomodatario y el comodatario con respecto al comodante

A diferencia del caso del subcomodato, como hemos expresado en reiteradas ocasiones, el Código Civil no regula específicamente el subcomodato.

Como referencia diremos que la responsabilidad del subarrendatario y del arrendatario con respecto al arrendador tiene carácter solidario y se encuentra establecida por el artículo 1693 del Código Civil de 1984 cuando expresa que:

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

Por su parte el artículo 1183 del Código Civil establece lo siguiente:

> Artículo 1183.- «La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa».

Esto significa que para el caso del subcomodato de ninguna manera podría señalarse que la responsabilidad del subcomodatario y del comodatario con respecto al comodante tiene carácter solidario.

En tal virtud, y dependiendo de la naturaleza de las obligaciones asumidas en el contrato original (comodato), la responsabilidad será divisible y mancomunada o indivisible y mancomunada.

Si la responsabilidad fuese divisible y mancomunada, el cumplimiento de dichas obligaciones se regirá por las normas de las obligaciones divisibles, vale decir, por los artículos 1172, 1173 y 1174 del Código Civil. Todo esto en virtud de lo establecido por el artículo 1182 del propio Código, que no contiene una regulación propia para las obligaciones mancomunadas, sino que señala que ellas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles.

Si la obligación fuese indivisible y mancomunada, la responsabilidad se regirá íntegramente por las normas de las obligaciones indivisibles, las que están reguladas entre los artículos 1175 y 1180 del Código Civil, preceptos a los que deben adicionarse, según lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1181, los principios (que también son comunes a solidaridad) establecidos por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204.

El artículo 1180 del Código Civil contempla el caso de la obligación indivisible cuyo incumplimiento se deba a causas imputables a alguno o algunos de los codeudores. En esta hipótesis la obligación se resolverá en la de indemnizar daños y perjuicios (si éstos se hubiesen generado). En tales supuestos, los codeudores responsables ya no estarán obligados a pagar el valor de la prestación, sino una indemnización por los daños y perjuicios que le hubiesen causado al acreedor o acreedores de la misma.

ESAU IVAN CASTILLO FREYRE

Adicionalmente, dicho artículo establece que cada uno de los codeudores a cuya culpa se deba el incumplimiento quedará obligado por el íntegro de la indemnización, mientras que cada uno de los codeudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir con la prestación solamente contribuirán a la indemnización de los daños y perjuicios con la proporción o porcentaje del valor de la prestación que le corresponda.

Conviene aclarar que en las relaciones internas entre los codeudores si algún codeudor culpable asume el íntegro de la indemnización, podría repetir contra los otros codeudores culpables por sus partes, y que si un codeudor no culpable se ve obligado a pagar su parte de la prestación, pero el bien indivisible estaba en posesión de uno de los culpables o el codeudor no culpable estaba dispuesto a cumplir, tendría el derecho de repetir contra el culpable por su parte de la prestación que, en vía de daños y perjuicios, hubiera pagado al acreedor.

17. Carácter derivado del subcomodato

A pesar de no existir una norma específica que establezca lo relativo a la extinción del contrato de subcomodato pensamos que, dada la naturaleza del mismo, sería de entera aplicación el principio establecido por el artículo 1694 del Código Civil peruano, en relación con el contrato de arrendamiento. Éste se aplicaría señalando que:

> Artículo 1694.- «A la conclusión del comodato se extinguen los subcomodatos cuyos plazos no han vencido, dejándose a salvo el derecho del subcomodatario para exigir del comodatario la indemnización correspondiente».

El carácter derivado del contrato de subcomodato impone que los plazos del mismo no puedan exceder a los del propio contrato de comodato del cual deriva.

Sin embargo, cabría efectuar algunas precisiones.

Resulta claro que si la autorización del comodante para que el comodatario celebre el contrato del subcomodato no estableciera ninguna precisión en torno al plazo por el cual dicho comodatario podrá celebrar el subcomodato, el principio expresado resultará de plena aplicación.

No será así si es que el comodante hubiese autorizado al comodatario para que celebre el contrato de subcomodato por un plazo que excediera al del contrato de comodato.

En este caso, el tema debería ser entendido como que el comodante y el comodatario están acordando una ampliación del plazo del contrato de comodato celebrado entre ellos, vale decir que están modificando el plazo originalmente establecido para dicho comodato.

Ello se entiende así en la medida que resultaría teóricamente imposible que el contrato de comodato, como contrato principal, tuviera un plazo menor que

FERNANDO CASTILLO FREYRE

aquél que han acordado que tenga comodante, comodatario y subcomodatario con respecto al contrato de subcomodato que, precisamente, es el contrato derivado.

Lo expresado revestiría incluso mayor valor jurídico si es que tanto el contrato original de comodato, con plazo menor, como el contrato de subcomodato, con plazo mayor, hubiesen sido inscritos en los Registros Públicos. En este supuesto resultaría de total evidencia que el comodante tendría que respetar el plazo mayor del subcomodato.

18. Consolidación

Como sabemos, la consolidación[1522] —también conocida como confusión— es una de las formas de extinción de las obligaciones, tal vez la más compleja por su naturaleza jurídica y por sus propios términos conceptuales.

En efecto, resulta imposible imaginar que en una persona concurran las calidades contradictorias de acreedor y de deudor de una misma obligación. Como se sabe, la relación obligacional tiene por lo menos un sujeto activo (el acreedor) y un sujeto pasivo distinto del acreedor (el deudor). Pero de suceder aquel evento ¿qué ocurre en ese caso? ¿Realmente se trata de una causa de extinción de la obligación? ¿Se produce tal extinción, por concentrarse en una sola persona la relación obligatoria, o simplemente se suspende o «paraliza» debido a que podría constituir un absurdo tautológico?

En lo que atañe al contrato de subcomodato y relacionando este tema con la figura de la consolidación podría deducirse que cuando se produce una consolidación entre las personas del comodatario y del comodante no es que solamente se estén unificando las calidades de acreedor y deudor en una misma obligación. Lo que ocurre es que se están consolidando un conjunto de obligaciones entre dos partes contrarias que en la relación contractual son, dependiendo de cada una de las obligaciones de que se trate, acreedor y deudor (estamos incluyendo en esta consideración la obligación de restituir el bien que tiene el comodatario con respecto al comodante).

Podría decirse que estaríamos en presencia de una multiplicidad de consolidaciones, supuesto que, en el plano teórico, no ofrecería ningún inconveniente en virtud de que en cada una de ellas se tendrían que aplicar los principios sobre el aludido medio extintivo de obligaciones.

Por otra parte hay que aclarar que lo que se consolida es la posición contractual de comodatario en el contrato de subcomodato, al haberse unificado en una sola persona (la del comodatario), las calidades contradictorias de comodatario y comodante.

1522 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*, tercera parte, tomo IX, pp. 339-410.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es así que una vez producida dicha consolidación por un lado tendríamos a un comodatario y a un subcomodatario, pero tal situación resultaría inexplicable en la medida en que no nos encontrásemos frente al ya extinguido contrato de comodato, que fue contrato principal del subcomodato.

En tal sentido, si se aplicara el antiguo principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, tendríamos que llegar a la conclusión de que el contrato de subcomodato se debería extinguir, precisamente, por haberse extinguido el contrato de comodato del cual derivó.

Ésa sería la regla y la conclusión que en el plano teórico resultaría lógica.

Sin embargo, no nos cabe duda de que una situación como la descrita perjudicaría enormemente los derechos del subcomodatario, persona que no habría tenido nada que ver en la consolidación producida entre comodante y comodatario.

Si bien es cierto que en la mayoría de casos la consolidación puede ser considerada como un medio extintivo de obligaciones en el que se encuentra ausente la voluntad humana, es sabido que también existe la denominada consolidación voluntaria, la misma que requeriría de un acuerdo entre acreedor y deudor.

Dentro de tal orden de ideas, e independientemente de si la consolidación de la posición contractual de comodante y comodatario fue voluntaria o involuntaria, nos queda absolutamente claro que en ninguno de los dos casos dicha situación debería perjudicar los intereses del subcomodatario. Más aún, recurriendo a una excepción de la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, podríamos evitar ese perjuicio.

Podría presentarse el caso en el cual el comodatario comprara al comodante el bien materia de comodato y subcomodato, caso en el cual dejaría de haber comodato y, teóricamente, debería extinguirse también el subcomodato.

No obstante, tal situación devendría en injusta, pues en quien se habría consolidado el comodato sería la persona que le dio en subcomodato el bien.

Lo propio ocurriría si la consolidación entre comodatario y comodante se produjese en la persona de este último, ya que, de acuerdo a lo que hemos expresado, para que se trate de un subcomodato válido se deberá contar con el asentimiento del comodante.

De esta forma, en virtud de esta ficción, a pesar de haberse extinguido el contrato de comodato, subsistiría el subcomodato.

Pero lo que no debe entenderse es que dicho subcomodato subsiste como tal, vale decir, en condición de contrato derivado, pues el mismo subsistirá, pero ahora tendrá la naturaleza de contrato principal en la medida en que ha dejado de tener existencia el contrato del que derivaba y ya no deriva, no por su origen, sino por la referida ficción jurídica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De esta forma queda claro que quien tuvo la condición de comodante o comodatario, y en cuya persona se consolidó el contrato de comodato, tendrá ahora la condición de comodante y, por otra parte, el subcomodatario tendrá ahora la condición de comodatario.

19. La cesión de posición contractual y el comodato

El Código Civil de 1984 regula de manera específica, dentro del título referido al contrato de comodato, la cesión de posición contractual de alguna de estas partes. Específicamente lo hace en el artículo 1734, norma que establece lo siguiente:

> Artículo 1734.- «El comodatario no puede ceder el uso del bien a un tercero sin autorización escrita del comodante, bajo sanción de nulidad».

La cesión de posición contractual es una figura cuya regulación *in extenso* se dio por primera vez con el Código de 1984, a pesar de que con anterioridad al mismo no existió ninguna disposición que prohibiese o restringiese dicha figura jurídica.

En el artículo 1435 se establece que en los contratos con prestaciones que todavía no han terminado de ejecutarse cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual.

Para tal efecto se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión.

El citado precepto agrega que si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cesionario, el contrato sólo tendrá efectos desde que dicho acuerdo haya sido comunicado al cedido por escrito de fecha cierta.

Del concepto de cesión de posición contractual y de los preceptos que como normas generales contiene el Código Civil (artículos 1435 a 1439) puede apreciarse claramente que cualquiera de las partes de una relación contractual se halla en aptitud de ceder a un tercero su posición en ella, siempre y cuando cuente con el asentimiento de la contraparte.

Es claro que si el comodatario desease ceder su posición contractual a un tercero, para ello requeriría del asentimiento del comodante en la medida en que una vez que surta efectos la cesión de posición contractual, el comodante tendría como parte en el contrato al tercero cesionario y ya no al comodatario.

Así, por razones de elemental seguridad jurídica, y en virtud de que los contratos solamente surten efectos entre las partes que los celebran (y, eventualmente, entre sus herederos), es que sería imprescindible que el comodatario obtuviese el asentimiento del comodante a favor de la cesión.

ESTUDIO MARIO CASTAÑEDA

Pero nos quedan algunas dudas si de lo que se tratase fuera de una cesión de posición contractual de comodante.

Si seguimos el esquema legal planteado por los preceptos del Código peruano en torno a la cesión de posición contractual, resultaría evidente que si el comodante desease ceder su posición contractual en favor de un tercero para que dicha cesión surtiera efecto, se requeriría —inevitablemente— contar con el asentimiento del comodatario.

Sin embargo, existe un supuesto que tanto en el plano teórico como en el práctico, no requeriría de la obtención de tal asentimiento.

Nos referimos al caso en el cual el comodante fuese a la vez propietario del bien dado en comodato (supuesto común en la práctica) y dicho comodante-propietario vendiese el bien a un tercero.

El contrato de compraventa celebrado haría que dicho tercero se convierta en propietario del bien. A pesar de que no habría adquirido en virtud de una cesión formal la condición de comodante, sí la habría adquirido indirectamente al haberse convertido en propietario del bien.

Decimos esto pues conforme a lo establecido por el artículo 923 del Código Civil:

> Artículo 923.- «La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien [...]».

Dentro de tal orden de ideas, es al nuevo propietario a quien corresponde usufructuar del bien. En la medida en que el mismo se encuentra dado en comodato y en posesión del comodatario, corresponderá al nuevo propietario no el uso del bien, pero sí la percepción de los frutos que el mismo genere.

Así, a pesar de que no se habría convenido formalmente una cesión de posición contractual, en los hechos ella sí se habría verificado.

Asumimos que esta posición podría ser discutida en el terreno teórico, al considerar que el antiguo propietario-comodante nunca habría dejado de tener la condición de comodante. Sin embargo, esta posición nos conduciría inevitablemente a la figura del enriquecimiento sin causa (artículos 1954 y 1955 del Código Civil), ya que más allá del formalismo contractual no habría ninguna razón dentro del terreno teórico ni dentro del terreno práctico que abone en favor de sostener que el antiguo propietario sea quien deba recibir el bien en restitución o devolución por parte del comodatario.

20. Obligaciones del comodante

El Código Civil en su artículo 1735 se encarga de establecer las obligaciones del comodante. El texto de dicha norma es el siguiente:

Artículo 1735.- «Son obligaciones del comodante:

1. Entregar el bien en el plazo convenido.
2. Comunicar oportunamente al comodatario si el bien adolece de algún vicio que conoce.
3. No solicitar la devolución del bien antes del plazo estipulado y, en defecto de pacto, antes de haber servido al uso para el que fue dado en comodato, salvo el caso previsto en el artículo 1736.
4. Pagar los gastos extraordinarios que hubiese hecho el comodatario para la conservación del bien».

En adelante nos ocuparemos de cada una de estas obligaciones.

20.1. Obligación de entrega del bien

Como hemos señalado, el contrato de comodato recaerá en la mayoría de supuestos sobre bienes ciertos. Ello implica que nos encontraremos frente a una obligación de dar que reúna las características señaladas y a la que le serán aplicables los artículos 1132 a 1141 del Código Civil.

En el caso hipotético, aunque poco usual, de que estuviésemos en presencia de una obligación de dar un bien incierto resultaría necesario proceder a efectuar una elección del bien dentro de la especie, siendo aplicable a este tipo de obligaciones lo dispuesto por los artículos 1142 a 1147 del propio Código.

En caso el comodato versara sobre un bien fungible serán de aplicación los principios relativos a este tipo de bienes a que hemos hecho referencia en un anterior trabajo.[1523]

En adición a lo expuesto debemos recordar que la entrega a que hace referencia el artículo 1735 debe efectuarse, tal como lo señala la norma, en el plazo convenido.

En tal sentido es evidente que las partes gozan de la más amplia libertad para establecer un plazo que rija el momento de cumplimiento de la obligación del comodante. Sin embargo, si no hubiese plazo designado, el comodatario podrá exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación (argumento del artículo 1240 del Código Civil).

Si bien es cierto que el inciso 1 del artículo 1735 no regula el tema del lugar de entrega, ello no resultaba necesario en la medida en que resultarían de aplicación supletoria las normas generales referidas al lugar de pago (artículos

1523 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*, primera parte, tomo I, pp. 207 y 208.

Estudio Mario Castillo Freyre

1238, 1239 y 1240 del Código Civil). Esto significa que, en principio, el pago debe efectuarse en el domicilio del comodante (deudor), salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

20.2. Comunicar al comodatario sobre la existencia de algún vicio

La segunda obligación que la ley establece para el comodante es la de comunicar oportunamente al comodatario si el bien adolece de algún vicio que conoce.

No llegamos a entender a cabalidad los alcances del citado precepto en la medida en que su utilidad práctica sólo se comprendería si es que no existiesen las normas relativas a obligaciones de saneamiento, ya que, como es evidente, el comodante está obligado a informar en forma oportuna y debida al comodatario acerca de todos lo vicios que conozca concernientes al bien.

No olvidemos que el artículo 1484 del propio Código establece que hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien. Y, precisamente, el comodato es un contrato a través del cual el comodante se obliga a entregar al comodatario un bien para que lo use durante cierto tiempo o para determinada finalidad.

El artículo 1485 del Código Civil señala que, en virtud del saneamiento, el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor.

Como sabemos, la ley civil ha regulado tres tipos de saneamiento: el saneamiento por evicción, el saneamiento por vicios ocultos y el saneamiento por hecho propio del transferente.

Conforme establece el artículo 1491:

> Artículo 1491.- «Se debe el saneamiento por evicción cuando el adquirente es privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho de tercero, anterior a la transferencia».

Por su parte, el artículo 1503 prescribe que:

> Artículo 1503.- «El transferente está obligado al saneamiento por los vicios ocultos existentes al momento de la transferencia».

Y, finalmente, el artículo 1524 establece que:

> Artículo 1524.- «El transferente está obligado al saneamiento por hecho propio que disminuye el valor del bien, lo hace inútil para la finalidad de su adquisición, o reduce sus cualidades para ese efecto».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

20.3. No solicitar la devolución anticipada del bien

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 fue prestado» (artículos 1832 inciso 2 y 1592 inciso 2, respectivamente).

El Código Civil de 1984, empleando un lenguaje más técnico, señala que el comodante no debe 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, sólo tenían previsto el primer supuesto, en tanto el Código Civil de 1984 —con acierto— añadió el segundo.

De acuerdo a lo establecido por el inciso 3 del artículo 1735 del Código Civil, es obligación del comodante no solicitar la devolución del bien antes del plazo estipulado y, en defecto de pacto, antes de haber servido al uso para el que fue dado en comodato, salvo el caso previsto en el artículo 1736.

Si bien es cierto que el comodato es un contrato celebrado a título gratuito, a través de él el comodante asume la obligación de entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva.

Esto significa que por más que sea un acto de liberalidad, la obligación que asume el comodante debe ser respetada, pues con el préstamo del bien estará satisfaciendo una necesidad y cumpliendo las expectativas del comodatario.

Es muy claro que si se ha celebrado un contrato de estas características, el comodatario tendrá previsto dar un destino determinado al bien, hecho que le reportará determinados beneficios. No olvidemos que el comodatario no posee dicho bien y si lo ha solicitado al comodante y éste ha accedido a prestárselo, ello tiene por objeto suplir una carencia del comodatario.

Dentro de tal orden de ideas, la obligación impuesta por el artículo 1735 resulta plenamente coherente con la naturaleza del contrato y de la obligación asumida por el comodante.

Pero debemos reparar en el hecho de que el referido inciso le impone como obligación la de no solicitar la devolución del bien. Ello podría dar a entender que

FELIPE MARIO CASTILLO FREYRE

si la solicitase, el comodatario debería entregárselo. Pero esto no es así, en la medida en que el plazo pactado para la duración del comodato debe respetarse escrupulosamente, así como también se deberá respetar que el bien dado en comodato haya servido al uso para el que fue dado en comodato.

Sin embargo, en lo que respecta a este último punto, debe entenderse que si no se hubiese pactado plazo para la duración del contrato, sino la utilización del bien para un determinado fin, el comodatario no podría abusar del derecho de poseer el bien indefinidamente sin destinarlo a la finalidad pactada.

En este caso consideramos que, aplicando el principio general establecido por el artículo 1240 del Código Civil, y en ausencia de alguna otra disposición contractual, el comodatario debería destinar el bien al uso pactado desde el momento siguiente al de la celebración del contrato, debiendo entenderse que la finalidad convocada comienza a tener que cumplirse desde ese momento.

Ahora bien, podríamos estar ante el supuesto en el cual se hubiese pactado un uso determinado al comodato, pero no quedará claro cuánto durará la finalidad para la que se ha prestado el bien. Sin duda, nos encontraríamos en un caso en el cual estaría presente la indeterminación del plazo, y si hubiere conflicto al respecto entre comodante y comodatario, la solución del problema debería producirse aplicando lo dispuesto en el artículo 1737 del propio Código, encontrándose el comodatario obligado a restituir el bien cuando el comodante lo solicite.

Finalmente, debemos anotar que la obligación impuesta por el inciso 3 del artículo 1735 del Código Civil, sobre la que nos hemos expresado, establece una excepción consistente en el caso previsto por el artículo 1736.

Antes de concluir con nuestros comentarios al inciso 3 del artículo 1735 del Código Civil debemos subrayar el hecho de que dicha norma constituye una obligación de no hacer, en este caso la de no solicitar antes de tiempo la devolución del bien prestado. Pero estimamos que esta obligación negativa lleva también implícita otra obligación de no hacer, que consiste en abstenerse de perturbar al comodatario en la posesión del bien. Es evidente que si se diera el supuesto mencionado, se estaría configurando un hecho propio del transferente que podría generar una obligación de saneamiento, tal como está regulado en los artículos 1524 a 1528 del propio Código.

20.4. Pagar los gastos extraordinarios

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 un plazo de caducidad del comodatario para reclamar los gastos extraordinarios, señalado en seis meses, contados desde

la devolución del bien. Cabe agregar 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.

El inciso 4 del artículo 1735 del Código Civil señala que el comodante está obligado a pagar los gastos extraordinarios que hubiese hecho el comodatario para la conservación del bien.

Consideramos extremadamente importante la redacción del inciso 4 antes mencionado. Decimos esto en razón de que tal vez sea la primera norma que encontramos en el Código Civil que implícitamente esté haciendo alguna distinción entre los gastos extraordinarios de conservación y aquellos que, por oposición, podrían ser calificados como gastos ordinarios de conservación.

Como se recuerda, el Código Civil no establece un concepto de gastos de conservación. Ello significa que no existe ninguna norma que defina dichos gastos. Sin embargo, los gastos de conservación pueden ser definidos como todos aquellos en que el deudor deba incurrir para poder cumplir con su obligación de entregar el bien en el mismo estado en que se encontraba al momento del nacimiento de la obligación (ello, en absoluto resguardo del principio de identidad del pago).

Para el caso de las obligaciones de dar bienes ciertos, el artículo 1134 en su primer párrafo establece que la obligación de dar comprende también la de conservar el bien hasta su entrega. El artículo 1141 del propio Código señala que los gastos de conservación son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega y precisa que si quien incurre en ellos no es la persona a quien correspondía efectuarlos, el propietario debe reintegrarle lo gastado más sus intereses.

Habitualmente, el Código Civil no efectúa distinción alguna en materia de gastos de conservación, razón por la cual todos ellos deberán regirse por lo dispuesto en los artículos 1134 y 1141 y por lo establecido en algunas normas especiales de diversos contratos típicos que no desnaturalizan los principios de los numerales citados.

Sin embargo, cabría formularse la pregunta de qué debemos entender por gastos de conservación extraordinarios, dentro de la lógica del artículo 1735 inciso 4.

Estimamos que la distinción efectuada obedece a la naturaleza del comodato, el mismo que es un contrato que se celebra a título gratuito. En virtud de esta consideración, la ley estima conveniente establecer como regla general que los gastos de conservación, que se efectúen mientras dure la posesión del bien por parte del comodatario, deban ser sufragados por este contratante. Sin duda, aquí no es el propietario quien debe sufragar los gastos de conservación del bien (constituyendo ésta, junto con las normas de arrendamiento, otra excepción a la aceptable pero defectuosa regla del artículo 1141 del Código Civil).

ESTUDIO ALARCO & ESTELA FUENTE

Es obvio que si el comodatario se beneficia en virtud del contrato con el uso gratuito del bien, deberá pagar todos los gastos de conservación que tengan carácter de ordinarios, es decir que guarden proporción o relación con los beneficios que le reporta el uso del bien. Con ello queremos expresar que no obstante es cierto que el comodatario tiene el deber de conservar el bien hasta su devolución, dicho deber tampoco puede alcanzar a sufragar todos aquellos gastos que puedan ser de mayor envergadura y que tengan que ver, incluso, con la preservación de la existencia e integridad del propio bien prestado.

Nos imaginamos un ejemplo. Si el comodante hubiese prestado al comodatario su casa para que este último viva en ella, será evidente que el comodatario deberá sufragar todos los gastos de luz, agua, teléfono, arbitrios, materiales de limpieza, guardianía y demás que impliquen el uso mismo del bien, tal como le ha sido entregado. Pero entenderíamos impropio que dicho comodatario debiera asumir gastos de carácter extraordinario, como la reparación completa de la red de agua potable del inmueble en caso ésta colapsara. Resulta evidente que éste sería un gasto extraordinario de conservación en la medida en que se encontraría fuera del orden normal de los gastos conservatorios.

No resulta usual que todos los días se tenga que cambiar completamente la tubería de agua de un inmueble. Si ello ocurre, se presentará una o dos veces a lo largo de la existencia del bien. De allí su carácter extraordinario.

Además, como el bien, finalizado el plazo, va a tener que ser devuelto por el comodatario al comodante para que este último contratante lo pueda usar otra vez, entendemos que dichos gastos deberán ser soportados por el comodante o propietario del inmueble.

A pesar de no tener que plantear el tema necesariamente en estos términos, estimamos que los gastos extraordinarios de conservación a los que hace referencia el inciso 4 del artículo 1735 del Código Civil pueden ser considerados como una clase muy especial de mejoras necesarias,[1524] pues las mismas son ejecutadas por el poseedor no propietario para evitar el deterioro o la destrucción del bien, debiendo ser reembolsadas por el propietario no poseedor (argumento del artículo 916 del Código Civil peruano).

En tal sentido, y más allá de cuestiones de sistemática, debemos expresar que resulta interesante y hasta útil la distinción que se efectúa en el inciso 4 del artículo 1735 bajo comentario.

1524 Sobre el tema, la Resolución n.° 317-2001-ORLC/TC, del 23 de julio de 2007, ha precisado que «el derecho de retención en el contrato de comodato se encuentra limitado a los gastos extraordinarios que hubiera tenido que efectuar el comodatario con relación al bien, que son de cargo del comodante (...) se consideran, no obstante, las mejoras necesarias que tienen por objeto impedir la destrucción o deterioro del bien, categoría comprendida en el concepto de gastos extraordinarios (...)». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1253.

21. Obligaciones del comodatario

El artículo 1738 del Código Civil se encarga de establecer cuáles son las obligaciones del comodatario. Su texto es el siguiente:

> Artículo 1738.- «Son obligaciones del comodatario:
>
> 1. Custodiar y conservar el bien con la mayor diligencia y cuidado, siendo responsable de la pérdida o deterioro que no provenga de su naturaleza o del uso ordinario.
> 2. Emplear el bien para el uso determinado en el contrato o, en su defecto, según la naturaleza del mismo y la costumbre, siendo responsable del deterioro o pérdida provenientes del abuso.
> 3. Permitir que el comodante inspeccione el bien para establecer su estado de uso y conservación.
> 4. Pagar los gastos ordinarios indispensables que exija la conservación y uso del bien.
> 5. Devolver el bien en el plazo estipulado o, en su defecto, después del uso para el que fue dado en comodato».

Nos ocuparemos en detalle de cada una de ellas.

21.1. Custodiar y conservar el bien

El comodatario siempre ha estado obligado a la custodia y conservación del bien. Los códigos civiles peruanos 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.

De acuerdo a la Real Academia Española,[1525] «custodia» es la acción y efecto de custodiar, en tanto que «custodiar» es guardar con cuidado y vigilancia.

En tal sentido, la ley impone al comodatario un especial deber de cuidado para con el bien, el mismo que se encuentra íntimamente relacionado con el principio de identidad, ya que dicho bien deberá ser devuelto en las mismas condiciones en que fue entregado al comodatario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1525 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de www.rae.es.

Por otra parte, el deber de custodia también se relaciona íntimamente con el de conservar el bien, establecido —de igual manera— en el inciso 1 del artículo 1738.

El deber de conservar el bien implica tener que mantenerlo en el mismo estado en que se encontraba al momento del nacimiento de la obligación.

Sin embargo, la custodia y conservación del bien en el contrato de comodato debe compatibilizarse, necesariamente, con el uso que el comodatario hará del mismo, ya que no nos encontramos ante un caso en el cual deba conservarse el bien sin que pueda ser usado.

Y, naturalmente, el uso del bien implica la posibilidad de que éste se desgaste. Este desgaste dependerá, en lo que respecta a su magnitud y rapidez, de la naturaleza del bien sin llegar al extremo que el mismo pueda producirse notablemente con el primer uso que se haga del bien, ya que en estos casos nos encontraríamos ante un bien consumible, y los bienes consumibles, salvo el caso excepcional contemplado por el artículo 1729 del Código Civil, no pueden ser objeto de comodato, sino de mutuo.

Pero como de todas maneras existirá un desgaste, el inciso 1 del artículo 1738 se encarga de establecer que el deterioro del bien, o incluso su pérdida, podría producirse, pero el comodatario no debería responder por los mismos si es que ellos proviniesen de su naturaleza o del uso ordinario del bien.

Un ejemplo de pérdida del bien dado en comodato sería aquél en el cual el bien prestado fuera un perro guardián, el mismo que durante la vigencia del comodato muriera por causas naturales. Es evidente que en este caso el comodatario no debería responder en absoluto con relación al comodante.

Por otra parte, podríamos citar un ejemplo de deterioro del bien dado en comodato que provenga del uso ordinario del bien. Sería el caso del comodante que presta al comodatario un libro de texto de Derecho para ser usado a lo largo de todo un semestre académico en la universidad. Es obvio que el uso de un libro implicará el desgaste del mismo por más cuidado que se tenga, y mientras dicho uso haya sido adecuado a las circunstancias, el comodatario no debería resarcir al comodante el eventual deterioro.

Dentro de tal orden de ideas es que el inciso 1 del artículo 1738 exonera de responsabilidad al comodatario cuando la pérdida o deterioro del bien no provenga de su naturaleza o del uso ordinario.

Deberá entenderse, entonces, que el comodatario sí responde de la pérdida o deterioro del bien que escapen a dichas consideraciones y que obedezcan a culpa suya.

Pensamos que en este caso resulta de plena aplicación lo dispuesto en materia de teoría del riesgo por el artículo 1138 del Código Civil, teniendo como principio

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

rector el *periculum est debitoris*, cuando el bien se pierda o deteriore sin culpa de las partes o por culpa del deudor, en tanto regirá el *periculum est creditoris* si el bien se pierde o deteriora por culpa del acreedor.[1526]

21.2. Dar adecuado empleo al bien

El comodatario también se encuentra obligado a emplear el bien en el uso establecido en el pacto o, a falta de éste, por la naturaleza de aquél, 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 la costumbre (artículo 1738, inciso 2).

En virtud a lo establecido por el artículo 1738, inciso 2 del Código Civil, es obligación del comodatario emplear el bien para el uso determinado en el contrato o, en su defecto, según la naturaleza del mismo y la costumbre, siendo responsable del deterioro o pérdida proveniente del abuso.

Debemos considerar que en primer término el inciso bajo comentario establece que el bien se debe emplear para el uso convenido en el contrato. Y esta situación será la que en la práctica se presentará con mayor frecuencia, ya que comodante y comodatario por lo general establecerán para qué se presta el bien, sea explícita o implícitamente.

Sin embargo, debemos convenir en que dentro de la idea de pacto implícito a que acabamos de hacer referencia, podría entenderse que el segundo punto señalado por el propio inciso 2, que consiste que en defecto de pacto contractual sobre el destino del bien se estará a la naturaleza del mismo. Con esta expresión queda la duda de si el Código Civil se está refiriendo a la naturaleza del contrato o a la naturaleza del bien. Pensamos que el tema debe entenderse como una mixtura, tanto de la naturaleza del bien como de la naturaleza del contrato, vale decir que de acuerdo al bien de que se trate y al acto que se celebre no quede la menor duda acerca de cuál es el destino que las partes han convenido para el referido bien, en el uso que del mismo hará el comodatario.

En tercer lugar, de acuerdo a lo establecido en el inciso 2 del artículo 1738, más allá de la naturaleza del bien y del contrato, deberá tenerse en cuenta a la costumbre.

Resulta evidente que el tema de la costumbre se encuentra indisolublemente ligado con la naturaleza del bien y del contrato que se celebre. Podría decirse que cuando la ley hace referencia a la costumbre está haciendo alusión al destino

1526 Véase Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*, primera parte, tomo II, pp. 27-65.

que habitualmente se da a bienes similares en contratos de préstamos gratuitos de similar carácter.

En tal sentido, de acuerdo a los tres criterios planteados por la ley, resultaría prácticamente imposible que al entregarse un bien en comodato las partes desconozcan cuál es la finalidad para la cual se ha prestado.

Finalmente, debemos hacer referencia a lo dispuesto en la última parte del inciso bajo comentario, cuando hace responsable al comodatario del deterioro o pérdida provenientes del abuso.

Entendemos que el abuso al que hace referencia la norma citada no tiene relación con los deberes de diligencia y cuidado en la custodia y conservación del bien contenidos en el inciso 1 de la norma, ya que de la misma se deduce que si actuara de una manera distinta, debería indemnizar al comodante por los daños y perjuicios causados, tal como lo hemos expresado oportunamente.

Consideramos, en tal sentido, que la parte final del inciso 2 no se relaciona con el inciso 1, pues si así fuese resultaría redundante.

Creemos que la responsabilidad a la que hace referencia el inciso 2 en torno al deterioro o pérdida del bien se relaciona directamente con el empleo que se haga del mismo para un uso distinto al pactado o al que impongan la naturaleza del bien, la naturaleza del contrato y la costumbre.

En otras palabras, estimamos que cuando el comodatario dé un uso diferente al bien prestado estaría abusando de su condición de poseedor del bien. Así deberá responder por todos los daños y perjuicios que sufra dicho bien, ya sea a modo de pérdida o deterioro, salvo aquéllos que hubiesen sido ocasionados por culpa del comodante.

En otros términos, si el comodatario otorgara al bien un destino distinto al debido, responderá por la pérdida o deterioro ocasionados, ya sea que éstos obedezcan a culpa leve, culpa inexcusable o dolo del comodatario o, incluso, si dichos daños y perjuicios obedecieran a caso fortuito, fuerza mayor o si se hubiesen producido a pesar de que el comodatario actuó con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias con respecto al bien (argumento de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil).

21.3. Permitir la inspección del bien

El Código Civil de 1984 introdujo una nueva obligación, siendo ésta 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.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Conforme lo establecido por el inciso 3 del artículo 1738 del Código Civil, el comodatario está obligado a permitir que el comodante inspeccione el bien para establecer su estado de uso y conservación.

La finalidad de este precepto radica en que a través del contrato de comodato, el comodante deja de ser poseedor inmediato del bien, convirtiéndose sólo en poseedor mediato del mismo.

En tal virtud, al no tener un contacto directo con el bien dado en comodato, desconocerá cuál sea el uso, desgaste y situación real del mismo.

La única forma que tendría para conocer esta situación será inspeccionarlo.

A diferencia de lo que ocurre en los contratos de arrendamiento, resulta inusual que en los contratos de comodato las partes establezcan minuciosamente la manera cómo se ejercerá el derecho de inspección del bien por parte del comodante.

A pesar de no establecerse en el inciso 3 del artículo 1738 un plazo previo para avisar acerca de la futura inspección del bien (como ocurre en el caso del contrato de arrendamiento, en donde el inciso 5 del artículo 1681 establece un previo aviso de siete días), entendemos que los deberes de lealtad y de buena fe en la ejecución de los contratos impondrían al comodante el avisar con antelación que va a realizar la inspección del bien prestado. Todo esto dentro de un plazo razonable y con la finalidad de no causar mayores molestias al comodatario en el uso del bien, ya que en principio es él quien tiene derecho a utilizar dicho bien con carácter exclusivo. Como resulta evidente, el comodante no tendrá derecho o prerrogativa para interponerse en el libre uso del bien que desee hacer el comodatario.

De allí la necesidad del aviso previo.

Ahora bien, a diferencia de lo dispuesto en materia de arrendamiento, el inciso 3 del artículo 1738 no establece que dicha inspección deba realizarse por causa justificada.

Sin embargo, nos preguntamos si esa ausencia legislativa podría llevar al abuso.

Resulta evidente que la respuesta negativa se impone, ya que toda causa injustificada representará, precisamente, un abuso de derecho del comodante en perjuicio del comodatario.

Debe entenderse, la existencia de una razón por la cual el comodante desee inspeccionar el bien y no se haga dicha inspección por un mero capricho o, incluso, de manera que lo que se busque sea, como hemos mencionado, el abuso del derecho.

Sin embargo, debemos admitir que el tema se presta a interpretaciones ambiguas por tratarse de un aspecto de carácter subjetivo, en donde jugarán tanto los intereses del comodante como los del comodatario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Dentro de tal orden de ideas asumimos que esta situación deberá apreciarse con el mayor criterio de ponderación, conducente a hacer valer los derechos del comodante en resguardo de la integridad del bien dado en comodato. Pero también deberá asumirse dicho ejercicio del derecho, con el más absoluto respeto del contrato, es decir, de los intereses del comodatario de utilizar tranquila y pacíficamente el bien prestado durante el plazo convenido.

Sin embargo, debemos admitir que la situación del comodante le otorga mayores prerrogativas que la situación del arrendador, ya que el comodante se encuentra realizando un acto de liberalidad, al haber celebrado un contrato a título gratuito, en tanto el arrendador va a recibir una renta a cambio del uso del bien materia de su contrato.

En tal sentido podría decirse que, dada esta especial situación, las prerrogativas que a este respecto tiene el comodante deben entenderse como más amplias que aquellas de las que goza el arrendador.

No obstante, debemos puntualizar que el abuso del ejercicio de la prerrogativa, establecida por el artículo 1738 inciso 3, podría otorgar al comodatario la facultad para negarse a que el comodante proceda a efectuar dicha inspección e incluso a resolver el contrato, con independencia de la indemnización que por daños y perjuicios le pudiera corresponder.

21.4. Pagar los gastos ordinarios de conservación

Es obligación del comodatario pagar 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); y en el artículo 1595 inciso 3 del Código Civil de 1936.

De conformidad a lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 1738 del Código Civil de 1984, el comodatario está obligado a pagar los gastos ordinarios indispensables que exija la conservación y uso del bien.

Este precepto resulta complementario a lo establecido por el inciso 4 del artículo 1735, en torno a la obligación del comodante de pagar los gastos extraordinarios que hubiese hecho el comodatario para la conservación del bien. En tal sentido, remitimos al lector a lo allí señalado, pues en dicho punto abordamos conjuntamente la materia prevista en el inciso 4 del artículo 1738.

21.5. Devolver el bien al comodante

El comodatario está obligado 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 usaba por más tiempo del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

debido (artículo 1244). Aquí se puede 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 del numeral 1595 inciso 4 del Código Civil de 1936.

El inciso 5 del artículo 1738 del Código Civil de 1984 establece que es obligación del comodatario devolver el bien en el plazo estipulado o, en su defecto, después del uso para el que fue dado en comodato.

Es evidente, y así lo venimos señalando desde que comenzamos el tratamiento de este contrato, que el comodatario asume la obligación de devolver al comodante el bien materia del contrato y que dicha devolución deberá realizarse tratando de resguardar de la manera más fidedigna posible los principios de identidad e integridad del pago, teniendo en cuenta que pudiera existir un deterioro natural del bien, proveniente de su naturaleza o del uso ordinario del mismo (argumento del inciso 1 del artículo 1738 del Código Civil).

Dicha devolución, conforme a lo expuesto en el concepto del contrato de comodato (artículo 1728), deberá efectuarse en el plazo estipulado o, en su defecto, después de haber sido usado el bien por parte del comodatario; en ambos casos, con los alcances y salvedades que mencionamos oportunamente.

22. Ausencia de responsabilidad por deterioro o por modificación del bien

Según lo establecido por el artículo 1739 del Código Civil de 1984:

> Artículo 1739.- «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 sólo estaba previsto el caso de deterioro (artículo 1247). Por su parte, el Código Civil de 1852, al igual que el de 1936, se refería al deterioro y a la pérdida (artículos 1840 y 1597, respectivamente).

Según expresa Max Arias-Schreiber Pezet,[1527] con relación al artículo 1739 del Código Civil peruano de 1984:

> Este artículo es coherente con la regla contemplada en el inciso 2) del artículo 1738 del Código [...] y se entiende sin ningún esfuerzo, pues cuando el comodante se desprende temporalmente del uso es lógico que su natural desgaste sea un riesgo que no debe ser absorbido por el comodatario y será por lo tanto restituido en el estado en que se encuentre.
>
> Como en casos anteriores, el precepto no es imperativo y admite pacto distinto.

1527 Arias Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, tomo III, p. 55.

Nos permitimos discrepar de tan ilustrado parecer. Ello, por dos razones.

En primer lugar, porque el artículo 1739 no es claro y, por tanto, no se entiende sin ningún esfuerzo.

Y en segundo lugar, porque dicha norma no tiene absolutamente relación con el inciso 2 del artículo 1738, tal como señala el citado profesor.

Si con alguna norma tiene relación el artículo 1739 es con el inciso 1 del artículo 1738, precepto que establece que es obligación del comodatario custodiar y conservar el bien con la mayor diligencia y cuidado, siendo responsable de la pérdida o deterioro que no provenga de su naturaleza o del uso ordinario. Se puede decir que el artículo 1739 deviene en reiterativo con relación al citado inciso 1 del artículo 1738. Y, en tal virtud, resulta una norma inútil y confusa que no debió formar parte del Código Civil.

23. Gastos de recepción y restitución del bien

El artículo 1740 del Código Civil de 1984 establece que:

> Artículo 1740.- «Los gastos de recepción y restitución del bien corren por cuenta del comodatario».

En virtud de lo establecido por el artículo 1241, norma general de Derecho de Obligaciones:

> Artículo 1241.- «Los gastos que ocasione el pago son de cuenta del deudor».

En tal sentido, debemos ver si las normas citadas resultan concordantes.

El artículo 1740 hace de cargo del comodatario tanto los gastos de recepción como de restitución del bien, vale decir, aquellas erogaciones que impliquen recibir el bien y devolverlo.

En tal sentido, si asumimos la primera obligación de dar que contrae el comodante con el comodatario, en ella los gastos de entrega del bien corren por cuenta del comodante (supuesto no contemplado por el artículo 1740, pero que resultaría concordante con lo dispuesto por el artículo 1241) y corresponderán ser asumidos por el acreedor de dicha obligación (principio contrario al establecido en la regla del artículo 1241).

Por otro lado, el artículo 1740 hace referencia a los gastos de recepción y restitución del bien por parte del comodatario.

En tal sentido, cuando el comodatario debe asumir los gastos de recepción del bien, ellos están siendo asumidos en su calidad de acreedor (situación natural en todo contrato que implique recibir un bien), en la medida en que resulta necesario distinguir los gastos de la entrega (que son de cargo del deudor) de los gastos de recepción, que siempre son de cargo del acreedor, a pesar de no decirlo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

expresamente ninguna norma legal de Derecho de Obligaciones ni de la Parte General de Contratos del Código Civil.

Finalmente, como sabemos, el comodatario es deudor de la obligación de dar en restitución o devolución del bien al comodante. Con respecto a esta obligación, los gastos de entrega (restitución), correrán por cuenta del comodatario (principio que concuerda plenamente con lo dispuesto por el artículo 1241, en el sentido de que los gastos que ocasione el pago son de cuenta del deudor).

24. Supuestos excepcionales de responsabilidad del comodatario derivada de causas no imputables

En virtud de lo establecido por el artículo 1741 del Código Civil de 1984:

> Artículo 1741.- «El comodatario que emplea el bien para un uso distinto o por un plazo mayor del convenido es responsable de la pérdida o deterioro ocurridos por causa que no le sea imputable, 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 contenido del artículo 1741 sirve de complemento en lo que respecta al destino del bien dado en comodato a lo prescrito en el inciso 2 del artículo 1738 del propio Código, precepto a cuyo análisis remitimos al lector.

En lo que respecta a la responsabilidad por pérdida o deterioro, si el comodatario emplea el bien por un plazo mayor que el convenido, las consecuencias serán las mismas que si hubiera empleado el bien para un uso distinto al debido, vale decir, que será responsable incluso si la pérdida o deterioro se hubiesen producido por caso fortuito, fuerza mayor o a pesar de haber utilizado la diligencia ordinaria requerida (argumento de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil de 1984).

Sin embargo, cabría efectuar la precisión de que el uso del bien por un plazo mayor al convenido no traslada por sí mismo los riesgos de una parte a otra.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La transferencia del riesgo sólo se producirá si es que el comodatario hubiese sido constituido en mora, de conformidad con la regla general que al respecto establece el primer párrafo del artículo 1333.

No debemos presumir —en general— la existencia de mora automática, así como tampoco el hecho de que el artículo 1741 bajo comentario, esté contemplando un supuesto excepcional de mora automática.

Sin embargo, admitimos la posibilidad de interpretar la existencia de mora automática, ya que, a pesar de no compartir esta posición, sí habría una razón para ello en la medida en que tratándose de un préstamo a título gratuito, el comodatario debería devolver el bien en el momento previsto para su restitución y no conservarlo por un tiempo más prolongado, colocando al comodante en la nada grata situación de tener que reclamar a un amigo la devolución del bien prestado.

Tal vez, el legislador, al comprender la incomodidad que se presenta frecuentemente en la práctica, haya tenido la intención —no concretada a nuestro criterio— de establecer la mora automática en el caso del artículo 1741.

Antes de finalizar nuestros comentarios sobre el particular debemos recordar que la responsabilidad asignada por los supuestos del artículo 1741 al comodatario que emplea el bien para un uso distinto o por un plazo mayor que el convenido encuentra excepción si es que dicho comodatario probara que la pérdida o deterioro del bien ocurridos por causa que no le sea imputable se habrían producido aun cuando no lo hubiese usado diversamente o lo hubiese restituido en su oportunidad.

Este último extremo del artículo 1741 resulta coherente, y nos podríamos imaginar el caso de un comodato en el cual el bien prestado sea una casa, y en donde el comodatario se excediera algunos días en el uso del bien, sin devolverlo.[1528]

En tal sentido, si ocurriese un terremoto y se destruyera la casa, el comodatario no tendría por qué indemnizar al comodante por los daños y perjuicios causados, ya que los mismos también se habrían producido si el bien hubiere sido devuelto en tiempo oportuno (naturalmente presumiendo la existencia de mora del comodatario).

25. Pago de valor en caso especial de perecimiento

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1742 del Código Civil de 1984:

1528 La Casación n.° 422-99-Junín, de 13 de julio de 1999, emitida por la Sala Civil Transitoria, ha precisado que «la falta de percepción de frutos es una consecuencia dañosa del incumplimiento por parte de la demandada de devolver el bien al término del comodato, (...) el poseedor de mala fe está obligado a pagar sus frutos, es decir, el provecho que ha dejado de percibir durante el tiempo que la demandada explotó (el bien), cuando había concluido el contrato o préstamo de uso». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1255.

> Artículo 1742.- «El comodatario debe pagar el valor del bien dado en comodato si perece por causa que no le es imputable, cuando hubiese podido evitarla sustituyéndolo con uno de su propiedad».

Como ha sido mencionado oportunamente, el contrato de comodato se basa en la confianza y, de acuerdo a los preceptos estudiados, queda claro que el comodante debe preservar el bien empleando deberes de cuidado y conservación especiales. Esto no sólo por tratarse de un bien ajeno que debe devolver oportunamente, sino además por el hecho de que el comodatario ha recibido en préstamo gratuito dicho bien.

Por otra parte, como hemos expresado, se entiende que el comodatario requiere el bien para usarlo en la medida en que no dispone de uno similar para destinarlo a la actividad o finalidad prevista, ya que si lo tuviera no sería razonable pedir prestado un bien perteneciente a otra persona, pues aquí lo lógico y sensato sería usar el propio bien.

Es en tal sentido que se concibe la existencia del artículo 1742 del Código Civil, precepto que obliga al comodatario a pagar al comodante el valor del bien si éste perece por una causa que no le sea imputable, cuando hubiese podido evitar la destrucción del bien prestado, sustituyéndolo o reemplazándolo con uno de su propiedad.

En otras palabras, lo que el Derecho no perdona al comodatario es haber preferido sacrificar el bien ajeno en lugar del bien propio, si la destrucción del bien ajeno hubiese podido ser evitada con la destrucción del bien propio.

Pero como el comodatario puede no haber actuado así (es decir, si prefirió sacrificar el bien ajeno en lugar del propio), el Derecho lo sanciona con la obligación de pagar al comodante el valor del bien perdido (siendo evidente que éste es un supuesto de deuda de valor, de aquéllas reguladas por el artículo 1236 del Código de 1984).

26. Pérdida o deterioro en caso el bien hubiere sido tasado

De acuerdo a lo establecido en el artículo 1743 del Código Civil de 1984:

> Artículo 1743.- «Si el bien fue tasado al tiempo de celebrase el contrato, su pérdida o deterioro es de cuenta del comodatario, aun cuando hubiere ocurrido por causa que no le sea imputable».

El artículo 1743 es absurdo. Nos explicamos.

Entendemos que resulta perfectamente factible que comodante y comodatario valoricen el bien al tiempo de celebrar el contrato a efectos de que si dicho bien se perdiese o deteriorase por culpa del comodatario, éste tenga que restituir el valor pactado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Resulta evidente que la restitución de dicho valor, pactado con antelación, sólo se producirá en caso la pérdida del bien obedezca a causa imputable al comodatario. Pero no se producirá si el bien se pierde o deteriora por caso fortuito, fuerza mayor o incluso si se hubiere perdido o deteriorado a pesar de la diligencia ordinaria adoptada por el comodatario. Menos aún el comodatario debería restituir ese valor si el bien se perdiera por culpa del comodante, caso extremo pero posible.

Entenderíamos que la restitución de ese valor debería producirse en todos los casos (salvo pérdida por culpa del comodante), si es que las partes hubiesen convenido que el comodatario asumía todos esos riesgos o, dicho de otro modo, que asumía el riesgo de pérdida del bien en todos esos casos.

Pero lo que no resulta coherente, bajo ningún punto de vista, es que el comodatario deba restituir ese valor al comodante a pesar de que la pérdida o deterioro del bien no haya obedecido a culpa suya. Esto estaría, además, en contradicción con lo regulado por el propio Código en materia de obligaciones del comodatario, especialmente con lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 1738.

Ha hecho mal el legislador de 1984 en considerar que el solo hecho de valorizar anticipadamente el bien constituya razón suficiente para que el comodatario deba restituir ese valor al comodante, en todos los casos, prescindiendo de la causa que originó la pérdida o deterioro del bien.

Sólo correspondería al comodatario restituir el valor asignado al bien, en caso la pérdida o deterioro hubieran obedecido a dolo o culpa suyos.

El artículo 1743 no puede ser interpretado tal como se lee, ni leído tal como está escrito.

27. Lugar de devolución del bien

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1744 del Código Civil:

> Artículo 1744.- «El comodatario debe devolver el bien dado en comodato al comodante o a quien tenga derecho a recibirlo, en el lugar en que lo recibió».

Con relación al lugar de devolución del bien, se establece una regla particular, señalándose que dicha restitución se hará en el mismo lugar en que se recibió el bien, norma que no necesariamente va a concordar con la regla general de lugar de pago establecida por el artículo 1238 del propio Código, que señala que:

> Artículo 1238.- «El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

28. Persona a quien debe devolverse el bien

Del texto del artículo 1744 del Código Civil, que citamos en el rubro anterior, se aprecia que el bien debe ser devuelto al comodante o a quien tenga derecho a recibirlo.

En lo que respecta al comodante, al ser el contratante con quien se obligó el comodatario, queda claro que en principio a él le corresponderá recibir el bien en devolución.

Sin embargo, no siempre será así, pues es perfectamente posible que dicho comodante haya otorgado poder a un tercero para que en su nombre y representación reciba el bien dado en comodato.

También será factible pensar en la posibilidad que durante la vigencia del plazo del comodato el comodante hubiese celebrado un contrato a través del cual haya transferido a un tercero la propiedad del bien. En este caso, naturalmente previa comprobación, el comodatario deberá entregar el bien en devolución a quien sea el nuevo propietario del mismo.

Asimismo cabría la posibilidad que durante la vigencia del plazo del comodato, el comodante haya fallecido, supuesto en el cual el comodatario deberá devolver el bien a los herederos o legatarios del comodante, según fuere el caso.

De igual modo podríamos imaginar el supuesto en el cual, durante la vigencia del plazo del comodato, se haya iniciado un proceso judicial a través del cual un tercero haya demandado al comodante la reivindicación del bien por considerar que tenía mejor derecho sobre él.

Pensamos que en los supuestos en que se esté discutiendo judicialmente la propiedad del bien lo más lógico para el comodatario sería no entregar dicho bien a ninguna de las dos partes, pues no sabrá cuál de ellas resultará ganadora en el juicio. En estos casos lo razonable sería que el comodatario consigne judicialmente el bien, debiendo ser entregado —finalmente— a la persona que resulte ganadora en el proceso.

29. Imposibilidad de suspender la devolución del bien

El artículo 1745 del Código Civil establece que:

> Artículo 1745.- «El comodatario no puede suspender la restitución alegando que el comodante no tiene derecho sobre el bien, salvo que haya sido perdido, hurtado o robado o que el comodatario sea designado depositario por mandato judicial».

Tal como señala Arias-Schreiber,[1529] de acuerdo con el artículo 1745, el comodante no tiene, necesariamente, que ser propietario del bien comodado. Al respecto

1529 Arias Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, tomo III, p. 58.

el Código Civil de 1852 se manifestaba señalando que sólo los que tenían la libre disposición de sus bienes podían celebrar este contrato.

El artículo 1745 del Código de 1984 es importante en virtud de que se establece como regla general la imposibilidad del comodatario de suspender la devolución del bien, alegando que el comodante no tiene derecho sobre el mismo.

Esta disposición evita que el comodatario cometa la arbitrariedad de negarse a restituir el bien sin fundamento jurídico.

Sin embargo, sí podría negarse a devolverlo al comodante si éste hubiese transferido la propiedad del mismo a un tercero. En este caso, es evidente que —por excepción— si el comodante indebidamente requiriese al comodatario la devolución del bien, este último tendrá la obligación de negarse a darlo, ya que existe un nuevo propietario con derecho a recibirlo.

No obstante, la regla general es muy clara, en razón de que el contrato de comodato está basado fundamentalmente en la confianza. Incluso cabría recordar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1290, inciso 2 del Código Civil, se prohíbe la compensación en la restitución de bienes depositados o entregados en comodato.

Pero retornando al contenido del artículo 1745 del Código Civil peruano, diremos que existen contempladas en la norma algunas excepciones a la regla, es decir, diversos casos en los cuales la ley permite al comodatario suspender la restitución del bien.

En primer lugar se indica el caso en que el bien se haya perdido.

Dado el contexto del artículo 1745, entendemos que la pérdida a la que se hace referencia no es aquella que el Derecho contempla en el sentido amplio en el artículo 1137. Estimamos que se está aludiendo a la pérdida como sinónimo de extravío.

Decimos esto por cuanto si se entendiera la pérdida en su sentido estrictamente jurídico, ella generaría la extinción de la obligación y, como tal, no estaríamos hablando de un supuesto en que se suspenda la restitución del bien, sino uno en el cual dicho bien ya no pueda —ni tampoco deba— ser entregado.

Se entiende que el extravío al que se hace referencia el artículo 1745 plantea la posibilidad de guardar esperanzas acerca de la recuperación del bien, situación que va de la mano con la suspensión a que alude la norma.

El artículo bajo estudio también incluye como casos en que el comodatario puede suspender la restitución del bien al comodante cuando el mismo haya sido hurtado o robado, casos en los cuales —dentro de la lógica del artículo 1745— podría esperarse una futura recuperación del bien cuya posesión se ha arrebatado de manera ilícita.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, podría formularse una crítica de fondo al artículo 1745 cuando hace alusión a los bienes perdidos, hurtados o robados, y ella consistiría en que en cualquiera de estos casos no es facultad del comodatario suspender la restitución del bien al comodante. Lo que ocurre es que el comodatario se encontrará absolutamente imposibilitado de restituir el bien al comodante.

Dicho en otras palabras, no es que no quiera devolverle el bien, sino que no puede devolvérselo.

Finalmente, la norma hace referencia a la suspensión de la restitución del bien al comodante, en caso el comodatario sea designado depositario por mandato judicial. Entendemos que este último supuesto tampoco nos presenta a un comodatario que pueda hacer uso de su libertad para devolver o no el bien, ya que en este supuesto simplemente no podrá devolver el bien, precisamente por haber sido designado depositario del mismo por mandato judicial.

30. Supuesto excepcional de obligatoriedad de consignar el bien

En virtud de lo establecido por el artículo 1746 del Código Civil de 1984:

> Artículo 1746.- «Si el comodatario supone que se le ha dado en comodato un bien extraviado, hurtado o robado, debe consignarlo de inmediato y bajo responsabilidad, con citación del comodante y del presunto propietario, si lo conoce».

La norma citada constituye un supuesto excepcional dentro de la lógica de la consignación, tal como es entendida por el Código Civil. Decimos esto por cuanto la consignación es una forma voluntaria de pago. Ello significa que en principio nadie está obligado a consignar, en la medida en que podría dejar de pagar.

Lo que ocurre con el artículo 1746 es que la ley entiende que se trata de situaciones excepcionales y que pueden implicar un supuesto de ilegalidad en cuanto a la situación jurídica del bien que el comodatario ha recibido en comodato.

En tal virtud, la norma establece la obligación del comodatario de consignar dicho bien inmediatamente y bajo responsabilidad, con citación del comodante y del presunto propietario, si lo conoce.

Esta obligación legal no distingue si cuando se celebró el contrato, el comodatario conocía la supuesta situación irregular del bien o si tuvo conocimiento de ella con posterioridad a haberlo recibido.

No obstante, suponemos que la lógica del precepto tiene como valor entendido que el comodatario desconocía el carácter ajeno del bien cuando celebró el contrato. Esto implicará que apenas descubra o sospeche de la existencia de una situación irregular, deberá proceder a consignarlo, sin esperar el vencimiento del plazo del contrato o que se haya cumplido la finalidad para la que se le prestó el bien.

FERNANDO MARIO CASTILLO CARREÑO

Finalmente, debemos expresar que la responsabilidad a que hace referencia el artículo 1746 es tanto civil como penal.

Sólo a manera de crítica a la sistemática del Código podríamos decir que el supuesto contemplado por el artículo 1746 es un caso más de suspensión de la devolución del bien, ello dentro de la lógica de la norma precedente, el artículo 1745, estudiado en su momento.

31. Presunción de futura comisión de un delito

El artículo 1747 del Código Civil de 1984 establece lo siguiente:

> Artículo 1747.- «El comodatario está obligado a suspender la restitución del bien si se pretende utilizarlo para la comisión de una infracción penal.
>
> En este caso, debe consignarlo de inmediato y bajo responsabilidad, con citación del comodante».

La norma citada estaría estableciendo otro supuesto de suspensión de la restitución del bien.

Sin embargo, no nos encontramos de acuerdo con el texto de la norma.

Decimos esto por cuanto el citado numeral podría constituir una excusa para no devolver bienes con los que teóricamente el comodante podría cometer algún delito.

Podría pensarse que razones de orden público hayan conducido al legislador a introducir en el Código una norma como ésta, pero la misma carece de sentido puesto que deja abierta la posibilidad de basar el desarrollo del caso en suposiciones que, por lo demás, pueden ser absolutamente arbitrarias e infundadas.

Y, por otro lado, la norma obliga al comodatario a restituir el bien consignándolo, con citación del comodante. Esta consignación nos plantearía el absurdo en el cual alguien pudiese devolver un bien y señalar en su escrito de consignación que lo está haciendo porque presume que el comodante, propietario del mismo, lo va a emplear —por ejemplo— para asesinar a un tercero.

Nos imaginamos la contestación a dicha consignación, negando el comodante todos los términos de la misma.

Y también nos imaginamos que el comodante podría denunciar penalmente por calumnia al comodatario que procediera de esta forma sin tener pruebas.

Finalmente, si nos encontrásemos frente a un comodante que de todas maneras ha decidido cometer el acto delictivo, ocurrirá que luego de que el bien sea consignado, luego de negar las afirmaciones del comodatario, y luego de retirar el bien consignado, procederá a cometer el delito (como podría ser el caso de alguien que prestó a un amigo un cuchillo y luego lo emplea para matar a un tercero).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como vemos, el artículo 1747 carece de sentido práctico y lo único que hace es complicar la situación de cumplimiento de las obligaciones contractuales, las mismas que —a nuestro modo de ver— no deberían ser confundidas con actos delictivos.

32. Supuesto de suspensión de devolución del bien a título de retención por falta de pago de gastos extraordinarios

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 sólo por las «expensas extraordinarias» y con consentimiento del comodante o con «licencia judicial». El Código Civil de 1852 señalaba que «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.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1748 del Código Civil de 1984:

> Artículo 1748.- «El comodatario tiene derecho a retener el bien, sólo cuando no le hayan sido pagados los gastos extraordinarios a que se refiere el artículo 1735, inciso 4».

Como se recuerda, el aludido inciso 4 del artículo 1735 establece como una de las obligaciones del comodante la de pagar los gastos extraordinarios que hubiese hecho el comodatario para la conservación del bien.

Sobre los alcances de esta última norma remitimos al lector a lo expresado por nosotros con ocasión del análisis de la referida obligación del comodatario.

Acerca del contenido del derecho de retención contemplado por el artículo 1748 del Código Civil debemos expresar que nos encontramos de acuerdo con el mismo y que tal derecho debe ser ejercido en estricta conformidad con las normas que sobre el particular contempla el propio Código (artículos 1123 a 1131).

33. Supuesto de enajenación del bien por los herederos del comodatario

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1749 del Código de 1984:

> Artículo 1749.- «Si los herederos del comodatario hubiesen enajenado el bien sin tener conocimiento del comodato, el comodante puede exigir que le paguen su valor o le cedan los derechos que en virtud de la enajenación le corresponden, salvo que haya hecho uso de la acción reivindicatoria. Si los herederos hubiesen conocido del comodato, indemnizarán además los daños y perjuicios».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La norma citada no tiene antecedentes en la legislación peruana.

El referido artículo parte del supuesto en el cual durante la vigencia del contrato de comodato hubiese fallecido el comodante y sus herederos hubiesen enajenado el bien sin tener conocimiento de la existencia de dicho contrato, vale decir, creyendo que el bien era de propiedad de su causante.

Dentro de tal orden de ideas, el referido artículo otorga al comodante perjudicado por tal situación, la opción entre demandar a dichos herederos que le paguen el valor del bien o que le cedan los derechos que en virtud de la enajenación le corresponden (como podría ser el caso, por citar un ejemplo, del pago del precio que dichos herederos fueran a recibir de un tercero por haber vendido el bien que fue objeto de comodato).

Pero el artículo 1749 establece una salvedad, debiéndose entender que el comodante perjudicado no podrá recurrir al planteamiento de dichas acciones si es que hubiera hecho uso de la acción reivindicatoria.

Este tema nos plantea la necesidad de establecer cuál es la razón por la que se establece esta salvedad.

Creemos que el punto de partida está en el hecho de que el comodante pueda o no seguir siendo propietario del bien luego de la enajenación que del mismo hubieren hecho los herederos del comodatario.

Podrá darse el caso en que tratándose de un bien inmueble dichos herederos lo hubieran enajenado a un tercero, pero esta circunstancia de haber vendido un bien ajeno no haría que el comodante pierda la propiedad del bien, razón por la cual al seguir siendo propietario del mismo podría dirigirse contra los herederos del comodatario para recuperar su posesión.

Recordemos que la acción reivindicatoria es aquella que interpone el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario a efectos de recuperar la posesión del bien.

Por otro lado, y sólo a título de ejemplo, como en materia de muebles la posesión vale título (argumento del artículo 912 del Código Civil de 1984) es muy probable que si el bien dado en comodato era mueble y fue enajenado a un tercero por los herederos del comodatario se haya producido la transferencia de propiedad de dicho bien a favor del tercero, con lo cual el comodante ya habría dejado de ser propietario del bien y, en tal condición, no podría plantear acción reivindicatoria alguna.

Estimamos que mientras el propietario conserve la acción reivindicatoria, ya sea contra un tercero o incluso contra los herederos del comodatario (si es que todavía no se hubiesen desposeído del bien), no podrá accionar por el pago del valor o por la cesión de los derechos a que hace referencia el artículo 1749 del Código Civil, ya que seguiría siendo propietario del bien y tendría todo el derecho de reclamar se le restituya la posesión del mismo a quien la tenga.

ARTURO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero todo lo expresado no pasa por un actuar doloso de los herederos del comodatario, pues se supone que ellos desconocían el carácter ajeno del bien. En tal virtud, en ninguno de los supuestos mencionados, el comodante tendría derecho a reclamarles el pago de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Sin embargo, el artículo 1749 también contempla el supuesto en el cual los herederos del comodatario, que hubiesen enajenado el bien, hubieran tenido conocimiento del comodato (es decir que hubieran sabido el carácter ajeno del mismo).

En estos casos, también serán de aplicación a favor del comodante perjudicado las acciones a que hemos hecho referencia anteriormente, pero dicho comodante tendrá además derecho de reclamarles el pago de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Es importante subrayar que el artículo 1749 restringe la responsabilidad de los herederos del comodatario al caso en que ellos hubiesen sabido que el bien era ajeno y así lo hubieran enajenado.

En este sentido, sin lugar a dudas, esta norma constituye una restricción a la responsabilidad por ejecución de obligaciones establecida por el artículo 1321 del propio Código Civil, precepto que establece que:

> Artículo 1321.- «Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve».

34. Supuesto de imposibilidad de devolución del bien. Consecuencias

Conforme a lo establecido por el artículo 1750 del Código de 1984:

> Artículo 1750.- «Cuando sea imposible 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».

En primer término debemos dejar claramente establecido que el artículo 1750 no impone sus consecuencias para todos los casos en que sea imposible devolver el bien, ya que, en virtud de lo establecido por el inciso 1 del artículo 1738 del Código Civil, es obligación del comodatario custodiar y conservar el bien con la mayor diligencia y cuidado, siendo responsable de la pérdida o deterioro que no provenga de su naturaleza o del uso ordinario.

Tal como fue explicado oportunamente, resulta claro que si la pérdida o el deterioro del bien provienen de su naturaleza o del uso ordinario del mismo, el comodatario no tendrá responsabilidad alguna sobre el particular.

En tal sentido habrá ocasiones en las que resulte imposible devolver el bien, pero en las cuales el comodatario no deberá responder civilmente por ello.

Es dentro de tal orden de ideas que debe ser entendido el artículo 1750 del Código.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otro lado, la redacción de la norma en cuestión pareciera partir de la idea de que el bien materia de comodato, que ahora resulta imposible devolver, era un bien fungible en la medida en que señala que en tal caso el comodatario pagará, a elección del comodante, otro de la misma especie y calidad, o su valor.

Entendemos, por razones obvias, que la opción a que hace referencia la norma sólo podría materializarse en la medida en que el bien perdido sea sustituible por otro similar o igual, obviamente de la misma especie.

Pero entendemos que si se hubiera tratado de un bien cierto, no regiría la opción, encontrándose obligado el comodatario a pagar al comodante el valor del bien, de acuerdo con las circunstancias y lugar en que debía haberse restituido.

35. Supuesto de aparición del bien perdido luego de pagado su valor

El artículo 16 del título 12 del Proyecto De Vidaurre establecía que el comodante perdía el dominio que tenía en el bien comodado cuando por su pérdida recibía por parte del comodatario el pago de su valor y, por consiguiente, correspondía a éste la acción reivindicatoria «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, éste 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 éste el bien recibido.

De conformidad con lo establecido por el artículo 1751 del Código Civil de 1984:

> Artículo 1751.- «Pagado el bien dado en comodato por haberse perdido, si posteriormente lo halla el comodatario, no podrá obligar al comodante a recibirlo pero éste tendrá la facultad de recuperarlo, devolviendo al comodatario lo que recibió.
>
> Si el hallazgo lo realiza el comodante, puede retenerlo devolviendo el bien o valor que recibió o, en su defecto, entregando el bien hallado al comodatario.
>
> Si el bien fue hallado por un tercero, el comodante está facultado para reclamarlo y, una vez recuperado, devolverá al comodatario lo que éste le hubiese pagado».

Como puede apreciarse, el artículo citado contempla la posibilidad de que luego de pagado el valor del bien que se hubiere perdido, este bien hubiese sido encontrado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En otras palabras, dicha norma se refiere al supuesto en el cual, luego de pagado el valor, resulte posible para el comodatario devolver el bien, vale decir que la situación que impidió su devolución, además de ser transitoria, logró ser superada.

Nos preguntamos qué pasaría en estos casos.

Consideramos que como el comodatario ya habría pagado el valor del bien, no debería entregar el bien al comodante, lo que equivale a decir que por esta particular circunstancia, el comodatario se habría convertido en el nuevo propietario de ese bien.

Sin embargo, convenimos en señalar que el comodante tendría la potestad de recuperar la propiedad del bien en la medida en que devuelva al comodatario el valor recibido.

No obstante estas consideraciones generales, propias de nuestra manera de apreciar el tema, debemos reconocer que el artículo 1751 del Código Civil regula minuciosamente la materia, contemplando diversos supuestos sobre la recuperación del bien.

El primero de ellos consiste en que el bien sea encontrado por el comodatario.

En este caso, de acuerdo a lo establecido por el primer párrafo del artículo 1751, dicho comodatario no podría obligar al comodante a recibirlo, pero el comodante tendría la facultad de recuperarlo, devolviendo al comodatario aquello que recibió.

El segundo supuesto consiste en si el bien es encontrado por el comodante, caso en el cual puede quedarse con dicho bien. A pesar de que el segundo párrafo del artículo 1751 del Código Civil no lo dice, entendemos que sería de plena justicia que si el comodante optase por este camino, el comodatario tuviera el derecho de exigirle que le devuelva el valor que pagó al comodante por la pérdida de ese bien.

El segundo párrafo del artículo 1751 otorga la opción para que el comodante entregue el bien hallado al comodatario. A pesar de no ser explícita la norma al respecto, entendemos que si el comodante optara por este camino, ya no tendría la obligación de devolver al comodatario el valor del bien, pues dicho supuesto estaría configurando un caso de enriquecimiento indebido.

El tercer párrafo de la norma plantea el supuesto en el cual el bien haya sido encontrado por un tercero, caso en el cual el comodante tendrá la facultad para reclamar a dicho tercero la entrega del bien y, una vez que lo haya recuperado, deberá devolver al comodatario lo que éste le hubiese pagado como valor de restitución del bien perdido. Cabe recordar que esta norma, según los códigos de 1852 y 1936, establecía que si el bien fuese hallado por un tercero, tenía derecho a recobrarlo como suyo. En tanto que el Código de 1984 sólo expresa que el comodante está facultado para reclamarlo y cuando lo haya recuperado devolverá al comodatario lo que éste le hubiese pagado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Entendemos que el artículo 1751 es bastante reglamentarista y, sobre todo, su segundo párrafo no reviste la claridad deseada, pero las consecuencias que se derivan de la norma pueden ser fácilmente extraídas en virtud de que el tema debe regirse estrictamente por principios de absoluta equidad que beneficien tanto al comodante como al comodatario.

36. Comodato conjunto

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1752 del Código Civil:

> Artículo 1752.- «Si el bien se ha dado en comodato, a dos o más personas para que lo usen al mismo tiempo, todas son responsables solidariamente».

Esta norma registra como antecedentes a los artículos 1249 del Código Civil de 1836, 1844 del Código Civil de 1852 y 1602 del Código Civil de 1936.

En virtud de lo establecido por el artículo 1183 del propio Código, sólo la ley o el título de la obligación establecen la solidaridad en forma expresa, no debiendo nunca presumirse.

Éste es un caso de solidaridad impuesta por la ley.

Si el bien hubiese sido dado en comodato a dos o más comodatarios para que lo usen al mismo tiempo, estaríamos hablando del denominado comodato conjunto, y se configuraría, dado el carácter plural de los deudores y la condición única del acreedor, una situación de solidaridad pasiva.

También podría tratarse de un caso de solidaridad mixta, en la medida que, además de existir pluralidad de deudores, exista más de un acreedor.

Sin duda, la responsabilidad solidaria a que hace referencia el artículo 1752 no es otra que la regulada por el artículo 1195 del propio Código, la misma que resulta muy severa ante el incumplimiento de la obligación, ya que en virtud de la citada norma, el incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, determina que éstos respondan solidariamente por el íntegro de la indemnización, en tanto que los codeudores no culpables sólo contribuirán a dicha indemnización, también solidariamente, con el íntegro del valor de la prestación incumplida.

Sin embargo, en las relaciones internas entre los codeudores sólo los culpables asumirán dicha indemnización.

Los principios anotados regirán tanto para el caso de si se trata de una obligación divisible y solidaria, o si se trata de una obligación indivisible y solidaria. Pero incluso si la obligación de restitución del bien contraída por los comodatarios frente al comodante hubiera sido pactada indivisible y mancomunadamente, la responsabilidad de los comodatarios tendrá carácter solidario, debiéndose aplicar el artículo 1195 del Código Civil, no por el hecho de que las partes hayan

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

pactado solidaridad (ya que no lo habrían hecho), sino porque las consecuencias de la solidaridad en materia de responsabilidad civil estarían siendo impuestas en estos casos por la norma expresa del artículo 1752 del Código Civil.

Antes de concluir nuestros comentarios sobre esta norma queremos precisar que ella solamente se refiere al comodato conjunto, vale decir, cuando todos los comodatarios están autorizados para usar el bien al mismo tiempo.

Eso significa que si no se tratara de un comodato conjunto, o sea que los comodatarios tuvieran la facultad de usar el bien sólo de manera excluyente y sucesiva, por ejemplo, no estaríamos en presencia del supuesto del artículo 1752, sino, en principio, ante una obligación que si las partes no la han pactado como solidaria, no originaría la responsabilidad propia del artículo 1195. De ser ella indivisible y mancomunada se originaria la responsabilidad establecida en el artículo 1180 del Código Civil; de ser divisible y mancomunada cada uno de los deudores respondería de esa misma forma, vale decir, divisible y mancomunadamente, sólo por los daños y perjuicios que él hubiese causado, de conformidad con los principios establecidos por los artículos 1172 y 1173 del propio Código.

37. Caducidad de las acciones del comodante

De conformidad con lo establecido por el artículo 1753 del Código Civil:

> Artículo 1753.- «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 de haberlo recuperado».

Como se sabe, los plazos de caducidad son de orden público y la ley los establece, por lo general, muy cortos, dado que debe imperar la seguridad jurídica por sobre la inseguridad que plantearía la posible acción de aquél que hubiese tenido el derecho.

Además, como se recuerda, la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 2003 del Código Civil, pudiendo ser declarada de oficio o a petición de parte, conforme al argumento del artículo 2006 del propio Código.

La caducidad tiene plazos fijados por la ley que no toleran pacto en contrario (artículo 2004). No admite interrupción ni suspensión, salvo en el caso en que sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano (artículo 2005 del Código Civil peruano, concordado con el artículo 1994, inciso 8 del mismo cuerpo legal).

En tal sentido, el artículo 1753 establece un plazo de caducidad de seis meses para la acción del comodante, destinada a reclamar por el deterioro o modificación del bien cuando dicho deterioro hubiese sido imputable al comodatario. El plazo de caducidad se contará a partir del momento en que el comodante haya recibido el bien en restitución.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, el artículo 1753 no abarca todos los supuestos en que el comodante pueda reclamar al comodatario por el deterioro o modificación del bien, sino sólo aquellos en donde la causa de dicho deterioro o modificación hubiera sido imputable al comodatario.

En virtud del principio general de Derecho que señala que las normas que restringen derechos no pueden aplicarse por analogía, tendríamos que llegar a la conclusión de que las acciones del comodante para reclamar por el deterioro o modificación del bien, cuando la causa no sea imputable al comodatario (y existen varios supuestos en el Código Civil que aceptan esta posibilidad y que han sido analizados por nosotros oportunamente), no tendrán dicho plazo de caducidad, debiéndose regir por el plazo de prescripción general de la acción personal establecido por el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil (diez años).

Estimamos que ésta es la interpretación correcta del problema, pero, no obstante ello, no encontramos razón alguna para que el artículo 1753 solamente haya hecho referencia a los casos en los cuales la causa del deterioro o modificación del bien fuere imputable al comodatario. Entendemos que dicha precisión ha sido inútil y más bien ha obedecido a querer establecer en el referido precepto, a modo ilustrativo, aquél que constituiría el caso más frecuente que pudiera dar origen a la acción del comodante.

38. Caducidad de las acciones del comodatario

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1754 del Código Civil de 1984:

> Artículo 1754.- «La acción del comodatario para que se le reintegren los gastos extraordinarios a que se refiere el artículo 1735, inciso 4, caduca a los seis meses contados desde que devolvió el bien».

Como se recuerda, el artículo 1735, inciso 4, establece como una de las obligaciones del comodante la de pagar los gastos extraordinarios que hubiese hecho el comodatario para la conservación del bien.

Entonces nos encontramos ante un supuesto muy concreto, ya que el plazo de caducidad establecido por el artículo 1754 solamente se refiere a la citada norma, dejando cualquier otro eventual reclamo que pudiera tener el comodatario con respecto al comodante fuera de este ámbito de caducidad, teniendo un plazo prescriptorio de diez años, tal como establece el artículo 2001, inciso 1, del Código Civil.

Entendemos que las razones que han motivado la regulación del supuesto contemplado por el artículo 1754 han sido básicamente las mismas que motivaron al legislador a contemplar el tema regulado en el precepto anterior (artículo 1753), tratando acerca del caso que podría considerarse como más común o habitual de eventual reclamo por parte del comodatario al comodante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No obstante, al igual que lo hicimos al comentar el artículo 1753, debemos señalar que la acción prevista por el artículo 1754 a favor del comodatario, no será la única que pudiere existir, ya que del análisis efectuado al conjunto de normas referidas al contrato de comodato, queda claro que podrían presentarse diversas situaciones en las cuales existan reclamos por parte del comodatario al comodante, los mismos que no estarán regidos por el plazo de caducidad de seis meses, sino por los preceptos generales de prescripción, tal como hemos expresado anteriormente.

Por último, estimamos que si lo que se quería era restringir con normas de orden público, los plazos de cualquier eventual acción que pudieran tener el comodante con respecto al comodatario (artículo 1753) o el comodatario con respecto al comodante (artículo 1754), lo lógico hubiera sido que ambas normas establecieran que cualquier reclamo de una parte con respecto a la otra, en relación con la ejecución de las obligaciones propias del comodato, caducase a los seis meses.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

1. INTRODUCCIÓN

A continuación vamos a desarrollar el tema relativo a los contratos de prestación de servicios.

Nos referimos —fundamentalmente— a los contratos de prestación de servicios nominados, es decir, locación de servicios, obra, mandato, depósito y secuestro.

Como es habitual, en esta obra seguiremos el orden del propio Código Civil.

En tal sentido, el Código nacional legisla sobre los contratos de prestación de servicios en el título IX, artículos 1755 a 1867.

En el capítulo primero aborda las disposiciones generales o reglas generales aplicables a los diversos contratos de prestación de servicios; en el capítulo segundo trata el tema de la locación de servicios; en el capítulo tercero legisla sobre el contrato de obra; en el capítulo cuarto regula el mandato; en el capítulo quinto, el depósito; y en el capítulo sexto, el contrato de secuestro.

Antes de analizar los alcances y el contenido de los contratos de prestación de servicios resulta conveniente referirnos, de manera breve, a su evolución e inserción en nuestro ordenamiento jurídico.

1.1. El contrato de prestación de servicios como contrato genérico

Hasta fines del siglo XIX, el conjunto de las relaciones de trabajo estuvo regulado por el Derecho Civil. Los códigos civiles, basados en el esquema liberal del Código Civil francés de 1804, legislaron sobre la prestación de trabajo teniendo como fundamento postulados tales como la igualdad jurídica de los individuos y la absoluta libertad de contratación o autonomía de la voluntad. Para estos efectos conceptuaron estas relaciones como modalidades del arrendamiento (locación de servicios y locación de obra), siguiendo la tradición romanista. La adscripción de estas figuras al régimen del arrendamiento determinó, como era el interés de sus autores, que su regulación careciera de norma alguna que rebase el marco contractual individualista y contemple la real situación económica y jurídica de las partes.[1530]

1530 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *El contrato de locación de servicios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 57.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> El origen de la absorción de la locación-conducción estuvo en la antigüedad y se debió al carácter esclavista que existía en aquel entonces. Señala a este respecto Angulo que «cuando existían hombres-cosas como ocurrió en la antigüedad y de manera especial en Roma, en donde surgen instituciones que han llegado hasta nosotros, tal como ocurría con los esclavos, no había absolutamente ningún inconveniente en colocar en la misma institución jurídica los contratos tales como la *locatio conductio operarum* (locación de servicios) y la *locatio conductio operis* (locación de obra), pues no obstante que la *locatio conductio operis* y la *locatio conductio operarum* se referían al trabajo humano, era el mismo contrato que el de arrendamiento o locación que se refería a los enseres o cosas, porque los esclavos que eran los que trabajaban estaban considerados también en la misma situación, o sea que también eran cosas».[1531]

Como bien sostiene Alberto G. Spota,[1532] el gran principio de las constituciones modernas es sostener que el trabajo no es una mercancía y, por ende, no se admite más la explotación del hombre, tampoco se admite que la prestación humana de trabajo sea objeto de inicua expoliación.

De allí que hoy exista una rama del Derecho encargada de regular el contrato de trabajo y las relaciones laborales en general. En nuestro país, el Código Civil de 1984 se encargó de delimitar la autonomía del Derecho Laboral al establecer que la locación de servicios no regula prestaciones subordinadas de servicios. Así, el trabajo subordinado quedó fuera del ámbito de regulación del Derecho Civil, que sólo supletoria o complementariamente entra a tallar.

Asimismo, el Código Civil de 1984 implicó un giro total en esta materia, al separar la locución-conducción o arrendamiento de cosas, de la prestación de servicios y disponiendo que esta última comprenda distintas modalidades, todo lo cual parte de una premisa exacta: el trabajo no constituye una mercancía ni puede ser tratado de un modo secundario o colateral.[1533]

Así, el legislador peruano de 1984, tomando como fuente el Código Civil portugués, optó por reunir, alrededor de la figura del contrato de prestación de servicios, los contratos de locación de servicios, locación de obra, secuestro, mandato y depósito, vinculándolos, en consecuencia, sobre la base de una relación género-especie. La nueva sistemática adoptada a partir del Código Civil de 1984 ofrece respecto de estas figuras una regulación basada en normas generales, para toda la categoría, y especiales, para cada contrato específico.[1534]

1531 Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: San Jerónimo Ediciones, tomo III, 1989, p. 69.

1532 Spota, Alberto G. *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980, vol. V, p. 157.

1533 Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Op. cit.*, tomo III, p. 70.

1534 Sanguineti Raymond, Wilfredo. *Op. cit.*, p. 241.

Al examinar la Exposición de Motivos redactada por quienes integraron la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1984 —denominada también Comisión Reformadora— podemos observar que dicha modificación en la metodología se fundamenta en dos consideraciones.

En primer lugar, una consideración de orden teórico: los contratos de locación de servicios, de locación de obra, de mandato, secuestro y depósito son miembros de una misma familia cuyo rasgo característico es, justamente, la prestación de servicios. En cada uno de esos contratos existe una prestación de actividad humana que brinda uno de los contratantes en beneficio del otro.

En segundo lugar, una razón de índole práctico: la nueva sistemática busca evitar innecesarias reiteraciones, contemplando para ello las normas comunes a cada figura en un capítulo en el que se establece las disposiciones generales de la prestación de servicios.

De este modo, en la Exposición de Motivos se resalta respecto de los contratos de locación de servicios y de obra, que no se trata de dos contratos distintos, en el sentido de que cada uno tenga una naturaleza jurídica propia que amerite que sean provistos de disciplinas completamente separadas, ya que es evidente la existencia de un importante elemento común que caracteriza a ambos contratos, esto es, la prestación de un servicio por una de las partes a la otra.

De igual forma, con relación al mandato se indica que puede ser también englobado dentro de la prestación de servicios, ya que, al igual que en los contratos de locación de obra y de servicios, su nota característica es la obligación que asume uno de los contratantes de proporcionar sus servicios al otro.

En el mismo sentido, en el contrato de secuestro y en el de depósito se puede observar una prestación de servicios, ya que una de las partes se obliga a conservar un bien.

2. Objeto de la prestación de servicios

Lo anterior puede ser apreciado con toda claridad en el artículo 1755 del Código Civil, en el que se establece la definición y el objeto de esta figura contractual.

Así, de conformidad con lo dispuesto en la citada norma, «Por la prestación de servicios se conviene que éstos o su resultado sean proporcionados por el prestador al comitente».

Sanguineti[1535] resalta que en esta definición el término *prestación de servicios* es empleado primeramente en sentido amplio como prestación de trabajo, y luego en su acepción restringida como promesa de actividad. Este autor destaca, además, que los términos en los que ha sido establecida permiten incluir como modalidades del indicado contrato la más amplia gama de prestaciones de trabajo,

1535 *Ibidem*, p. 373.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sin importar que en ellas el contenido de la promesa de trabajo sea un resultado o sólo la actividad, que exista o no la obligación de pagar una retribución, e inclusive que haya o no subordinación, ya que no se exige tampoco la autonomía como condición para su configuración.

Ahora bien, el concepto contenido en el artículo 1755 plantea dos temas que resulta indispensable abordar antes de analizar los diversos aspectos de la prestación de servicios.

Se trata del objeto de la prestación de servicios y del tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados.[1536]

Dentro de la teoría general del Derecho de Obligaciones es claro que las obligaciones de hacer tienen por objeto la realización de servicios u obras, en tanto las obligaciones de no hacer tienen por objeto la ejecución de abstenciones, siendo conocidas también con el nombre de obligaciones negativas.

Pero tanto unas como otras constituyen objeto de la prestación de servicios, razón por la cual resulta indispensable expresar algunas breves consideraciones acerca de estas clases de obligaciones, que constituyen el sustrato de la prestación de servicios.

En segundo término, el artículo 1755 al referirse, por un lado, a los servicios del prestador y al resultado de dichos servicios brindados por el prestador pareciera estar haciendo alusión —aunque de manera implícita— a la distinción de las obligaciones en aquéllas llamadas de medios y aquéllas otras llamadas de resultados. De ahí que resulta necesario recordar nuestro punto de vista en torno a este tema.

Tanto en el caso de las obligaciones de hacer y de no hacer, como en el de las obligaciones de medios y de resultados vamos a basarnos en dos trabajos elaborados en coautoría con nuestro maestro, el doctor Felipe Osterling Parodi.[1537]

3. Las obligaciones de hacer y de no hacer

3.1. Las obligaciones de hacer

La palabra «hacer», de acuerdo a la Real Academia Española,[1538] tiene varias acepciones. Las que revisten interés para el Derecho de Obligaciones son las siguientes:

1536 Al respecto, la Casación n.° 1277-2010-Lima, de 3 de mayo de 2011, de la Sala Civil Permanente, ha señalado que «son los medios el objeto de la obligación pactada entre las partes (...), consistente en un hacer destinado a obtener un resultado favorable al acreedor, que puede o no concretarse (...)». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1257.

1537 El primero de ellos, titulado «Las obligaciones de hacer y de no hacer», apareció en el *Libro homenaje al doctor Javier Vargas y Vargas*, publicado en el año 2000 por la Academia Peruana de Derecho, entre las páginas 67 y 122.
El segundo, titulado «El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil», apareció en *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.° 53, en diciembre del año 2000, entre las páginas 475 y 512.

1538 Real Academia Española. *Op. cit.*, tomo II, p. 717.

(a) Producir una cosa, darle el primer ser;

(b) Fabricar, formar una cosa dándole la figura, norma y traza que debe tener; y

(c) Ejecutar, poner por obra una acción o trabajo.

De acuerdo con las tres acepciones del término *hacer* que hemos recogido en líneas anteriores, podemos orientarnos en dos grandes sentidos:

(a) Hacer implica producir una cosa (o mejor dicho un bien, dentro de la terminología utilizada por nuestro Código Civil y el Derecho moderno). Ese bien podrá ser tanto material como inmaterial.

(b) Hacer implica ejecutar alguna acción o trabajo.

Pues bien, en Derecho de Obligaciones las obligaciones de hacer constituyen el segundo rubro clasificatorio de las obligaciones según su objeto.

Las obligaciones de hacer pueden consistir en la ejecución o elaboración de algún bien, o en la ejecución de algún servicio o trabajo. Como decía Manuel Augusto Olaechea:[1539] «Las obligaciones de este linaje asumen modalidades de trabajo, de prestación de servicios y otros hechos cuya ejecución no requiere el desenvolvimiento de un esfuerzo físico o intelectual».

3.2 Las obligaciones de no hacer

El Código Civil, al igual que cuando trata acerca de las obligaciones de dar y de hacer, no define la obligación de no hacer. Sin embargo, intentaremos esbozar algunos planteamientos sobre el particular.

Se opina comúnmente que una obligación de no hacer es precisamente todo lo contrario de una obligación de hacer. Por nuestra parte, consideramos que una obligación de no hacer es todo lo contrario de las obligaciones de dar y de hacer.

Nos explicamos.

Por las obligaciones de no hacer una persona se compromete a una abstención, vale decir, a no hacer algo y ese no hacer algo comprende también el no dar. Tan obligación de no hacer es una de no hacer propiamente dicha, como podría ser no ir a un determinado lugar en una determinada fecha, como lo sería el comprometerse a no dar un determinado bien a una determinada persona. No obstante que esta última obligación implicaría un no dar, consideramos que este no dar es, al igual que el no hacer, una de las posibilidades que plantea las obligaciones de no hacer.

1539 Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. *Op. cit.*, p. 18.

Busso[1540] sólo mira el problema de las obligaciones de no hacer desde la perspectiva de que ellas son lo contrario a las de hacer, a pesar de que señala que algunos autores hablan también de obligaciones negativas, cuyo objeto estaría constituido por un no dar. Sin embargo, Busso advierte que en estos casos, aunque la obligación tomada en su contenido mediato e indirecto, consiste en un «no dar», su contenido inmediato debe calificarse como de «no hacer», pues el deudor queda obligado a no realizar con terceros actos de enajenación de la cosa. Creemos, empero, que la visión de Busso, en este aspecto, resulta un tanto limitada por cuanto la obligación de no hacer, como lo hemos dicho, es lo opuesto a las obligaciones de hacer tanto como a las de dar, es decir que el «no hacer» puede implicar, a la vez, un no hacer propiamente dicho, o un no dar.

En nuestra opinión, las obligaciones de no hacer implican, dentro de los tres rubros de las obligaciones según su objeto, tal vez la categoría menos común. Es obvio que resulta más frecuente obligarnos a dar algo o a hacer algo que a no dar o a no hacer algo.

La función que cumplen las obligaciones de no hacer reviste la mayor importancia y es de lo más variada.

Vamos a señalar algunos ejemplos de obligaciones de no hacer:

- Una persona (un químico farmacéutico) se obliga frente a un laboratorio a no revelar nunca la fórmula de elaboración de un determinado medicamento.
- Una persona se obliga con respecto a otra a no prestar su automóvil, por ningún motivo, al hijo de la primera, debido a que es menor de edad.
- Una persona se obliga con respecto a otra a no levantar una pared que evite que el predio de la segunda goce de la visibilidad del mar. Ésta sería una servidumbre de vista.

En fin, las obligaciones de no hacer pueden revestir las más diversas formas, de modo tal que la enumeración de ejemplos resultaría infinita.

4. El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados

4.1. René Demogue, los medios y los resultados

A pesar de nuestra opinión adversa a distinguir las obligaciones en aquellas que eventualmente serían de medios y aquellas otras que eventualmente serían de resultados (criterio compartido con el profesor Felipe Osterling Parodi y que hemos expresado en nuestras conferencias, artículos y libros innumerables veces), este criterio clasificatorio ha calado profundamente en la doctrina de nuestra tradición

1540 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 350.

jurídica y en la actualidad la mayoría de juristas continúan asumiendo su plena validez, la misma que no es novedosa, pero que tampoco constituye una de antigua data, pues su planteamiento recién se produjo en el año 1925, cuando el famoso profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, René Demogue, publicó el quinto y último tomo de su *Tratado de las obligaciones en general.*

Las doctrinas del profesor citado revolucionaron en gran parte los conceptos sobre inejecución de obligaciones, a pesar de que Demogue sólo se ocupó del tema que aquí tratamos entre las páginas 538 y 545 del quinto tomo de su *Tratado.*

¿Y en qué consistía la doctrina de Demogue?

El referido tratadista[1541] anotaba que la obligación del deudor no era siempre de la misma naturaleza, ya que podía ser una obligación de resultados o una obligación de medios.

Demogue se encargó de precisar que esta división no estaba ausente de analogía con aquella otra del Derecho Penal que clasificaba a los delitos en formales y materiales. Estos últimos se caracterizan por el resultado, en tanto que los primeros se caracterizan por el empleo de medios que ordinariamente conducen a producir un resultado.

Explicando la distinción en sede de obligaciones, Demogue plantea y desarrolla brevemente veintiocho ejemplos que lo llevan a efectuar la citada distinción en las obligaciones.

Jorge Horacio Alterini[1542] señala —de manera muy acertada— que se polemiza entre los autores sobre si debe o no atribuírsele a Demogue la paternidad de la dicotomía entre obligaciones de resultado y de medios. Sin embargo, el profesor argentino pone de relieve que aun cuando pudiera admitirse la existencia de algunos vestigios anteriores a Demogue, las teorías jurídicas deben ser atribuidas no a quienes tímidamente se atreven a hilvanar algunas consideraciones solitarias, sino a aquellos que con base conceptual definida nutren al mundo del Derecho con exposiciones sistemáticas y orgánicas.

Así, a pesar de que hay quienes buscan los antecedentes de las obligaciones de medios y de resultados en el Derecho Romano, en el antiguo Derecho francés, en algún pasaje de Domat, en Lasson o, incluso, en Planiol no debe existir duda de que quien dio organicidad (aunque a nuestro criterio bastante relativa) a la distinción de las obligaciones de medios y de resultados fue René Demogue.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1541 Demogue, René. *Op. cit.*, tomo V, pp. 538-545.

1542 Alterini, Jorge Horacio. «Obligaciones de resultado y de medios». En: *Enciclopedia jurídica Omeba.* Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, tomo XX, 1955, p. 700 y ss.

4.1.1. Los seguidores de Demogue

Dentro de los partidarios de la distinción de las obligaciones de medios y de resultados, tenemos a un gran número de autores, entre ellos a Josserand, los Mazeaud, Enneccerus, Betti, Hernández Gil, Spota y Cazeaux y Trigo Represas.

Josserand[1543] sostiene que hay obligaciones que tienden a la obtención de un resultado determinado que deberá observar en condiciones y dirección determinadas. Expresa que las primeras son las obligaciones de resultado, en tanto que las segundas son las obligaciones de medios; en aquéllas el deudor ha prometido ejecutar un acto determinado, positivo o negativo, por ejemplo, transportar los viajeros o las mercancías de un punto a otro, o construir una casa; en las segundas se ha comprometido solamente a portarse de determinado modo, en tal dirección, a poner en marcha su industria, su actividad, su talento, a prestar sus cuidados, a brindar sus esfuerzos —a fin de obtener un resultado, sin duda—, pero sin garantizar el éxito.

Josserand cita el recurrido caso del médico que promete no curar la enfermedad, sino prestar cuidados concienzudos y atentos, conforme a los conocimientos de la ciencia.

Para Josserand esta distinción corresponde a una realidad cuyo interés se manifiesta, en primer lugar, en el terreno de la responsabilidad contractual, y más especialmente en el de la prueba, ya que la inejecución de una obligación de resultado está establecida por el hecho mismo de que el resultado proyectado no se ha obtenido, mientras que la inejecución de una obligación de medios se deduce solamente de la no observancia por el deudor de los deberes de diligencia, vigilancia, prudencia, competencia, etc., que había asumido, en una palabra, de una falta que ha cometido y cuya prueba, que incumbe al acreedor descontento, no dejará de tener dificultad. De acuerdo con esto —dice Josserand—, el paciente de un médico no obtendrá una indemnización sino en el caso de que pruebe que aquél no le ha dado los cuidados concienzudos, atentos y de conformidad a las prescripciones de la ciencia que le debía contractualmente.

4.1.2. La doctrina ecléctica

Recuerda Jorge Horacio Alterini[1544] que de la misma manera como la teoría de Demogue contó con entusiastas seguidores hubo también quienes levantaron grandes reparos. Pero algunos autores asumieron parcialmente sus doctrinas.

Alterini emplea los términos de Alsina Atienza cuando expresa que el mérito de Demogue radica en haber puesto de relieve la trascendencia de la pulcra

1543 Josserand, Louis. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, pp. 83 y 84.

1544 Alterini, Jorge Horacio. «Efectos de la resolución del contrato por incumplimiento». En *Temas de Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1980, pp. 703 y 704.

delimitación del contenido de las obligaciones en conexión con las reglas de la carga de la prueba, pero admite que sus virtudes no deben ser exageradas. En tanto, Luis María Boffi Boggero —maestro de Alterini— afirma que esta ingeniosa teoría puede facilitar la solución más justa de los siempre complejos problemas de la responsabilidad, si se le asigna un papel menos ambicioso que el perseguido por sus más fervientes partidarios.

De este modo, y colocándose en una posición intermedia, el discípulo de Boffi Boggero añade que en torno al tema no cabe ni el excesivo optimismo ni la crítica despiadada, pues la construcción de Demogue tiene el valor de haber penetrado por senderos que se consideraban suficientemente explorados, de haber indicado nuevos rumbos a quienes abordaran problemas probatorios, y aun el de haber desbrozado algunas dificultades; pero, no obstante ello, dicha teoría no llega a conformar un edificio de sólidos cimientos e inmutables estructuras.

Para Jorge Horacio Alterini resulta claro que el avance de la teoría no puede detenerse con críticas «del nivel de las que indican, por ejemplo, que toda obligación tiene por objeto un resultado, lo que siendo indiscutible si nos formamos una imagen genérica del resultado, no lo es si le damos el alcance referencial que a esta idea le adjudica Demogue».

El profesor argentino agrega que si bien fines y medios se combinan en las obligaciones, es también cierto que en algunos casos esos fines están previstos en forma expresa en la obligación, como es en la de resultado, y ocurre que en otros se verifica una suerte de abstracción de esos fines respecto del contenido de la obligación, que si bien normalmente es apta para alcanzarlos se extingue por el mero obrar diligente del deudor a quien sujeta (en lo que el citado profesor califica como obligación de medios).

Esmein, por su parte, decía que toda obligación tiene por objeto un cierto resultado, ya que de no tenerlo carecería de objeto y el objeto es elemento necesario de toda obligación.

Para Marton, las obligaciones de medios no son más que obligaciones que consideran un resultado parcial en relación con el verdadero fin más amplio, aunque éste haya quedado fuera de la obligación.

Mientras que Ripert y Boulanger enuncian casos en que la obligación del deudor comprende tanto un cierto resultado como los medios considerados apropiados para lograrlo.

Según Aguiar, las obligaciones de medios y las de resultado funcionan de la misma forma con relación a la prueba del incumplimiento, porque los medios son, como el resultado, el objeto de la obligación, pues la diferencia no se encuentra allí, sino en que los medios y resultados prometidos consistan en un hacer o en un omitir, y en que la negativa sea pura respecto de la cual quien niega nada prueba, o que envuelva una afirmación en la cual la prueba deba ser hecha por quien niega.

ESTUDIO MARCO CASTELLO PRADE

Para Busso, la distinción no abarca todas las posibilidades y, por otro lado, muchas veces ambas categorías se confunden.

4.1.3. Los detractores de Demogue

Uno de los más severos críticos modernos de la distinción entre obligaciones de medios y de resultados es Wayar,[1545] quien señala que entre ellas no hay diferencias ontológicas, siendo su distinción sólo aparente, pues en aquellas que la tradición llama *de medios* es siempre posible encontrar un *resultado*, lo que se comienza a comprender cuando se acepta que en toda obligación hay medios y que en toda obligación también se persiguen resultados.

Como segundo fundamento del combate a este criterio clasificatorio, Wayar sostiene que el objeto del derecho del acreedor equivale a un resultado que él espera de la conducta de su deudor y que la prestación o conducta del deudor es el medio productor de aquel resultado. Dentro de tal orden de ideas, resultado y medio son dos elementos que están íntimamente ligados dentro de la estructura de toda relación obligacional, pues constituyen parte de su esencia.

Por ello expresa que afirmar que hay obligaciones de medios en las cuales no se promete ni se debe un resultado equivaldría a sostener que en ciertos supuestos el derecho del acreedor carece de objeto.

Sostiene el profesor citado que el hecho de que en algunas obligaciones el medio o prestación adquiera singular importancia, no autoriza a prescindir del resultado.

Dice Wayar que a pesar de no tener la misma jerarquía, de ninguna manera podrá decirse que en un caso el interés del enfermo en curarse no merezca la misma protección jurídica que el interés del vendedor en recibir el dinero, pues en uno y otro caso el resultado esperado por el acreedor debe gozar de idéntica protección, lo que no ocurrirá si, como punto de partida, se admite que en la obligación de medios el deudor no se compromete a obtener un resultado.

Y, en tercer término, Wayar expresa que en la llamada obligación de medios la prestación (es decir, la conducta debida) persigue siempre un resultado, que no es otro que satisfacer el interés del acreedor.

Wayar afirma que sería un verdadero dislate suponer que quien adeuda un medio no se preocupe por lograr el resultado, habiendo siempre un punto en donde el objeto del derecho del acreedor se confunde con el resultado a que apuntan los medios que proporciona el deudor, por lo que considera imposible escindir los medios del resultado.

1545 WAYAR, Ernesto Clemente. *Derecho Civil. Obligaciones*, tomo I, pp. 128-130.

Sin embargo, no compartimos una conclusión que extrae Wayar de este problema al decir que cuando el enfermo[1546] no recupera su salud, a pesar de haber seguido el tratamiento indicado por el médico, bien cabe decir que, como acreedor, su interés no ha sido satisfecho y que la prestación cumplida por el médico, con prescindencia de la eficacia o utilidad de los medios empleados, tampoco ha alcanzado su objetivo, que era, precisamente, curar al enfermo, habiéndose frustrado, según Wayar, tanto el objeto del crédito como la finalidad a que apuntaba la prestación cumplida.

Estimamos que en estas últimas expresiones existe cierta contradicción, pues, por un lado, no es posible decir que la prestación no ha alcanzado su objetivo, asumiendo que ella se ha ejecutado, ya que sería caer en la contradicción de siempre (de las obligaciones de medios y de resultados), desconociendo que dicho resultado se cumple con la ejecución misma de la prestación, vale decir, con la conducta del médico en hacer todo cuanto esté a su alcance para curar al paciente.

Conviene poner énfasis en que si el médico ha hecho todo lo posible para sanar al paciente y ha procedido con la diligencia ordinaria requerida no sólo habrá ejecutado medios, sino también habrá cumplido con el resultado, pues el resultado del que hablamos no es otro que el propio tratamiento para curar la enfermedad.

Dicho resultado jamás ha consistido en prometer sanar al paciente. Por eso si el paciente no se cura, no podríamos decir que el médico no habría ejecutado su prestación, porque ello implicaría afirmar que no habría conseguido los resultados a que se obligó. Igualmente, tampoco podríamos decir que no habría obtenido los resultados prometidos, pues si procedió adecuadamente, habría ejecutado de manera idónea la prestación debida.

Además de Wayar, se cuentan entre los detractores de la doctrina de Demogue, entre otros autores, Ripert y Boulanger, Breccia, Brigant, Miccio, Carresi y Ospina.[1547]

Como ha sido expresado por nosotros, no creemos factible dividir las obligaciones en aquellas que se podrían considerar de medios y otras que recibirían el nombre de obligaciones de resultado(s).

Pero más allá de las consideraciones hasta aquí vertidas, hemos estimado necesario analizar con cierta minuciosidad las expresiones de quien fue creador de esta clasificación, el profesor René Demogue.

A nuestro entender, Demogue, a quien no nos atreveríamos a restarle mérito alguno por haber planteado tesis tan novedosa en 1925, construyó su teoría con ejemplos usualmente contradictorios y sin una doctrina medular. No obstante ello,

1546 Como puede apreciar el lector, los autores reiteran este ejemplo.

1547 Citados por De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*, primera parte, vol. XI, segunda parte, tomo VI, p. 45.

la inmensa mayoría de autores que conocieron la obra de Demogue fueron persuadidos por sus ideas, las mismas que siguen siendo fuente de consideración en el análisis jurídico de gran número de tratadistas contemporáneos.

Para rebatir a Demogue es indispensable recordar cuál es el concepto que asume respecto a la obligación civil propiamente dicha.

En las primeras páginas de su *Tratado*,[1548] Demogue expresa que la obligación moderna traduce el concepto de la obligación tal y como ésta se forma dentro de las civilizaciones avanzadas en su evolución, pudiendo ser mejorado al expresar que «hay obligación cuando una persona está comprometida respecto a otra a dar, hacer o no hacer».

Resulta claro que el concepto de Demogue respecto a las obligaciones civiles es el predominante en nuestra tradición jurídica y en el Derecho de los siglos XX y XXI. De igual modo, este concepto ha sido asumido por el legislador peruano —aunque nunca de manera explícita— en todos los códigos civiles que han tenido vigencia en nuestro país, incluyendo, obviamente, el Código de 1984.

También es necesario recordar que tal es el concepto de obligación que siempre hemos adoptado.[1549]

Adicionalmente, toda obligación implica la existencia de un objeto, el mismo que constituye la prestación, es decir, la actividad humana que consiste necesariamente en un dar, en un hacer o en un no hacer.

Hemos dicho en forma reiterada que si nos atenemos a la naturaleza de la prestación, toda obligación, de manera ineludible, es de dar, de hacer o de no hacer. Esto equivale a decir que no cabe un cuarto criterio clasificatorio.

De lo expresado se infiere claramente que la obligación es concebida de manera tradicional como el compromiso a una actividad propia, la misma que si se cumple adecuadamente constituye o configura el pago y, de esta forma, extingue la obligación.

No existen, por tanto, obligaciones que para su ejecución no impliquen realizar una actividad propia por parte del deudor, que se traducirá en un efectivo dar, hacer o no hacer, aclarando que en este último caso, es decir, en las obligaciones negativas, lo prevaleciente es una inacción del deudor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1548 Demogue, René. *Op. cit.*, tomo I, p. 3.

1549 Como expresamos junto al doctor Felipe Osterling Parodi en la primera parte de nuestro *Tratado de las obligaciones* (vol. XVI, tomo I, p. 101), consideramos que la obligación constituye una relación jurídica que liga dos o más personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, debe cumplir una prestación a favor de la otra, llamada acreedor, para satisfacer un interés de este último digno de protección. Dentro de esa relación jurídica corresponde al acreedor el *poder* o *derecho de crédito* para exigir la prestación. Si el deudor, vinculado en tal forma, no cumple la prestación o la cumple defectuosamente por razones a él imputables, responde con sus bienes de dicho incumplimiento, en razón del elemento coercitivo previsto por la ley.

Desde esta óptica, empieza a tornarse imposible distinguir cuál sería el medio y cuál sería el resultado.

Si adoptamos como ejemplo una obligación de dar una suma de dinero, es claro que probablemente el deudor no requiera efectuar mayores gestiones o actividades para cumplir con ella. Podríamos imaginar el supuesto usual de que el deudor cuente con el dinero debido, en efectivo, y cuando el acreedor fuese a cobrarle se lo entregara en sus propias manos. En este caso, asumiendo la equivocada clasificación de obligaciones de medios y de resultado, podría decirse que dicho deudor se habría obligado a un resultado, ya que para la ejecución del mismo carecerían de relevancia los medios empleados.

Sin embargo, recurriendo al mismo ejemplo, podríamos llegar a la conclusión inversa, es decir, a que se trata de una obligación de medios, si consideráramos que dicho deudor, al momento de contraer la obligación, no contaba con el dinero necesario para pagarla y que para lograr su objetivo tuvo que realizar diversos trabajos, cobrar varios créditos, efectuar transferencias de dinero en cuentas bancarias, es decir, emplear diversos medios, algunos complejos, para honrar su deuda.

Este escenario nos situaría, probablemente, ante una obligación de medios, ya que en ella las actividades previas al pago resultarían singularmente importantes para el cumplimiento de la obligación.

Como puede apreciarse, en un simple y frecuente caso como es el pago de una suma de dinero, él podría conllevar desde una actividad tan sencilla como que el deudor introduzca la mano en su bolsillo, obtenga el dinero y lo entregue al acreedor hasta un conjunto de actividades tan complejas como aquellas que formaban parte de la segunda variante de nuestro ejemplo.

Así, ¿acaso resultaría posible —dentro del criterio clasificatorio negado por nosotros— preguntarnos si estamos ante una obligación de medios o ante una obligación de resultados?

Ello es imposible. Lo correcto resulta aludir únicamente a las obligaciones según su naturaleza y, en el caso propuesto, a una obligación de dar.

Como toda obligación implica un deber de conducta es claro que siempre se va a necesitar determinados medios (que son la actividad propiamente dicha) para cumplir la obligación, pero no existe ningún espacio vacío o algún *agujero negro* entre la actividad desplegada para el pago y el pago mismo. Esa actividad constituye parte del pago en tanto que el pago se efectúa realizando dicha actividad.

Ni siquiera podríamos decir que se trata de dos caras de una misma moneda. Es la misma cara de la misma moneda, que debe apreciarse de manera integral y no fraccionada.

Si en la obligación más simple, que ha sido ilustrada con el ejemplo de dar una suma de dinero, resulta imposible demostrar esa diferencia entre los pretendidos

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

medios y los pretendidos resultados, ya podemos imaginar que esa distinción es menos factible de ser apreciada en obligaciones cuya prestación implique la realización de actividades algo más complejas.

Siempre dentro del terreno de las obligaciones de dar, podríamos plantearnos el caso en que el deudor se obligara a la entrega de un bien cierto, por ejemplo, un automóvil, el mismo que deberá conservar por el lapso de una semana, para luego entregarlo a su acreedor.

Esta es una simple obligación de dar, pero para los partidarios de las obligaciones de medios y de resultados tal vez podría ser interesante ingresar a discutir la mucha o poca importancia que tendría el deber de conservación del bien que pesa sobre el deudor, y los escasos o considerables esfuerzos que deberá realizar para conducir el automóvil a destino y entregarlo al acreedor.

No sólo sería imposible, sino inútil, que los hombres de Derecho ingresásemos en este tipo de *sutilezas de escuela*. Tal distinción carecería de interés práctico, pues al Derecho de Obligaciones solamente le concierne conocer en qué consiste la prestación asumida por el deudor y que éste la cumpla, aplicándose al tema los muy razonables principios de equidad en torno a la carga de la prueba, ya sea si la obligación se ha cumplido o si ella no se ha ejecutado.

Saliéndonos de las obligaciones de dar e ingresando a las obligaciones de hacer, quisiéramos mencionar tres ejemplos que consideramos ilustrativos.

En el primero, imaginemos que un pintor se obliga con el propietario de un inmueble a pintar todos los ambientes del mismo, tanto internos como externos, con una pintura de marca y color previamente convenidos y proporcionada por el dueño de la casa.

Aquí es claro, tratándose de una obligación de hacer, que el deudor deberá adoptar una conducta determinada con el propósito de pintar efectivamente todo el inmueble. Ahora bien, el lector podrá apreciar que no resulta posible distinguir entre la labor misma de pintar la casa y el resultado que consiste en acabar de pintarla. Si ello lo fuera, tendría que asumirse la posibilidad de distinguir entre la ejecución de la prestación y su cumplimiento, lo que sería absurdo, ya que dicha ejecución y ese cumplimiento son exactamente lo mismo, en la medida que el pintor culminará de ejecutar su prestación en el preciso momento en que termine de pintar la casa, habida cuenta de que mientras esté pintándola estará cumpliendo con la prestación debida.

Sería irracional intentar distinguir en esta obligación los medios y los resultados.

Además, debe tenerse en cuenta que de considerarse que esta obligación no tiene carácter *intuitu personae*, ella bien podría ser ejecutada por un tercero a quien el deudor delegue el cumplimiento de su obligación, o el supuesto intermedio en que el pintor se valiera de terceros para dicho cumplimiento. En estos casos, como

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en todos aquellos donde resulte posible el pago por un tercero, se podría llegar al absurdo de interpretar que el resultado puede ser obtenido por el deudor sin haber empleado ningún medio propio, sino la ejecución por un tercero. Así, tendríamos ausencia de medios propios, pero logros de resultados propios. De esta forma, si quisiéramos aplicar a estos supuestos la teoría que combatimos, lo único que obtendríamos sería un absurdo.

Ahora imaginemos dos ejemplos de obligaciones de hacer *intuitu personae*.

Uno de ellos consiste en el cantante que se obliga con una empresa de espectáculos a realizar un concierto dentro de las especificaciones que han sido materia del contrato celebrado.

En este caso, si el cantante debe instalar los equipos de luces, sonido, efectos especiales, etc., además de brindar el concierto a que se ha obligado, podríamos preguntarnos, ¿dónde comienzan los medios, dónde terminan dichos medios; dónde comienzan los resultados y dónde finalizan esos resultados?

Podría interpretarse que los *medios* comienzan con la instalación de los equipos, pero a ello podría replicarse que dichos *medios* tal vez habrían comenzado antes, cuando el cantante y su empresa empezaron a hacer las gestiones necesarias para su traslado al lugar del concierto.

Por otro lado, se podría sostener que los medios concluirían al terminar de instalarse los equipos y de haber finalizado los ensayos, tanto por parte del cantante como de su grupo coreográfico. Pero este razonamiento también podría ser contradicho si precisamos que todo el soporte técnico, a la par que los ensayos de la obra, terminarán de ser medios útiles cuando concluya el propio cumplimiento del concierto.

Si bien podría argumentarse que el inicio del concierto representaría el principio del resultado, a ello se podría oponer el argumento de que el concierto es medio y resultado en sí mismo, al igual que todas las actividades previas a su realización, que también constituyen medios y resultados en sí mismas, imposibles de distinguir tanto en el plano teórico como en el terreno práctico.

Nuestro tercer ejemplo de obligaciones de hacer recala en una obligación de hacer que concluye en un dar, y que es de naturaleza *intuitu personae*.

Un pintor, artista de nota es contratado por el fundador de una empresa para que le haga un retrato. En este caso podríamos referirnos a que los medios van a constituir el hacer propiamente dicho de la obligación (es decir, pintar el cuadro), en tanto que el resultado consistirá en la entrega del cuadro.

Pero este razonamiento podría ser cuestionado si pensamos que el pintor, luego de culminar su obra, deberá dirigirse al domicilio del referido personaje (si se hubiera convenido que el pago se realizara en el domicilio del acreedor), a efectos de cumplir con la entrega del cuadro. En esta hipótesis se podría

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

argumentar que los medios no terminan sino en el momento en que el cuadro es llevado a destino (el domicilio del acreedor).

Sin embargo, el mismo caso podría ser apreciado desde una óptica radicalmente distinta, si se razonara que sólo cuando el bien llegue a destino se habría cumplido con ejecutar la obligación (vale decir, con el pretendido resultado).

Lo dicho deja en claro que podríamos llegar al caos absoluto, a la par que a un interminable y ocioso juego de palabras, cuando sabemos que en estos casos la obligación del deudor (que es una de hacer que concluye en un dar), no podría ser ejecutada si no se pinta y entrega el cuadro.

Entonces, ¿dónde estarían los medios y dónde los resultados? ¿O no será que ambos conceptos se encuentran indisolublemente ligados?

A continuación mencionaremos un ejemplo de obligaciones de no hacer.

Es el caso del químico al servicio de un laboratorio farmacéutico. Este profesional se encontraría obligado a no revelar durante el proceso de investigación ni al concluirlo, las fórmulas y elementos en general de que está compuesto el fármaco. Aquí podríamos preguntarnos, ¿cuáles serían los medios y cuáles los resultados en esta obligación de no hacer?

¿Acaso podría sostenerse que el medio consiste en guardar silencio durante los meses que dure la investigación y que el resultado consistiría en que la investigación culmine manteniéndose la reserva del caso?

Si así fuese, llegaríamos a la conclusión de que el resultado no sería otra cosa que la consecuencia natural de la ejecución de todos los medios empleados, lo que en otras palabras significaría decir que el resultado sería la suma de los medios, esto es, de todo el plazo durante el cual el químico debe guardar en secreto el proceso, los compuestos y la fórmula.

¿Pero acaso no resultaría ilógico pensar que el resultado, consecuencia natural de los medios empleados, fuera algo distinto que el fiel cumplimiento de los propios medios? ¿Acaso puede distinguirse entre guardar el silencio debido durante el proceso de investigación, etapa por etapa, y guardar dicho silencio luego de concluido el proceso?

En este caso se aprecia que los medios constituyen el propio resultado y que el resultado no es otra cosa que la ejecución misma de los medios. Por tanto, insistir en la pertinencia de este tipo de clasificaciones es absolutamente errado.

Para concluir nuestros comentarios en torno al tema de las obligaciones de medios y de resultados debemos subrayar que tal distinción nos parece inútil, en la medida de que todo deudor, cualquiera que sea su actividad, profesión u oficio, se obliga a ejecutar una obligación, ya sea de dar, de hacer o de no hacer. Y, precisamente, cumplirá dando, haciendo o no haciendo aquello a que se obligó.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Los hombres de Derecho no debemos partir del supuesto de que las personas, cuando contraen una obligación, asumen necesariamente un deber de conducta que deba ir más allá de lo que convengan como acreedor y deudor.

Nos explicamos.

En el típico caso del médico, utilizado a manera de ejemplo por Demogue y comentado por numerosos autores y también por nosotros, que recibe en consulta a un paciente, es evidente que el paciente, el médico y la sociedad en su conjunto tienen el más ferviente deseo de que el paciente se cure de la dolencia que padece. Pero no deben confundirse estos buenos deseos con aquello que constituye el objeto de la obligación, pues el mismo consiste en hacer todo lo que esté al alcance de sus conocimientos médicos para sanar al paciente.

Creemos que esta confusión entre los buenos deseos de que se presente una situación posterior óptima condujo a Demogue, entre otras razones, a pretender diferenciar, jurídicamente hablando, los medios de los resultados, cuando medios y resultados son exactamente lo mismo, porque en el Derecho de Obligaciones, salvo determinados casos de excepción que serán analizados de inmediato, nunca podrá conseguirse un resultado sin el empleo de los medios necesarios. Esto equivale a decir que, también en lenguaje jurídico, nunca podrá pagarse, en estricto, si no se ejecuta la prestación.

5. Partes en los contratos de prestación de servicios

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1755 del Código Civil, los contratos de prestación de servicios son celebrados por dos partes. La primera de ellas se denomina prestador, y es quien ejecuta las obligaciones de hacer o de no hacer a que se haya comprometido.

La segunda parte se denomina comitente y es, en principio, la beneficiaria de los servicios, obras o abstenciones del prestador.

De esta manera ha quedado superado el error en que incurrió Pothier, quien señalaba que la parte que encarga la obra a hacer se denomina locador, mientras que aquella que se encarga de realizarla recibe el nombre de locatario. El origen de esta equivocación, como explica Rezzónico, se encuentra en el Derecho Romano, en el cual en muchos textos legales se encuentran invertidos los términos de locador y conductor. El tribuno Mouricault fue quien despejó el error en los trabajos preparatorios del Código de Napoléon, al afirmar que los cuidados, los servicios, el trabajo y la industria forman la materia del contrato de locación de obra, siendo eso lo que se da en locación y lo que se paga. Por tanto, es el guardián, el servidor, el artesano, el empresario, el verdadero locador, y quien los paga es el verdadero locatario o conductor.[1550]

1550 Rezzónico, Luis María. *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil. Locación de cosas, locación de servicios y locación de obra.* Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1959, p. 485.

Es preciso resaltar que en realidad la terminología que acabamos de emplear es teórica, por cuanto la prestación de servicios constituye un contrato genérico que engloba distintas modalidades, cada una de las cuales posee una nomenclatura particular. Así, los sujetos en el contrato de locación de servicios son el locador y el comitente; en cambio, en el de locación de obra se les conoce como contratista y comitente. En el contrato de depósito, las partes son el depositante y el depositario, y en el de mandato, el mandante y el mandatario. Por último, en el secuestro se les denomina depositantes y depositario.

En todo caso, los términos de comitente y prestador serían aplicables a las modalidades de los contratos innominados de doy para que hagas y hago para que me des, a las que nos referiremos más adelante.

Siguiendo a Arias-Schreiber y Cárdenas[1551] debemos subrayar que si bien por la naturaleza de las cosas el prestador ordinariamente es una persona natural, nada impide que dicha función sea cumplida también por una persona jurídica, lo que sucede generalmente con el contrato de obra, por su carácter empresarial. Está por demás entendido que las labores serán siempre desempeñadas por personas naturales que trabajan para las personas jurídicas que son prestadoras del servicio o de la obra.

Agrega el citado profesor que la capacidad exigida a los sujetos para celebrar un contrato de prestación de servicios es la misma requerida para contratar, por lo que son de aplicación el artículo 42 inciso 1 y el artículo 140 del Código Civil.

Los contratos de prestación de servicios pueden ser celebrados a título oneroso o a título gratuito, conforme se deduce de la redacción del artículo 1759 del propio Código.

Si el contrato se celebrara a título gratuito, el comitente no estará obligado a pagar nada al prestador. En cambio, si el contrato se celebrase a título oneroso, el comitente estará obligado a pagar una retribución a favor del prestador.

El Código Civil no establece en qué deberá consistir dicha prestación. Por lo general, consistirá en dinero, ya que ésta es, sin duda, la situación más común en la práctica. No obstante ello, la retribución a que hemos hecho referencia podría consistir en la entrega de cualquier otro bien distinto al dinero o, incluso, en la ejecución de prestaciones de distinta naturaleza, como aquéllas de hacer o de no hacer.

Entendemos plenamente factible toda esta gama de posibilidades y, a la vez, debemos manifestar nuestra convicción de que las mismas no alterarían en lo absoluto la naturaleza jurídica de los contratos de prestación de servicios.

1551 Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Op. cit.*, tomo III, p. 74.

6. Características de los contratos de prestación de servicios[1552]

Como ya es usual, y antes de abordar las características de los contratos de prestación de servicios en general, debemos precisar que la metodología empleada se basa en la clasificación general de los contratos elaborada por Manuel de la Puente y Lavalle.

6.1. En cuanto al nombre

Los contratos de prestación de servicios nominados son aquellos que tienen un nombre jurídicamente conocido y que se mencionan en el artículo 1756 del Código Civil.

No obstante ello, los contratos de prestación de servicios también pueden ser de carácter innominado, como sería el caso de cualquier convención que escape a los contratos mencionados en el referido artículo 1756 y que pueda ser calificada como de prestación de servicios, de acuerdo a la naturaleza de las prestaciones a que den lugar, tema que es desarrollado por nosotros en el punto siguiente.

6.2. En cuanto a su regulación

Por su regulación, los contratos de prestación de servicios pueden ser tanto típicos como atípicos.

La tipicidad de estos contratos está planteada fundamentalmente por aquellos regulados en el propio Código y que se encuentran enumerados en el artículo 1756. Nos referimos a la locación de servicios, al contrato de obra, al mandato, al depósito y al secuestro.

No obstante ello, existe una gama infinita de contratos de prestación de servicios que podrían considerarse atípicos desde el punto de vista legal y hasta social, ya que los particulares tienen la más absoluta libertad de plantear sus relaciones contractuales a través de relaciones obligatorias consistentes en prestaciones de:

- Doy para que hagas, o viceversa.
- Doy para que no hagas, o viceversa.
- Hago para que hagas, o viceversa.
- Hago para que no hagas, o viceversa.

Cualquiera de estas cuatro combinaciones nos situaría en el ámbito de contratos de prestación de servicios que si no se ajustaran a los mencionados en el artículo 1756 del Código Civil, serían considerados como contratos atípicos, situación que es ratificada —aunque de manera incompleta y, por tanto, imperfecta—, en el artículo 1757 del propio Código, norma que indica lo siguiente:

1552 Características sobre la base de la clasificación del profesor De la Puente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> Artículo 1757.- «Son también modalidades de la prestación de servicios, y les son aplicables las disposiciones contenidas en este capítulo, los contratos innominados de doy para que hagas y hago para que des».

A diferencia de lo que se establecía en el Código Civil de 1936, en el que este tipo de convenciones de doy para que hagas y hago para que des constituían arrendamientos de obras y les eran aplicables, por ende, los principios propios de ese título, el artículo 1757 de nuestro actual cuerpo normativo se refiere a la prestación de servicios. Este cambio representa un acierto de nuestro legislador, que comprendió que este tipo de contratos innominados o atípicos pueden ser absorbidos por la figura de la prestación de servicios, al ser esta última genérica y abarcar aquellos contratos que implican una prestación de trabajo o actividad humana no subordinada.

La norma contenida en este artículo está pensada para aquellas situaciones en las que no se presentan todas las notas tipificantes de la prestación de servicios y sus modalidades.

Sobre el particular resultan acertadas las palabras de Manuel de la Puente y Lavalle:[1553]

> [...] la inteligencia y el ingenio del hombre da lugar a que, cada vez con mayor frecuencia, se creen relaciones jurídicas patrimoniales entre dos o más personas destinadas a permitir la adecuada ejecución de las obligaciones que surgen de los negocios. La realidad del diario acontecer nos enseña que el Derecho sigue la vida y no ésta a aquél, por cuanto la inventiva del ciudadano supera muchas veces a la previsión del legislador.

En resumen, la prestación de servicios puede ser caracterizada por su tipicidad o por su atipicidad.

El artículo 1764 tipifica a la locación de servicios como el contrato 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.

El contrato de obra se encuentra tipificado en el artículo 1771 como aquél por el cual el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución.

El mandato se encuentra tipificado en el artículo 1790, norma que establece que a través de dicho contrato, el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante.

Es el artículo 1814 del Código Civil, la norma que establece el concepto del depósito voluntario, señalando que es el contrato por el cual el depositario se obliga

1553 De la Puente y Lavalle, Manuel en Revoredo Marsano, Delia. *Código Civil.*, tomo IV, p. 443.

a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante; en tanto el artículo 1854 señala que el depósito necesario es el que se hace en cumplimiento de una obligación legal o bajo el apremio de un hecho o situación imprevistos.

Finalmente, el artículo 1857 se encarga de establecer que por el secuestro dos o más depositantes confían al depositario la custodia y conservación de un bien respecto del cual ha surgido controversia.

6.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, los contratos de prestación de servicios típicos son de naturaleza simple, pues dan lugar a una relación jurídica.

No sería posible afirmar lo propio de aquellos contratos de prestación de servicios de carácter atípico, pues en la práctica se podría presentar una infinidad de variantes que nos lleven a estar frente a contratos que generen una relación jurídica, o frente a otros que generen relaciones jurídicas de carácter complejo.

6.4. En cuanto a su contenido o área

Resulta tan variada la gama de contratos de prestación de servicios, que los mismos, dependiendo de qué contrato estemos hablando, podrían ser de naturaleza civil, mercantil o incluso revestir cualquier naturaleza de carácter especial.

6.5. En cuanto a su autonomía

En principio, los contratos de prestación de servicios son de carácter principal, pues no dependen jurídicamente de otro contrato. Su autonomía se ve reforzada con el hecho de que en ocasiones pueden, incluso, estar acompañados de un elemento accesorio, como sería el otorgamiento de una garantía real o personal en cualquiera de sus modalidades.

Sin embargo, como va a ser estudiado por nosotros oportunamente, resulta factible la existencia de contratos de prestación de servicios de carácter derivado, como sería el caso de una sublocación de servicios, la subcontratación de una obra, el submandato, el subdepósito y, aunque difícilmente se presente en la práctica, por lo menos en el plano teórico es factible pensar en un subsecuestro.

6.6. En cuanto a su formación

Los contratos de prestación de servicios son fundamentalmente consensuales, pero, no obstante ello, nada impediría que las partes establecieran alguna formalidad especial para su celebración.

De esta manera, en principio, las partes gozan de libertad absoluta para elegir la forma en que el contrato pueda o deba celebrarse. Si los contratantes no pactan alguna formalidad específica para ello, será suficiente el simple consentimiento expresado verbalmente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

6.7. En cuanto al tiempo

Sin perjuicio de entrar en detalle cuando analicemos las modalidades típicas de la prestación de servicios podríamos afirmar que todas ellas constituyen contratos de duración, pues la ejecución de las mismas va a implicar necesariamente la realización de actividades que deberá ejecutar el prestador en favor del comitente, consistentes ya sea en un hacer o en un no hacer que por la naturaleza de dichas prestaciones prolongará su duración en el tiempo.

6.8. En cuanto a su negociación

Dada la variedad de los contratos de prestación de servicios, algunos de ellos se celebrarán por negociación previa, otros por adhesión y algunos otros con arreglo a cláusulas generales de contratación.

6.9. En cuanto al rol económico

Los contratos de prestación de servicios son de colaboración o cooperación.

6.10. En cuanto a su función

Se trata de contratos fundamentalmente constitutivos, pues van a dar origen a relaciones jurídicas de contenido patrimonial. Sin embargo, nada obstaría a que estos contratos se celebraran formando parte de actos de carácter modificatorio o regulatorio; siendo difícil, sin embargo, pensar en la posibilidad de prestaciones de servicios de carácter extintivo, pues no irían de la mano con la naturaleza de los referidos actos.

6.11. En cuanto a los sujetos a quienes obligan

Por los sujetos a quienes obligan, estos contratos son de carácter individual, pues las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

6.12. En cuanto a la prestación

Dependiendo de si los contratos de prestación de servicios se pactan asumiendo el comitente alguna obligación con respecto al prestador o si dicho comitente no asume obligación alguna con relación al otro contratante, las prestaciones de servicios podrán ser contratos que se celebren con prestaciones recíprocas o de carácter unilateral.

El detalle de los diferentes matices a este respecto será analizado cuando tratemos acerca de cada uno de dichos contratos.

6.13. En cuanto a la valoración

De acuerdo a lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior queda claro que los contratos de prestación de servicios pueden celebrarse, ya sea a título oneroso o a título gratuito.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Esta idea consideramos que resulta extensiva a todos los contratos de prestación de servicios y estimamos, asimismo, que si alguno de los contratos de prestación de servicios nominados se celebrara a título de liberalidad, no nos encontraríamos frente a un contrato atípico o innominado, pues ello resultaría contrario a los más elementales principios que rigen esta materia.[1554]

6.14. En cuanto al riesgo

En principio, los contratos de prestación de servicios son de carácter conmutativo, puesto que los contratantes pueden anticipar los beneficios potenciales de la relación obligacional que establecen. Nada impediría, sin embargo, que las partes los pactaran de manera aleatoria.

La conmutatividad no constituye, por consiguiente, una característica esencial de las distintas especies o modalidades de los contratos de prestación de servicios y, por lo mismo, no existe impedimento alguno para que sean sometidas por voluntad de los contratantes a los factores de riesgo propios de los contratos aleatorios.

6.15. En cuanto a sus efectos

Por sus efectos, los contratos de prestación de servicios son actos meramente obligatorios u obligacionales.

1554 En tal sentido, disentimos de la opinión expresada sobre este particular por Max Arias-Schreiber y Carlos Cárdenas Quirós (Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Op. cit.*, tomo III, p. 80), cuando expresan lo siguiente en torno a la onerosidad y gratuidad de los contratos de prestación de servicios:
«Un tema que promueve polémica es el de la onerosidad y gratuidad en la prestación. El Código no se ha pronunciado expresamente en el Título que estamos comentando, pero podemos encontrar la respuesta en sus distintas modalidades.
La locación de servicios se celebra necesariamente a título oneroso, y así se desprende del texto del artículo 176. Pero como de otro lado nada prohíbe que una persona preste servicios a otra a título gratuito, nos encontraremos entonces en presencia de un contrato atípico, pues no es locación de servicios ni donación. Es una liberalidad.
El contrato de obra también es necesariamente oneroso, pues contra la elaboración de una obra el comitente está obligado a pagar una retribución. Este carácter fluye de lo dispuesto por el artículo 1771, que define al contrato de obra. Como en el caso de la locación de servicios, la obra hecha a título gratuito será una liberalidad.
A diferencia de los dos casos anteriores, el mandato puede celebrarse a título oneroso o gratuito, pero con la característica de su onerosidad presunta (artículo 1791), de modo que para ser operativa la gratuidad tendrá que haber sido expresamente convenida.
El contrato de depósito tradicionalmente ha sido gratuito, por su carácter de cooperación. Desde luego no existe impedimento para que se pacte la onerosidad. Aunque esta última es la tendencia contemporánea, el Código Civil ha conservado el concepto tradicional y establece la presunción de gratuidad, salvo que exista pacto en contrario, o se deduzca la retribución por la calidad profesional, por la actividad del depositario u otras circunstancias (artículo 1818).
Finalmente, consideramos que el secuestro es oneroso como regla y gratuito cuando ha sido convenido. No creemos, en efecto, que le sea aplicable la presunción del artículo 1818, por la remisión que hace el artículo 1867, dada la profesionalidad del secuestro y la regla contenida por el artículo 1863».

Estos contratos no constituyen, como en tiempos antiguos, contratos traslativos de dominio, puesto que el trabajo no constituye una mercadería ni el prestador es visto como un objeto, sino como un sujeto de derechos.

7. Las modalidades de prestación de servicios

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1756 del Código Civil, son modalidades de la prestación de servicios nominados: la locación de servicios, el contrato de obra, el mandato, el depósito y el secuestro; en tanto, el artículo 1757 del propio Código establece que: «Son también modalidades de la prestación de servicios, y les son aplicables las disposiciones contenidas en este capítulo, los contratos innominados de doy para que hagas y hago para que des».

No vamos a ahondar sobre este particular, ya que el tema ha sido tratado por nosotros en el numeral donde hicimos clara referencia a los contratos de esta naturaleza que puedan ser de carácter típico o atípico, además del hecho de que con posterioridad, en este mismo trabajo, efectuaremos un análisis detallado de los contratos nominados a que se refiere el artículo 1756 antes citado. Simplemente, diremos que alusión a las convenciones atípicas que efectúa el artículo 1757 es incompleta, pues sólo hace referencia a dos de las cuatro posibles combinaciones que se plantean tanto en el terreno teórico como en el práctico.

8. Contratación entre personas que no se encuentran en comunicación inmediata

El tema tratado por el artículo 1758 del Código Civil es el relativo a la presunción de la aceptación de contratos de prestación de servicios entre ausentes o, dicho con mayor propiedad, en contratos celebrados entre personas que no se encuentran en comunicación inmediata.

El citado precepto establece lo siguiente:

> Artículo 1758.- «Se presume la aceptación entre ausentes cuando los servicios materia del contrato constituyen la profesión habitual del destinatario de la oferta, o el ejercicio de su calidad oficial, o cuando los servicios sean públicamente anunciados, salvo que el destinatario haga conocer su excusa sin dilación».

Antes de ingresar su análisis consideramos conveniente recordar algunos conceptos básicos que rigen en el Derecho peruano sobre la formación del consentimiento entre personas que no se encuentran en comunicación inmediata, la que es mal llamada por el artículo 1758 contratación «entre ausentes».

8.1. Teorías que rigen la formación del consentimiento

Este tema no tiene mayor relevancia cuando nos hallamos frente a dos partes que se encuentran en comunicación inmediata y están en el mismo lugar, vale decir,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

cuando ambos contratantes se encuentran *frente a frente* y hablando el mismo idioma. Decimos esto por cuanto será obvio que en tales circunstancias el contrato se celebrará, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1373 del Código Civil, en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente, vale decir, se celebrará en ese mismo lugar y en ese mismo momento.

El problema adquirirá relevancia cuando estemos en un supuesto de personas o partes que a pesar de encontrarse en comunicación inmediata no estén en el mismo lugar, o cuando no encontrándose en comunicación inmediata, se encuentren en el mismo lugar o en lugares distintos.

Sostiene Manuel de la Puente y Lavalle —en criterio que compartimos— que en la comunicación inmediata la declaración de una parte es percibida por la otra en un lapso mínimo en donde no tienen importancia las causas de la dilación. Así, en la comunicación inmediata no es requisito indispensable que con la misma celeridad deba el destinatario de la declaración emitir su respuesta, pues puede ocurrir que él goce de un plazo suspensivo para hacerlo.

En doctrina existen cuatro teorías con relación al momento y lugar en que el contrato queda celebrado: la teoría de la declaración, la misma que considera celebrado el contrato en el momento en que el destinatario de la oferta declara aceptarla; la teoría de la expedición, que considera celebrado el contrato en el momento en que el destinatario de la oferta expide su declaración de aceptación; la teoría de la recepción, que considera celebrado el contrato en el momento en que el oferente recibe la aceptación del aceptante, independientemente de si dicha recepción coincide o no con el conocimiento de su contenido; y, por último, la teoría de la cognición, que considera celebrado el contrato en el momento en que el oferente toma conocimiento del contenido de la aceptación recibida.

El tema de las teorías relativas a la formación del consentimiento adquiere relevancia en lo que respecta a dos grandes puntos de interés jurídico: el momento y el lugar de la formación del contrato.

Finalmente, debemos recordar que nuestro Código Civil recoge las teorías de recepción y cognición, combinándolas, de modo tal que en el artículo 1373 se establece que el contrato queda perfeccionado (celebrado) en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente (teoría de la cognición); pero en su artículo 1374 establece también 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 (teoría de la recepción), a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

8.2. Plazo para aceptar

Nuestro Código Civil establece en su artículo 1375 que la aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él. Además, resulta

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

necesario recordar que el artículo 1376 señala que la aceptación tardía y la oportuna que no sea conforme a la oferta equivalen a una contraoferta. Sin embargo, el oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía o la que se haga con modificaciones, con tal que dé inmediato aviso en ese sentido al aceptante.

8.3. Inicio de ejecución sin respuesta previa

A través del artículo 1380 del Código Civil se establece que cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato quedará concluido (celebrado) en el momento y lugar en que comenzó la ejecución. Se señala, además, que el aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios.

8.4. El silencio circunstanciado

El artículo 1381 de nuestro Código Civil recoge la figura del silencio circunstanciado según la cual en ciertos supuestos de hecho que resultan perceptibles por el destinatario, el silencio de éste debe reputarse como aceptación. Efectivamente, el referido numeral establece que si la operación es de aquellas en que no se acostumbra la aceptación expresa o si el destinatario ha hecho una invitación a ofrecer se reputa concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación, correspondiendo al oferente la prueba de la costumbre y de la invitación a ofrecer.

8.5. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente

Con relación a este punto, el Código Civil establece, a través de su artículo 1383, que la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente no priva de eficacia a la oferta, la cual obliga a sus herederos o representantes legales, salvo que la naturaleza de la operación u otras circunstancias determinen que la fuerza vinculante de la oferta sea intransmisible.

8.6. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta

El artículo 1387 del Código Civil prescribe que la muerte o la incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta determina la caducidad de ésta.

8.7. Excepción a la obligatoriedad de la oferta

Señala el artículo 1384 del Código Civil que la oferta deja de ser obligatoria si antes o simultáneamente con su recepción llega a conocimiento del destinatario la declaración del oferente en el sentido de que puede revocarla en cualquier momento antes de su aceptación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

8.8. Supuestos de caducidad de la oferta

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1385 del Código Civil, la oferta caduca en los siguientes casos:

a) Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada.

b) Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente por el mismo medio de comunicación utilizado por éste.

c) Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con ésta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.

8.9. Supuesto de inexistencia de la aceptación

En virtud de lo establecido por el artículo 1386 del Código Civil se considera inexistente la aceptación si antes de ella o junto con ella llega a conocimiento del oferente la retractación del aceptante.

8.10. El sentido del artículo 1758

De la lectura del artículo 1758 del Código Civil se han extraído diversas interpretaciones.

Una primera es la sostenida por Arias-Schreiber y Cárdenas[1555] cuando expresan lo siguiente:

> El artículo que comentamos no es, pues, sino la aplicación específica del principio recogido en los artículos 142 y 1381 del Código Civil y tiene cabida en aquellos casos en los que el servicio constituye la profesión habitual del destinatario o el ejercicio de su calidad oficial o cuando sea públicamente anunciado y se haya hecho, por lo tanto, una invitación a ofrecer. Ponemos algunos ejemplos para explicar cómo funciona este dispositivo. Supongamos que un abogado recibe la consulta de una persona que reside en el Cusco. Si el letrado no se excusa sin dilación (lo puede hacer por teléfono, télex u otro medio similar) se entiende que ha aceptado ocuparse del asunto sometido a su consideración y queda, por lo tanto, obligado a absolver la consulta. En situación parecida se encuentra el notario a cuyo poder llega un documento destinado a ser protocolizado, cuando lo recibe y no se excusa en cualesquiera de las formas enunciadas en el ejemplo anterior. Finalmente, si un economista ofrece sus servicios por periódico, radio y otro medio de comunicación, con el propósito de hacer un análisis

1555 Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Op. cit.*, tomo III, pp. 87 y 88.

DOCTOR MARIO CASTILLO FREYRE

de costos u otra labor específica, estará obligado a efectuar dicho trabajo a quien le acepta la oferta, si no se excusa con anticipación.

No existe ni podría dictarse una regla más detallada respecto a lo que se supone sea una excusa sin dilación. Por consiguiente, la respuesta a este interrogante estará dada de acuerdo con las características de cada caso. No es lo mismo, en efecto, que el ausente esté en Lima a que se encuentre en una provincia alejada y sin medios directos de comunicación. En el primer caso bastará una llamada telefónica o la visita de una persona encargada de hacer llegar la excusa. En la segunda hipótesis, en cambio, será necesario que se envíe una carta a quien hizo la oferta, con el transcurso de tiempo que esto supone, pues no habrá otra manera para que el ofertante pueda excusarse.

Debemos señalar que nuestra posición difiere de la de Arias-Schreiber, por cuanto no creemos que el artículo 1758 sea necesariamente un caso de silencio circunstanciado, es decir, de aquellos supuestos contenidos en el artículo 1381 del Código Civil, en el sentido de que se trate de una operación en la que no se acostumbre aceptación expresa, o si el destinatario hubiese hecho una invitación a ofrecer, supuestos en los cuales el contrato se reputaría concluido si la oferta no hubiese sido rehusada sin dilación.

Decimos esto pues el hecho de que los servicios materia del contrato constituyan la profesión habitual del destinatario de la oferta, o el ejercicio de su calidad oficial, o cuando los servicios sean públicamente anunciados, ninguno de esos supuestos hace lugar a que nos encontremos frente al silencio circunstanciado, es decir que se considere celebrado el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación.

Pensamos que se trataría de supuestos comunes y corrientes de contratos celebrados entre personas que no se encuentran en comunicación inmediata, para cuyo efecto será necesaria la existencia de una aceptación expresa que llegue a destino, de conformidad con lo establecido por las reglas generales de los artículos 1373 y 1374 del propio Código.

Esto significa que no consideramos que el artículo 1758 pueda resultar aplicable a todos aquellos casos en los que busca ser aplicado, pues de ninguna manera podría entenderse una aceptación presunta en todos los casos mencionados en el citado numeral, sobre todo porque la existencia de tales casos no implica necesariamente la existencia de declaraciones contractuales completas que den lugar a una oferta y a la ulterior formación del consentimiento.

Además, el hecho de que se trate de una profesión habitual del destinatario de la oferta, o del ejercicio de su calidad oficial, o cuando sus servicios sean públicamente anunciados, nada de ello implica necesariamente que quien ofrece esos servicios haya aceptado contratar, ya sea por cuanto el tema implique

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la necesaria fijación de los honorarios por tales servicios o, incluso, a pesar de haberse expresado el monto de tales honorarios no se podría llegar a dicha consecuencia, en la medida en que quien ofrece los mencionados servicios tendría pleno derecho a negarse a prestarlos a determinada persona, ya sea por razones de índole moral, personal, profesional (por ejemplo, el abogado que no desea tomar el patrocinio de un caso por no creer en la justicia de dicha causa) o, sólo por citar otro ejemplo, por tener exceso de trabajo y no poder cumplir con el encargo que se le desea efectuar.

No dudamos de que se puedan presentar algunos supuestos de silencio circunstanciado dentro del ámbito general del artículo 1758, pero debemos manifestar que se trataría de casos de excepción en la contratación entre personas que no se encuentran en comunicación inmediata. De ninguna manera podría entenderse que tales supuestos constituyen regla.

Por todo lo expuesto estimamos que el artículo 1758 del Código Civil bien podría haberse obviado, pues la citada norma más que aportar confunde una materia que se encuentra regulada de manera amplia y general, a través del artículo 1381 del propio Código.

9. Oportunidad de pago de la contraprestación

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1759 del Código Civil de 1984:

> Artículo 1759.- «Cuando el servicio sea remunerado, la retribución se pagará después de prestado el servicio o aceptado su resultado, salvo cuando por convenio, por la naturaleza del contrato, o por la costumbre, deba pagarse por adelantado o periódicamente».

En primer término debemos reiterar el hecho de que el artículo 1759 es la norma que da lugar a entender, de manera implícita, que los contratos de prestación de servicios pueden celebrarse, ya sea a título oneroso o a título gratuito, pues la propia norma comienza su texto diciendo «Cuando el servicio sea remunerado [...]». A nuestro modo de ver resulta claro que el precepto bajo comentario regula el caso en mención, pero deja abierta la posibilidad de que los contratos de prestación de servicios no sean remunerados, situación que —como lo hemos dicho— en modo alguno desnaturalizaría la esencia de tales contratos.

Pero de esto nos hemos ocupado cuando analizamos la gratuidad u onerosidad de estos contratos y volveremos a hacerlo cuando abordemos el tratamiento específico que sobre este particular contienen los diversos contratos nominados de prestación de servicios regulados en el Código Civil.

Efectuadas estas precisiones es claro que el artículo 1759 se encarga de establecer el momento en el cual el comitente deberá pagar la retribución convenida al prestador por los servicios que este último le haya prestado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como regla general, el citado precepto establece que la retribución se pagará después de prestado el servicio o aceptado su resultado.[1556] Esta regla es de aplicación a las distintas modalidades de la prestación de servicios. La razón que la justifica es lógica: la contraprestación deberá seguir a la prestación y no ser anterior a ella.

De esta manera, independientemente de la reiterada e implícita distinción que se desea hacer entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultados (que nosotros no aceptamos), la citada norma indica que el pago deberá ser hecho una vez que el prestador haya cumplido con ejecutar la prestación debida a satisfacción del comitente.

Si bien es cierto que resulta en cierta forma inequitativo el hecho de que una parte cumpla primero que la otra con ejecutar la prestación debida, no dudamos de que en muchos casos éste será el camino más viable para que se pueda pagar la contraprestación adeudada por el servicio, pues no habría otra forma para poder expresar, patrimonialmente hablando, la conformidad del comitente hacia el cumplimiento del prestador.[1557]

Es claro que una situación de esta naturaleza resultaría inequitativa en perjuicio del prestador, en la medida que dicho contratante no podría valerse de la excepción de incumplimiento, importantísimo medio de defensa sustantivo regulado por el artículo 1426 del Código Civil, precepto que establece que: «En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, antes de que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento».

No obstante lo expresado es importante resaltar que el artículo 1759 solamente es una norma de carácter dispositivo, pues las partes tienen la más absoluta libertad a fin de establecer un momento distinto para que se efectúe el pago, ya sea para tornarlo en más equitativo o incluso para que dicho pago se efectúe enteramente por adelantado, si es que ello conviniese a los intereses de ambas partes.

1556 La Casación n.° 986-2004-Lima, de 15 de julio de 2005, de la Sala Constitucional y Social Transitoria, ha señalado en su fundamento cuarto, lo siguiente: «el artículo 1759 del Código Civil que regula sobre el momento en que se pagará el servicio, establece en su *ratio legis* un criterio que tiene carácter universal, cuando el servicio tiene carácter oneroso la retribución se debe pagar después de haber sido satisfecha, aplicándose esta regla a las distintas modalidades de la prestación de servicios, lo que responde a una razón lógica, pues la contraprestación debe seguir a la prestación y no ser anterior a ella; sin embargo, la retribución puede hacerse por adelantado o periódicamente cuando exista convenio (...)». Véase en: https://vlex.com.pe/vid/casacion-constitucional-social-transitoria-32404786

1557 La Casación n.° 2607-2004-Lima, de 15 de septiembre de 2005, de la Sala Constitucional y Social Transitoria, respecto de la aplicación del artículo 1759, ha considerado que no es necesaria la efectiva prestación del servicio para que se genere la obligación de pago de los honorarios profesionales, de modo tal que si se convino tácitamente «en que teniendo a su disposición los servicios profesionales (...) optó por no requerirlos, (...) en nada enerva su obligación de abonar la contraprestación por un contrato *stand by*, que no es otra cosa que el que obliga al locador permanecer en espera, listo para actuar o simplemente listo». Véase en: https://vlex.com.pe/vid/casacion-constitucional-social-septiembre-32407988

El citado numeral también expresa la salvedad de cuando la naturaleza del contrato lleve a que el pago no se deba realizar una vez culminado el servicio o la obra.

Sería el caso, por ejemplo, de un abogado que haya convenido con una empresa, cliente suya, en que brindará servicios de asesoría legal externa, ya sea por escrito o telefónicamente, facturando cada mes, en directa relación con el trabajo realizado.

Finalmente, el artículo 1759 establece que se pagará de manera distinta a lo establecido como criterio general cuando ello se derive de la costumbre.

Sería el caso de un contrato de obra en el cual el contratista deba poner los materiales para la construcción de dicha obra. En este caso se entenderá que, por razones obvias, deberá haber un pago adelantado o que constituya cuota inicial, a fin de que el contratista adquiera los materiales para la obra.

En síntesis, la norma bajo análisis, pese a establecer una regla de carácter general, permite salvedades. El pago, por ende, podrá hacerse por adelantado o periódicamente, cuando aquello se derive del contrato —ya que éste es ley entre las partes—, o responda a su naturaleza o a la costumbre. Estos dos últimos supuestos, esto es, los que se desprenden de la naturaleza de la prestación o la costumbre, no son comunes.[1558]

10. Idoneidad del servicio

El artículo 1760 del Código Civil establece una norma de carácter especial en torno a la idoneidad del servicio convenido:

> Artículo 1760.- «El que presta los servicios no puede exceder los límites del encargo.
>
> Empero, puede apartarse de las instrucciones recibidas si llena el encargo de una manera más ventajosa que la expresada en el contrato o cuando sea razonable suponer que el comitente aprobaría su conducta si conociese ciertas circunstancias que no fue posible comunicarle en tiempo oportuno».

Antes de referirnos al citado precepto debemos recordar que dentro de la teoría general de las obligaciones de hacer, el cumplimiento óptimo de una obligación, por su integridad, puede ser calificado como íntegro; por su oportunidad, como oportuno; y por la forma como se ejecuta, como adecuado.

Esto significa, obviamente, que el deudor no puede salirse de los términos convenidos con su acreedor para la ejecución de la prestación.

1558 Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Op. cit.*, tomo III, p. 84.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si se saliera de tales términos podríamos ingresar al ámbito del cumplimiento no óptimo, el mismo que, obviamente, es susceptible de generar el pago de una indemnización por daños y perjuicios. Dicho cumplimiento no óptimo, por su integridad, podría ser parcial o excesivo; por su oportunidad, podría ser anticipado o tardío; y, por la forma como se ejecuta, podría ser defectuoso o más que adecuado, término —este último— que, en estricto, significa no adecuado (que, fácilmente, podría ser defectuoso).

Estos conceptos revisten meridiana claridad en el ámbito del Derecho de Obligaciones y se desprenden del texto general del artículo 1148 del Código Civil, precepto que establece que: «El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación, o las circunstancias del caso».

Sin embargo, el artículo 1760 del Código Civil faculta al prestador para apartarse de las instrucciones recibidas, si es que considera que va a cumplir el encargo de un modo más ventajoso que el expresado en el contrato, o cuando considere razonable que el comitente aprobaría su conducta si conociese ciertas circunstancias que no fue posible comunicarle en tiempo oportuno.

De este modo, el principio por el cual quien debe satisfacer la prestación de servicios tiene que sujetarse a los términos de su contrato y no puede ir más allá —pues ello implicaría apartarse de lo convenido— se relativiza por medio de este precepto. El legislador ha considerado conveniente establecer de manera expresa que el deudor pueda apartarse de lo pactado cuando la prestación resulta ser más beneficiosa que la que ha sido estipulada o cuando el locador cumplió el encargo, suponiendo que el comitente habría aceptado el exceso.

En tal sentido, el artículo 1760 se aparta por completo de la disposición general en materia de obligaciones de hacer y lo hacer de manera sumamente arbitraria y peligrosa por cuanto se está permitiendo dejar a criterio del prestador (deudor) si cumple con la prestación asumida dentro de lo pactado o fuera de ello, con los riesgos que implica una situación de esta naturaleza.

Con ello no estamos negando la posibilidad de que el deudor, en casos extremos, pudiera apartarse de lo establecido en el contrato. Pero esta situación no debería ser materia de una norma legal que lo permita expresamente, sino que en caso de conflicto sean los tribunales de justicia los que diriman acerca de si dicho alejamiento fue justificado o no.

Una vez más consideramos que el artículo que nos encontramos comentando no debió haber sido incluido en el Código Civil, pues antes que aclarar las cosas, las complica.

11. Aceptación tácita de variaciones en el servicio

De conformidad con lo establecido por el artículo 1761 del Código Civil: «Informado el comitente del apartamiento de las instrucciones por el prestador de

servicios, el silencio de aquél por tiempo superior al que tenía para pronunciarse, según los usos o, en su defecto, de acuerdo con la naturaleza del asunto, importa la aprobación del encargo».

Debemos manifestar nuestro desacuerdo con el artículo 1761.

Por lo demás, dicha norma constituye una consecuencia de haber introducido el ya criticado artículo 1760, que le precede.

En tal sentido, vamos a señalar las que, a nuestro modo de ver, constituyen las principales objeciones que pueden formularse al numeral 1761.

En primer término se trata de una norma injusta, pues está creando una situación especial en la que el silencio importa manifestación de voluntad, haciendo excepción del artículo 142 del Código Civil, excepción que, a nuestro modo de ver, no tiene razón de ser.

En segundo lugar se coloca al comitente en una situación de hechos consumados, vale decir, en la cual el prestador ya ha ejecutado los servicios, pero de manera alejada de la idoneidad. Y es ante esta situación de hechos consumados, que se obliga a actuar al comitente para que manifieste rápidamente su aceptación o negativa en torno al apartamiento de la idoneidad pactada.

En tercer término, el apartamiento de la idoneidad pactada en materia de los servicios brindados por el prestador sólo debería ser apreciado por el comitente, con la debida tranquilidad, sin prisa y una vez que dichos servicios hubiesen concluido.

En cuarto lugar, el artículo 1761 establece plazos por demás ambiguos en perjuicio del comitente, pues hace referencia a que su silencio por tiempo superior al que tenía para pronunciarse, según los usos o, en su defecto, de acuerdo con la naturaleza del asunto, importa la aprobación del encargo.

En quinto lugar, el referido artículo parte de un error conceptual, pues dicho comitente no tiene ningún plazo para pronunciarse, ya que no tiene siquiera la obligación de pronunciarse, razón por la cual mal podría hablarse de un exceso ante un plazo inexistente.

En sexto y último lugar, la norma establece una presunción cuando lo que se debió hacer es, simplemente, dejar que el comitente proceda a examinar el resultado de la obra o del servicio para emitir un juicio de valor con tranquilidad y en pleno resguardo de su derecho.

En tal sentido, disentimos de la opinión expresada por los profesores De la Puente[1559] y Arias-Schreiber y Cárdenas,[1560] quienes consideran que el artículo 1761 es una necesaria consecuencia del artículo 1760 y tiene por finalidad precisar

1559 De la Puente y Lavalle, Manuel. «Exposición de motivos y comentarios de la prestación de servicios». En Revoredo Marsano, Delia. *Código Civil*. Lima: Okura Editores, 1985, tomo VI, p. 445.

1560 Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Op. cit.*, tomo III, p. 90.

cuál es la situación en que se encuentra el prestador de servicios por haberse apartado de las instrucciones recibidas.

12. Limitación de la responsabilidad en caso de servicios de especial dificultad

El artículo 1762 establece que:

> Artículo 1762.- «Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable».

Con relación a esta norma, Manuel de la Puente[1561] señala lo siguiente:

> De conformidad con el artículo 1321 del Código, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.
>
> El artículo 1762 establece que cuando la prestación a cargo del prestador de servicios implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, la responsabilidad de éste no cubre toda la gama del artículo 1321 antes mencionado sino que se limita a los daños causados por dolo o culpa inexcusable, liberando al deudor de los daños causados por culpa leve.
>
> Es conocida la brillante discusión de la doctrina sobre los alcances de la responsabilidad profesional. Unos se inclinan por distinguir en la conducta del profesional cuando falta a las reglas de prudencia que se imponen a toda persona, caso en el cual se aplicaría la responsabilidad común por inejecución de obligaciones, y cuando falta a las reglas de orden científico, o sea lo que se ha denominado la culpa profesional, donde no respondería sino de su culpa lata, entendido como opuesta a la culpa leve. Otro sector piensa que no hay ninguna justificación para que el profesional, aun tratándose de problemas de carácter científico, no deba responder también por la inejecución debida a culpa leve.
>
> El artículo 1762 opta por la primera posición y la aplica no sólo al caso de los profesionales sino a todos aquéllos en que se trate de problemas técnicos de especial dificultad, entendiendo que en la aplicación de reglas científicas sólo debe incurrirse en responsabilidad en los casos de dolo y culpa inexcusable, como sería el desconocimiento de tales reglas o su indebida aplicación por negligencia grave, mas no cuando se trata de una equivocación en que no hay mala fe de parte del deudor y que sólo obedece a una falta de diligencia ordinaria en la solución de problemas técnicos de especial

1561 De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, tomo VI, pp. 445 y 446.

> dificultad. Debe tenerse presente que no es conveniente apreciar con un rigorismo exagerado la actuación de un técnico e imputarle responsabilidad en todos los casos de error, practicado o no de buena fe, con grave o leve impericia, pues ello implicaría entumecer la actuación del técnico ante el temor de que cualquier equivocación pueda acarrear su responsabilidad.
>
> Desde luego, tratándose de la actuación del prestador de servicios en casos que no tienen la calidad de problemas técnicos de especial dificultad, deberá responder de los daños causados no sólo por dolo o culpa inexcusable sino también por culpa leve.
>
> Hasta aquí las expresiones de Manuel de la Puente.

Sobre esta norma, un sector del medio jurídico nacional piensa que con relación al precepto contenido en el artículo 1762 del Código Civil se puede formular una crítica de fondo, consistente en el hecho de no tener por qué haber establecido un régimen especial de responsabilidad civil para los contratos de prestación de servicios, en los cuales los asuntos profesionales o problemas técnicos a solucionar tengan o revistan especial dificultad.

Señalan esto por cuanto, en general, la afirmación efectuada es lo suficientemente ambigua como para que en muchos casos los interesados traten de exonerarse de la aplicación general del artículo 1321 del Código Civil, norma que establece la responsabilidad derivada del dolo, de la culpa inexcusable y de la culpa leve, con el propósito de centrar única y exclusivamente la responsabilidad en aquélla que se deriva del dolo o la culpa inexcusable, constituyéndose de tal manera la culpa leve como una causa exoneratoria de responsabilidad, conforme a lo prescrito por el artículo 1762.

Podría decirse también que esta norma prescinde de tomar en cuenta las casi infinitas responsabilidades especiales existentes y derivadas de la prestación de servicios o actividades contractuales de la más diversa índole, cuyo estudio, contenido en la primera edición del *Tratado de las obligaciones*, escrito en coautoría con el doctor Felipe Osterling Parodi, podría demostrar la dificultad enorme de efectuar generalizaciones tan amplias como la contenida en el artículo 1762, sin correr el peligro de la inexactitud, la imprecisión o la injusticia.

En tal sentido, desde ese punto de vista se estima que hubiese sido preferible prescindir de lo dispuesto por el artículo 1762, como norma especial, y dejar el tratamiento del particular al precepto general establecido por el artículo 1321 antes citado.

Las objeciones a esta norma también provienen de uno de los propios coautores del Código Civil, el profesor Max Arias-Schreiber Pezet.[1562]

1562 Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Op. cit.*, tomo III, pp. 90 a 92.

Arias-Schreiber y Cárdenas sostienen que si bien es cierto que el artículo 2236 del Código Civil italiano de 1942 (fuente del artículo 1762 del Código Civil peruano de 1984) ha sido objeto de severas críticas, y estima que el sentido de la norma constituye un enfoque válido de la responsabilidad profesional, admite que la norma peruana es discutible, mas no aberrante.

De otro lado, los citados profesores aceptan la existencia de defectos de ubicación en el artículo 1762, al señalar que:

> En el Proyecto, el artículo 1823 [hoy 1762] estaba situado en el contrato de trabajo autónomo. Empero y a raíz de los ataques injustificados de ciertos sectores que sostenían que el contrato de trabajo autónomo eliminaba la autonomía del contrato de trabajo a nivel laboral, la Comisión Revisora acordó mantener la nomenclatura clásica de la locación de servicios y suprimió el contrato de trabajo autónomo. Como consecuencia de lo expuesto, el artículo 1762 debió figurar con otra numeración en la locación de servicios, que es el género de distintas especies, como son la locación de servicios, el contrato de obra, el mandato, el depósito y el secuestro.

Pero ellos también encuentran un tercer defecto en el artículo 1762, esta vez de redacción:

> La otra deficiencia que tiene el artículo 1762 es su defectuosa redacción. En efecto, se ha apartado del texto del Proyecto y del artículo 2236 del Código Civil italiano, según los cuales cuando la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, la responsabilidad del prestador se limita a los daños causados por dolo o culpa inexcusable, quedando liberado por culpa leve.
>
> Éste es el verdadero sentido del artículo 1762 y su redacción debe ser ilustrada por la doctrina y la jurisprudencia en los términos expuestos.

Finalmente, admite que cada caso deberá analizarse en detalle y de manera individual:

> Desde luego en cada caso tendrá que establecerse si ha habido por parte del profesional o del técnico, culpa inexcusable o leve. El tema de la graduación de culpas es discutido en la doctrina. Por nuestra parte manifestamos que existirá culpa inexcusable si se ha faltado a las reglas fundamentales de la ciencia, arte u oficio. No habrá, en cambio, responsabilidad por culpa leve si se ha actuado de buena fe y con la diligencia ordinaria que cabe esperar del profesional o del técnico. Precisa aclararse que la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponderá al acreedor (artículo 1330).

Por nuestra parte, concordamos con el profesor De la Puente, pues resulta necesario proteger el ejercicio profesional y los oficios que impliquen especial

FONDO EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

dificultad.[1563] Por lo demás, debemos precisar que nosotros siempre hemos entendido que la especial dificultad no se circunscribe a problemas de naturaleza técnica, encontrándose cubiertos por el manto de su responsabilidad los asuntos profesionales, sea de la dificultad que fueren; no habiendo razones para tal discriminación.

13. Extinción de los contratos de prestación de servicios

Según expresamos en una anterior investigación,[1564] [1565] hay consenso en la doctrina consultada en señalar que en el Derecho Romano de los primeros tiempos, al igual que en el Derecho de otros pueblos antiguos, las obligaciones (relaciones jurídicas patrimoniales) eran absolutamente intrasmisibles, incluso en el supuesto de muerte del acreedor o del deudor, principio que resultaba lógica consecuencia de los siguientes conceptos:

(a) El primero, relativo a la idea antigua de la obligación como vínculo fundamental y esencialmente personal y formalista. Era natural que en un Derecho donde todo estaba basado en el más estricto formalismo, la obligación no pudiera ser exigida sino por las personas que habían participado en los actos que le habían dado nacimiento o por las personas que se habían ligado por medio de ellos.

(b) Teniendo en cuenta que la obligación se concebía como un vínculo esencialmente personal, era consecuencia de ello que se admitiese que el deudor respondía más bien con su persona que con sus bienes y, por tanto, resultaba imposible que esta obligación personalísima, pudiera imponerse a otro distinto al obligado por el acto originario que dio lugar a su nacimiento.

(c) Los antiguos legisladores romanos no requirieron facilitar la circulación de los bienes y valores, ya que al ser el pueblo romano fundamentalmente agrícola y ganadero, el problema de la trasmisión de las obligaciones no era preocupación para ellos.

No obstante lo señalado, la trasmisión de las obligaciones *mortis causa* llegó a ser admitida en Roma, primero en su aspecto activo, esto es, en las acreencias; y luego en el pasivo, esto es, en las deudas. Para ello, el Derecho Romano recurrió

1563 Sobre el tema, se ha señalado en la Casación n.° 220-2013-Lima, de 12 de noviembre de 2013, de la Sala Civil Permanente, que no todas las actividades profesionales o técnicas comportan especial dificultad, así, los tratamientos de heridas resultantes de accidentes automovilísticos «no revisten ninguna dificultad y por tanto debe presumirse que los médicos especializados tienen la suficiente experiencia para determinar cuándo procede el uso de uno u otro aparato (...)». Véase en https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/09/Casacion-220-2013-Lima-LP.pdf

1564 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Entre el Derecho Civil y de Arbitraje (Cuarta parte)*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 75. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2020, p. 285.

1565 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*, primera parte, tomo I, teoría general.

a una ficción consistente en que el heredero continuaba la persona del causante y, por tanto, la obligación no dejaba de ser un vínculo esencialmente personal.

En nuestros días el principio contenido en el artículo 1218 del Código Civil peruano de 1984, en el sentido de que la obligación se trasmite a los herederos, tanto del acreedor como del deudor, salvo las excepciones por él previstas, es norma de carácter universal dentro de nuestra tradición jurídica.

El artículo 1218 del Código Civil establece un principio claro y unánimemente aceptado: la obligación, salvo cuando es inherente a la persona (*intuitu personae*), lo prohíba la ley o se haya pactado en contrario, se transmite a los herederos. Este es el principio de la transmisibilidad de las obligaciones. Sin embargo, resulta evidente que si una obligación no puede ser exigida a los herederos de un deudor por parte del acreedor, tampoco podrá ser exigida por los herederos del acreedor a aquellos del deudor.

La obligación asumida en un contrato de mutuo —por citar un ejemplo— se transmitirá, sin duda, a los herederos del deudor, salvo estipulación en contrario. La obligación de hacer *intuitu personae*, vale decir, aquélla en que el deudor fue elegido por sus cualidades personales, no se transmitirá, por supuesto, a sus herederos.[1566]

Continuando con nuestros comentarios sobre el principio de transmisión de las obligaciones a los herederos, queremos ilustrar las excepciones previstas por el artículo 1218 a través de algunos ejemplos:

(a) Obligación no transmisible a los herederos por ser inherente a la persona.

Sería el caso de la persona que encarga a un pintor la elaboración de un retrato suyo. Si el pintor fallece, la prestación no se transmite a sus herederos, ya que ellos no podrían cumplir con la obligación, pues ninguno tendría las mismas aptitudes y cualidades de su causante (pues no existen dos personas que tengan idénticas calificaciones artísticas). Aquí estaríamos ante una obligación naturalmente *intuitu personae*.

(b) Obligación no transmisible a los herederos por prohibirlo la ley.

La ley, como fuente de las obligaciones, puede establecer esta limitación. Pero debemos distinguir en este punto dos supuestos claramente diferenciables.

En primer lugar, tenemos a las obligaciones no transmisibles por su naturaleza —traducida ésta en normas legales específicas—. Es el caso del contrato de renta vitalicia (artículo 1937) y del usufructo (artículo 1021, inciso 4).

En segundo término existen obligaciones no transmisibles exclusivamente porque la ley así lo establece, pero no por impedirlo su naturaleza. Sería el

1566 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones*, tomo II, pp. 226 y 227.

caso de los artículos 1733 (comodato), 1801, inciso 3 (mandato) y 1844 (depósito) del Código Civil.

(c) Obligación no transmisible a los herederos por pacto.

En este supuesto se encontrarán todas las obligaciones no enmarcadas dentro de las dos hipótesis anteriores, pues no se tratará de aquéllas inherentes a la persona ni de las prohibidas por la ley para transmitirse a los herederos. En estas circunstancias nada impide que las partes estipulen la intransmisibilidad de la obligación a los herederos del deudor, del acreedor o de ambos.

Podría ser el caso de la obligación de pagar una suma de dinero. Esta obligación es transmisible a los herederos por excelencia, pero nada impide que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pacten que ella no se transmitirá en caso de fallecimiento del deudor.

Hemos querido referirnos a las obligaciones *intuitu personae* y a sus consecuencias en torno al principio de transmisibilidad general de las obligaciones a los herederos, para recordar al lector que este tema ya es materia de tratamiento, con carácter general por el propio Código Civil.

En tal sentido, llama la atención la existencia del artículo 1763 del Código, precepto que establece que: «El contrato de prestación de servicios se extingue por muerte o incapacidad del prestador, salvo que la consideración de su persona no hubiese sido el motivo determinante del contrato».

Y decimos que llama la atención el haber incluido esta norma, por cuanto resulta inútil y reiterativa con respecto al precepto general antes mencionado, contenido en el artículo 1218, que deviene en aplicable a todo el Derecho de Obligaciones y Contratos.

Según Arias-Schreiber y Cárdenas:[1567]

> Usualmente lo que interesa al comitente es la persona del prestador pues sus servicios constituyen una razón fundamental para la celebración del contrato. En efecto, un locador de servicios o un contratista de obra, lo mismo que el mandatario, el depositario o quien interviene como obligado en el secuestro son ordinariamente buscados debido a su experiencia, su seriedad, su capacidad de trabajo, sus conocimientos y su solvencia moral. Se trata de la celebración calificada desde tiempo atrás por la doctrina como *intuito personae*. No es, pues, de extrañar que el Código haya dispuesto en este artículo que la muerte o incapacidad del prestador producen la extinción del contrato, a no ser que sus cualidades personales no hubiesen sido consideradas como su motivo determinante. A lo dicho agregamos que en caso de duda se estará a lo que dispone la primera parte del artículo 1763,

1567 Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Op. cit.*, tomo III, p. 88.

ESTUDIO MARIO CASTRO TREVE

pues sanciona una regla general, en tanto que la salvedad hecha al final del dispositivo es una excepción.

Por las consideraciones anteriormente vertidas y siendo la prestación de servicios ordinariamente un contrato de confianza, el prestador debe satisfacerla personalmente y no puede encomendarla a una tercera persona, sin la autorización del comitente.

Antes de concluir nuestros comentarios sobre este particular, simplemente deseamos efectuar una precisión en el sentido de que si los servicios materia del contrato hubiesen concluido en la elaboración de una obra y esta obra ya se encontrara terminada, será evidente que si la obligación hubiera sido *intuitu personae*, ya habría dejado de serlo, convirtiéndose en una obligación no sólo susceptible de cumplirse por los herederos del deudor, sino, además, que incluso se transmite a los herederos de dicho deudor, pues el carácter *intuitu personae* en la elaboración de una obra radica en hacer la obra misma, pero no en entregar aquello que ya se hizo. Esto último puede ser cumplido por cualquier persona.

14. Apreciación final sobre las disposiciones generales de los contratos de prestación de servicios

El lector habrá podido percibir que al analizar cada uno de los preceptos de las disposiciones generales relativas a todos los contratos de prestación de servicios hemos llegado a la conclusión expresa de que la mayoría de ellos no deberían haber sido incluidos en el Código Civil.

Tal vez no hayamos sido tan categóricos en nuestro análisis de los artículos 1755, 1756 y 1757. Sin embargo, el defecto conceptual contenido en el artículo 1755, al deslizar la idea de la existencia de obligaciones de medios y obligaciones de resultados, nos lleva a pensar que hubiera sido preferible no introducir la citada e inútil clasificación de las obligaciones en el Código nacional.

Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 1756 establece una enumeración de los contratos de prestación de servicios nominados, estimamos que la misma no resulta indispensable en la medida en que a partir del artículo 1764 se empieza a desarrollar el tema de la locación de servicios y los demás contratos típicos de esta naturaleza.

Finalmente, el artículo 1757, al hacer de aplicación las disposiciones contenidas en el capítulo relativo a las disposiciones generales de prestación de servicios a aquellos contratos atípicos de prestación de servicios, no aporta algo nuevo.

Decimos esto por dos razones. La primera consiste en que las disposiciones generales son —como lo hemos dicho— reiterativas y, por tanto, inútiles. Y, en segundo lugar, porque dicha norma deviene en innecesaria dada la existencia del precepto general contenido en el artículo 1353 del propio Código, el mismo que establece que: «Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección (el precepto se refiere a la sección primera, relativa a los Contratos en General, del Libro VII, referido a las Fuentes de las Obligaciones), salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato».

En resumen, consideramos que el capítulo primero, referido a las disposiciones generales de los contratos de prestación de servicios, vale decir, los artículos 1755 a 1763, es prescindible y que el Código Civil pudo haber comenzado el tratamiento de la materia, refiriéndose específicamente en detalle a cada uno de los contratos, como lo hace a partir del artículo 1764.

Estimamos que en esta materia hubiera bastado con el tratamiento que el propio cuerpo sustantivo otorga a las obligaciones de hacer y de no hacer, al acto jurídico y a los contratos en general.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El contrato de locación de servicios

1. Importancia

Rezzónico[1568] afirma que la extraordinaria relevancia jurídica y económica del contrato de locación de servicios se comprende con el solo pensar que apenas existirá una persona que, en alguna manera y medida, no se sirva de la actividad de algún semejante, sea éste un carpintero, un abogado, un electricista, un médico, etc.

La realidad nos muestra que existen, en gran número, obreros especializados o técnicos o profesionales liberales —entendidos estos últimos en su acepción clásica o tradicional— que se han alejado del régimen laboral. De allí que hoy es normal observar la diaria celebración de este contrato civil, que, lejos de encontrarse en su ocaso, ha acentuado su vigencia y, por ende, se ha acentuado también la necesidad de su estudio.

Esta primera aproximación a la figura contractual de la locación de servicios, aunque correcta, resulta imprecisa en tanto existen otros contratos que comparten esa idea central por ser también subcategorías del contrato genérico de prestación de servicios.

1.1. Diferencia con otras figuras

Por lo expuesto consideramos relevante, como paso previo al examen y análisis de la locación de servicios, distinguirlo de esas otras figuras, esto es, del contrato de obra, del mandato, del depósito y del contrato de secuestro. Asimismo, creemos necesario diferenciarlo del contrato de trabajo.

1.1.1. Con el contrato de obra

Saber si una persona cumple con una prestación como locador de servicios o como comitente de un contrato de obra resulta por demás importante, pues ambas figuras, aunque comparten rasgos comunes, dan lugar a consecuencias jurídicas distintas.

Entendiendo la trascendencia y el interés práctico de tal diferenciación hemos optado por bordar el tema en el siguiente capítulo, esto es, en el capítulo reservado para el análisis y estudio del contrato de obra, al cual nos remitimos.

1568 Rezzónico, Luis María. *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*, p. 479.

FCJSyD MARIO CASTILLO FAYRE

1.1.2. Con el contrato de mandato

Pese a que ambos coinciden al tratarse de contratos que se fundan en la prestación de un servicio, es fácil advertir una importante diferencia que justifica la autonomía de ambas figuras. Tal diferencia se encuentra dada por el hacer objeto de la prestación.

Mientras en el mandato, el hacer se va a concretar siempre en la realización de actos jurídicos que, mediando o no representación, se ejecutarán para el mandante y por cuenta de él; en la locación de servicios, en cambio, no hay realización de actos jurídicos por cuenta del locatario y el hacer se traduce en la realización de simples actos lícitos en beneficio de éste.[1569]

Aunque el mandatario puede realizar accesoriamente actos materiales necesarios para su misión, lo cierto es que el mandato sigue siendo esencialmente caracterizado por la celebración de actos jurídicos. De igual manera, pese a que el locador puede celebrar actos jurídicos en nombre del comitente, necesarios para la realización de los actos materiales a los que se obligó, su misión sigue siendo esencialmente caracterizada por la ejecución de éstos.[1570] [1571]

1.1.3. Con el contrato de depósito

El depósito y la locación de servicios se distinguen en que el primero es esencialmente gratuito, no obstante en ocasiones puede ser retribuido, por lo que dicha distinción no es del todo absoluta.

Es por ello que la distinción central entre ambos contratos se basa, precisamente, en el hacer que es objeto de su prestación. En el depósito se trata de conservar una cosa para restituirla oportunamente a su dueño; en la locación de servicios implica la ejecución de actos para prestar un servicio.

1.1.4. Con el contrato de secuestro

El contrato de secuestro se define como aquel en virtud del cual dos o más personas confían a un tercero la custodia y conservación de un bien o una pluralidad de bienes, respecto de los cuales existe controversia, con la obligación de entregarlos a quien corresponda, una vez que haya quedado definida.[1572]

1569 Etcheverry, Raúl Aníbal. *Derecho Comercial y Económico. Contratos. Parte especial*. Buenos Aires: Astrea, 1991, p. 226.

1570 Sanguineti Raymond, Wilfredo. *Op. cit.*, p. 53.

1571 En ese mismo sentido, Roque Garrido señala que no puede considerarse que existe mandato cuando un dependiente tiene la facultad de vender a nombre del dueño del negocio; en ese caso hay relación laboral de dependencia o una relación de locación de servicios y, en realidad, la voluntad del dueño del negocio es la que origina la celebración del contrato. Ello no excluye que a ciertos empleados o locadores, debido a su cargo, se le puedan otorgar mandatos especiales (Garrido, Roque. *Contratos típicos y atípicos*. Buenos Aires: Universidad, 1984, p. 122).

1572 Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Op. cit.*, tomo III, p. 213.

A partir de esta definición podemos observar que el secuestro y la locación de servicios se distinguen en que el primero tiene como prestación la ejecución de una tarea específica, mientras el segundo puede dar lugar a la ejecución de cualquier actividad.

A ello se suma que el secuestro implica la presencia de más sujetos que forman parte de la relación jurídica. Los depositantes necesariamente deben ser dos o más puesto que, y he aquí otra diferencia, este contrato supone la existencia de una controversia respecto del bien que se entrega al depositario.

De lo anterior también se desprende que se distinguen en que en el secuestro es necesario que exista un bien sobre el cual haya controversia, lo que no es necesario en la locación de servicios.

Por último, se distinguen en que mientras la locación de servicios se caracteriza por su carácter consensual, el contrato de secuestro se caracteriza por ser formal *ad solemnitatem*, exigiéndose que sea escrito bajo sanción de nulidad.

1.1.5. Con el contrato de trabajo

Es indiscutible que la coincidencia de elementos comunes en el contrato de trabajo y en el contrato de arrendamiento de servicios dificultan considerablemente la delimitación de ambas figuras jurídicas.

El contrato de locación de servicios y el contrato de trabajo tienen de común la prestación de servicios retribuidos por cuenta de otro, pero se diferencian sustancialmente porque en el primero no se da la nota tipificadora del contrato de trabajo, esto es, la dependencia o subordinación.

La locación de servicios se encuentra, en cambio, caracterizada por la prestación de unos servicios con carácter autónomo, en los que se trabaja por cuenta propia, pero para otro.

Al respecto, Etcheverry[1573] destaca que el contrato de trabajo y el de locación de servicios se distinguen por cuanto en el primero existe una triple subordinación —técnica, económica y jurídica— que no existe en la segunda, que se caracteriza por la igualdad de las partes:

- Por la subordinación técnica, el trabajador debe ejecutar su trabajo según la metodología y dentro del sistema productivo montado por su empleador. En el caso de que el servicio prestado por el trabajador sea inmaterial o intelectual, si bien no habrá sometimiento técnico en cuanto a la forma de realizar la actividad, sí lo habrá en orden a que la tarea deberá conformarse a los objetivos señalados por el empleador y adecuarse a su política empresarial y a las pautas de producción por él fijadas.

1573 ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. *Op. cit.*, pp. 228 y 229.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Por la subordinación económica, el obrero tiene como fuente principal de ingresos, y en muchas ocasiones como única fuente, la prestación laboral que realiza, cuestión sociológica que se conecta con la continuidad y estabilidad en el empleo.
- Por la subordinación jurídica, el trabajador se encuentra sometido a la autoridad de su patrón.

Spota[1574] asevera, por su parte, que la subordinación es jurídica, no siendo necesario que exista también dependencia económica. Afirma que si bien, con frecuencia, la subordinación jurídica va ligada a la subordinación económica, tal vínculo no es esencial. Aunque el contrato de trabajo nos pone en presencia de la situación de una persona que necesita contar con la remuneración constituida por el precio de ese trabajo para poder subsistir, es posible también concebir un trabajador de alta potencia patrimonial y, a pesar de ello, encontrarse jurídicamente subordinado al principal. Es el caso, por ejemplo, del abogado, que tiene un buen patrimonio y, no obstante esto, se desempeña en el ámbito de una empresa privada. No depende económicamente de su empleador, pero sí se encuentra en dependencia jurídica, quedando sujeto a las órdenes e instrucciones de aquel en cuanto a la ejecución.

Javier Neves Mujica[1575] define a la subordinación como un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero ofrece su actividad al segundo y le confiere al otro el poder de conducirla. Sujeción, de un lado, y dirección, del otro, son, por consiguiente, los dos aspectos centrales del concepto de subordinación.

El poder de dirección que el empleador adquiere a partir del contrato de trabajo se plasma en algunas atribuciones y se somete a ciertos límites.

En lo que se refiere al contenido del poder de dirección, según la doctrina, este le permite al empleador dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador.

Claro está que el empleador, al desempeñar su poder de dirección, debe hacerlo dentro de determinados marcos o, de lo contrario, incurriría en ejercicio irregular de su derecho. Si bien puede disponer de la actividad del trabajador, no puede disponer de la persona del mismo, sino que debe respetar el ordenamiento laboral y los derechos fundamentales del trabajador.

La subordinación no es un rasgo propio del contrato de locación de servicios pues, como todos los contratos que se encuentran regulados en el Código Civil, está concebido sobre la base de la igualdad de las partes. La subordinación de un sujeto a otro, más allá del consentimiento que impone toda obligación que debe

1574 Spota, Alberto G. *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*, vol. V, p. 180.

1575 Neves Mujica, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2003, p. 31.

ser cumplida en principio según lo acordado, es ajena a la naturaleza de esta figura contractual.

2. Concepto

De conformidad con lo establecido por el artículo 1764 del Código Civil de 1984: «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».

Del concepto anotado se deduce claramente la existencia de dos partes en el contrato de locación de servicios. Una de ellas es el locador y la otra, el comitente.[1576]

El locador se obliga a ejecutar determinados servicios o abstenciones a favor del comitente.

En ese orden de ideas, el maestro León Barandiarán enfatiza que el autoservicio que una persona se preste a sí mismo, como la producción que para sí mismo realice, o todo trabajo que revierta para sí y en su beneficio, están, pues, fuera de la relación jurídica que se forma en un contrato de locación de servicios. El servicio no se presta para sí mismo, sino que se realiza por cuenta de otra persona.[1577]

De la definición establecida en la norma transcrita es posible identificar, en palabras de Wilfredo Sanguineti,[1578] tres elementos que individualizan esta figura contractual: la obligación del locador de prestar sus servicios al comitente, la obligación de éste de pagar al primero una retribución y la ausencia de un vínculo de subordinación entre ambos contratantes.

Con relación al carácter oneroso de este contrato, León Barandiarán[1579] sostiene que el prestador del servicio, esto es, el locador, realiza su trabajo a favor de otra persona por una determinada retribución que esta última, el comitente, debe pagar.

Rezzónico[1580] se pronuncia en el mismo sentido al afirmar que, por definición, este contrato es a título oneroso, pues «las ventajas que cada una de las partes obtiene del contrato tienen su contrapartida o correlativo en las que a su vez obtiene la otra parte, y resultan de una prestación que cada uno de los contratantes

1576 La Sala Civil Permanente, en la Casación n.° 4511-2006-Lima, de 11 de enero de 2007, define al contrato de locación de servicios como aquél por el cual, una persona se obliga a prestar sus servicios a otra, sin estar subordinado a ella, por cierto tiempo o para un trabajo determinado y a cambio de una retribución; siendo el objeto de la prestación un servicio y la contraprestación, una retribución. Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1259.

1577 León Barandiarán, José. *Tratado de Derecho Civil*. Lima: WG Editor, 1992, tomo V, p. 442.

1578 Sanguineti Raymond, Wilfredo. *Op. cit.*, p. 245 y ss.

1579 León Barandiarán, José. *Tratado de Derecho Civil*, tomo V, p. 449.

1580 Rezzónico, Luis María. *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*, p. 486.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ha hecho o se obliga a hacerle al otro: el locatario recibe el servicio pero paga su precio; el locador hace el servicio, pero recibe su precio».

Respecto de este tema debemos decir que, en efecto, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1764 antes citado, si tomamos la norma en su tenor literal, deberíamos concluir en que el contrato de locación de servicios es celebrado siempre a título oneroso, ya que se hace referencia a la retribución que deberá pagar el comitente al locador.

Sin embargo, consideramos que constituye un error conceptual por parte del legislador de 1984 el haber establecido el carácter oneroso de este contrato, pues, como hemos visto al comentar los preceptos generales de los contratos de prestación de servicios, ello ha conducido a diversos profesores nacionales a sostener que un contrato de estas características, pero en el que no se pactara una retribución, no tendría la naturaleza jurídica de los contratos de prestación de servicios. Concretamente, deberíamos decir que un contrato en el que una persona se obligue gratuitamente frente a otra a la realización de un servicio o de una abstención sí sería una locación de servicios y no un contrato atípico.

Ello por considerar que los contratos de prestación de servicios no son —por esencia— onerosos, sino sólo lo son por naturaleza. Esto significa que sería absolutamente normal que las partes convinieran un contrato de estas características que se celebrara a título gratuito, conservando dicho contrato la referida naturaleza jurídica.

Negar la existencia de la locación de servicios gratuita equivaldría a sostener que un abogado que se obliga a llevar gratuitamente un proceso judicial a favor de un familiar suyo no estaría celebrando un contrato de locación de servicios propiamente dicho, sino un contrato atípico.

Pensamos que tanto la fuerza de la costumbre como de los argumentos teóricos que abonan a favor de nuestra posición hacen que no exista la menor duda en cuanto a los alcances de la naturaleza jurídica de la locación de servicios gratuita.

3. Objeto de las prestaciones de los contratantes

En el contrato de locación de servicios, el locador debe ejecutar una obligación de hacer o de no hacer.

Sin embargo, y siempre recusando la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultados, debemos precisar que las obligaciones de hacer a que nos estamos refiriendo no deben ser de aquellas que concluyan en un dar, en donde aquello que se dé pueda ser considerado como el aspecto más relevante o importante de la obligación.

En lo que respecta al contenido de la retribución del comitente, ella podrá consistir en cualquier bien o conjunto de bienes, a pesar de que en la mayoría de casos consistirá en dinero.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En general, la doctrina suele sostener que la retribución del servicio consiste en dinero, no obstante, ello no es necesario en todos los casos. Así, la gran mayoría de autores afirman que la retribución bien podría consistir, total o parcialmente, en otorgamientos de cuidados especiales, alimentación o especies, advirtiendo con ello que es necesaria una compensación por la prestación del servicio y que aquélla puede ser cualquier clase de contraprestación, y no simplemente en dinero.[1581]

Sobre el particular debemos mencionar lo dispuesto por el artículo 1765 del Código nacional, norma que establece que: «Pueden ser materia del contrato toda clase de servicios materiales e intelectuales».

Como es evidente, el citado artículo del Código peruano no excluye ninguna prestación para que pueda ser objeto del contrato de locación de servicios, comprendiendo dentro del ámbito de dichas prestaciones todos los servicios materiales e intelectuales.

Sobre el particular, León Barandiarán[1582] sostiene que el objeto del contrato de locación de servicios, es decir, la actividad de trabajo que debe realizar el servidor puede referirse a cualquier trabajo (siempre, naturalmente, que, por aplicación de las reglas generales, no sea inmoral, contrario al orden público o imposible); puede ser material, intelectual o mixto. Puede consistir en un solo hecho —como llevar un mensaje o absolver una consulta— o una serie de hechos sucesivamente realizables —como de una causa judicial— hasta que, por vencimiento del plazo convenido o por terminar la necesidad del servicio, éste concluye. Tal servicio impone el deber de ser realizado en el tiempo, modo, lugar, como resulta de lo convenido expresa o tácitamente. Subsidiariamente se considera la naturaleza de la prestación de que se trate o la costumbre y los usos mercantiles.

Debemos indicar que, según refiere López de Andrade,[1583] para algunos estudiosos la separación entre trabajo intelectual y trabajo manual tiene sus orígenes en la tradición escrita de la aristocracia instituida en la Grecia primitiva o de la cultura aristocrática helénica —Homero—, a través de la *Odisea*, contraponiéndose a la versión de Hesíodo. Aristóteles, en el Libro Primero de la *Política*, sostiene que existen esclavos y hombres libres por la propia obra de la naturaleza. El esclavo es así un instrumento, una propiedad viva. Como instrumento, el trabajador es siempre el primero de todos. En la era del Derecho Romano y sus etapas se consolida el sistema *ius* romano y su cuadro del régimen servil de trabajo y la clásica distinción entre el *locatio conductio operis* y el *locatio conductio operarum*. La cultura dominante, en la era romana, también establecía la diferencia

1581 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*, tomo V, p. 450.

1582 *Ibidem*, p. 447.

1583 LOPES DE ANDRADE, Everaldo Gaspar. «La dimensión ético-social del trabajo humano en el contexto de la sociedad post-industrial». En: *Work as key to the social question. The great social and economic transformations and the subjective dimension of work*. Recuperado de http://www.stthomas.edu/cathstudies/cst/mgmt/LE/papersnp/lopes.htm

entre trabajo intelectual ejecutado por los profesionales liberales —retóricos, gramáticos, geómetras, médicos, abogados, etc.— que recibían una remuneración llamada *honorarium* —no aparecía como una *merces*, sino un *honor*—. Esfuerzo del donante a través del trabajo corporal merecía salario —constituía un verdadero *deshonor* el reclamar la paga de un trabajo intelectual—. Es conocida la clásica expresión de Cicerón según la cual se considera sórdido *el gano* de todos los trabajadores asalariados.

Como recuerda Sanguineti,[1584] de esta manera si bien el origen de la distinción entre actividad intelectual y actividad material parte de Grecia, se plasma propiamente en el Derecho Romano. En ese tiempo, el servicio intelectual no podía ser objeto de un contrato, mientras que las tareas materiales eran propias de una economía basada en la esclavitud, lo que llevó a un sector de la doctrina a negar la existencia del contrato de locación de servicios.

Agrega que esa doctrina que realiza una neta separación entre la actividad intelectual y la actividad material perdura a través del tiempo y llega a la misma doctrina clásica francesa, donde se afirma que los servicios intelectuales no pueden ser objeto de este contrato, que la promesa de efectuar un servicio intelectual, la promesa de realizar una operación quirúrgica, la promesa de cargar con la defensa de un acusado, no es posible de ser compulsivamente exigida, ni apreciado el servicio en numerario. No obstante, también se sostenía que una vez prestado el servicio sí existía causa para que sea remunerado.[1585]

Como bien subraya Spota,[1586] dicha doctrina resultaba entonces contradictoria al afirmar, por un lado, que no existía contrato y, por otro, que se tenía derecho a exigir el precio del servicio que se había prestado.

Hoy esa distinción se encuentra superada de manera que se admite que tanto la actividad material como la intelectual puedan ser objeto de un contrato de locación de servicios.

En este punto de nuestro análisis resulta necesario efectuar una observación en el sentido de que no debe asumirse por servicio material aquél que implica la realización una obra terminada. Si este fuese el caso, nos encontraríamos dentro del contrato de obra, y ya no estaría presente la distinción que en los planos teórico y práctico se tiene entre los contratos de locación de servicios y de obra, la misma que se encuentra plasmada legislativamente en el artículo 1771 del Código nacional, precepto que define el contrato de obra como aquel por el cual el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución.

1584 Sanguineti Raymond, Wilfredo. *Op. cit.*, p. 54.
1585 Spota, Alberto G. *Contratos. Instituciones de Derecho Civil.* vol. V, p. 179.
1586 *Idem.*

La referencia del artículo 1765 a los servicios materiales se dirige, fundamentalmente, a los casos en los cuales el locador debe realizar servicios que impliquen básicamente la ejecución de esfuerzos de orden físico, por oposición a aquéllos de orden intelectual.

Si bien es cierto que resulta difícil distinguir entre esfuerzos físicos e intelectuales, podríamos acercarnos al tema señalando que los esfuerzos físicos son aquellos en donde se van a seguir determinadas pautas, muchas veces conocidas de antemano, para lograr la realización del servicio, no implicando un esfuerzo intelectual notable en el locador que imprima su sello personal en la realización del referido servicio.

Veamos algunos ejemplos.

Si se tratara de un pintor que es contratado para pintar la fachada de un inmueble, resulta claro que si bien dicha persona deberá conocer las técnicas más adecuadas para pintar una casa (técnicas que no todos conocemos), conocidas esas técnicas, el principal esfuerzo que va a realizar el pintor será de orden material o físico, ya que no tendrá que hacer un minucioso análisis intelectual de cómo pintar cada metro cuadrado de esas paredes. Con lo expresado no estamos negando, de manera alguna, que dicho pintor realizará también un esfuerzo intelectual, pero creemos que el lector coincidirá con nosotros cuando sostenemos que la labor de ese pintor va a ser fundamentalmente automática, sin necesidad de realizar un mayor razonamiento intelectual.

Lo que queremos expresar es que primará abrumadoramente el esfuerzo físico que deberá realizar ese pintor con relación al esfuerzo intelectual que hará para ejecutar la prestación debida.

Caso contrario sería el del médico cirujano que se obliga a realizar una operación de alta cirugía con respecto a un paciente.

Pueda que la operación sea extremadamente complicada y que dure varias horas.

Puede ocurrir también que el mencionado cirujano deba realizar durante el lapso de la operación un esfuerzo físico considerable.

Sin embargo, en estos casos el Derecho estima que a pesar de la importancia de los esfuerzos físicos desplegados, imprimirá rasgo característico a la prestación ejecutada por dicho médico el despliegue de sus actividades y destrezas intelectuales, las mismas que, obviamente, van a tener una materialización concreta en la operación que realizará al paciente.

Similar sería el caso del abogado que es contratado por un cliente para rendir un informe oral ante los tribunales de justicia. En este supuesto nadie dudará que el abogado deberá realizar un esfuerzo físico y material para la preparación de dicho informe oral.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Deberá consultar, como es evidente, diversas normas legales, libros, artículos de revistas, fallos jurisprudenciales, tener reuniones con otros miembros de su estudio, dictar a su secretaria los lineamientos generales de su informe oral y demás actividades conducentes a una adecuada ejecución de la prestación debida.

Todo lo que ha sido mencionado hasta este punto constituyen labores de orden material, en donde, evidentemente, primará un acento intelectual, consistente en los conocimientos y destrezas del abogado para manejar las fuentes a que hemos hecho referencia.

Y, sin lugar a dudas, uno de los puntos más notorios del trabajo que tendrá que realizar ese profesional consistirá en la formulación lógica, ordenada, a la par que persuasiva, de los argumentos trabajados previamente, durante la exposición del informe oral para cuya sustentación fue contratado.

De los ejemplos expuestos, incluyendo los del pintor, del médico y del abogado, el lector podrá apreciar que no podría llegarse a la conclusión de que los servicios que son calificados como materiales prescindan de algún aspecto intelectual; eso sería, simplemente, imposible.

Asimismo, tampoco se podría llegar a la conclusión de que los esfuerzos de índole intelectual estén ausentes de aspectos de orden material, ya que todo esfuerzo intelectual, salvo que consista en un pensamiento no transmitido, deberá tener un correlato en la realidad, vale decir, un correlato material.

De lo expuesto se podría llegar entonces a una primera conclusión, en el sentido de que los aspectos material e intelectual son indesligables en la locación de servicios.

En segundo lugar, resulta necesario indicar cuál es el criterio que debe primar para la calificación de un servicio, ya sea como material o intelectual.

De esta manera, como bien subrayan Arias-Schreiber y Cárdenas,[1587] la

> [...] energía humana al servicio de los demás se presta mediante una labor que tiene contenido material e intelectual, primando uno sobre otro y así, recíprocamente. No podemos afirmar, por consiguiente, que hay locaciones en las que la labor sea estrictamente material y en otras intelectual. Lo que realmente sucede es que una prevalece sobre la otra y no es corriente —aunque desde luego factible— que exista equilibrio entre uno y otro factor. Cuando un peón o albañil es contratado para efectuar determinado trabajo sin que haya dependencia, lo material es proporcionalmente más intenso que lo intelectual, sin que se descarte esto último. Nos encontramos, en cambio, con una relación en la que prevalece la labor intelectual cuando se contratan servicios independientes de un abogado, pero sin que pueda afirmarse que no prestará en la prestación algún elemento material.

1587 Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Op. cit.*, tomo III, p. 92.

A nuestro entender, para dar respuesta a este punto resultará necesario apreciar dos aspectos. Uno de ellos será la mayor proporción de esfuerzo intelectual sobre el esfuerzo material que deberá desplegar el deudor. El otro aspecto consistirá, necesariamente, en el volumen o cantidad de conocimientos que debe haber adquirido dicho deudor para realizar el servicio.

Si bien es cierto que este último punto no constituye elemento mayoritario en doctrina, consideramos que resulta plenamente aplicable al caso, en la medida que se podrá apreciar que es prácticamente regla general el que los denominados servicios de carácter intelectual requieren de una preparación y de un nivel de conocimientos lo suficientemente grande y específico, que haga muy difícil que cualquier persona pueda realizar una labor similar con una escasa preparación.

Lo que acabamos de afirmar, por otra parte, nos va a conducir necesariamente al tema de las obligaciones que pueden ser ejecutadas por cualquiera y de aquéllas *intuitu personae*.

Antes de culminar el análisis de este punto, debemos resaltar nuevamente que los servicios objeto de este contrato pueden ser de cualquier tipo, siempre que reúnan los requisitos generales de todo contrato, esto es, posibilidad, licitud y determinación o determinabilidad.

4. Características del contrato de prestación de servicios

En este punto seguiremos, como siempre, las enseñanzas de nuestro maestro, el profesor Manuel de la Puente y Lavalle.

4.1. En cuanto al nombre

La locación de servicios es un contrato nominado.

Esta característica reviste importancia por cuanto, como destaca Etcheverry,[1588] la locación de servicios aparece en los negocios de la vida moderna integrando un sinnúmero de contratos innominados, tanto típicos como atípicos, en los que se entremezcla con otras figuras jurídicas —contratos complejos o combinados—, los cuales cuando sea el servicio lo que prevalezca o cuando se planteen cuestiones que atañen directamente a él, deberán resolverse, en principio, por las normas que regulan 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

1588 Etcheverry, Raúl Aníbal. *Op. cit.*, p. 232.

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 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 plena autonomía conceptual.

4.2. En cuanto a su regulación

Por su regulación, la locación de servicios es un contrato típico, encontrándose regulado en el Código Civil.

Independientemente de la denominación que ha recibido el contrato de locación de servicios a lo largo del proceso codificador nacional, mereció regulación legislativa desde el Código Civil de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, el mismo que, confundiendo el contrato de locación de servicios y el 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. Se observa, por consiguiente, que este cuerpo normativo siguió un esquema idéntico al impuesto por el Código de Napoléon.

Debemos precisar que, en sentido estricto, dentro de este esquema, sólo son locación de servicios las que se ocupan de los domésticos, por cuanto las secciones dedicadas a los operarios y portadores se encargan de regular, en realidad, la locación de obra.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es de resaltar, asimismo, que en aquella sección dedicada a los domésticos, la locación de servicios tenía como objeto la prestación subordinada de servicios.

El Código Civil de 1936 legislaba sobre este contrato entre sus numerales 1547 y 1552. En estas normas se reglamentó, aunque no se definió, la locación de servicios.

Las disposiciones allí estipuladas eran de aplicación a toda relación que tenga por objeto una prestación personal de servicios, incluyendo las prestaciones de servicios de los obreros y domésticos como las propias de los empleados, técnicos y profesionales.[1589]

El Código Civil de 1936 reviste particular importancia, principalmente porque, a diferencia de sus predecesores, legisla de manera independiente el contrato de locación de servicios y el de trabajo, los que ubica en títulos distintos.

Por su parte, el Código Civil de 1984 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.

4.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, la locación de servicios es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

4.4. En cuanto a su contenido o área

Por su contenido o área, la locación de servicios puede ser un contrato civil, mercantil o revestir naturaleza especial.

4.5. En cuanto a su autonomía

La locación de servicios es un contrato principal puesto que no depende jurídicamente de otro contrato.

Etcheverry[1590] subraya en este punto que aun en los supuestos en los que la locación de servicios aparezca integrando un contrato innominado típico o uno atípico mixto, junto con otras figuras contractuales, sigue conservando su condición de especie autónoma, por cuanto, en los que tenga de servicio, aquella relación contractual más amplia se regirá en principio por las normas de la locación, salvo regulación expresa.

1589 Sanguineti Raymond, Wilfredo. *Op. cit.*, p. 85.

1590 Etcheverry, Raúl Aníbal. *Op. cit.*, p. 233.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.6. En cuanto a su formación

La locación de servicios es un contrato fundamentalmente consensual, pero, no obstante ello, nada impediría que las partes conviniesen alguna formalidad especial para su celebración.

Basta entonces el simple consentimiento recíproco de las partes, el simple acuerdo de voluntades, para que quede formalizado y las obligaciones que de él emerjan resulten exigibles.

Siguiendo a Rezzónico,[1591] es posible advertir que el contrato de locación de servicios ni siquiera pierde ese carácter consensual cuando el servicio deba prestarse sobre una cosa que el locador deba recibir del comitente, en tanto esa entrega no constituye un requisito previo de la formación del contrato, sino sólo una consecuencia virtualmente comprendida en la voluntad de los contratantes. Así, por ejemplo, cuando se contrata los servicios de un guardián para cuidar una casa, es de toda obviedad que el locador deberá ser puesto en la tenencia de la cosa para que pueda prestar el servicio. No obstante, resulta también evidente que el contrato se ha formado desde el momento mismo en que se produce el acuerdo o consentimiento recíproco de los contratantes.

No existe discrepancia en doctrina acerca de que este contrato puede celebrarse por escrito o verbalmente, e, inclusive, el acuerdo de las partes puede ser tácito. La doctrina no discrepa en este aspecto, coincidiendo así con la jurisprudencia y con la legislación que no exigen tampoco ninguna formalidad determinada para celebrar este tipo de contrato, siendo frecuente que dicha celebración se realice verbalmente.

Cabe precisar que como lógico corolario de lo expuesto se comprende que la prueba de la existencia de este contrato pueda realizarse por cualquier medio probatorio legal, con arreglo a las normas generales sobre la materia, reconociéndose también que, como es obvio, la carga de la prueba incumbe a la parte que invoca el contrato, según las reglas que rigen el *onus probandi*.[1592]

4.7. En cuanto al tiempo

La locación de servicios es, en esencia, un contrato de duración o tracto sucesivo, ya que la ejecución del servicio se prolongará en el tiempo, encontrándose en ejecución permanente o periódica todo el tiempo que dure la relación.

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 puede 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

1591 Rezzónico, Luis María. *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*, p. 486.
1592 *Ibidem*, p. 532.

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 el 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 tiempo o para una empresa determinada. Agregaba este Código —en su artículo 1634— que los criados, de cualquier clase que sean, podrían ser despedidos en todo tiempo, aunque no se exprese la causa, pagándoles su jornal o salario devengado. En tanto, el artículo 1635 señalaba que podrían 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 el mencionado Código, en su artículo 1551, que este contrato se acaba por la muerte del locador.

Finalmente, el Código de 1984 establece que el plazo máximo del 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 sólo 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).

4.8. En cuanto a su negociación

El contrato de locación de servicios es, fundamentalmente, uno de negociación previa.

Sin embargo, también se presentan en la práctica contratos de este tipo celebrados con cláusulas generales de contratación o por adhesión.

4.9. En cuanto al rol económico

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

ESTUDIO MANUEL CASTILLO FREYRE

convenciones de *doy para que hagas*, *hago para que des*, *doy para que hagas*, *no hago para que des*, *hago para que hagas*, *hago para que no hagas* y *no hago para que hagas*.[1593]

Si bien la cooperación es exigible en toda obligación, por cuanto el acreedor debe facilitar el cumplimiento de la prestación que le es debida y lo llevara a la obtención de ese fin determinado, en este tipo de contratos alcanza una gran relevancia.

4.10. En cuanto a su función

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

4.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Por los sujetos a quienes obliga, 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).

Nuestro Código Civil no establece normas especiales respecto de la capacidad necesaria de las partes para celebrar este contrato. Resulta evidente, sin embargo, que las reglas exigidas para celebrarlo no difieren de las normas generales aplicables a la celebración de todo acto jurídico.

Las personas que no tengan plena capacidad para contratar únicamente podrán hacerlo a través de sus representantes legales o con ayuda de las personas que indica la ley.

4.12. En cuanto a la prestación

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

1593 La Casación n.° 2814-2001-Callao, de 4 de febrero de 2002, de la Sala Civil Transitoria, ha señalado que la falta de determinación de la retribución en este tipo de contratos no conlleva su inexistencia, por el contrario, puede suplirse tal omisión, «sea mediante la aplicación de tarifas profesionales, los usos o en relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados, por lo que no puede concluirse que (...) el contrato innominado "doy para que hagas" no existe». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1261.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

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 ella no pudiera determinarse según las tarifas profesionales o los usos, será fijada con relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados (artículo 1767).

No obstante todo lo dicho, cabe recordar 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 Civil 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 con relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados.

Antes de concluir el punto, queremos hacer mención a que el artículo 1765 del Código Civil vigente prescribe que puede 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.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

4.13. En cuanto a la valoración

La prestación de servicios, de acuerdo con 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.

A cada uno de los contratantes le es concedida una ventaja gracias a la contraprestación que asume el otro.

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.

4.14. En cuanto al riesgo

La locación de servicios es un contrato fundamentalmente conmutativo, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano.

Rezzónico[1594] advierte sobre este punto que «no existe álea de ninguna naturaleza y las ventajas que extraen los contratantes no están libradas a la eventualidad o al albur de algún acontecimiento, sino que desde el principio del contrato cada uno de ellos sabe que debe cumplir las prestaciones respectivas: prestar el servicio, el locador; pagar su precio, el locatario».

Sin embargo, por lo general, no se plantea 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.

4.15. En cuanto a sus efectos

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

El contrato de locación de servicios da lugar al nacimiento de una serie de obligaciones de cada una de las partes y, por ende, de una serie de derechos.

Y es que debemos tener presente que las obligaciones de las partes no se agotan en la prestación del servicio (locador) y el pago de la retribución del mismo (comitente), que si bien constituyen las obligaciones esenciales que se desprenden de este contrato, no son las únicas.

Como aquéllas no se encuentran establecidas de manera específica en nuestro Código Civil, resultan de aplicación los principios generales sobre los efectos de las obligaciones y de los contratos.

1594 Rezzónico, Luis María. *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*, pp. 486 y 487.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Juzgamos conveniente subrayar que en caso de que el incumplimiento o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de alguna de estas obligaciones genere un daño, éste deberá ser resarcido de acuerdo con los principios propios de la responsabilidad civil contractual.

4.15.1. Obligación principal del locador del servicio

Su obligación fundamental es la de prestar el servicio, para lo cual se rige de acuerdo con las normas relativas a las obligaciones de hacer. De esta obligación se desprenden, a su vez, dos deberes.

El primero de esos deberes consiste en prestar el servicio debidamente, lo que implica que debe prestar el servicio en tiempo propio —es decir, en el plazo convenido o en el que resultara de la naturaleza del servicio y las circunstancias del caso— y del modo como fue la intención de las partes que se ejecutara.

Por ello se dice, en palabras de Rezzónico,[1595] que el locador del servicio debe prestarlo debidamente en la forma, lugar y tiempo convenidos, del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara y en ausencia de estipulación al respecto, un tiempo propio, esto es, empleando el tiempo razonablemente necesario, sin alargarlo o acortarlo indebidamente.

El segundo deber del locador del servicio consiste en prestar el servicio personalmente, cuando fue contratado teniéndose en cuenta sus cualidades personales; caso contrario, es posible aplicar lo dispuesto en el artículo 1766 del Código Civil, el cual analizaremos más adelante. Basta decir, en este punto, que el locador será responsable por el servicio ante el locatario como si lo hubiese realizado él mismo.

Asimismo, tiene la obligación de custodiar, conservar y emplear bien los materiales y útiles que el comitente le haya suministrado para la realización del servicio.

4.15.2. Obligación principal del comitente

La obligación esencial del comitente es la de pagar el servicio, la cual constituye una obligación de dar, por lo que debemos remitirnos a las normas encargadas de regular este tipo de prestaciones. Como ya indicamos, si bien dicho pago generalmente se realiza en dinero, nada impide que sea realizado en mercadería, lo importante es la existencia de la contraprestación y que se siga lo pactado.

De acuerdo con el artículo 1767 del Código Civil, si no se hubiese pactado nada respecto a la retribución, ni la misma pudiera determinarse según las tarifas profesionales o los usos, ella será fijada en relación de calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados.

1595 *Ibidem*, p. 587.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El comitente tendrá que pagar el servicio realizado, aunque el mismo no concluya en un buen resultado (no prometido), pues, como se infiere de lo desarrollado en las páginas precedentes, lo que compromete el locador es su actividad. Así, el médico no se compromete y obliga a curar al enfermo, sino que compromete sus cuidados, y el abogado no se obliga a ganar el juicio, sino a atenderlo debidamente.

El pago, en orden al tiempo en que debe realizarse, también debe ceñirse a lo pactado en el contrato. Si no hay estipulación alguna al respecto, se debe seguir los usos y las costumbres de la plaza en el oficio, profesión o tipo de servicio que se preste.

El lugar de pago se rige por las normas generales de las obligaciones y los contratos.

5. Carácter *intuitu personae* de la locación de servicios

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 1766 del Código Civil peruano: «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».

Como recordará el lector, es regla general en Derecho de Obligaciones que la prestación pueda ser ejecutada por el deudor o por un tercero.

Ya lo dice el artículo 1222 del propio Código Civil cuando expresa en su primer párrafo que: «Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impida».

Lo antes mencionado tiene fundamento en el hecho de que al ordenamiento jurídico en su conjunto le interesa que las obligaciones se cumplan, no importándole quién las cumple.

Por otra parte, es importante recordar que el pago efectuado por un tercero no tiene por qué afectar los intereses del acreedor en la medida que el acreedor va a verse beneficiado con la ejecución de la prestación conforme a los principios que inspiran el pago, vale decir: el principio de identidad, el principio de integridad, el principio de oportunidad y el principio de localización o lugar de pago.

En otras palabras, estamos diciendo que ese tercero deberá pagar al acreedor aquello que le debía el deudor y en idénticas condiciones.

Como es evidente, el principio general del citado artículo 1222 del Código Civil halla excepción en el caso de las obligaciones *intuitu personae*, que son aquellas que han sido contraídas teniendo en consideración las especiales cualidades o condiciones personales del deudor de la prestación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es claro que en el caso de las obligaciones *intuitu personae* no puede pagar cualquiera por la sencilla razón de que no da lo mismo que pague cualquiera en la medida que el pago que debe efectuar el deudor resulta irreemplazable.

No obstante lo expresado, el contrato de locación de servicios se rige por una regla especial en esta materia. Se trata del antes citado artículo 1766.

El citado numeral establece como regla que el locador debe prestar personalmente el servicio. Así, una de las características más notorias de la locación de servicios es que la prestación debe ser satisfecha por el locador, al cual se ha buscado por sus virtudes profesionales o técnicas, su experiencia, su solvencia moral, etc.[1596]

Esto significa que es regla general en este contrato el carácter *intuitu personae* de la prestación del locador.

No obstante ello, la norma admite dos excepciones a dicho carácter *intuitu personae*, pero las excepciones que vamos a mencionar no representan, de manera alguna, la posibilidad de que la prestación sea cumplida por cualquier persona distinta al locador.

De lo que se trata es de la posibilidad de que el locador se valga, bajo su propia dirección y responsabilidad, de auxiliares y sustitutos.

Pero esta participación de terceros nunca podrá ser absoluta en la medida que el locador debe tener un mínimo nivel de participación en la ejecución de la prestación debida; de otro modo, quedaría desnaturalizada la finalidad del contrato.

Decimos esto por cuanto si la participación de los terceros se diese en calidad de auxiliares, tales auxiliares serán las personas que colaboren con el locador para, conjuntamente con él, lograr la ejecución de la prestación debida.

Esto significa que los colaboradores ayudarán, pero no sustituirán la labor del locador.

Por otra parte, el artículo 1766 del Código Civil también contempla en el contrato de locación de servicios la participación de sustitutos del locador.

Como su nombre lo indica, sustituto es aquel que sustituye o reemplaza a alguien. Sin embargo, la eventual sustitución del locador por parte de un tercero, no se presentará en términos absolutos.

Se trataría de una sustitución en términos absolutos en la medida que el tercero pueda hacer todo cuanto debía realizar el locador.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1596 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. *Op. cit.*, tomo III, p. 92.

Pero ello no será así en tanto dicho tercero siempre deberá encontrarse bajo la dirección y responsabilidad del referido locador.

En otras palabras, por más que quepa la sustitución, el locador deberá vigilar y dirigir muy de cerca las labores del tercero.

Pero si nos ponemos a analizar en detalle todo lo antes expresado, podremos observar que en la medida que se permita la sustitución del locador no nos encontraremos, en estricto, ante obligaciones *intuitu personae* propiamente dichas, porque en las *intuitu personae* no cabe la ejecución por otro distinto al deudor.

De aquí que en la Exposición de Motivos del Código Civil se subraya que el fundamento de la norma que ahora analizamos se encuentra orientado a destacar que la locación de servicios es, en principio, *intuitu personae*, por tomarse principalmente en consideración la habilidad, los conocimientos o el celo del locador. Sin embargo, si resulta del contrato, en forma expresa o tácita, o de los usos, que no se requiere la actividad del locador, sino que puede ser auxiliado por otras personas, podrá el locador procurarse el auxilio si fuese compatible con la naturaleza de la prestación y siempre que continúe la dirección del trabajo y éste siga bajo su responsabilidad.

Para tal efecto bastaría con citar un ejemplo.

Si una persona contratara con un pintor para que pinte su casa, es evidente que dicho pintor sí podría valerse de auxiliares o incluso hacer que un colaborador suyo pinte la casa, bajo su supervisión y responsabilidad. Esto significa que el pintor a quien se contrató deberá cuidar que la persona que pinta la casa lo haga como si fuera él mismo.

Y esto es perfectamente posible en la medida en que estamos hablando de una obligación que puede ser ejecutada por otro y lo importante no es precisamente quién la haga, sino que se haga bien.

Distinto sería el caso del pintor que es contratado para elaborar un retrato del comitente.

En este supuesto será claro que dicho pintor habrá sido contratado en razón de sus calidades y condiciones como artista.

Con ello no estamos diciendo que el citado pintor sea la única persona capacitada para elaborar un retrato del comitente. Lo que queremos expresar es que a pesar de que existan otras personas que pinten muy bien, nadie más pintará con idéntico estilo que el pintor contratado.

Esta última es una verdadera obligación *intuitu personae*, en la cual no cabe sustitución ni vigilancia de un tercero. A lo más cabría la colaboración de terceros que ayuden al deudor con cuestiones meramente accesorias (que le sostengan la paleta, que le alcancen las pinturas, que laven los pinceles, etc.).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La colaboración referida —como bien acentúan Arias-Schreiber y Cárdenas[1597]— puede ser expresa, esto es, desprendida del texto del contrato, o tácita, o emanada de los usos y costumbres, siempre que no resulte incompatible con la naturaleza de la prestación.

Los mismos autores, siguiendo con esta línea argumentativa, aseguran que no cabe recurrir a terceros cuando ello sea incompatible con la naturaleza de la prestación, aun cuando haya sido expresamente autorizado por el contrato, pues de otro modo se estaría violentando la naturaleza de dicho contrato.[1598]

Como se señala expresamente en el artículo bajo comentario, la dirección y responsabilidad recaen siempre en el locador. Dicha responsabilidad se rige por las normas de inejecución de obligaciones, no permitiéndose la validez de cláusulas exoneratorias de la misma respecto del dolo o culpa inexcusable de los terceros de los que se vale.

6. La retribución

Aunque el precio constituye, por lo general, la obligación principal del comitente —salvo que se trate de un contrato a título gratuito— no es indispensable convenirlo de manera previa. Las partes, esto es, el comitente y el locador, pueden ajustarlo antes de prestarse los servicios, durante el servicio, o después de prestados.[1599] Ese ajuste, al ser consecuencia de la autonomía privada de los contratantes, es válido y, en consecuencia, debe ser respetado y cumplido. Pero no siempre la realidad permitirá esa flexibilidad.

También puede ocurrir que los servicios se presten sin que se haya ajustado el precio en momento alguno y que cuando el locador reclame el pago por el servicio que ha prestado surjan discrepancias respecto del precio debido. Para situaciones como la planteada, el legislador regula este tema en el artículo 1767 de nuestro Código Civil.

De conformidad a lo preceptuado por dicha norma, «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».

Como ha sido señalado, el contrato de locación de servicios puede celebrarse a título oneroso o gratuito.

Resulta evidente que en ambos casos podría encontrarse establecido de manera muy clara, ya sea el carácter gratuito del contrato o el monto fijado como

1597 *Ibidem*, p. 93.

1598 *Idem*.

1599 Rezzónico, Luis María. *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*, p. 609.

retribución a pagar por el comitente al locador por concepto de contraprestación por los servicios que se obliga a ejecutar.

Sin embargo, cabría la posibilidad de que las partes omitan hacer referencia al tema remuneratorio, con lo que podría devenir en aplicable lo dispuesto por el artículo 1767 del Código Civil.

Hemos utilizado la expresión condicional, en la medida de que el artículo 1767 se refiere específicamente a la determinación del monto de la mencionada retribución, cuando en realidad el primer paso que debería darse a este respecto es el de determinar si estamos frente a un contrato celebrado a título oneroso o a título gratuito.

Sobre este tema, Arias-Schreiber y Cárdenas[1600] han manifestado que aun cuando la retribución no se hubiere fijado de antemano, debe presumirse la intención de las partes en que los servicios sean remunerados. Los citados profesores argumentan que no sería lógico que alguien contratase un servicio creyendo que no tiene que pagar por él. Así, citando a Lacruz, no dudan en señalar que se supone, e incluso se finge, que el solicitante está de acuerdo en pagar sea los honorarios conocidamente usuales del profesional al que se dirige, más o menos elevado según su categoría o sus criterios económicos pero cognoscibles de antemano con alguna aproximación, sea unos honorarios fijados conforme a la costumbre general del gremio y la equidad, y para cuya determinación podrán orientar las normas y tarifas corporativas.

Por nuestra parte, en cambio, juzgamos que para determinar si el contrato se ha celebrado a título gratuito y la ausencia de manifestación sobre la retribución de los servicios pactados debe considerarse con este significado, debería atenderse a las circunstancias del caso y a las relaciones existentes entre locador y comitente (como ocurriría, por ejemplo, si fuesen hermanos, si se tratare de un contrato celebrado entre una madre y un hijo o, inclusive, si es que hubiese un íntimo grado de amistad entre las partes).

No obstante, también admitimos que situaciones como las planteadas a manera de ejemplo no nos garantizan, en lo absoluto, que estemos en presencia de un contrato celebrado a título gratuito, pues a pesar de existir los referidos grados de parentesco o de amistad sería perfectamente posible que la intención de las partes contratantes hubiese sido la de celebrar un contrato a título oneroso.

Dentro de tal orden de ideas, una primera conclusión podría ser la de que el contrato se celebró a título gratuito, caso en el cual no habría sido necesario que las partes establezcan cláusula alguna en el contrato sobre este particular.

De otro lado, si la conclusión fuese en el sentido de que se trata de un acto a título oneroso, regirá lo dispuesto por el citado artículo 1767.

1600 Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Op. cit.*, tomo III, p. 94.

Dicha norma brinda como primera salida a la ausencia de pacto de retribución el que ésta se calcule según las tarifas profesionales.

En realidad ello no será siempre aplicable, en la medida de que, como sabemos, el contrato de locación de servicios no siempre tendrá como locador a una persona que sea profesional, bien podría tratarse de un locador que ejerza cualquier oficio.

Y aun así, si se tratara de un profesional, no existen tarifas establecidas para toda clase de profesionales.

No obstante, tales tarifas no tendrían por qué reflejar necesariamente los honorarios habituales de un determinado profesional, ya que, sin lugar a dudas, existe gran cantidad de ellos cuyos honorarios podrían exceder largamente lo previsto.

Debe apreciarse que el artículo 1767 del Código Civil, al referirse a la determinación del monto de la retribución, alude alternativamente a los usos.

El tema de los usos será aplicable en la medida en que no existan tarifas profesionales para la profesión u oficio del locador.

En estos casos será de aplicación al tema los honorarios que habitualmente se suelan cobrar en el mercado (es decir, en dicha plaza o lugar) por trabajos similares.

Un ejemplo de esto sería el del pintor o albañil que no establezca con el comitente la cuantía de la retribución que se le deberá pagar.

Es evidente que no existe tabla de honorarios de pintores ni de albañiles, pero también resulta claro que a pesar de dicha ausencia, estas personas tendrán derecho a cobrar una retribución por los servicios prestados.

En tales casos deberá apreciarse cuáles son los precios que habitualmente se pagan por servicios de esta naturaleza, a la par que determinar si dichas personas son o no parte del promedio, en el entendido de que sean profesionales de calificaciones superiores o inferiores a dicho promedio.

Todo lo antes expresado debe concordarse necesariamente con lo dispuesto en la segunda parte del artículo 1767, que establece que la retribución del locador, cuando no pueda ser fijada por las tarifas profesionales o los usos será fijada con relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados.

Si bien es cierto que la redacción del artículo 1767 pareciera indicar que el análisis de la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados sólo tuviera carácter supletorio, en caso la retribución del locador no pueda determinarse según las tarifas profesionales o los usos creemos que tal referencia no sólo debe apreciarse de manera subsidiaria, sino complementaria, ya que las tarifas profesionales y los usos pueden constituirse en valiosos elementos de referencia de carácter promedio, pero las cualidades o características especiales del

ESTUDIO JUAN CASTILLO FIGUYRE

locador podrán determinar que en algunos casos sus honorarios se establezcan por debajo o por encima de lo habitual.

Sería el caso, por citar un ejemplo, de un abogado que constituya la autoridad dentro del país en una determinada materia. Sin duda, los honorarios que habitualmente cobra o puede cobrar dicho abogado seguramente se encuentran por encima de la tabla de aranceles del Colegio de Abogados de Lima o de aquello que imponen los usos a efectos de lo que la generalidad de abogados cobra a sus clientes por asuntos similares.

Lo propio podría ocurrir con un pintor que sea un reputado maestro, reconocido por pintar de manera inigualable casas y departamentos. En este caso, resultará entendible que esta persona pueda cobrar por encima de lo que cobra el resto de pintores en Lima.

Por otra parte, el artículo 1767, bajo comentario, también hace alusión al hecho de que para establecer la retribución del locador será necesario recurrir a la entidad de los servicios prestados.

Cuando la ley hace referencia a la entidad, evidentemente está aludiendo al volumen o magnitud de dichos servicios, y ello resulta evidente en la medida en que para determinar la retribución del locador, más allá de considerar la calidad de sus servicios o sus condiciones profesionales, será indispensable verificar cuánto ha cumplido, vale decir, de qué magnitud o volumen son los servicios desplegados.

Ello permitirá efectuar una operación matemática a través de la cual se multiplique, por ejemplo, la tarifa horaria que debería cobrar ese profesional, por el número de horas que le ha dedicado a un determinado asunto; o, en el caso del pintor, la cantidad que cobraría dicho pintor por cada habitación, por el número de habitaciones de un determinado departamento, sólo por citar dos ejemplos representativos.

A todo lo expresado será necesario agregar la consideración de aquello que la ley refiere como circunstancias del caso, las mismas, que más allá de ser una expresión de carácter general en el Derecho Civil, en este caso aluden específicamente a los demás elementos que resulten necesarios para determinar aquello que se va a cobrar.

Para concluir, debemos señalar que el artículo 1767 del Código Civil no resulta de aplicación para aquellos casos en que se pida una indemnización o cualquier suma de dinero por concepto de pago gastos efectuados. Decimos esto, en la medida de que resulta evidente que si se reclama la restitución de una suma gastada, lo que corresponderá será acreditar con la documentación tributaria respectiva, aquello que realmente se gastó. Caso contrario, si se efectuara estimaciones, podría darse el caso en el cual se termine pagando sumas distintas a las realmente pagadas. La única excepción a este proceder, estaría constituida en el supuesto en el cual, por la modalidad de la operación o por tratarse de personas naturales, tales gastos no deban tener el respectivo sustento contable.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

7. Plazo máximo del contrato

De conformidad a lo establecido por el artículo 1768 del Código Civil, «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 sólo puede invocarse por el locador».

Este artículo constituye una de aquellas normas que el Código Civil contempla con relación a plazos máximos de duración de determinados actos, debiendo recordar que algunas de ellas ya han venido siendo modificadas en el transcurso de los últimos años, como es el caso de las referidas a los contratos preparatorios en sus modalidades de compromiso de contratar y contrato de opción, en donde aquellos que antes eran plazos máximos se han convertido en plazos de carácter supletorio en caso de ausencia de manifestación expresa de los contratantes.

En torno a la finalidad del establecimiento de plazos máximos, la ley peruana siempre lo ha hecho en atención a proteger a una de las partes con respecto a la otra en determinadas situaciones en que se ha considerado conveniente hacerlo.

Sin duda, el establecimiento de plazos máximos constituye una faceta de la aplicación práctica del principio *favor debitoris*.

Y resulta evidente que con esta disposición se quiere favorecer al deudor de la locación de servicios, que en este caso es el locador, para no vincularlo obligatoriamente al comitente por lapsos que puedan considerarse absolutamente desproporcionados o incluso de carácter perpetuo.

La Exposición de Motivos del Código Civil de 1984 sustenta esta norma afirmando que el fundamento de la misma se encuentra en la inalienabilidad de la libertad humana. Se argumenta que una obligación de prestar servicios por plazos largos puede tener como resultado una esclavización convencional, una explotación del débil por el poderoso.

Arias-Schreiber y Cárdenas[1601] se pronuncian también en este sentido, al afirmar:

> Este precepto tiene por objeto proteger al locador evitando que sus servicios se prolonguen indefinidamente en el tiempo y que resulte ser una suerte de siervo del locatario. La norma tiene su origen en la legislación francesa, que inspirada en el ideal de proteger la libertad humana, da a este contrato un carácter eminentemente temporal. Empero y teniendo en consideración que el interés protegido es el del deudor de la prestación, se ha establecido que le corresponderá únicamente a dicho locador o prestador la invocación

1601 *Idem*.

del plazo máximo y que no tendrá derecho a ello el prestatario, salvo pacto distinto. La regla contenida por este dispositivo es coherente con el principio de la conservación contractual.

Podría darse el caso, por ejemplo, que un abogado recién titulado celebre un contrato con un estudio con la finalidad de brindar sus servicios por un lapso de cuarenta años.

Ello no tendría nada de malo, e incluso las condiciones patrimoniales establecidas en dicho contrato podrían ser las más ventajosas, de modo tal que el referido abogado opte por ejercer los próximos cuarenta años en esa firma.

Es más, la ley no se lo impide, pues el propio artículo 1768, bajo comentario, indica que la invocación de los límites máximos establecidos en dicha norma sólo podrá ser alegada por el locador (y no por el comitente).

Esto significará que si el estudio decidiera dejar sin efecto el contrato sin causa justificada, el referido abogado tendría derecho a reclamar una indemnización por concepto de daños y perjuicios (especialmente, en materia de lucro cesante) por el lapso que faltaba transcurrir y cuyos honorarios profesionales habría dejado de percibir.

Pero debemos preguntarnos qué es lo que ocurriría en caso fuere el mencionado profesional quien decidiera dejar sin efecto el contrato.

En primer término sería evidente que estaría incumpliendo dicho contrato, pero al tratarse de una prestación de servicios personales, el estudio comitente no tendría forma alguna para obligarlo a prestar por la fuerza sus servicios si dicho abogado no deseara hacerlo, ello en atención a que la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer tiene como límite cuando sea necesario emplear violencia contra la persona del deudor para que fueren ejecutadas.

Sin embargo, esta situación no liberaría al abogado de nuestro ejemplo del deber de indemnizar al Estudio por los daños y perjuicios que causase el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, por lo cual el citado profesional podría verse perjudicado patrimonialmente de manera considerable.

En tal sentido, cuando la ley establece los plazos máximos de seis años, si se trata de servicios profesionales, lo hace para que el locador, como ser humano, pueda variar las labores que decida realizar a lo largo de su vida.

No es que estemos hablando de trabajos de naturaleza esclavizante, ni mucho menos (sobre todo en casos como el del abogado), lo que estamos expresando es que por óptimo que sea ese trabajo, toda persona tiene derecho a decidir cambiarlo con el transcurso de su vida, ya sea que se trate de otros trabajos con mejores condiciones, o que éstas sean distintas, o, simplemente, si decidiese no trabajar.

Ahora bien, resulta claro que mientras esté pendiente el plazo establecido contractualmente, y en tanto el plazo no excediera los límites fijados por la ley, el

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

comitente podrá exigir a cabalidad el cumplimiento del mismo, y si se produjere un incumplimiento, tendrá derecho a ejercer todas las medidas que a tal efecto le franquea la ley.

Existen determinados casos en los cuales una empresa puede, por ejemplo, invertir en la educación en el extranjero de un profesional que preste servicios a la referida empresa, pactando —con ese profesional— que el mismo, a título de contraprestación, deberá asegurar un número mínimo de años de trabajo en favor de la empresa, cuando concluya sus estudios y regrese al Perú.

En la eventualidad de que el plazo excediese los máximos fijados por la ley será evidente que la empresa no podría exigir el cumplimiento del saldo, pero sí podría exigir al referido profesional que le pague la proporción del costo de los estudios que guardaba correspondencia con el plazo incumplido.

En conclusión, el artículo 1768 del Código Civil, al establecer plazos máximos para los contratos de locación de servicios, tiende a proteger al locador, sin que ello implique perjuicio alguno para los intereses patrimoniales del comitente, habida cuenta de que aunque no existieran dichos plazos máximos, el locador, en los hechos, podría poner fin a los efectos de la relación contractual, con similares consecuencias indemnizatorias en perjuicio del locador.

Por último, cabe preguntarnos qué sucede cuando un contrato celebrado para realizar un trabajo determinado excede el plazo máximo de ley.

Ante una situación como la planteada debemos tener en cuenta que la regla del artículo 1768 es de orden público, en razón de su finalidad, pero ella no se refiere a los servicios contratados para cumplir con una finalidad determinada. En estos casos habrá que cumplir con ella más del tiempo que tome hacerlo.

8. Posibilidad de vencimiento anticipado del plazo del contrato

De conformidad a lo expuesto por el artículo 1769 del Código Civil, «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.— Tiene derecho al reembolso de los gastos efectuados y a la retribución de los servicios prestados».

En torno a esta materia deben distinguirse dos situaciones distintas.

La primera de ellas consiste en que el contrato de locación de servicios se haya celebrado a plazo indeterminado, lo que equivale decir que se estableció el término inicial mas no el final.

Sin embargo, consideramos que el caso anotado no estaría comprendido, en estricto, dentro de los alcances del artículo 1769 del Código Civil, ya que si la citada norma hace referencia al vencimiento de un plazo, resulta evidente que está redactada en función de la existencia de un término final (contrato de locación de servicios con plazo determinado o determinable).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si el contrato de locación de servicios se hubiese celebrado a plazo indeterminado, el precepto aplicable al caso sería el artículo 1365 del Código Civil, norma que establece que: «En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho».

Como puede apreciarse, el mecanismo previsto por el artículo 1365 está destinado a lograr la resolución extrajudicial de los contratos celebrados a plazo indeterminado, en el entendido de que los contratos que se celebran a plazo indeterminado, no son sinónimo de contratos eternos.

Puede existir, sin duda, un contrato celebrado a plazo indeterminado al cual las partes no deseen poner fin, porque convenga a los intereses de ambas el seguir con la ejecución de las obligaciones asumidas.

No obstante, el hecho de que un contrato a plazo indeterminado continúe surtiendo efectos indefinidamente no obedecerá a que ello deba ser así en virtud de los deberes impuestos por el Derecho; lo que ocurrirá es, simplemente, que a las partes conviene que prosiga tal situación.

La idea es que los contratos a plazo indeterminado no son necesariamente contratos eternos, pudiendo cualquiera de las partes ponerles fin, mediante carta notarial cursada a la otra con una anticipación no menor de treinta días.

Nótese que para poner fin a un contrato a plazo indeterminado no se requiere del concurso de todas las partes que le dieron origen, sino única y exclusivamente de aquélla interesada en hacer cesar sus efectos.

Pero, como señalamos oportunamente, el artículo 1769 bajo comentario no se refiere a los contratos de locación de servicios celebrados a plazo indeterminado, sino a aquellos contratos en donde se hubiere fijado una fecha o término final del plazo (contratos a plazo fijo) o se hubiere establecido una manera para determinar dicho término final (contratos a plazo indeterminado).

Si nos atenemos a las reglas y principios generales del Derecho de Obligaciones y Contratos, resulta claro que las partes que celebran un contrato deben cumplir fielmente con los plazos establecidos en el mismo, de modo tal que cualquier apartamiento o incumplimiento de las obligaciones asumidas dentro de dicho plazo, acarreará como consecuencia una eventual indemnización por los daños y perjuicios causados.

Sin embargo, el artículo 1769 del Código Civil de 1984 establece al respecto un régimen especial para los contratos de locación de servicios, permitiendo al locador poner fin a la prestación de servicios, con la concurrencia necesaria de dos elementos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En primer término se exige que se ponga fin a la prestación de servicios por justo motivo; y, en segundo lugar, que no se cause perjuicio al comitente.

Con relación al tema del justo motivo, no es fácil enfocar la lógica del precepto.

Decimos esto por cuanto si el locador se obligó a ejecutar sus obligaciones durante un plazo determinado, no sería justo que las abandone antes del vencimiento de dicho plazo, salvo que se presentaran supuestos de caso fortuito, fuerza mayor o de que a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias, dicho locador no pueda cumplir con sus obligaciones.

Pero como podrá apreciar el lector, si se presentara alguna de estas tres últimas circunstancias, se producirá la automática liberación del locador por lo dispuesto en las reglas generales de los artículos 1314 y siguientes del Código Civil.

Entonces, tendríamos que llegar a la conclusión de que cuando el Código, en su artículo 1769, hace referencia a que el locador puede poner fin a la locación de servicios por justo motivo se está refiriendo a causas que de conformidad con las reglas generales no merecerían amparo o consideración jurídica, pero que sí lo merecen para el contrato de locación de servicios.

Ahora bien, esas causas podrían ser de la más variada índole, tales como la conveniencia de ausentarse por un largo tiempo del lugar de trabajo por razones de salud, pero que no constituyan un factor indispensable para salvaguardar la vida o la integridad física del locador.

Sería el caso de un locador que padezca de asma severa y que desarrolle sus servicios profesionales de abogado en un estudio en la ciudad de Lima.

Su médico le recomienda que se vaya a vivir por unos cuantos meses a la sierra del Perú, cuyo clima seco, conjuntamente con un adecuado tratamiento, harán mejorar su estado de salud.

Resulta claro que si bien se trata de una enfermedad seria, si ella se controla adecuadamente, no será constitutiva de peligro de muerte, razón por la cual el locador podría permanecer en la ciudad de Lima desarrollando sus actividades profesionales, conforme a lo pactado.

Sin embargo, estimamos que si el locador decidiera seguir las prescripciones de su médico, ausentándose de la capital, nos encontraríamos frente a un justo motivo, de aquéllos a que hace referencia el artículo 1769 del Código Civil.

Como podemos apreciar, este tema se reduce a una casuística por demás impresionante y a una subjetividad lo suficientemente peligrosa como para que resulte difícil establecer reglas adicionales sobre el particular.

No obstante ello, lo importante será que esos justos motivos consistan en argumentos de orden razonable, que puedan llevar o conducir a los jueces a la

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

conclusión de que el denominado justo motivo puede resultar suficientemente atendible como para que el juez pueda preferirlo antes que atender a la fuerza vinculante de los contratos.

Por otra parte, el primer párrafo del artículo 1769 bajo comentario señala como segundo requisito para que el locador pueda poner fin a la prestación de servicios el que no se cause perjuicio al comitente.

Debe tenerse mucho cuidado con la interpretación de este extremo de la norma en la medida en que ella no alude al resarcimiento de los perjuicios que eventualmente se produzcan, sino al hecho de que debe evitarse la producción de tales perjuicios.

Del razonamiento expuesto se deduce que un locador no podría pretender la resolución anticipada de un contrato de locación de servicios, invocando justo motivo y, a la vez, ofreciendo el inmediato resarcimiento de los daños y perjuicios que inevitablemente causará.

Si ese fuese el caso, el juez, simplemente, no deberá aceptar la resolución anticipada del contrato, pues ella no se ajustaría a los términos prescritos por el artículo 1769 del Código Civil.

Ahora bien, nadie podría evitar que, en los hechos, el locador incumpla con sus obligaciones en el plazo pactado en el contrato, incluso si mediare la existencia de un justo motivo.

En estos casos será evidente que el problema deberá regirse por las normas generales de inejecución de obligaciones, especialmente por lo dispuesto por el artículo 1321 y demás pertinentes del Código Civil.

De otro lado, cabe destacar que el propio artículo 1769, en su segundo párrafo, indica que el locador tiene derecho al reembolso de los gastos efectuados y a la retribución de los servicios prestados.

Esto significa que si el locador hubiese incurrido en determinados gastos conducentes al cumplimiento de sus obligaciones, dichos gastos le deberán ser reembolsados por el comitente, claro está, en la medida en que ya hubiesen sido efectuados por el locador.

Por otra parte, el referido segundo párrafo del artículo 1769 también alude a la retribución de los servicios prestados por el locador.

De la norma citada se entiende que será el comitente quien deberá reembolsar al locador la parte proporcional de los servicios prestados por éste, en correspondencia con el total del monto pactado como retribución.

No necesariamente corresponderá hacer una aplicación estricta de orden matemático, sino analizar en detalle cuáles son los servicios efectivamente prestados, considerando no sólo su aspecto cuantitativo, sino también el aspecto cualitativo de los mismos.

ESTUDIO DE LA CASTILLO FREYRE

La doctrina consultada coincide en señalar que resulta evidente que el locador es quien tiene la carga de demostrar la existencia del justo motivo, en caso sea cuestionado por el comitente. Asimismo, le corresponde demostrar todo lo relacionado con los gastos por los que pida reembolso o del servicio efectuado del que se solicita retribución.

Por su parte, el comitente será quien tenga que probar que la intempestiva finalización del contrato le ocasiona daños o perjuicios.

9. Normas aplicables al contrato de locación de servicios

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1770 del Código Civil, «Las disposiciones de los artículos 1764 a 1769, son aplicables cuando el locador proporciona los materiales, siempre que éstos no hayan sido predominantemente tomados en consideración. En caso contrario, rigen las disposiciones sobre la compraventa».

En la Exposición de Motivos de esta norma se exponen sus alcances, indicando que ella está orientada a destacar que no se desnaturaliza el contrato de locación de servicios cuando el locador pone también los materiales, siempre que lo fundamental en la prestación a cargo del locador continúe siendo su actividad.

Ahora bien, de la lectura del artículo 1770, se pueden inferir tres situaciones distintas en torno a qué normas resultan aplicables a la locación de servicios.

En primer término tenemos el supuesto en el cual el contrato de locación de servicios prevea la intervención del locador, sin que éste aporte los materiales para la realización del servicio.

En este caso, no comprendido expresamente en el artículo 1770, será evidente que resultarán aplicables a dicho contrato las normas propias del mismo que acabamos de estudiar, vale decir los artículos 1764 a 1769 del Código Civil.

El segundo supuesto sí se encuentra comprendido dentro de los alcances del artículo 1770 y se trata del caso en el cual el locador proporcione los materiales, pero que éstos no hayan sido predominantemente tomados en consideración, supuesto en el cual también resultarán aplicables las normas relativas al contrato de locación de servicios, es decir, los citados artículos 1764 a 1769 del referido Código.

Este sería el caso en el cual un pintor sea contratado para pintar los interiores y exteriores de una casa.

Toda la pintura requerida para tal efecto le será proporcionada por el comitente, en tanto que el locador sólo aportará la adquisición de una espátula nueva y de unas lijas para remover la pintura antigua.

Resulta claro del ejemplo expuesto que los materiales predominantes para la realización del servicio están constituidos por la pintura, en tanto que resultan plenamente accesorios la lija y la espátula.

ESTUDIO MARIO CASTRO OLAVARRE

En tal sentido, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1770, como la pintura es predominante y ésta será aportada por el locador, el contrato se regirá por las normas de la locación de servicios, ya que indudablemente tal es la naturaleza del acto celebrado.

En tercer lugar, y como segundo supuesto contemplado por el artículo 1770 del Código Civil, cabe la posibilidad de que los materiales que proporcione el locador sean predominantemente tomados en consideración, caso en el cual, de acuerdo con lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1770, regirán las disposiciones sobre compraventa.

Pero, independientemente de lo expuesto, cabría preguntarse en qué medida la referida aplicación de las normas del contrato de compraventa resulta excluyente de aquéllas propias de la locación de servicios.

Pensamos que el tema bajo tratamiento no debería entenderse en este sentido, es decir, que por el hecho de que el locador aporte los materiales que resulten predominantes se aplicarán las normas de compraventa y no las normas de locación de servicios.

Lo que ocurre es que, en este caso, resultarán de aplicación concurrente tanto las normas de compraventa como las normas de locación de servicios.

Las normas de compraventa serán aplicables para lo referente a los objetos materia de transferencia por parte del locador al comitente, en tanto los preceptos de locación de servicios resultarán de aplicación para los servicios propiamente dichos que preste el locador a favor del comitente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CONTRATO DE OBRA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El contrato de obra*

1. Concepto

El contrato de obra tiene como antecedente directo a la figura romana de la *locatio conductio operis*, la misma que fue retomada por el Derecho francés en su Código Civil de 1804 con la denominación de locación o arrendamiento de obras y finalmente independizada del régimen de arrendamiento por el Código Civil alemán de 1900, asumiendo el nombre de contrato de obra.

De conformidad a lo establecido por el artículo 1771 del Código Civil peruano, «Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución».

Del concepto anotado se deduce la existencia de dos partes en el contrato de obra. Una de ellas es el contratista y la otra el comitente.

El contratista es quien se obliga a realizar una obra determinada a favor del comitente a cambio de un pago y sin que exista una relación de subordinación entre ambos, constituyéndose así en el deudor de la obra y el acreedor de la retribución. Este sujeto es también conocido por los términos de promitente, locador, empresario y, dependiendo del caso, puede denominarse constructor, profesional, autor, artista, etc.

Por otro lado, y como puede observar el lector, el comitente o dueño de la obra es la persona física o jurídica que en el contrato de obra encarga a otro la realización de la obra, comprometiéndose a pagar una retribución como contraprestación de aquello.

Hasta este punto podemos identificar los tres elementos esenciales y característicos de este contrato.

El primero es la ejecución de una obra, sea ésta material o inmaterial.

Es de destacar que no resulta indispensable que la obra la ejecute personalmente el contratista, a menos que se haya estipulado lo contrario o lo imponga

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

* Los comentarios a este contrato han sido escritos en coautoría con Laura Castro Zapata, profesora de Derecho de las Obligaciones. Fueron publicados antes en el *Libro homenaje al doctor Felipe Osterling Parodi*. Lima: Palestra, 2008, vol. II.

la naturaleza de la obra a realizar. Así, la obra puede ser resultado del trabajo de dependientes, obreros o empleados del promitente, quien los dirige y vigila.[1602] Además, el Código Civil permite la subcontratación.

El segundo elemento consiste en el pago de una retribución como contraprestación.

El objeto de la obligación del comitente consiste en pagar una retribución al contratista, lo que algunos suelen denominar como «precio de obra»; dicha prestación suele consistir en dinero.

Y el tercer elemento consiste en la autonomía del contratista o promitente en el cumplimiento de su obligación.

La autonomía del contratista o promitente implica que una vez fijado el objeto de las respectivas obligaciones de las partes este sujeto se aboca por su cuenta y riesgo al cumplimiento de su prestación, procediendo para ello con libertad y sin la intervención de su contraparte, de acuerdo al modo, al lugar y al tiempo que estime adecuado para su realización. El comitente no se encuentra facultado para darle órdenes o para sustituir la voluntad del promitente.[1603]

Así, el concepto de subordinación jurídica como poder de dirección es extraño a la figura del contrato de obra.

Sin perjuicio de lo antedicho debemos destacar que la autonomía del locador de obra no es absoluta, puesto que puede encontrar límites en un cierto control por parte del comitente que, en determinados casos o circunstancias, podría tener derecho a inspeccionar la obra y verificar si la misma se ajusta a lo convenido. No obstante, aun dentro de este supuesto no existe vínculo de subordinación jurídica entre los contratantes.

Así, coincide la doctrina en señalar que no debe confundirse la dependencia genérica que suele presentarse en todo contrato sinalagmático con la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo.

Ahora bien, podemos percibir con facilidad que mientras en el contrato de locación de servicios, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1764 del Código Civil peruano, el locador se obliga a prestar sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, en el contrato de obra aquello a lo que se obliga el contratista es a la realización de una obra determinada.

En ese sentido debemos considerar que en el contrato de obra o empresa la característica esencial es que el profesional se obliga a prestar al comitente no sólo una actividad profesional, sino más concretamente el resultado producido por la

1602 Rezzónico, Luis María. *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*, p. 667.
1603 Véase: Sanguineti Raymond, Wilfredo. *Op. cit.*, p. 155.

misma, situación que en modo alguno nos conduce a atenuar nuestra posición adversa a distinguir las obligaciones en aquéllas de medios y de otras de resultados.

De otro lado, como enseñan Arias-Schreiber y Cárdenas:[1604]

> Del artículo 1771 se desprende la onerosidad del contrato de obra, esto es, la existencia de un precio o retribución. Aun cuando ordinariamente se conviene que es el pago de una suma de dinero, nada impide y es perfectamente válido estipular que la retribución consista en la entrega de cualquier bien o el cumplimiento de una obligación de hacer. El precio puede fijarse, además, en función del resultado final objeto del contrato, o bien en forma parcial, por piezas o medidas. Es posible, por ejemplo, que se contrate a un sastre para que confeccione la totalidad del vestuario requerido para una obra teatral, y se estipule el precio según cada una de las prendas que se vayan confeccionando.

Sobre este particular debemos decir si bien es cierto que la inmensa mayoría de estos contratos se celebran a título oneroso, todos sabemos que existe un apreciable número de ellos que se celebra a título gratuito (es decir, como actos de liberalidad), como cuando hay relación afectiva o de cualquier otra índole que vincule de modo muy estrecho al contratista y al comitente.

Sería el caso de un escultor famoso cuya novia le pida que le haga una escultura a efectos de lo cual ella va a posar. Si dicho escultor se compromete a la realización de la obra, resultará obvio que no va a cobrar a su novia contraprestación alguna y que, por tanto, dicha prestación se ejecutará a título gratuito.

Dentro de la lógica del legislador de 1984, en el caso propuesto, ¿estaríamos en presencia de un contrato atípico y no de un contrato de obra por el texto expreso del artículo 1771 del Código?

Tal consideración resultaría por demás problemática, en la medida que complicaría las cosas, ya que no se sabría exactamente qué normas aplicar a un contrato como éste.

No obstante lo indicado, debemos recordar que, basándonos en el texto del artículo 1759 del propio Código Civil, cuando hablamos de contratos de prestación de servicios se admite implícitamente su gratuidad.

2. Objeto de las prestaciones de los contratantes

Discrepamos del parecer mayoritario de la doctrina, en el sentido de que a través del contrato de locación de servicios, el locador se obliga a ejecutar una obligación de medios, en tanto que a través del contrato de obra, el locador se obliga a ejecutar una obligación de resultados.

1604 Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Op. cit.*, tomo III, p. 102.

Nosotros recusamos la distinción entre obligación de medios y obligación de resultados, pero más allá de esto, la distinción no puede ser formulada en los términos antedichos, ya que estimamos que esa distinción debe ser formulada exclusivamente en función de la naturaleza y objeto de las obligaciones y no a sutilezas o diferencias inexistentes.

Dentro de tal orden de ideas, el contrato de locación de servicios tiene por objeto, en el caso de la obligación del locador, una prestación de hacer o de no hacer.

Sin duda, en el caso de las obligaciones de no hacer no existirá mayor problema, en la medida en que nunca podría confundirse un contrato de locación de servicios en donde el locador se haya obligado a un no hacer con un contrato de obra. Eso resultaría absolutamente imposible.

Es en lo que respecta a las obligaciones de hacer en donde puede presentarse una zona gris que separe la locación de servicios y el contrato de obra.

Si un contrato versara sobre una obligación de hacer que concluye en un hacer propiamente dicho, jamás podría existir duda alguna en torno a si estamos frente a un contrato de locación de servicios o frente a un contrato de obra. Será evidente que estaremos frente al primero.

¿Pero qué pasaría si la obligación de hacer terminara en un dar?

Recordemos el ejemplo en torno al abogado que se obliga a absolver una consulta formulada por un cliente.

No vacilamos en señalar que estamos frente a un contrato de locación de servicios.

Ahora bien, podríamos preguntarnos cuáles son las razones que en este caso llevan a que la respuesta sea unánime, a pesar de que la consulta va a materializarse en un informe escrito que será entregado al cliente.

Pensamos que lo que ocurre es que en estos casos se toma de manera implícita el criterio de que el aspecto más importante radica en la labor intelectual del abogado, que va a seguir determinados razonamientos y a concluir en determinados puntos de interés para el cliente. Y que, a la vez, se considera que —como consecuencia natural— todos estos razonamientos y todas estas conclusiones, que constituyen lo más importante, van a tenerse que traducir en ese informe impreso.

Pero el informe impreso no es visto como una obra en el sentido de considerarse como el logro de las actividades desplegadas por el abogado, sino única y exclusivamente como el correlato material de esas actividades.

Es más, en estricto, no necesariamente concluiría con un informe escrito e impreso físicamente en papel. Con el avance de la tecnología no habría inconveniente alguno en que dicha absolución de consulta sea enviada por correo electrónico o, incluso, en que el cliente prefiera que el abogado le dé sus conclusiones de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

manera verbal, porque —a lo mejor— a dicho cliente no le interesa conocer los razonamientos del abogado, sino sus conclusiones y los consejos que debe seguir.

Esta forma de apreciar la finalización de la labor del abogado resultaría impensable en lo que respecta a aquella persona que se obliga a realizar una escultura para un cliente.

No cabe duda de que, al igual que en el caso del abogado, este escultor habrá contraído una obligación de hacer que va a concluir en un dar.

Pero tampoco habrá duda alguna en que toda la doctrina califica a este contrato como un contrato de obra y no como un contrato de locación de servicios.

Las razones de esta situación son diversas.

En primer término, ocurre que nos encontramos frente a labores que desde un inicio van a tener correlato material, el mismo que se va a manifestar desde un primer momento, cuando el escultor comience a diseñar y a esculpir la escultura.

El abogado, en cambio, es muy probable que tenga que realizar una serie de actividades diversas, antes de —siquiera— empezar a redactar la absolución de la consulta formulada por el cliente.

Admitimos que estas ideas son muy relativas, sin embargo, aquello que consideramos incuestionable es el hecho de que el contrato de obra, a diferencia del contrato de prestación de servicios, va a concluir con la realización de algo mucho más tangible y material, más allá de si estamos hablando de una materialización corpórea o incorpórea.

Además, nunca podríamos imaginar la existencia de un contrato de obra en donde aquello que el contratista se obliga a entregar, carezca de representación tangible. En cambio, en varios contratos de locación de servicios donde deba entregarse aquello que constituye la materialización de dichos servicios, sí cabría imaginar el posible cumplimiento a través de una manera alternativa, que no implique la entrega física del resultado de los servicios prestados.

En adición a lo expresado, cabría recordar que es criterio implícito en la doctrina y en la vida diaria, que cuando nos encontramos frente obligaciones de hacer que concluyen en un dar, asumidas por artistas en general, no nos hallamos frente a contratos de locación de servicios, sino frente a contratos de obra.

Pero necesariamente debe distinguirse cuando dicho profesional se obliga a realizar una obra, que podría denominarse como fundamentalmente material o física (la construcción de una casa), o si exclusivamente se ha obligado a la realización de una obra que implique sólo el diseño de aquello que se va a construir en el futuro, como sería el caso —en lo que respecta a un ingeniero civil—, de la realización de los cálculos estructurales de un edificio, los mismos que se van a traducir en los respectivos planos.

EDITORIAL CASTILLO FREYRE

En el primero de los ejemplos siempre nos vamos a encontrar frente a un acto cuya naturaleza jurídica será la de un contrato de obra; en tanto que en el segundo podríamos hallarnos ante uno u otro contrato (pues el asunto no sería meridianamente claro).

Pero consideramos que nos encontramos simplemente ante una cuestión marcada por las costumbres, como también ocurre en el caso de los arquitectos, profesión signada por la imaginación y la creatividad. Cuando a un arquitecto se le encarga el diseño de un determinado inmueble o de ciertos interiores, por ejemplo, hablaremos de contratos de obra y no de locación de servicios.

Dentro de tal orden de ideas, se dirá que al arquitecto se le ha encargado una obra, a pesar de que ella sólo se le haya encargado en planos y no en lo que respecta a su ejecución física.

La verdad es que la zona gris que divide la naturaleza jurídica de ambos contratos es mucho más amplia de lo que habitualmente se piensa.

3. Características del contrato de obra

Procedemos al estudio de este tema, siempre siguiendo las enseñanzas de nuestro maestro, el doctor Manuel de la Puente y Lavalle.

3.1. En cuanto al nombre

Por su nombre, es un contrato nominado.

El Código Civil de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, denominaba a este contrato con el nombre genérico de arrendamiento o alquiler y 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 trataba sobre 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.

3.2. En cuanto a su regulación

Por su regulación, es un contrato típico, hallándose legislado en nuestro Código Civil.

Como se puede deducir de lo señalado en el punto anterior, el contrato de obra, aunque con distinta denominación, ha recibido regulación en los cuatro códigos civiles que han regido en nuestro país. El Código de la Confederación

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

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.

3.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, es un contrato simple, pues da lugar a una relación jurídica.

3.4. En cuanto a su contenido o área

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

3.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, es un contrato principal, puesto que no depende jurídicamente de otro contrato.

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

3.6. En cuanto a su formación

Por su formación es un contrato consensual, pues la ley no exige una formalidad especial para su formación siendo, entonces, suficiente el acuerdo de voluntades de las partes.

La declaración de voluntad, puede ser verbal o escrita, e incluso resultar del mismo silencio de una de las partes frente a hechos o actos de la otra parte.

No obstante ello, muchos contratos de obra se celebran por escrito, sobre todo en lo que respecta a obras de considerable volumen patrimonial y en materia de obras públicas, donde las normas de Derecho Administrativo exigen que los contratos de obra se celebren necesariamente por escrito.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3.7. En cuanto al tiempo

La doctrina mayoritaria opta por considerar a este contrato como uno de tracto único. Arias-Schreiber y Cárdenas,[1605] quienes propugnan esta teoría, sostienen que aun cuando no haya sido expresamente contemplado por el Código se entiende que el contrato de obra es de tracto único, pues se concentra en una sola prestación, aunque su distribución haya sido convenida en prestaciones parciales. Resaltan los citados profesores que éste es un elemento diferencial con la locación de servicios, pues en ella la prestación es constante o de tracto sucesivo.

Podemos decir, además, que el Código Civil de 1984 establece que este contrato se extingue con la muerte del contratista, caso en el cual el comitente está obligado a pagar a los herederos hasta el límite en que le fueren útiles las obras realizadas en proporción a la retribución pactada para la obra entera, los gastos soportados y los materiales preparados (artículo 1787 del Código Civil). El comitente, por su parte, puede separarse del contrato, aun cuando se haya iniciado la ejecución de la obra, indemnizando al contratista por los trabajos realizados, los gastos soportados, los materiales preparados y lo que hubiere podido ganar si la obra hubiera sido concluida.

3.8. En cuanto a su negociación

Por su negociación, el contrato de obra es fundamentalmente uno de negociación previa, salvo en el Derecho Administrativo.

3.9. En cuanto al rol económico

Por el rol económico es un contrato de colaboración o cooperación, pues está destinado a facilitar al comitente la obtención de un fin determinado (la obra concluida). Se trata de convenciones de «doy para que hagas» o «hago para que des».

3.10. En cuanto a su función

Por su función es, esencialmente, un contrato constitutivo, aunque nada impediría revistiera la calidad de modificatorio o regulatorio. En cambio, nunca será extintivo.

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 celebran el contrato.

1605 *Ibidem*, p. 101.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3.12. En cuanto a la prestación

El contrato de obra es fundamentalmente un contrato bilateral o sinalagmático, o con prestaciones recíprocas (artículos 1426 a 1434 del Código Civil), a través del cual el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución.

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

3.13. En cuanto a la valoración

Por la valorización, 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.

De tratarse de un contrato de obra en el que no medie retribución alguna por el servicio prestado sería un contrato a título gratuito.

3.14. En cuanto al riesgo

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

Las partes pueden apreciar y calcular las ventajas recíprocas desde el momento mismo del contrato, sin que ello dependa de acontecimientos aleatorios o inciertos. Ese carácter no desaparece porque pueda encarecer o, por el contrario, disminuir, el valor de la mano de obra, o de los materiales.[1606] Al momento de la formación del consentimiento, las partes están en condiciones de pronosticar los beneficios que el contrato les puede reportar, cuánto y por qué. El hecho de que este pronóstico resulte desacertado no priva al contrato de su carácter conmutativo.

No se plantea, ni legislativa ni doctrinariamente, el tema de la aleatoriedad en el contrato de obra, pero, no obstante ello, no encontraríamos impedimento alguno para que se celebrara con carácter aleatorio.

3.15. En cuanto a sus efectos

Por sus efectos, estamos frente a un contrato meramente obligatorio u obligacional.

1606 Rezzonico, Luis María. *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*, p. 668.

4. El subcontrato de obra

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1772 del Código Civil peruano: «El contratista no puede subcontratar íntegramente la realización de la obra, salvo autorización escrita del comitente. La responsabilidad frente al comitente es solidaria entre el contratista y el subcontratista, respecto de la materia del subcontrato».

En principio, debemos diferenciar las figuras de la cesión del contrato y la subcontratación.

Hay cesión del contrato (o cesión de posición contractual) cuando el empresario transfiere totalmente su posición contractual a favor de un tercero que pasa a ocupar su lugar y establece relaciones directas con el comitente.

En la subcontratación, en cambio, el empresario mantiene íntegramente su obligación de realizar determinada obra, aunque la hace por intermedio de terceros que están vinculados jurídicamente con él y no con el dueño. La subcontratación puede ser total o parcial. En el primer caso, la semejanza con la cesión del contrato es notoria, aunque se mantiene la distinción esencial en el sentido de que en un caso las relaciones con quien realiza efectivamente la obra son directas, en tanto que en el otro se establecen a través del empresario o contratista principal.

A ello debemos agregar que como principio general debe admitirse que el contratista está facultado para ceder su posición contractual a un tercero, pero en tanto el comitente no acepte esa cesión, la situación de las partes es la siguiente: frente al comitente hay dos obligados: el cedente, porque nadie puede ceder sus obligaciones sin el consentimiento del deudor; y el cesionario, puesto que él ha asumido voluntariamente las obligaciones de un tercero.

Así, lo que legitima la cesión de la posición contractual, aunque no exista consentimiento del comitente, es que la situación de éste se refuerza con dicha cesión en la medida que en adelante habrá dos responsables en vez de uno.

Por su parte, el comitente, desde que le ha sido notificada la cesión, deberá cumplir con sus obligaciones respecto del cesionario.

La cesión no será posible si el contrato se ha celebrado *intuitu persoane*, esto es, teniendo en consideración las condiciones personales del contratista, ya sea que el contrato haya establecido expresamente la prohibición de ceder o subcontratar, o porque la naturaleza de la obra así lo indique.

Si a pesar de la prohibición expresa del contrato el contratista principal subcontratase la obra, el comitente puede oponerse a que intervenga en ella el subcontratista o exigir que se retire, sin perjuicio de la reparación por daños y perjuicios que le podría exigir al contratista principal. No obstante, la prohibición contenida en el contrato originario no impide la validez del subcontrato en las

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

relaciones entre empresario y subcontratista. Ese contrato no es nulo, sino inoponible al comitente.[1607]

El subcontrato de obra viene a ser un nuevo contrato en el que el empresario principal asume la posición de comitente. Los derechos y las obligaciones recíprocas se rigen, en consecuencia, por las normas generales relativas al contrato de obra. Entre el dueño de la obra y el subcontratista, por el contrario, no hay, en principio, ninguna relación directa. Esa regla, sin embargo, no es absoluta. En primer lugar debe admitirse que si la obra ha sufrido ruina parcial o total, el dueño puede dirigir su acción de daños y perjuicios contra el contratista principal y el subcontratista.[1608]

La parte final del artículo 1772, que establece la responsabilidad solidaria del contratista con el subcontratista, tiene por finalidad proteger al comitente.

Para expresar de una manera más clara cuáles son las características del subcontrato de obra vamos a recurrir a establecerlas en detalle.

4.1. Características

4.1.1. En cuanto al nombre

Por su nombre, es un contrato nominado, ya que no sólo recibe la referida denominación en la actualidad, pues se le conoce como tal desde antaño.

4.1.2. En cuanto a su regulación

Por su regulación, es un contrato típico social, ya que la sociedad conoce cuál es su estructura; y típico legal en virtud de que se encuentra expresamente regulado por el Código Civil en el artículo 1772.

4.1.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, es un contrato simple, pues siempre se le ha considerado como un contrato que da lugar a una sola relación jurídica.

4.1.4 En cuanto a su contenido o área

Puede ser tanto un contrato civil como un contrato mercantil o administrativo.

El subcontrato de obra se encuentra regulado por lo dispuesto en el Código Civil de 1984.

1607 Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires: La Ley, 2012, tomo II, p. 181.

1608 *Ibidem*, p. 182.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.1.5. En cuanto a su autonomía

El subcontrato de obra es un contrato derivado, ya que requiere de la existencia de un contrato principal (el contrato de obra del cual emana). De esta manera, el contrato principal de obra imprime sus características propias al subcontrato de obra de modo tal que este último siempre tendrá la misma naturaleza jurídica que el contrato principal u originario de obra del cual emana.

Nunca podría existir un subcontrato de obra sin que existiese un contrato de obra.

4.1.6. En cuanto a su formación

El subcontrato de obra en sí mismo considerado es un contrato consensual, en la medida que la ley no exige que se siga alguna formalidad preestablecida (pudiéndose incluso celebrar de manera verbal).

Sin embargo, la autorización que otorgue el comitente al contratista para celebrar el subcontrato de obra por la integridad de dicha obra sí debe ser dada por escrito (argumento del artículo 1772, primer párrafo del Código Civil).

4.1.7. En cuanto al tiempo

En cuanto al tiempo, es esencialmente un contrato de duración, la cual 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).

4.1.8. En cuanto a su negociación

El subcontrato de obra será generalmente uno de negociación previa, es decir, aquel en el cual las partes tienen libertad para modelar su contenido, pero también puede ser celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

4.1.9. En cuanto al rol económico

El subcontrato de obra es un contrato de colaboración o cooperación, pues está destinado a la obtención de un fin determinado (la obra total o parcialmente concluida). Se trata de convenciones de «doy para que hagas o hago para que des».

4.1.10. En cuanto a su función

Por su función, el subcontrato de obra es un contrato fundamentalmente constitutivo, aunque podría formar parte, por excepción, de contratos modificatorios. Sin embargo, nunca será resolutorio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.1.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Pensamos que el subcontrato de obra es un contrato individual, pues no surtirá efectos con relación al comitente, en tanto éste no hubiere autorizado la subcontratación.

4.1.12. En cuanto a la prestación

El subcontrato de obra es fundamentalmente un contrato bilateral, sinalagmático o de prestaciones recíprocas.

No obstante cabe recordar que nuestro Código Civil admite la posibilidad de pactar un subcontrato de obra sin remuneración alguna por parte del contratista al subcontratista, tal como se da a entender —de manera implícita— en el artículo 1759. De presentarse este supuesto estaríamos en presencia de un contrato de prestación unilateral.

4.1.13. En cuanto a la valoración

Por su valoración, es fundamentalmente un contrato a título oneroso, ya que ambas partes se obligan a ejecutar una prestación.

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

4.1.14. En cuanto al riesgo

El subcontrato de obra es fundamentalmente conmutativo, pues la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir el contratista y el subcontratista son ciertas, vale decir, conocidas de antemano. Sin embargo, la naturaleza del subcontrato de obra no impide que pudiera revestir la modalidad de aleatoria.

4.1.15. En cuanto a sus efectos

En cuanto a sus efectos, el subcontrato de obra es un contrato meramente obligatorio u obligacional.

4.2. La autorización escrita del comitente

El tema de la autorización del comitente para la eventual celebración de subcontratos de obra presenta algunas aristas de interés en el plano legislativo y doctrinario.

Dentro de tal orden de ideas, y de acuerdo con el marco normativo del Código Civil, debemos dividir en dos esta problemática.

4.2.1. Si se trata de una subcontratación por el íntegro de la obra

De acuerdo con lo establecido por el primer párrafo del artículo 1772 del Código Civil de 1984, el contratista no puede subcontratar íntegramente la realización de la obra, salvo autorización escrita del comitente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Independientemente de cuál haya sido la intención del legislador, resulta claro que el citado numeral sólo establece el requisito de la autorización escrita para cuando se trate de una subcontratación del íntegro de la obra.

Ello debido a que el contrato de obra es —en la inmensa mayoría de casos— uno que se celebra *intuitu personae*, vale decir que se pacta teniendo en especial consideración las cualidades o condiciones personales del contratista.

Es claro, entonces, que si hubiese habido autorización escrita del comitente, el subcontrato de obra le será oponible, debiendo aceptar su ejecución y ulterior entrega siempre y cuando las mismas se encuentren dentro de las condiciones establecidas para la realización de la obra (es decir, que no se trate de un cumplimiento parcial, tardío o defectuoso).

Cuando existe autorización del comitente es que se presenta propiamente el subcontrato de obra, pues el subcontrato es un contrato derivado que no podría derivar de no existir tal autorización.

Así, si no existiese la mencionada autorización del comitente, el contrato celebrado entre contratista y subcontratista no tendría carácter de derivado, sino de principal.

Por otra parte, en el caso de la subcontratación total que venimos tratando resultaría de aplicación lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1772 del Código Civil, en el sentido de que la responsabilidad frente al comitente es solidaria entre el contratista y el subcontratista respecto de la materia del subcontrato, que en este caso es —precisamente— la integridad de la obra.

4.2.2. Si se trata de una subcontratación parcial de la obra

Como fue expresado oportunamente, el artículo 1772 del Código Civil prohíbe en su primer párrafo la subcontratación íntegra de la obra sin autorización escrita del comitente.

A contrario sensu, ¿el contratista sí puede subcontratar parcialmente la obra sin autorización escrita del comitente?

Creemos que no, pues no se trata de un supuesto de excepción o de exclusión, en el que resulte posible aplicar la interpretación a contrario.

El Derecho moderno entiende que la subcontratación es usual a efectos de lograr complejos productos elaborados. Incluso en muchos casos resulta usual que determinadas fábricas subcontraten la mayor parte de piezas de los productos que elaboran y no por ello dejan de tener la calidad de contratistas, si fuese el caso de que hubieren celebrado contratos de esta naturaleza.

Sin embargo, debemos tener en consideración que la *ratio legis* del artículo 1772 del Código Civil se basa en el hecho de que no se subcontrate todas las partes de una obra con diversos subcontratistas, ya que en estos casos si bien se trataría

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de diversos subcontratos parciales de una obra, finalmente estaría ausente la ejecución de la misma por parte del contratista, en cualquiera de sus manifestaciones.

Podría decirse, en tal sentido, que la obra sería absolutamente ajena al contratista y que correspondería en su integridad a los subcontratistas.

Dentro de tal orden de ideas, creemos que la autorización escrita que se establece como requisito para la subcontratación total sería aplicable si es que el contratista deseara subcontratar parcialmente la totalidad de la obra.

No tendría sentido alguno el sostener que por una equivocada interpretación a contrario del primer párrafo del artículo 1772 del Código Civil, una situación de esta naturaleza estaría permitida.

Ahora bien, uno de los puntos que nos llevan a mayor reflexión es el relativo a la magnitud permitida para la subcontratación parcial, sin que sea necesario para ello contar con la autorización escrita del comitente.

¿Se podría sostener que sería válida la subcontratación parcial del 99,99 % de una obra, sin contar con la autorización escrita del comitente?

Si nos atuviésemos al tenor literal del primer párrafo del artículo 1772, la respuesta podría ser afirmativa. Sin embargo, dentro de un razonamiento lógico se impondría la negativa.

No obstante lo indicado, resulta imposible establecer reglas de orden matemático al respecto en la medida que la multiplicidad y diversidad de características de los contratos de obra, hacen que cada caso deba ser visto en singular, con necesario criterio de ponderación, y cuando ello fuere necesario serán los tribunales de justicia los indicados para resolver controversias de esta naturaleza.

No obstante ello, debe mantenerse la situación en la cual el contratista siga siendo parte ejecutante del contrato, aunque sea en medida relativa, pero de manera alguna podría darse el supuesto en que el contratista deje de ostentar tal condición.

Por otra parte, en lo que respecta a la responsabilidad del contratista y subcontratista, cuando la subcontratación fuese parcial ambos serán responsables solidarios frente al comitente respecto de la materia del respectivo subcontrato.

Cabe indicar también que si se hubiese incumplido con las normas de autorización establecidas por el artículo 1772 del Código Civil, no habría responsabilidad solidaria entre contratista y subcontratista frente al comitente.

En estos casos, el único responsable frente al comitente sería el contratista.

Como conclusión a nuestros comentarios sobre el artículo 1772 del Código Civil, relativo al subcontrato de obra, podemos señalar que independientemente de los argumentos y opiniones que hemos formulado en torno al mismo estimamos que la redacción del primer párrafo del referido numeral es susceptible de conducir a equivocadas interpretaciones al exigir únicamente la autorización

ESTUDIO MARIO CASTRO DE FERRARI

escrita del comitente para aquellos supuestos en que el contratista desee subcontratar por el íntegro de la obra.

No obstante ello, no consideramos indispensable que se modifique la citada norma en el sentido de exigir la autorización escrita del comitente en todos los casos en que el contratista desee subcontratar parcialmente, ya que existen una serie de casos y situaciones en los cuales —por la propia naturaleza de la obra encargada— resultará absolutamente normal la subcontratación, sin necesidad de autorización escrita o expresa del comitente.

Es más, si se exigiere dicha autorización, en muchos casos ello entorpecería el tráfico mercantil, ya que se tendría que pedir autorización para cada subcontrato, por más insignificante o por más natural que fuere.

Para finalizar, y en razón del razonamiento expuesto, nos retractamos de la idea sostenida en 1998, cuando pensábamos que esta norma podría tener una redacción diferente.[1609]

5. Los materiales necesarios para la elaboración de la obra

De conformidad con lo establecido por el artículo 1773 del Código Civil de 1984, «Los materiales necesarios para la ejecución de la obra deben ser proporcionados por el comitente, salvo costumbre o pacto distinto».

Hemos sostenido que toda obra implica la elaboración o manufactura de aquello que deba ejecutarse, lo que conducirá a la obtención de un resultado (no debiendo entenderse esta palabra como parte de la clasificación —no asumida por nosotros— de las obligaciones en aquellas de medios y de resultados).

Dentro de tal orden de ideas, como en la inmensa mayoría de casos la obra tendrá un correlato material, ya sea porque el empleo de los materiales sea algo fundamental y voluminoso en la realización de la obra misma (como sería el caso de la construcción de una carretera) o porque ella concluyera en la entrega física de unos planos impresos en hojas de papel, como sería el caso de la obra que asume diseñar un arquitecto.

No cabe duda de que entre los materiales que se van a emplear para la elaboración de la carretera y los materiales que se van a emplear para la elaboración de los planos existe un abismo en lo que respecta al volumen o importancia patrimonial.

Pero a pesar de ello, el Derecho debe solucionar la interrogante de cuál de las dos partes en el contrato de obra, vale decir si el comitente o el contratista, es la que debe proporcionar dichos materiales.

1609 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas*, tomo II, p. 1029.

Borda,[1610] al analizar este tema, sostiene que la obligación de poner los materiales puede recaer sobre el empresario o el dueño. Cuando en el contrato nada se ha previsto sobre este punto debe aportarlos el primero, salvo que lo contrario resulte de la costumbre del lugar para esa obra o surja de otros elementos de juicio, particularmente del precio. Si han sido aportados por el empresario, es claro que le pertenecen hasta el momento de la entrega, el comitente no podrá reivindicarlos y sólo tendrá derecho a reclamar su entrega vía de acción por cumplimiento de contrato, a menos que se trate de cosas muebles incorporadas como accesorias a otras de propiedad del comitente, en cuyo caso éste adquiere la propiedad desde el momento de la incorporación. Si, por el contrario, han sido suministrados por el comitente, éste conserva la propiedad sobre ellos.

Por lo demás, este tema no es, en sustancia, importante debido a que los materiales destinados a la elaboración de una obra siempre serán sufragados por el comitente, ya sea como parte integrante de los honorarios profesionales del contratista o como un rubro independiente a los honorarios profesionales, si es que así se hubiese pactado.

A nuestro modo de ver, lo relevante en cuanto al contrato de obra es si el comitente deberá aportar dichos materiales directamente con el propósito de que el contratista proceda a elaborar la obra; si el comitente deberá entregar al contratista una cantidad de dinero suficiente para que dicho contratista pueda elaborar la obra adquiriendo por su cuenta los materiales respectivos; o, finalmente, si el contratista deberá adquirir —de su propio peculio— los materiales que resulten necesarios para la elaboración de la obra, teniendo derecho a reclamar la ulterior devolución de su valor al comitente.

Como podrá apreciar el lector, en los tres casos anotados es el comitente quien, ya sea previa o posteriormente, sufraga los gastos de los materiales que fueren necesarios para la elaboración de la obra.

Podemos decir que en los casos en que el volumen patrimonial de los materiales sea considerable, el comitente suele proporcionarlos al contratista o, en todo caso, le facilita el dinero necesario para su adquisición.

En cambio, cuando nos encontramos en la situación contraria, vale decir cuando el valor de los materiales sea poco considerable, se estila que el comitente lo reembolse al contratista una vez finalizada la obra o, incluso, que el valor de los mismos sea asumido dentro de los honorarios profesionales del contratista. Así, por ejemplo, en este último caso, resultaría inimaginable que un arquitecto, al terminar la elaboración de los planos encargados por el comitente, le cobre el valor de las hojas de papel donde se encuentren impresos los citados planos.

1610 Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Contratos II*, p. 109.

LUIS MARIO CASTILLO FREYRE

Ahora bien, resulta evidente que el citado artículo 1773 es una norma de carácter dispositivo no sólo por su naturaleza, sino por el hecho de que el propio precepto establece que lo en él señalado regirá, salvo costumbre o pacto distinto.

Y es que todos los días se pacta en contra de lo dispuesto por el citado numeral, hecho que ha llevado a algunos profesores a proponer la modificación del sentido de la norma, invirtiéndola, señalando que los materiales destinados a la ejecución de la obra deberán ser proporcionados por el contratista, salvo pacto distinto.[1611]

En lo que a nosotros respecta no compartimos la idea de modificar el citado numeral, pues el tema de los materiales queda especificado de manera expresa en la casi totalidad de obras y en la totalidad de las obras de considerable importancia patrimonial.

6. Obligaciones del contratista

Sin duda, en el contrato de obra se pueden establecer infinidad de obligaciones a ser ejecutadas por el contratista. Sin embargo, vamos a ocuparnos de las principales, que, asimismo, son aquéllas contempladas en el artículo 1774 del Código Civil peruano.

6.1. Obligación de ejecutar la obra conforme a los principios que inspiran el pago

De conformidad con lo establecido por el inciso 1 del artículo 1774, el contratista está obligado a hacer la obra en la forma y plazos convenidos en el contrato o, en su defecto, en los que se acostumbre.

El citado inciso no es otra cosa que la aplicación en sede del contrato de obra de los principios que inspiran el pago.

Dichos principios son: el de identidad, el mismo que responde a la pregunta de ¿con qué se debe pagar? Y la respuesta no es otra que debe pagarse con aquello que constituye materia de la obligación, es decir, con la prestación debida.

El segundo principio es el de integridad, el mismo que responde a la pregunta ¿con cuánto se debe pagar? Y la respuesta no es otra que con la cantidad pactada o establecida por ley.

El tercer principio del pago es el de oportunidad, que responde a la pregunta ¿cuándo se debe pagar? Y la respuesta no es otra que en el momento estipulado en el contrato o por los usos y costumbres o por la ley.

1611 Arias-Schreiber Pezet, Max. y Carlos Cárdenas Quirós. *Op. cit.*, tomo III, pp. 110 y 111.

Y, finalmente, el cuarto principio del pago es el de localización o lugar de pago, el mismo que responde a la pregunta ¿dónde se debe pagar? Y la respuesta no es otra que debe pagarse en el lugar establecido en el contrato o por la ley.

Aplicando estos principios generales al contrato de obra podría decirse que el contratista tiene la obligación de ejecutar la obra conforme a las características convenidas en el contrato, de acuerdo con la magnitud en que se hubiere pactado, entregándola en los plazos fijados, así como en el lugar establecido en el contrato.

Debemos resaltar que la prestación del promitente o contratista, tiene carácter indivisible, aunque existen excepciones a este principio.

Esta indivisibilidad puede ser percibida fácilmente en el ejemplo brindado por Aubry y Rau:[1612]

> La construcción de una casa es un hecho divisible, cuando se considera esta construcción en sí misma como un hecho susceptible de cumplirse sucesivamente, y por parte. Pero en la obligación de construir una casa se mira menos el hecho transitorio de la construcción, que su resultado final y permanente, la casa que construir. Una casa no existe como tal sino por la reunión de todas las partes que la forman: ella es indivisible en su forma específica; su construcción es, por lo tanto, igualmente indivisible desde que viene a ser objeto de una obligación.

Este principio de indivisibilidad de la prestación, que ya había sido proclamado por el Derecho Romano, implica admitir que aun cuando de la naturaleza de la obra podría deducirse su posibilidad de realización por partes, la esencia del contrato de obra consiste en alcanzar el resultado por el todo.

6.2. Obligación de dar aviso al comitente sobre eventuales defectos

De conformidad a lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 1774 del Código Civil, el contratista está obligado a dar inmediato aviso al comitente de los defectos del suelo o de la mala calidad de los materiales proporcionados por éste si se descubren antes o en el curso de la obra y pueden comprometer su ejecución regular.

Desde nuestro punto de vista, el inciso 2 del artículo 1774 bajo comentario debe ser analizado con sumo cuidado, pues la norma tiene exclusiva aplicación en aquellos casos en los cuales los defectos del suelo o de los materiales no hubiesen sido conocidos por ambas partes al momento de la celebración del contrato, lo que significa que esta norma sólo se aplicará cuando dichos defectos hubiesen sido descubiertos con posterioridad a la celebración del contrato.

1612 Citado por Spota, Alberto G. *Tratado de locación de obra*. Buenos Aires: Depalma, 1952, vol. I, p. 332.

Lo antes expresado resulta fundamental en esta materia, ya que el comitente tiene la más absoluta libertad para encargar al contratista la elaboración de una obra de óptima calidad, así como la elaboración de una obra de calidad promedio o, incluso, la elaboración de una obra de ínfima calidad.

Para ilustrar lo anotado en este último caso podríamos mencionar un comitente que celebra un contrato con un carpintero (contratista) con la finalidad de que elabore un mueble de madera, indicando, para tal efecto, que emplee madera de pésima calidad, la misma que tanto una parte como la otra tienen la certeza de que no resistirá el peso de una persona o, si lo resiste, lo hará de modo muy precario e inestable.

Si ese fuese el caso, el carpintero no tendrá que dar aviso alguno a su cliente, pues el tema resultará de notoria evidencia.

Distinta sería la situación en la que el cliente se comprometa a entregar al carpintero una determinada cantidad de pies cúbicos de caoba, para la elaboración de un fino mueble.

El cliente entrega al carpintero la madera ofrecida, pero luego el carpintero advierte que ella no reviste la calidad prevista y que de emplearla para la elaboración del mueble, éste revestiría una calidad defectuosa.

Similar razonamiento que aquél que hemos seguido en torno a los materiales, puede establecerse con respecto a los defectos del suelo sobre el cual se hubiere pactado levantar la obra.

Dentro de tal orden de ideas, nada impediría que ambas partes acuerden que una determinada obra se levantará sobre un terreno que ofrece dudosas condiciones de idoneidad.

Si éste fuese el caso y ambas partes conocieran dicha situación, simplemente no habría nada que reclamar si el contratista procediese a edificar la obra sobre el mencionado terreno. Decimos esto por cuanto podría entenderse que el contratista está asumiendo un riesgo derivado, tal vez, entre otros factores, del costo del suelo sobre el que ha decidido que se ejecute la obra.

Todo esto significa que si ambas partes fuesen conscientes de los defectos de los materiales o del suelo y contrataran con pleno conocimiento de tales situaciones, ello no tendrá nada de malo, pero, como podremos apreciar posteriormente, tal situación limitará en gran medida los eventuales reclamos que pudiera efectuar en el futuro el comitente, si la obra revistiese calidad defectuosa.

6.3. Obligación de pagar los materiales si éstos se perjudican

El inciso 3 del artículo 1774 del Código Civil establece que el contratista está obligado a pagar los materiales que reciba si éstos, por negligencia o impericia del contratista, quedan en imposibilidad de ser utilizados para la realización de la obra.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La norma antes citada parte de entender que el comitente entregue al contratista los materiales destinados a la elaboración de la obra en perfecto estado.

El Derecho entiende que si ello fuese así el contratista deberá emplearlos en similar estado de conservación.

No debe olvidarse que si la obra va a ser elaborada con dichos materiales, resultará fundamental preservar la calidad de los mismos, pues en caso contrario, la propia obra se verá perjudicada.

Para ilustrar lo antes expresado vamos a exponer dos ejemplos, ambos relacionados con la construcción de obras de ingeniería civil.

Si el comitente entregara al contratista todos los ladrillos necesarios para ser empleados en la construcción de una casa y por descuido del contratista dichos ladrillos se pulverizaran, resulta evidente que el contratista no podría construir la casa con lo que queda de esos ladrillos, debiendo reemplazarlos por otros idénticos, situación que no será difícil en la medida en que los materiales para la construcción de una obra por lo general son bienes de carácter fungible y son reemplazables por otros de la misma especie, calidad y cantidad.

Un típico caso —por lo demás, muy frecuente— es el del cemento, ya que es sabido por todos que el cemento es un producto con cuya fecha de expiración debe tenerse sumo cuidado, de modo tal que si el comitente proporcionó cemento con fecha de expiración razonable, el contratista deberá tener el cuidado suficiente como para proceder a emplearlo dentro de los plazos previstos, no retardando la ejecución de la obra, pues con ello se vencerían los plazos de caducidad del referido producto.

Si éste fuese el caso, al contratista no le quedará otro camino que el de reemplazar todas las bolsas que hubieren caducado.

En lo que respecta al término «negligencia», el mismo es susceptible de encuadrarse dentro de lo previsto por el artículo 1319 del Código Civil, precepto que establece que incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

Ahora bien, ¿es posible entender a la «impericia» como sinónimo de culpa leve? Pensamos que no, ya que, por lo general, se entiende a la impericia (falta de pericia) como un elemento susceptible de ser asimilado a la culpa inexcusable.

Dentro de tal orden de ideas entonces cabría formular la observación en el sentido de que el inciso 3 del artículo 1774 aparentemente no estaría comprendiendo el deterioro de los materiales que obedezca a culpa leve del contratista.

Se entiende por culpa leve cuando el deudor omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (argumento del artículo 1320 del Código Civil).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin duda alguna, el artículo 1320 constituye una norma de carácter general, pero a pesar de ello estimamos que no existe ninguna razón —ni teórica ni práctica— para excluir a la culpa leve de los alcances del inciso 3 del artículo 1774 del Código Civil, así como tampoco existiría razón alguna para excluir al incumplimiento doloso de la obligación de los alcances del artículo 1318 del Código Civil, precepto que establece que procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

Finalmente, respecto al inciso tres del artículo 1774, Arias-Schreiber y Cárdenas[1613] nos dicen que: «Esta regla no es otra cosa, que la aplicación específica del principio *res perit debitori* y de la responsabilidad que es inherente a quien procede con dolo o culpa, sin que se distinga la culpa leve de la inexcusable (artículos 1319 y 1320 del Código Civil), pues en el contrato de obra existe un elemento específico y diferencial, que lo distancia de otros contratos, como es el riesgo profesional».

7. Prohibición de introducir variaciones

Conforme a lo establecido por el artículo 1775 del Código Civil de 1984, «El contratista no puede introducir variaciones en las características convenidas de la obra sin la aprobación escrita del comitente».

A decir de Arias-Schreiber y Cárdenas,[1614] el legislador, entendiendo la importancia que juega el comitente en cuanto concierne al resultado final de la obra, exige que cualquier variación en las características de la obra requiera de la aprobación de aquél.

Desde luego, nada impide que en el contrato se establezca que el contratista pueda hacer las variaciones que estime convenientes sin estar obligado a solicitar la autorización del comitente pues ésta, en efecto, ya habría sido dada con anticipación.

Como se recuerda, el artículo 1132 del Código Civil regula el principio de identidad en el pago. Si bien lo hace dentro de las obligaciones de dar bienes ciertos, dicho principio es aplicable al pago en general.

Dentro de tal orden de ideas resulta coherente que el Código establezca la prohibición por parte del contratista de introducir variaciones en las características de la obra, ya que estaría, de manera unilateral, variando los términos contractuales.

Como se sabe, los contratos obligan a las partes en todo cuanto se haya expresado en ellos y la única forma en que podrían variarse los términos de un contrato es con la celebración de un nuevo contrato modificatorio o regulatorio del anterior.

1613 Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Op. cit.*, tomo III, p. 113.
1614 *Ibidem*, p. 107.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si ello no se produjese, el contratista deberá ajustarse a los términos convenidos.

Dicha prescripción se establece, obviamente, en resguardo de los intereses del comitente (acreedor de la obra), ya que la práctica nos enseña que difícilmente las variaciones en la obra que introduzca el contratista se efectuarán en beneficio de la calidad de la misma, salvo un caso excepcional del que nos vamos a ocupar más adelante.

En tal sentido, las variaciones en la obra podrán conducirnos a que la misma pueda tener una ejecución defectuosa, y el comitente tendrá todo el derecho para oponerse a que dicha obra se ejecute con diversidad con relación a los términos pactados.

El caso excepcional al que hacíamos referencia anteriormente es el relativo a las variaciones que introduce el comitente con el propósito de mejorar las características de la obra, ya sea porque dichas mejoras resulten convenientes para un óptimo desarrollo de la propia obra o con el exclusivo propósito de intentar posteriormente cobrar por los adicionales efectuados.

En este sentido, resulta adecuada la norma del artículo 1775 que establece que cualquier variación que decida introducir el contratista deberá contar con la autorización escrita del comitente.

Caso contrario, el comitente tendrá todo el derecho de exigir al contratista la destrucción o eliminación de toda característica que no corresponda a la obra, y si ello no fuere posible, el comitente tendrá dos caminos: el primer camino es aceptar la obra con dichas modificaciones y abonar la cantidad adicional que corresponda como retribución; el segundo camino será transitado en el supuesto en el cual el comitente estime que dichas variaciones alteran la utilidad de la obra o que constituyen elementos que van a conducir a que la misma no fuere de su agrado (por las más diversas razones); en tal sentido, el comitente tendrá todo el derecho de negarse a recibir la obra. Y si dichas variaciones hubiesen sido advertidas en el curso de la elaboración de la obra, ellas podrían motivar la resolución del contrato por parte del comitente.

8. Obra por ajuste alzado

El ajuste alzado significa una modalidad de obra cuyo precio se fija a un tanto global y requiere, por tanto, una invariabilidad de la obra que corresponda a esa invariabilidad en el precio.

Borda señala que la obra se contrata por ajuste alzado cuando las partes fijan desde el comienzo un precio fijo e invariable. Las modificaciones en el precio de los materiales o de la mano de obra, benefician o perjudican al contratista y no alteran el precio. A veces el dueño se compromete a reconocer ciertas alteraciones en el precio, dentro de límites topes; es lo que se llama «ajuste alzado

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

relativo», por oposición al «común» o «absoluto», en el que no hay variación de ninguna naturaleza.[1615]

En la doctrina francesa —recuerda Borda— suele estimarse que no media ajuste alzado sino cuando el empresario se obliga a entregar la obra ejecutada conforme a un plano convenido, por un precio global e invariable fijado de antemano. Es lo que se expresa en la doctrina italiana, sin perjuicio de señalarse que la invariabilidad del precio impone la invariabilidad de la obra.

Según él, se desprende que es indispensable para la existencia del contrato de obra por ajuste alzado que se cumplan dos condiciones: un precio global fijado de antemano e invariable para la totalidad de los trabajos previstos en los planos y presupuestos; y, correlativamente, que el empresario nunca podrá sufrir reducción del precio o exigir aumento de éste, bajo ningún pretexto. A pesar de ello, no lesionan la existencia del ajuste alzado aquellas modificaciones del precio que emanan de esa situación extraña a la autonomía de la voluntad (heteronomía de la voluntad) que importa la impresión contractual.

A decir de Borda, conviene señalar una subespecie de este contrato de obra. Se estima que el contrato que reúne los requisitos antes indicados es el «ajuste alzado absoluto». Al contrario, se considera que se está frente al «ajuste alzado relativo» en el caso de que si bien el precio está fijado en globo para toda la obra, se establece un aumento o una rebaja proporcional si las cantidades realmente ejecutadas exceden o son inferiores de cierta cantidad a las avaluadas del presupuesto estimativo. Los franceses lo llaman sistema *à forfait*; también lo denominan *à prix fair*. Los romanos lo llamaban sistema *per aversionem*.

Refiere que el ajuste alzado también puede comprender sólo partes de una obra: la excavación, la mampostería, la estructura de hormigón armado o metálica, etc. Aun procede contratar por un precio global sólo la mano de obra, sin suministro de material. Todavía puede una parte contratarse por un precio global, otra por unidad de medida, y otra a coste y costas.[1616]

9. Derecho de inspección por el comitente

El derecho de inspección de la obra por parte del comitente se encuentra regulado por el artículo 1777 del Código Civil:

> Artículo 1777.- «El comitente tiene derecho a inspeccionar, por cuenta propia, la ejecución de la obra. 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.

1615 Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Contratos II*, p. 115.

1616 Para mayor información ver Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Op. cit.*, tomo III, p. 114 y ss.

> Transcurrido el plazo establecido, 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».

La citada norma se refiere a los derechos de supervisión para la adecuada elaboración de la obra de que goza el comitente con relación al contratista.

Puede ocurrir que en el contrato se haya estipulado con precisión en qué circunstancias y tiempo podrá el comitente o quien lo represente efectuar la inspección. Si nada se ha convenido, ella podrá realizarse en cualquier momento y sin necesidad de aviso previo, ya que en estos casos no se dan razones de privacidad que justifiquen el condicionamiento a que se contrae el artículo 1681, inciso 5 del Código Civil, relativo al contrato de arrendamiento.

Debido a la diversidad de supuestos que aborda el artículo en cuestión vamos a proceder a analizar en detalle cada uno de ellos.

9.1. El derecho de inspección propiamente dicho

Cuando en el artículo 1777 del Código Civil se hace referencia a que el comitente tiene derecho a inspeccionar, por cuenta propia, la ejecución de la obra se está partiendo de la idea de que la ejecución de dicha obra se está realizando dentro de parámetros normales o, al menos, no implica —de por sí— que exista alguna anomalía o irregularidad.

Se trata del legítimo ejercicio de todo comitente en torno a la inspección de la obra en sí misma. Y es que no debe olvidarse que cuando se concluya con la realización de dicha obra, ella deberá ser entregada por el contratista al comitente, situación que significará que este último se servirá de la obra y deberá serle de plena utilidad y encontrarse a su entera satisfacción.

No está de más señalar que las inspecciones que pudiera realizar el comitente no deberán entorpecer la ejecución de la obra, así como tampoco abusar en las frecuencias de las mismas.

Si bien el Código Civil no establece (y está bien que sea así) nada en torno a la periodicidad de las eventuales inspecciones, las mismas deberán realizarse con mesura y ponderación, y en estricto apego a lo que resulte necesario.

9.2. Cuando se compruebe que la obra no está siendo ejecutada conforme a lo convenido

La ley le da una oportunidad al infractor y establece que el comitente le confiere la posibilidad de regularizar la anomalía dentro de un plazo. Dicho plazo será

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

establecido por el comitente y deberá ser lo suficientemente amplio como para que el contratista pueda cumplir con su cometido.

Agrega el citado precepto que transcurrido el plazo establecido, el comitente puede solicitar la resolución del contrato, sin perjuicio del pago de la indemnización de daños y perjuicios.

En el caso materia de análisis, el comitente ha descubierto o advertido, que el contratista se encuentra haciendo una ejecución defectuosa de la obra, entendida como el alejamiento de los lineamientos establecidos en el contrato o que resultan imperativos por las reglas del arte al que corresponda la naturaleza de la referida obra.

Se entiende que las desviaciones que advierte el comitente con respecto a la ejecución de la obra que viene realizando el contratista deben ser lo suficientemente relevantes (a juicio del comitente) como para recurrir al mecanismo previsto por el artículo 1777.[1617]

De otro lado, el precepto bajo análisis impone al comitente el deber de establecer un plazo al contratista, para que dentro del mismo, este último se ajuste a tales reglas.

Nótese que el plazo es con apercibimiento legal explícito de otorgar al comitente la facultad de resolver el contrato.

El único requisito establecido por la ley es que el plazo sea adecuado, expresión que para estos efectos, deberíamos entender como «prudencial».

Si bien es cierto que esta última expresión deviene un tanto ambigua, consideramos que su empleo es adecuado en la medida en que la diversidad de contratos de obra susceptibles de celebrarse en la realidad son infinitos, lo que no hace aconsejable el empleo de un plazo fijo o de orden público en esta materia.

Ahora bien, el plazo de que venimos hablando se refiere a la oportunidad en la que el contratista debe empezar a corregir los defectos de la obra, no necesariamente al plazo en el que deba haber corregido por completo dichos defectos, ya que no siempre éstos podrán ser enmendados en su integridad en el curso de plazos tan breves.

9.3. Condiciones del inspector en obras destinadas a tener larga duración

De conformidad con lo establecido por el último párrafo del artículo 1777 del Código de 1984, tratándose de un edificio o de un inmueble destinado por su naturaleza

1617 Si en el marco de un contrato de obra, los informes técnicos han sido cumplidos en forma defectuosa y parcial, motivando que la interesada celebre un nuevo contrato con otra empresa, la faculta para exigir una indemnización por daños y perjuicios. Casación n.° 3711-2008-Lima, del 18 de noviembre de 2008, de la Sala Civil Permanente. Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1263.

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.

En general, quien realice la inspección de una obra no tiene por qué reunir condiciones o características especiales, ya que la obra puede ser muy sencilla o, incluso, la verificación de su correcta ejecución podría ser muy fácil y rápida, como sería el caso, por citar un ejemplo, de la elaboración de una silla de madera.

Pero hay casos en los cuales la complejidad de la obra es grande, como en algunos inmuebles o en las máquinas de tecnología sofisticada.

El Código Civil peruano sólo se refiere al caso de los edificios y de los bienes muebles, y —específicamente— al caso de aquéllos que están destinados a tener una «larga duración» o, dicho en otros términos, una duración considerable.

Lo que ha buscado nuestro cuerpo legal es especificar que para la inspección de determinados bienes (como éstos) se debe contar con inspectores que sean verdaderos especialistas en el entendido que no cualquier persona podría ejercer calificadamente tal función.

Y ello está bien porque son precisamente estas obras en donde se presenta la mayor cantidad de problemas. Además, los bienes muebles, por lo general, son adquiridos por los consumidores cuando ya se encuentran manufacturados (contratos de compraventa), a diferencia de los inmuebles, en donde existe un alto porcentaje cuya ejecución es materia de encargo (contratos de compraventa y de obra) y otro porcentaje —igualmente apreciable— en donde se adquieren ya terminados de ejecutar (compraventa).

Por otra parte, cabe resaltar que el artículo 1777 pone como requisito para que actúe como inspector ese técnico calificado, el hecho de que dicho técnico no haya participado en la elaboración de los estudios, planos y demás documentos para la ejecución de la obra. Ello debido a que el técnico que hubiese participado en la fase previa a la ejecución de la obra podría tener algún conflicto de intereses en la medida que la ejecución de dicha obra pudiese poner de manifiesto los defectos u omisiones en que hubiese incurrido en las labores que anteriormente le cupo desempeñar.

9.4. Supuesto en el cual se compruebe la ejecución defectuosa de la obra

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1777 del Código Civil, cuando en el curso de la ejecución de la obra se compruebe que ella no se está elaborando 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 dicho plazo, el comitente puede solicitar la resolución del contrato sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

10. Derecho a la comprobación

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1778 del Código Civil peruano de 1984:

> Artículo 1778.- «El comitente, antes de la recepción de la obra, tiene derecho a su comprobación. 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».

Como expresa Spota,[1618] la comprobación se identifica con la verificación de la obra y tiene por misión que el comitente de la obra controle el fiel cumplimiento de lo pactado, esto es, controlar si la obra se ha realizado conforme al contrato respectivo. Se trata, por ende, de un proceso distinto a la recepción, ésta última definible como la consecuencia de la verificación. Fácil es comprender que la verificación puede hacerse durante el curso de los trabajos o bien al término de éstos; y que la recepción puede ser definitiva o provisional, aparte de que se convenga la recepción no sólo total, sino también de parte de la obra, esto es, recepción total o parcial.

Nótese que el artículo 1778 alude al derecho del comitente a verificar la obra antes de que se acepte su entrega, lo que equivale a decir que la verificación es anterior y no posterior a la entrega.

Ello es así, porque si el comitente, al revisar la obra, encuentra que ella no se ha ejecutado de manera idónea (o que presenta una ejecución defectuosa), entonces el comitente tiene todo el derecho de no aceptar el pago (es decir, de no recibir la obra).

El proceder a comprobar la idoneidad de la obra representa el comportamiento adecuado y diligente de todo buen comitente. Se podría decir que una adecuada comprobación representa actuar con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

Decimos esto, porque si bien es cierto que el comitente tendría derecho a formular reclamos luego de recibida o aceptada una obra, tales eventuales reclamos se verán notoriamente mediatizados por el acto de recepción de la obra. Resultará claro, por ejemplo, que dicho comitente no podría reclamar de aquellos puntos o aspectos que resultasen de evidencia palmaria en los exteriores de la obra.

Por otra parte, el acto de comprobación lo entendemos directamente relacionado con la capacidad técnica o de conocimientos personales del comitente. Así, si la obra implicase el empleo de una compleja tecnología, será lógico que el comitente se valga de expertos en la materia para que realicen la inspección, pues

1618 Spota, Alberto G. *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*, vol. V, p. 518.

si decidiera realizarla por su cuenta y riesgo, deberá asumir las consecuencias de aquello que deje de percibir por su falta de preparación en la materia.

Entiende la doctrina que la aprobación de la obra puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando el comitente así lo manifieste al contratista. Será, por el contrario, tácita si el comitente no ejercita su derecho sin razón que lo justifique o si no comunica al contratista su resultado dentro de un breve plazo que responda a la naturaleza de la obra y no a la libre determinación del comitente.

Al estar únicamente en juego el interés privado nada impide que se restrinja o suprima el derecho y el deber de la comprobación.

10.1. Descuido del comitente en realizar la comprobación

El propio artículo 1778 señala que si el comitente descuida proceder a la comprobación de la obra sin justo motivo, la obra se considera aceptada. Éste es uno de los casos en los cuales la ley otorga a las conductas negativas (no hacer algo) valor de manifestación de voluntad, habida cuenta de que la consecuencia de no proceder a comprobar la obra sin justo motivo sería el considerar que el comitente la ha aceptado.

Además, dicha inejecución se habría producido por causas imputables al deudor de la prestación de comprobación (el comitente). Ello en virtud de que el artículo 1778 del Código nacional emplea la expresión «sin justo motivo». Entendemos que «justo motivo» —por oposición— sería el haber omitido dicha comprobación por caso fortuito, fuerza mayor o a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias (causas no imputables).

En tal sentido, «injustos motivos» serían el dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve (causas imputables al deudor).

10.2. Descuido del comitente en comunicar el resultado de la comprobación

El artículo 1778 del Código Civil establece que si el comitente descuida comunicar al contratista el resultado de la comprobación de la obra dentro de un breve plazo de realizada dicha comprobación, la obra se considera aceptada.

En este supuesto, a diferencia del analizado en el numeral 9.1., el comitente sí ha realizado la comprobación, pero no ha comunicado —de inmediato— su resultado al contratista.

Lo que busca la ley es que la culminación de la ejecución del contrato se efectúe de la manera más rápida posible o que —con similar prontitud— el contratista conozca de las observaciones formuladas por el comitente, a fin de salvarlas a la brevedad.

Como podrá apreciar el lector, en ambos casos lo que se busca es que se termine de cumplir con las prestaciones debidas por el contratista y por el comitente (la obra y la retribución o precio, respectivamente).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es por ello que la ley opta por dar al silencio sentido de manifestación de voluntad positiva, siendo éste uno de los supuestos excepcionales en los que el Derecho otorga al silencio valor de manifestación de voluntad, conforme a lo dispuesto por el artículo 142 del Código Civil de 1984.

11. Recepción sin reserva

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1779 del Código nacional, «Se entiende aceptada la obra, si el comitente la recibe sin reserva, aun cuando no se haya procedido a su verificación».

Del contenido del artículo 1779 podemos extraer, por consiguiente, dos supuestos muy claros.

El primero de ellos es que la obra se considera aceptada si el comitente la recibe sin reserva. Ello es así por cuanto resulta natural —y hasta obvio— que si el comitente no formula observaciones a la obra luego de haberla inspeccionado o comprobado, está asintiendo con respecto a sus características y resultado de ejecución.

Es similar a cuando un acreedor otorga a su deudor un recibo cancelado con respecto al pago que acaba de ejecutar dicho deudor y en tal recibo no formula reserva alguna.

El segundo supuesto de aceptación es el de entenderse aceptada la obra si el comitente la recibe sin reserva, aun cuando no se haya procedido a su verificación.

Y es que proceder a la verificación de la obra no constituye —en estricto— una obligación del comitente. Es —simplemente— una facultad de la que goza este contratante. Si no desea comprobar sus condiciones o idoneidad en su ejecución, podrá no hacerlo debido a las más diversas razones, entre ellas el hacer fe de la conducta obligacional del contratista.

En resumen, al Derecho no le interesa si el comitente ha inspeccionado o no la obra. Si la recibe sin reservas, ello implicará, en ambos casos, plena aceptación de la misma. Al fin de cuentas si decidió no revisar la obra antes de aceptarla, fue porque decidió actuar así y no porque alguien o algo se lo impidiera.

12. Obra a satisfacción del comitente

El artículo 1780 del Código Civil establece lo siguiente:

> Artículo 1780.- «Cuando se estipula que la obra se ha de hacer a satisfacción del comitente, a falta de conformidad, se entiende reservada la aceptación a la pericia correspondiente. Todo pacto distinto es nulo.
>
> Si la persona que debe aceptar la obra es un tercero, se estará a lo dispuesto en los artículos 1407 y 1408».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El contrato de obra a satisfacción del comitente nos trae a la memoria el contrato de compraventa a satisfacción del comprador. Sin embargo, el texto del artículo 1780 plantea algunas peculiaridades que lo hacen diferir del artículo 1571, relativo a la compraventa a satisfacción del comprador.

En primer término, el artículo 1571 trata acerca de un contrato en formación, en tanto el numeral 1780 parte de la idea de que el contrato ya se celebró.

En segundo término, para que en la compraventa a satisfacción del comprador haya contrato, el comprador debe —necesariamente— expresar su voluntad en tal sentido (pues de lo contrario ni siquiera se habría celebrado acto jurídico alguno). En cambio, en el contrato de obra a satisfacción del comitente, como ya hay contrato, la conformidad no tiene por efecto su celebración, sino simplemente prestar la conformidad en cuanto a la elaboración de la obra misma.

En la compraventa a satisfacción del comprador, por razones obvias, la falta de declaración de aceptación tiene por efecto la ausencia de celebración del contrato. En el contrato de obra a satisfacción del comitente, a falta de expresión de conformidad, se entiende reservada la aceptación a la pericia correspondiente. En otras palabras: la aceptación es reemplazada por la pericia, o la pericia sustituye a la aceptación.

En este aspecto, el contrato de obra a satisfacción del comitente se deja de parecer a la compraventa a satisfacción del vendedor y se parece a la compraventa a prueba o a ensayo regulada en el artículo 1572 del Código Civil de 1984, precepto que considera a la compraventa celebrada bajo la condición suspensiva de que el bien tenga las cualidades pactadas o sea idóneo para la finalidad a que está destinado.

Algo así ocurre en el contrato de obra a satisfacción del comitente, cuando éste no expresa dicha satisfacción, pero tampoco expresa su insatisfacción.

Nótese que la satisfacción o insatisfacción podrían tener un altísimo grado de subjetividad en el comitente.

Sin embargo, si ambas se dejaran de expresar, la solución del problema no tendrá nada de subjetiva en la medida que se estaría a los resultados de la pericia correspondiente. Ello implica que para que se efectúe la pericia, debería haberse establecido en el contrato las características que tendría la obra una vez terminada.

Caso contrario, es decir, en el supuesto en que no se hubiese pactado en detalle dichas características entendemos que la pericia devendría en imposible y la ausencia de manifestación de voluntad (positiva o negativa) del comitente jamás podría entenderse como una aceptación.

Ahora debemos detenernos en el análisis del extremo referido a que todo pacto distinto es nulo.

EL DERECHO MADE CASTRO O FUERE

En verdad no entendemos el sentido de esta última norma, sobre todo si el artículo 1780 contiene un precepto de orden dispositivo.

¿O acaso alguien podría sostener que lo dispuesto en torno al contrato de obra a satisfacción del comitente sea de naturaleza imperativa?

La respuesta negativa se impone. Ello no tendría sentido en la medida de que el mencionado pacto no afecta —en lo absoluto— al orden social ni al interés de la comunidad.

Además, si imaginásemos que se pactase en contrario de lo dispuesto en la primera parte del artículo 1780, ello obedecería a que las partes habrían preferido esta opción por sobre aquélla contemplada en el precepto legal. Esto, simplemente, no tendría nada de malo.

Por último, estimamos como una demasía lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1780 cuando establece que si la persona que debe aceptar la obra es un tercero, se estará a lo dispuesto en los artículos 1407 y 1408 del propio Código, preceptos que regulan lo relativo al mero arbitrio y al arbitrio de equidad, normas que resultan aplicables no sólo a este supuesto, sino a la generalidad de casos en que intervenga a tal efecto un tercero.

13. Obra por pieza o medida

El texto original del artículo 1781 era el siguiente:

> Artículo 1781.- «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».

Posteriormente, dicho numeral fue modificado por el artículo único de la Ley n.° 25291 (promulgada el día 18 de diciembre de 1990 y publicada en el diario oficial *El Peruano*, el día 24 de diciembre de 1990), de texto siguiente:

> Artículo 1781.- «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 a este efecto (sic) el desembolso de simples cantidades a cuenta ni el pago de valorizaciones por avance de obra convenida».

Cuando se pacta una obra por pieza o medida resulta fácil establecer una relación directamente proporcional entre los avances que se vayan realizando en

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la obra por parte del contratista y los pagos que el comitente deberá efectuar al contratista como retribución por concepto de la obra realizada.

Es más, cuando se pacta la ejecución de una obra por pieza o medida, justamente se tiene la posibilidad de que ambas partes efectúen una ejecución paralela y lo más simultánea posible de las prestaciones recíprocas que ha asumido cada una.

En el primer párrafo del artículo 1781 se establece que el que se obliga a hacer una obra por pieza o medida (es decir, el contratista) tiene derecho a la verificación por partes y, en tal caso, a que se le pague en proporción a la obra realizada.

Entendemos que el derecho a la verificación por partes a que hace referencia la citada norma no constituye solamente un derecho que corresponda al contratista, quien lo ejercerá frente al comitente para que este último efectúe la verificación y —ulteriormente— le pague la cantidad proporcional a la parte ejecutada.

Estimamos que ese derecho de verificación por partes corresponde también al comitente en la medida que éste deberá efectuar pagos que correspondan a los avances parciales, y la única forma de pagar es efectuando la verificación de la parte ejecutada de la obra, que dará lugar a ese pago.

Entonces, debemos convenir en que el derecho a la verificación no sólo corresponde al contratista, sino también al comitente.

Por otra parte, resulta claro que si esa verificación da resultados negativos para el comitente, éste no pagará nada al contratista, pues estimará que la parte ejecutada no le es de utilidad (no la acepta).

En este caso, el contratista deberá subsanar los defectos si ello fuese posible.

Pero si el resultado de la inspección fuese positivo para el comitente, entonces este último deberá pagar al contratista la contraprestación proporcional a la parte de la obra realizada.

De otro lado, cuando en el artículo 1781 se establece que el pago hace presumir la aceptación de la parte de la obra realizada, ello constituye una aplicación lógica de lo que ocurre en la realidad. Decimos esto pues si no hubiese conformidad, no habrá pago; y si —por el contrario— hubiese esa conformidad, entonces estará abierto el camino al pago.

Es obvio, entonces, que si se paga sin reservas, dicho pago debería hacer presumir la aceptación de la parte de la obra realizada. Sin embargo, es necesario precisar que se trata de una presunción *iuris tantum*, vale decir, que admite prueba en contrario.

En lo que respecta al desembolso de cantidades a cuenta, que el comitente pudiera entregar al contratista, el Código Civil de 1984 efectúa la distinción entre lo que significan esas cantidades y los pagos parciales de que hemos venido hablando.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Estimamos que la naturaleza jurídica de ambos desembolsos es distinta. Por una parte, los pagos proporcionales a la obra no son otra cosa que la contraprestación que ejecuta el comitente por los avances de la obra efectuados por el contratista.

En cambio, los desembolsos parciales son cantidades de dinero que debe pagar el comitente al contratista, pero que no sólo constituyen retribución por el avance de la obra, sino, en la mayoría de veces, dinero que servirá al contratista para ejecutar la obra y sus avances, conforme a lo establecido, financiarla, comprar los materiales necesarios para tal efecto, etc.

Si bien es cierto que esos desembolsos de cantidades a cuenta también se harían conforme la obra vaya avanzando, esa coincidencia temporal tiene que ver más con lo cronológico que con los avances reales de la obra que esté realizando el contratista.

De ahí que resulta evidente que el Código Civil establezca que tales desembolsos no hacen presumir aceptación de nada por parte del comitente.

14. Responsabilidad por diversidades y vicios exteriores de la obra

De conformidad con lo establecido por el artículo 1782 del Código Civil de 1984:

> Artículo 1782.- «El contratista está obligado a responder por las diversidades y los vicios de la obra.
>
> La recepción de la obra, sin reserva del comitente, descarga de responsabilidad al contratista por las diversidades y los vicios exteriores de ésta».

14.1. Las diversidades

El contratista, como cualquier otro contratante, debe ejecutar la prestación en los términos establecidos en el título constitutivo de la obligación. Esto significa que debe ser fiel al principio de identidad del pago contenido en el artículo 1132 del propio Código, pero que extiende sus efectos a todo el Derecho de Obligaciones.

Dentro de tal orden de ideas, el alejamiento de la ejecución de una obra de aquellas características convenidas es lo que jurídicamente se denomina como «diversidades», es decir, aquellos aspectos en los cuales la obra difiere de lo pactado para su ejecución.

Recordemos que como regla general y lógica, el contratista se encuentra obligado a responder por las diversidades y vicios o defectos de la obra, todo lo cual es perfectamente congruente con el concepto y el alcance de la responsabilidad profesional.[1619]

1619 Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Op. cit.*, tomo III, p. 119.

Resulta claro que si las diversidades fueren de notable magnitud y ellas afectaran la obra de modo considerable, el comitente tendría todo el derecho de negarse a aceptar la referida obra; pero igual derecho tendrá si las diversidades fueren de poca importancia, ya que el comitente tendría derecho a exigir que la obra se le entregue —exactamente— en los términos convenidos.

De ahí que el artículo 1782, en su primer párrafo, establezca que el contratista está obligado a responder por las diversidades de la obra.

Esta responsabilidad se extiende no sólo a tratar de subsanar dichas diversidades, sino también —como resulta obvio— a la eventual indemnización a que hubiere lugar por los daños y perjuicios causados al comitente.

14.2. Los vicios de la obra

Cuando en el artículo 1782, primer párrafo, se hace referencia al deber del contratista de responder por los vicios de la obra, se está aludiendo a los defectos o fallas que ella pudiera tener.

Estos defectos o fallas no necesariamente serán diversidades, ya que la obra podría estar respondiendo a las características pactadas o a los planos elaborados, pero —aun así— sin ser «diversa», presentar defectos en su construcción o elaboración.

Estos vicios o defectos pueden ser exteriores, es decir, susceptibles de ser apreciados a simple vista, o internos, los mismos que guardan relación con el clásico concepto jurídico de los vicios ocultos.

En esta norma, la ley no efectúa distinción alguna sobre la magnitud de tales vicios, razón por la cual debe entenderse que responde por todos ellos, sea cual fuere su magnitud, características o eventual clasificación.

14.3. Descargo de responsabilidad

El segundo párrafo del artículo 1782 establece que la recepción de la obra, sin reserva del comitente, descarga de responsabilidad al contratista por las diversidades y los vicios exteriores de ésta.[1620]

Cuando hablamos de la inspección de la obra por parte del comitente resulta obvio que por más que dicho comitente pueda contar con el auxilio de expertos en la materia, la inspección no implica la realización de un estudio minucioso y detallado de todo el proceso constructivo y demás características de la obra. Entendemos que, por lo general, se limita a verificar situaciones aparentes, es decir

1620 En la Casación n.° 1479-2001-Lima, de 29 de noviembre de 2001, de la Sala Civil Permanente, se determinó que la empresa constructora de la obra no es responsible si ésta sufre daños debido a eventos de la naturaleza y no por fallas técnicas desvirtuadas con las pericias respectivas. Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1264.

INSTITUTO MARIO CASTILLO FREYRE

que en apariencia la obra coincida con lo estipulado en el título constitutivo de las obligaciones del contratista (el contrato de obra).

En tal sentido es que la segunda parte del numeral 1782 sólo descarga de responsabilidad al contratista por las diversidades y vicios exteriores de la obra cuando ésta haya sido recibida por el comitente, sin formular reserva alguna.

Mal podría descargarse de responsabilidad al contratista por aquellas diversidades y vicios cuya advertencia no se encuentre al alcance del comitente, al realizar la inspección previa a recibir o aceptar la obra.

15. Acciones derivadas por diversidades o vicios exteriores

De conformidad con lo prescrito por el artículo 1783 del Código Civil de 1984:

> Artículo 1783.- «El comitente puede solicitar, a su elección, que las diversidades o los vicios de la obra se eliminen a costa del contratista, o bien que la retribución sea disminuida proporcionalmente, sin perjuicio del resarcimiento del daño.
>
> Si las diversidades o 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 comitente debe comunicar al contratista las diversidades o los vicios dentro de los sesenta días de recepcionada [sic] la obra. Este plazo es de caducidad. La acción contra el contratista prescribe al año de construida la obra».

Esta norma plantea diversos supuestos que conviene analizar.

15.1. Supuesto en el cual las diversidades o vicios exteriores no hacen inútil la obra para el comitente

Comprendemos como un valor entendido del primer párrafo del artículo 1783 del Código Civil el que las diversidades o vicios exteriores no hagan inútil la obra para el comitente dado que en estos casos la ley no otorga al comitente el derecho de resolver el contrato, es decir, el derecho de separarse de la relación contractual. Y si no se le concede este derecho, es simple y llanamente porque la ley entiende que —de manera objetiva— no existen razones para proceder en tal sentido.

El segundo camino que plantea tal opción es el de que —dada la existencia de esas diversidades y vicios menores en la obra— proceda a solicitar la reducción de la contraprestación, es decir de la retribución que el comitente debe pagar al contratista.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

15.2. Supuesto en el cual las diversidades o vicios exteriores hacen inútil la obra para el comitente

En estos casos estamos hablando de situaciones en las cuales las diversidades o vicios exteriores sean de tal importancia que puedan hacer inútil la obra para el comitente.

Si este fuese el caso, evidentemente, al comitente no le interesará seguir formando parte de un contrato en el que no desea aceptar el pago (la entrega de la obra) por parte del contratista.

Así, el camino que le concede la ley es el de la resolución del contrato.

Nótese que la ley subraya que esos vicios deben ser de tal magnitud que hagan que la obra resulte inútil para la finalidad convenida, pero si no se hubiese pactado en el contrato algo en especial sobre la finalidad que se desea dar a la obra, deberá entenderse que la misma es aquélla que habitualmente tienen bienes de la misma naturaleza; esto, por aplicación analógica del artículo 1486 del propio Código Civil, precepto que establece que: «Si no se indica expresa o tácitamente la finalidad de la adquisición, se presume que la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar».

15.3. Deber de comunicar la existencia de diversidades o vicios de la obra

De conformidad con lo establecido por la última parte del artículo 1783 del Código Civil, el comitente debe comunicar al contratista las diversidades o los vicios de la obra dentro de los sesenta días de recibida la obra.

La idea de establecer un plazo tan corto (que —por lo demás— es de caducidad) es forzar al comitente a que actúe de manera diligente en la inspección de la obra, con el propósito de que así resulten de inmediata aplicación —según sea el caso— las disposiciones del primer o del segundo párrafo de la propia norma (el artículo 1783).

Con el plazo reducido (de sólo sesenta días) se busca, además, preservar la seguridad jurídica para evitar que se mantengan latentes —por plazos mayores— acciones que luego puedan congestionar los tribunales de justicia.

En adición a lo expuesto cabe resaltar que el propio artículo 1783 subraya expresamente que se trata de un plazo de caducidad, el mismo que se computa desde la fecha de recepción de la obra, pues dicho momento es —justamente— aquél desde el cual el comitente puede comenzar a percibir la existencia de los vicios o diversidades (habida cuenta de que no estamos hablando de vicios ocultos, sino de otros que parecen evidentes o notorios).

Pero en adición al plazo de caducidad (de sesenta días), la ley establece otro plazo —ahora de prescripción—, el mismo que es el que la ley concede al

ESTUDIO PLANO CASTRO REYES

comitente para accionar con respecto al contratista, y dicho plazo es de un año contado desde que se terminó de construir la obra.

¿Cómo entender la existencia de estos dos plazos?

Éste es uno de aquellos casos en los cuales la ley establece los denominados «plazos dobles».

La finalidad de los mismos es que —de todas maneras— prescriba o caduque una acción o un derecho sin que pueda prolongarse por diversos motivos, como podría ser el caso de la interrupción de la prescripción.

En el caso materia de análisis ocurrirá que si bien el plazo de caducidad para que el comitente demande al contratista es de seis meses contados desde la recepción de la obra, dicho plazo nunca podrá exceder de un año contado desde la culminación de la obra, aunque esta última no hubiese sido entregada al comitente.

Pero nótese que en este caso (si la obra no hubiese sido entregada), el comitente podrá interrumpir el decurso prescriptorio de tal plazo mediante actos interruptivos de la prescripción (argumento y supuestos del artículo 1996 del Código Civil).

16. Responsabilidad del contratista por destrucción, vicios o ruina sobreviniente

El artículo 1784 del Código Civil señala que:

> Artículo 1784.- «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. Todo pacto distinto es nulo.
>
> El contratista es también responsable, en los casos indicados en el párrafo anterior, 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.
>
> El plazo para interponer la acción es de un año computado desde el día siguiente al aviso a que se refiere el primer párrafo».

El citado artículo aborda el tema de la eventual destrucción, vicios o ruina sobreviniente de la obra.

La norma en cuestión aborda diversos temas, los mismos que pretendemos tratar en detalle.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

16.1. La destrucción o ruina de la obra

Supuestos en los que debe avisarse al contratista:

- Si la obra se destruye totalmente.
- Si la obra se destruye parcialmente.
- Si la obra presenta evidente peligro de ruina por vicio de la construcción.
- Si la obra presenta graves defectos por vicio de la construcción.

En todos estos casos se trata de situaciones extremadamente graves, las mismas que atentan contra la duración que debe tener toda obra, naturalmente en el caso en que ella hubiese sido construida con vocación de permanencia en el tiempo. Decimos esto, pues existen algunos supuestos en los cuales las obras son hechas para que duren poco tiempo, como sería el caso de una escultura en hielo, elaborada específicamente para ser exhibida en una reunión social.

Resulta claro que en estos casos no se podría exigir que la obra dure más tiempo, pues —precisamente— su finalidad implica tener una existencia efímera.

Entonces, de lo expuesto queda en evidencia que este precepto ha sido redactado pensando en obras que se encuentren destinadas a tener una larga duración, en donde el transcurso de un plazo de cinco años no signifique el agotamiento de la obra con las características constructivas originales.

16.2. El plazo establecido por el artículo 1784 del Código Civil es de caducidad y no de prescripción

Según la Real Academia Española,[1621] caducar significa «perder eficacia o virtualidad», en tanto que caducidad es la «Extinción de una facultad o de una acción por el mero transcurso de un plazo configurado por la ley como carga para el ejercicio de aquellas».

Para Guillermo Cabanellas[1622] caducar significa «extinguirse por el transcurso del tiempo, un derecho, una facultad, una acción, una instancia, un recurso», en tanto que caducidad es «el lapso que produce la extinción de una cosa o de un derecho. Pérdida de la validez de una facultad por haber transcurrido el plazo para ejecutarla».

A pesar de que el último párrafo del artículo 1784 no señala expresamente si se trata de un plazo de prescripción o caducidad, la doctrina nacional es unánime en señalar que el mismo es de caducidad. Así lo expresan Marcial Rubio Correa y Fernando Vidal Ramírez.

Los argumentos que esgrimen los citados autores son los siguientes.

1621 Real Academia Española. *Op. cit.*, tomo I, pp. 234 y 235.
1622 Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, 1989, tomo II, pp. 14 y 15.

Vidal Ramírez[1623] refiere que los dispositivos que contienen plazo de caducidad revisten como característica que ese plazo tiene ya fijado su término de vigencia. No ocurre lo mismo con las acciones prescriptibles, cuyos términos están previstos en forma genérica y no específica.

Por su parte, Rubio Correa[1624] señala que una de las características de la caducidad es que sus plazos son fijados *a priori* y, además, que la reducción significativa de los plazos generales a que hace mención el artículo 2001 del Código Civil, en los textos de los artículos específicos, constituye una vocación de caducidad.

Ambos catedráticos finalizan sus argumentaciones mencionando expresamente aquellos artículos que presentan, en nuestro ordenamiento jurídico, un plazo eminentemente de caducidad y no de prescripción, y es entre ellos que señalan el caso del último párrafo del artículo 1784 del Código Civil.

El profesor Fernando Vidal Ramírez, en sus comentarios integrales de la Exposición de Motivos de la Comisión Reformadora del Código Civil[1625] se encarga de remarcar en el desarrollo del artículo 2006 que el hecho de que la caducidad sea declarada de oficio se explica a partir de la acentuada noción de orden público que reviste esta figura.

En este sentido, de acuerdo con Guillermo Cabanellas,[1626] por orden público debemos entender al «conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe ni transigencia ni tolerancia, por afectar los principios fundamentales de la sociedad, de una institución, o de las garantías precisas para su subsistencia. [...] En el orden civil, el orden público es el límite infranqueable por la libertad individual».

Por ende, resulta evidente que la imperatividad de declarar la caducidad se deriva de fundamentos relacionados con el interés intrínseco de la sociedad.

Debemos tener presente que dentro de nuestro ordenamiento legal siempre cabe la posibilidad de que el juzgador se pronuncie a favor de la caducidad; ello, en razón de la aplicación de los preceptos legales antes mencionados.

16.3. La responsabilidad civil de los constructores

Nuestro Código Civil dedica algunos artículos a la responsabilidad por ruina del edificio, ya sea ésta parcial o total. Estas previsiones hechas por el legislador peruano se encuentran vinculadas a la responsabilidad imputable a los profesionales de la construcción, en razón de los vicios que presente la obra como consecuencia de la actuación de estas personas.

1623 Vidal Ramírez, Fernando. *Prescripción extintiva y caducidad.* Lima: Gaceta Jurídica, 2006, pp. 198 y 216.

1624 Rubio Correa, Marcial. *Prescripción y caducidad. Extinción de acciones y derechos.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989, pp. 94 y 188.

1625 Revoredo Marsano, Delia. *Op. cit.*, p. 825.

1626 Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, 1989, tomo V, p. 697.

Claro está que la ruina total o parcial de la edificación no se configura como la única causal de imputación de responsabilidad. Como tendremos ocasión de verificar a lo largo de estas páginas, son diversas las etapas que comprenden la construcción de una obra, así como son también variadas las modalidades e incumbencias del ejercicio profesional y, por ende, las prestaciones a las que se encuentra obligado el constructor y cuyo incumplimiento —de producirse un daño y presentarse el factor de atribución— da lugar al correlativo deber de indemnizar.

Las normas que abordan este tema de manera expresa —algunas de las cuales ya han sido motivo de examen en este trabajo— se encuentran básicamente, en los artículos 1777, 1782, 1783, 1784 y 1785 de nuestro Código Civil.

Debemos advertir que la interpretación de dichas normas no debe hacerse de modo aislado; todo lo contrario, es preciso realizar una lectura sistemática de las mismas, que comprenda los preceptos generales del Libro de Obligaciones, del de Fuentes de las Obligaciones (contratos) y, por supuesto, de los principios generales de la responsabilidad civil.

Para efectos del presente trabajo vamos a considerar dentro de la categoría de profesionales de la construcción a todos aquellos sujetos que en virtud de sus conocimientos técnico-profesionales estén encargados de la construcción de una obra, participando en todas sus etapas, en una sola, o en algunas de éstas. Así, dentro de este ámbito, cabe mencionar a los arquitectos, a los ingenieros y, en general, a los promotores, constructores y técnicos.

Por otra parte, creemos que la naturaleza de la responsabilidad de los profesionales de la construcción por daños derivados de su actuar debe ser analizada desde dos perspectivas diferentes por cuanto es factible que se establezcan dos tipos de relaciones jurídicas.

Así, la responsabilidad será —en la gran mayoría de casos— contractual si la misma emana de la relación entre el propietario o cliente y el constructor.

Mientras que la responsabilidad será extracontractual, si deriva de los daños sufridos por terceros con los cuales el constructor, no tiene vínculo contractual.

17. Liberación de responsabilidad del contratista

El artículo 1785 del Código de 1984 trata el tema de la liberación de responsabilidad del contratista:

> Artículo 1785.- «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».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El texto del artículo 1785 parte del valor entendido de que la destrucción total o parcial de la obra o los evidentes peligros de ruina o graves defectos por vicio de la construcción se deben haber producido por dolo o culpa del contratista.

Es así que resulta evidente que si tales situaciones hubiesen obedecido a causas no imputables al contratista tales como caso fortuito, fuerza mayor o que ellas se hubiesen producido a pesar de que el contratista actuó con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias, dicho contratista no debería responder por la destrucción o defectos de la obra.

Dentro de tal orden de ideas, el artículo 1785 no hace sino ocuparse de uno de estos supuestos, que es aquel en el cual el contratista hubiese actuado con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

Pero no aborda este aspecto de manera directa, sino lo hace relacionando la actividad del contratista con haber ejecutado la obra de acuerdo con 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.

En tal caso es necesario preguntarse si el contratista estará liberado de responsabilidad en todos aquellos supuestos en que hubiese actuado conforme a las instrucciones mencionadas.

Pensamos que sobre este particular no puede existir una respuesta única, ello en razón de que en algunos casos las instrucciones, estudios y documentación proporcionada por el comitente implicarán determinados estudios y análisis que el contratista no está obligado a realizar, pues ya fueron otros profesionales quienes se encargaron de hacerlos, precisamente, por cuenta y en interés del comitente.

En ese sentido no siempre será fácil advertir al contratista la existencia de errores o defectos en tales estudios, pues no se tratará de cuestiones evidentes.

En tales casos resulta claro que sería aplicable lo dispuesto por el artículo 1785 del Código Civil. Aquí, pues, no se podría exigir al contratista algo para lo cual no ha sido contratado, así como tampoco se le podría exigir advierta cuestiones que no tienen la condición de evidentes.

Distinto sería el caso en el cual los estudios e instrucciones proporcionados por el comitente al contratista incluyan errores o defectos de tal magnitud o evidencia que el contratista se encuentre en la ineludible necesidad de advertir.

Por ejemplo, sería el caso de la construcción de un puente que deberá soportar pesos enormes y se le indique al contratista que deberá construirlo utilizando concreto con «mezcla pobre», es decir, lo que usualmente se entiende en materia de construcción como la mezcla que incluye una considerable proporción de arena en detrimento del cemento.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En un caso como éste es evidente que no resultaría aplicable lo dispuesto por el artículo 1785 del Código Civil en la medida que el contratista, como profesional de la construcción, no podría sostener que sólo cumplía con las indicaciones brindadas por el comitente. En situaciones como la descrita existe un deber implícito en el contratista de revelar al comitente los defectos advertidos y hasta de aplicar todos los mecanismos de defensa contractuales para que el comitente corrija el error y, de no hacerlo, el contratista debería negarse a ejecutar la obra.

18. Separación de la relación contractual por parte del comitente

El artículo 1786 del Código Civil peruano contempla el supuesto en el cual el comitente puede apartarse de la relación contractual:

> Artículo 1786.- «El comitente 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 encargar la realización de una obra implica, de por sí, la existencia de una necesidad a satisfacer dentro de la esfera de intereses del comitente.

En tal sentido, en la inmensa mayoría de casos este interés subsiste desde el momento de la celebración del contrato hasta el momento en el cual dicho contrato se termina de ejecutar.

Sin embargo, el Código Civil contempla en el artículo bajo comentario un supuesto especial que es aquel en el cual el comitente pierde interés en la ejecución del contrato porque la obra ya no le resulta útil al devenirle en perjudicial para sus intereses, o por cualquier otra razón.

La solución dada por el Código Civil es, en buena cuenta, aquélla que debería seguirse ante la existencia de cualquier obligación en la que el acreedor de la prestación pierda interés en el cumplimiento de ésta y, evidentemente, no exista un interés distinto al pecuniario por parte del deudor de esa prestación en su calidad de acreedor de la contraprestación.

Es claro que, de acuerdo con las normas generales de Derecho de Obligaciones, el deudor no sólo tiene el deber de pagar, sino también el derecho de hacerlo, pero no podrá forzar el pago al acreedor en la medida en que el acreedor pueda demostrar que dicho pago le pueda resultar perjudicial o que carezca de interés en él.

Sin embargo, este razonamiento no puede conducir de manera alguna a sostener que el acreedor que opte por este camino no cumpla, en su condición de deudor de la contraprestación, con pagar lo que correspondería a su contraparte, en caso ésta hubiese ejecutado su contraprestación.

Y es, precisamente, esta tesis aquélla que recoge el Código Civil peruano en el artículo 1786, en donde se señala que el comitente deberá pagar al

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

contratista por los trabajos ya realizados, los gastos soportados, los materiales preparados (todo esto, en la calidad de daño emergente), además de lo que hubiere podido ganar si la obra hubiere sido concluida (esto último, en calidad de lucro cesante).

El lucro cesante muchas veces será fácil de calcular en función de las utilidades previstas en la ejecución de la obra, las mismas que constituirán datos de orden objetivo.

No obstante, el tema se complicaría en la medida en que estemos hablando de situaciones distintas tales como el eventual prestigio profesional que hubiese adquirido el contratista de haber ejecutado la obra y los réditos que hubiese podido obtener en el futuro derivados de dicha circunstancia.

Sin duda, en estos casos ya nos encontraremos ante supuestos de muy difícil solución.

19. Pago proporcional en caso de muerte del contratista

El artículo 1787 del Código Civil se ocupa del pago proporcional en caso de muerte del contratista:

> Artículo 1787.- «En caso de terminarse el contrato por muerte del contratista, 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».

Si bien es cierto que la mayoría de obras de mediana y gran envergadura son ejecutadas por contratistas constituidos como personas jurídicas, no es menos cierto que en muchas obras menores el contratista es persona natural y, como tal, siempre estará presente el riesgo de que dicho contratista muera antes de haber concluido con la ejecución de la obra.

En tal sentido, el Código Civil peruano parte, con acierto, del entendido de que la obligación asumida por el contratista es *intuitu personae*, vale decir, de aquéllas que no resultan transmisibles a los herederos del deudor.

En tal sentido, si el contratista muriera, sus herederos —que no necesariamente tienen sus mismos conocimientos, habilidades y destrezas en la materia relativas a la obra— no podrán concluir con la ejecución del contrato.

Dentro de tal orden de ideas, el artículo 1787 establece que en estos casos el comitente estará obligado a pagar a los herederos del contratista hasta el límite en que le fueren útiles las obras realizadas, en proporción a la retribución pactada para la obra entera.

Consideramos que la solución legal adoptada por el Código Civil peruano es impecable.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Además, el artículo 1787 establece la obligación del comitente de pagar a los herederos del contratista los gastos soportados por dicho contratista y los materiales que hubiesen sido preparados por él, solución con la que también concordamos.

20. Pérdida de la obra sin culpa de las partes

El artículo 1788 del Código de 1984 regula el supuesto de pérdida de la obra sin culpa de las partes:

> Artículo 1788.- «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».

A pesar de no decirlo, resulta claro que el artículo 1788 antes citado se ocupa únicamente de regular el supuesto en el cual la obra en construcción o ya concluida, pero todavía no entregada formalmente, se pierde por un evento no imputable a las partes, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o a pesar de que ambas partes hubiesen actuado con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

Decimos esto por cuanto si hablamos, como lo hace el artículo 1788, de la resolución del contrato de obra, es un valor entendido que la relación contractual aún se encuentra vigente; y si la obra ya hubiese sido entregada de manera formal, es decir, si ya se hubiese producido la recepción de la misma, en ese instante se dan por concluidas las obligaciones del contratista, entendiéndose, por tanto, que la obra ya ha ingresado al patrimonio del comitente. De este modo, si se produjera la pérdida de la obra por cualquiera de las circunstancias señaladas, no podríamos aplicar principio alguno relativo al riesgo en el cumplimiento de las obligaciones (*periculum est debitoris o periculum est creditoris*), sino la regla general de derechos reales de que el bien se pierde para su dueño, de modo tal que la destrucción de la obra o su pérdida —en cualquiera de las acepciones del término— sólo afectará el interés patrimonial del comitente.

En tal sentido, si el comitente todavía tuviere pendiente de pago en favor del contratista algunas cantidades de dinero, pues, simplemente, deberá pagarlas en cumplimiento de la contraprestación pactada.

Dentro de tal orden de ideas queda claro, entonces, que la pérdida a que hace referencia el artículo 1788 del Código Civil se deberá producir cuando la relación

ISABEL MARÍA CASTILLO TREVEJO

contractual se encuentre en plena vigencia y la obligación del contratista todavía no hubiese sido cumplida en su totalidad.

En tal sentido, consideramos que el legislador pudo haber optado por varios caminos, uno de los cuales hubiera sido el de volver a construir la obra y volver a pagar al contratista.

Sin embargo, optar por una solución como la anotada no hubiese sido lo más acertado en la medida que no podría presumirse la subsistencia del interés del comitente en la realización de la obra (por ejemplo, que se vuelva a construir un puente ahí donde un aluvión se lo llevó), ni la capacidad del contratista de poder ejecutarla nuevamente.

De ahí que el Código Civil establece, en el primer párrafo del artículo 1788, que si la obra se pierde sin culpa de las partes, el contrato se resuelve de pleno derecho.

En adición a lo expuesto, el referido precepto agrega que si los materiales hubiesen sido suministrados por el comitente, el contratista estará obligado a devolverle los que no se hubieren perdido y el comitente no estará obligado a pagar la retribución de la parte de la obra no ejecutada.

Con esta última mención queda claro también que a pesar de entenderse el contrato resuelto de pleno derecho, ello no exonera al comitente de pagar al contratista la parte de la obra que hubiese sido ejecutada y que se pierde (como también deberá pagarle aquella parte que hubiese sido ejecutada y que no se hubiera perdido).

Ello nos lleva a considerar que en estos casos el Código Civil ha optado por el principio *periculum est creditoris*, pues si tomamos como objeto de estudio la obligación del contratista (deudor de la obra), si ésta se pierde, será el comitente (acreedor) quien sufra las consecuencias de dicha pérdida, debiendo pagar al contratista la proporción de la prestación dineraria convenida.

Finalmente, el artículo 1788, bajo comentario, establece que cuando se trate de un contrato de obra 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 estará obligado a reponerla o restaurarla. La norma agrega que, por su parte, el comitente no está obligado a pagar la retribución proporcional de la parte de la obra no ejecutada.

Tal solución es de evidente criterio de justicia.

Por último, debemos decir que las normas contenidas en el artículo 1788 son de carácter dispositivo, sobre las cuales las partes pueden pactar estipulaciones contractuales distintas.

EDICIÓN MARIO CASTILLO FREYRE

21. Deterioro sustancial por causa no imputable a las partes

El artículo 1789 del Código Civil se ocupa del supuesto de deterioro sustancial por causa no imputable a las partes:

> Artículo 1789.- «Si la obra se deteriora sustancialmente por causa no imputable a las partes, es de aplicación el artículo 1788».

Entendemos que este artículo en verdad resulta innecesario, pues hubiese bastado incluir el supuesto en él contenido, en el texto del artículo anterior, el 1788.

Sin embargo, es necesario expresar que resulta inevitablemente impreciso el concepto de «deterioro sustancial».

El deterioro sustancial a que hace referencia el artículo 1789 debería entenderse dentro de los alcances del segundo supuesto del inciso 1 del artículo 1137 del Código Civil cuando establece como uno de los casos de pérdida del bien el que el mismo resulte inútil para el acreedor por daño parcial sobreviniente al nacimiento de la obligación.

Sin duda, el daño parcial no debe implicar la destrucción total de la obra, pues en ese caso nos encontraríamos dentro de los alcances del artículo 1788 del Código Civil.

Entendemos que los supuestos de deterioro sustancial son aquéllos en los cuales el bien, a pesar de no haberse destruido, devenga en inútil para el acreedor (en este caso, para el comitente), precisamente, por la existencia de ese daño parcial.

Consideramos que un ejemplo que ilustraría el tema sería aquél en el cual se produzca un terremoto en plena construcción de una represa, la misma que se encuentre en un grado de avance del 90 %. Dicho terremoto origina el agrietamiento de la parte central de la estructura de la represa, de manera tal que esta no podría soportar la presión del agua que está destinada a embalsar en el futuro.

En este caso es evidente que la obra no se habría destruido totalmente, pero el deterioro de la misma como consecuencia de ese daño parcial la hace inútil para el acreedor (el comitente) y, por consiguiente, deberían ser de aplicación al caso las consecuencias previstas en el artículo 1788 del Código Civil, antes comentado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CONTRATO DE MANDATO

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El contrato de mandato

1. Concepto

El artículo 1790 del Código Civil se encarga de brindar el concepto del mandato. Su texto es el siguiente:

> Artículo 1790.- «Por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante».

El mandato es uno de los contratos de prestación de servicios. Las partes que lo celebran se denominan mandante y mandatario. El mandante es el interesado en que el mandatario se comprometa a realizar (celebrar) uno o más actos jurídicos por cuenta y en interés del primero.[1627]

Veamos en detalle los rasgos característicos de este contrato.

1.1. El encargo debe consistir en la celebración de uno o más actos jurídicos

Este rasgo característico distingue el mandato de otros contratos por los que una persona le encargue a otra la realización de determinados actos. Por una razón muy sencilla: en el mandato el encargo consiste en celebrar actos jurídicos, pero ¿qué pasa si el encargo consiste en realizar actos que no revistan este carácter?

Por ejemplo, si el encargo consistiera en realizar determinadas labores por cuenta e interés de quien las encarga. Sería el caso de encargar a alguien llevar un sobre con documentos a otra persona. Este sería un nuncio o mensajero y no un mandatario, y el contrato calificaría como una locación de servicios y no como un mandato.

Si el mandato careciera del elemento relativo a la celebración de actos jurídicos, por más encargo personal que exista, el contrato será uno de locación de servicios y no un mandato.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1627 La Casación n.° 738-99-Cañete, de 13 de agosto de 1999, de la Sala Civil Transitoria, ha precisado que «para adquirir derechos de un tercero no es necesario contar con facultad para ello, como el caso de la persona que adquiere un bien y declara que hace la compra por encargo y con dinero de un tercero, que es quien, finalmente recibe el dominio; al igual que para hacer un pago, pues cualquier persona puede hacerlo; en cambio, nadie puede obligar a otro sin autorización». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1266.

Como sabemos, el Código Civil (artículo 140) establece que el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Es a esto a lo que se refiere el artículo 1790 como principal obligación del mandatario.

El mandato puede ser un contrato con prestaciones recíprocas o un contrato celebrado a título gratuito, pero de este tema nos ocuparemos al analizar el artículo 1791.

1.2. Los actos jurídicos deberán ser celebrados por cuenta del mandante

Esto significa que el mandante es quien determina aquellos actos que debe celebrar el mandatario. No queremos decir que este último carecerá siempre de iniciativa al respecto. Lo que indicamos es que será el mandante el que indique qué actos celebrará el mandatario, con quiénes, etc.; no obstante, podría existir un margen de discrecionalidad por parte del mandatario, pero ello tendría que haberse convenido en el contrato.

1.3. Los actos jurídicos deberán ser celebrados en interés del mandante

Se entiende que los actos encargados al mandatario serán de interés del mandante. En otras palabras, la regla es que el mandante tenga interés propio en la celebración de tales actos y el mandatario, no. Sin embargo, podría presentarse el caso en que ambos tengan interés, pero sobre este tema nos ocuparemos posteriormente.

2. Presunción de onerosidad

El artículo 1791 regula el tema de presunción de onerosidad en los siguientes términos:

> Artículo 1791.- «El mandato se presume oneroso.
>
> Si el monto de la retribución no ha sido pactado, se fija sobre la base de las 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 sabemos, el artículo 1759, de las disposiciones generales de la prestación de servicios, establece —de manera implícita— que estos contratos pueden celebrarse a título gratuito u oneroso.

En el caso del mandato, el artículo 1791 establece la presunción que este contrato será oneroso, pero nada impide que se pacte lo contrario, pero ese pacto tendría que ser expreso, para evitar que rija la presunción antes referida.

Si fuese celebrado a título gratuito, los actos que celebre el mandatario por encargo del mandante no serían remunerados y el contrato, obviamente, sería uno de prestación unilateral. Si fuese celebrado a título oneroso, se trataría de un contrato con prestaciones recíprocas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ahora bien, cabe precisar que el contrato de mandato podría ser un acto de ejecución instantánea, como, por ejemplo, cuando implica celebrar un solo acto jurídico; o un contrato de duración, cuando implique la celebración de una serie de actos jurídicos en el tiempo, como ocurriría si es que una persona fuese contratada para firmar todos los contratos de compraventa de los departamentos que construya una inmobiliaria. En este caso, es claro también que el mandatario no recibirá una contraprestación única, sino diversos pagos a lo largo del periodo en que ejecute el mandato.

Otro tema a explicar, en el caso del mandato celebrado a título oneroso, es en qué puede consistir la contraprestación del mandatario, es decir, la prestación o prestaciones que deberá ejecutar el mandante.

En principio, generalmente esas prestaciones consisten en la entrega de dinero. Sin embargo, no encontraríamos obstáculo legal o práctico alguno para que ellas pudieran consistir en bienes de diferente naturaleza.

¿Y qué pasaría si el mandato se retribuye con algún servicio? Creemos que se convertiría en un contrato atípico, pues reuniría características esenciales de la locación de servicios y del mandato.

Lo propio ocurriría si la prestación de los servicios del mandatario tuviera como contraprestación la realización de una obra o el depósito de un bien o el secuestro.

Todos ellos serían contratos atípicos, pero plenamente válidos para el Derecho.

Por otra parte, el artículo 1791 señala también que si el monto de la retribución no ha sido pactado, se fija sobre las tarifas del oficio o profesión del mandatario; a falta de éstas, por los usos; y a falta de unas y otras, por el juez.

En primer término, habrá que aclarar que el mandato se celebra, como cualquier otro contrato, no sólo cuando exista consentimiento sobre sus prestaciones esenciales. Recordemos que el artículo 1359 de la parte general de contratos del Código Civil establece que no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria.

Resulta importante traer a colación este precepto en la medida que si aquellas personas que están negociando para celebrar un futuro contrato de mandato no se pusieren de acuerdo sobre todas las estipulaciones del mismo, pues no habrá contrato. Sí lo habría, en cambio, si acordaran el contenido de ambas prestaciones esenciales y no hubiere discrepancia alguna sobre otro tema, simplemente porque hubiesen preferido no tratarlo y dejar que el mismo sea legislado supletoriamente por la ley (el Código Civil).

Entonces, ¿a qué se refiere el segundo párrafo del artículo 1791?

Estimamos que, no obstante no decirlo, se refiere a aquellos casos en los cuales, a pesar de no haber habido acuerdo sobre la prestación que deberá ejecutar el mandante, el mandatario ya hubiese empezado o, incluso, terminado de ejecutar la prestación que le compete.

En situaciones como ésta, que plantean hechos ya consumados, es obvio que el mandatario deberá recibir una contraprestación del mandante, en orden a la onerosidad que presume el primer párrafo del artículo 1791 para este contrato. Y, entonces, ¿cuál deberá ser esa contraprestación?

Nos queda en evidencia que deberá consistir en una cantidad determinada de soles, por ser la única moneda que en el Perú tiene curso legal y forzoso a la vez. Y ¿cuántos soles?

Difícil de responder. El Código Civil habla de tarifas del oficio o profesión del mandatario.

Es evidente que no todos los oficios o profesiones tienen tarifas. En el caso de los abogados, podríamos hablar de las tarifas horarias, cuando ellas existan en el caso concreto. Pero la celebración de uno o más actos jurídicos como encargo, es algo que no resulta cotidiano sea en la profesión legal o en cualquier otra. En el caso de los abogados, en diversas ocasiones recibimos poder de nuestros clientes para representarlos, pero los honorarios que les cobramos implican una serie adicional de actividades que podrían ser o estar tarifadas por horas. Pero nótese que no todos los abogados cobran por horas; en muchos casos se cobra por la dificultad del encargo profesional, independientemente de las horas (pocas o muchas) que tome el ejecutarlo.

El Código Civil (artículo 1791, segundo párrafo) señala que a falta de tarifas, la determinación de la prestación se haría por los usos. En estos casos, tampoco será fácil realizar esta determinación.

Ello en la medida que las tarifas pueden oscilar de manera notable. Difícilmente habría acuerdo al respecto entre las partes y, en tal eventualidad, como señala el artículo 1791, segundo párrafo, la controversia, como no podría ser de otra manera, deberá ser resuelta por el juez.

3. Extensión de mandato

La extensión del mandato se halla regulada en el artículo 1792 del Código Civil, norma de texto siguiente:

> 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».

Como se puede apreciar, el artículo en cuestión tiene dos partes. La primera, referida al mandato y los actos que implica su ejecución; y la segunda, referida al mandato general. Veamos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3.1. Los actos que implica el mandato

Es lógica la solución que otorga al tema el primer párrafo del artículo 1792, cuando señala que el mandato comprende no sólo los actos para los cuales ha sido conferido, sino también aquellos que son necesarios para su cumplimiento.

Nótese que el primer párrafo del artículo 1792 no hace referencia solamente a los actos jurídicos, sino a actos en sentido amplio o genérico; y es que el mandato no sólo comprende los actos jurídicos previos que resulten necesarios para su ejecución, sino todos los actos, de la naturaleza que fueren, que se requieran para tal efecto. Por ejemplo, si una persona fuese contratada (mandato) para representar a otra a efectos de viajar a Nueva York, Estados Unidos de América, para contraer matrimonio por poder con la novia del mandante.

Para todo efecto, las partes convienen en que el mandatario recibirá como contraprestación la suma de US$ 15 000,00, la que cubrirá todo lo necesario para que el día 5 de agosto de 2024 esté en esa ciudad para la celebración del matrimonio. Aquí es evidente que el mandante deberá ocuparse de las legalizaciones del poder para que tenga validez en Nueva York, la reserva de hotel, la compra de sus pasajes aéreos, el disponer de la indumentaria adecuada, etc. Puede que algunos de los actos que celebre sean actos jurídicos, en tanto que otros no lo serán, pero unos y otros deberán ser ejecutados por el mandatario, pues sin ellos no podría ejecutar el acto jurídico para el cual ha sido contratado. En ese sentido, lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1792 nos parece acertado.

3.2. Alcances del mandato general

Debe entenderse por mandato general, aquel que es otorgado por el mandante señalando que el mandatario puede celebrar en su cuenta e interés todos los actos jurídicos o contratos. Si el mandato incluyera un poder, es decir, si fuese con representación, se trataría de un poder general.

Vale para el mandato lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1792, en el sentido de que el mandato general no comprende los actos que excedan de la administración ordinaria si no están indicados expresamente. Ello significa que el poder general no vale para actos de disposición, como sería el caso de vender o, incluso, comprar un inmueble, o gravarlo con garantía hipotecaria. Para ello sería necesario un mandato especial que señale dentro del encargo tales actos de disposición.

Es importante señalar que este tema encuentra desarrollo en el Código Civil en el Libro de Acto Jurídico, en lo relativo a la representación.

El artículo 155 coincide con el 1792 al señalar que el poder general sólo comprende los actos de administración, agregando que el poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido.

ESTUDIO MARCO CASTILLO PRIVE

Y no podemos dejar de mencionar al artículo 156, que establece que para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

El mandato especial no es un contrato formal (en realidad, ningún mandato lo es), pero si fuese con representación y ésta incluyese facultades de disposición o gravamen, sí tendría que ser extendido en escritura pública, a riesgo de que valga el mandato, pero no valga el poder.

4. Obligaciones del mandatario

Las obligaciones del mandatario están reguladas en el artículo 1793 del Código Civil, de texto siguiente:

> Artículo 1793.- «El mandatario está obligado:
>
> 1.- A practicar personalmente, salvo disposición distinta, los actos comprendidos en el mandato y sujetarse a las instrucciones del mandante.
>
> 2.- A comunicar sin retardo al mandante la ejecución del mandato.
>
> 3.- A rendir cuentas de su actuación en la oportunidad fijada o cuando lo exija el mandante».

Veamos.

4.1. Practicar personalmente los actos (inciso 1)

Esta norma establece que el mandatario deberá practicar personalmente los actos comprendidos en el mandato. Ello implica que el mandato es un contrato *intuitu personae*. En ese sentido, las obligaciones del mandatario no son susceptibles de ser delegadas o sustituidas por terceros, a menos, naturalmente, que tales facultades hubiesen sido contempladas en el contrato, lo que, en buena cuenta, significará un pacto distinto a lo establecido por el artículo 1793, inciso 1 del Código Civil.

Esta norma, además, establece que el mandatario deberá ajustarse a las instrucciones del mandante. Se podría entender que las instrucciones son el contrato mismo y lo que se haya establecido como los actos jurídicos a ejecutar por él. Entonces, lo relativo a las instrucciones del mandante no podría ser interpretado como algo fuera de lo pactado. Si se quiere, es una especificación, para cumplir el mandato de la manera como se le hubiere instruido, cumpliendo los detalles finos contenidos en el propio contrato.

4.2. A comunicar al mandante la ejecución del mandato (inciso 2)

La segunda obligación que la ley impone al mandatario consiste en comunicar al mandante, sin retardo, la ejecución del mandato.

FONDO MARIO CASTILLO FREYRE

Dado que los actos que debe celebrar el mandatario son de cuenta y en interés del mandante, resulta obvio que a este último le interesaría sobremanera conocer en qué momento se ejecutarían tales actos, a efectos de tomar las previsiones del caso. Desde cuando se compra una casa por mandato hasta cuando el mandato incluye la representación para contraer matrimonio. Es claro que al mandante le interesaría saber si el bien ya se compró y, mucho más, seguro, si ya está casado con quien fue su novia. El mandante deberá saber, a la brevedad, cuál es su situación jurídica luego de la ejecución del mandato.

4.3. A rendir cuentas de su actuación (inciso 3)

El mandatario, por lo regular, va a efectuar gastos, ya sea con dinero propio o con dinero proporcionado por el mandante, lo mismo que resultará necesario hacer para ejecutar el mandato. Cuando el inciso 3 se refiere a esta rendición de cuentas será para que el mandatario deba devolver el saldo de lo que le proporcionó el mandante, si lo hubiere; o para que el mandante le pague la suma faltante, si fuere el caso; o, incluso, para que el mandante reembolse al mandatario la suma de los gastos incurridos en la celebración del mandato.

En principio, si no se hubiese establecido plazo para el cumplimiento de esta obligación, el mandatario deberá rendir cuentas cuando lo exija el mandante, lo que concuerda con la norma general relativa al principio de oportunidad en el pago, regulado por el artículo 1240, que establece que si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación. A esto, naturalmente, habría que adicionar el plazo que resulte razonable para que se haya ejecutado la obligación del mandatario; o, si fuese el caso, cuando ya hubiese vencido el plazo para la ejecución de la obligación del mandatario.

Si se hubiese establecido plazo para que el mandatario ejecute su obligación principal, transcurrido ese plazo es que el mandante podrá exigir rendición de cuentas al mandatario.

5. Responsabilidad del mandatario

El artículo 1794 regula la llamada responsabilidad del mandatario. El texto de la norma es el siguiente:

> Artículo 1794.- «Si el mandatario utiliza en su beneficio o destina a otro fin el dinero o los bienes que ha de emplear para el cumplimiento del mandato o que deba entregar al mandante, está obligado a su restitución y al pago de la indemnización de daños y perjuicios».

Si el mandante hubiere proporcionado dinero o bienes al mandatario para la ejecución de sus obligaciones, deberá actuar en tal sentido. En caso de desviar estos bienes o dinero con fines distintos, deberá reponerlos al mandante. También podría ocurrir que, en ejecución del mandato, y por los actos celebrados, el

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

mandatario reciba bienes de terceros con quienes trate o contrate. En tales casos deberá cumplir con entregarlos al mandante.

Es evidente que el incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones podría generar en el mandatario la obligación de indemnizar daños y perjuicios, lo que también se podría derivar de haber incumplido con la celebración de los actos objeto de su obligación principal, se haya o no debido tal incumplimiento a un desvío de los fondos proporcionados por el mandante para tal efecto.

6. Mandato conjunto

El mandato conjunto y sus consecuencias está regulado por el artículo 1795 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 1795.- «Si son varios los mandatarios y están obligados a actuar conjuntamente, su responsabilidad es solidaria».

El mandato conjunto es aquel en virtud del cual el mandante celebra el contrato con dos o más mandatarios, para que ejecuten el contrato de manera conjunta. Por ejemplo, para que los dos mandatarios juntos vendan un inmueble del mandante que se encuentra ubicado en Colombia.

En este caso, la ley asigna a los mandatarios responsabilidad solidaria para la ejecución del mandato. Nótese que no bastará que ambos hayan sido contratados en virtud de un mismo acto, sino que se tienen que haber obligado a ejercer el mandato en conjunto.

Así, si ambos se equivocaran y vendieran el inmueble por un precio menor al señalado por el mandante en sus instrucciones, entonces deberán responder frente al mandante de manera solidaria. Este es un caso de solidaridad legal.

No todo contrato en el que se haya contratado a dos o más mandatarios implicaría un mandato conjunto. Para el caso anterior, si los dos mandatarios hubieran sido contratados para que cualquiera de ellos venda el inmueble, quien responderá frente al mandante por los daños y perjuicios será el mandatario que termine celebrando el contrato. Esto pues se trata de un mandato alternativo, no de uno conjunto. En el mandato alternativo, la responsabilidad de cada mandatario es divisible y solidaria (argumento del artículo 1183 del Código Civil).

7. Obligaciones del mandante

El artículo 1796 regula las obligaciones del mandante en los siguientes términos:

> Artículo 1796.- «El mandante está obligado frente al mandatario:
>
> 1.- A facilitarle los medios necesarios para la ejecución del mandato y para el cumplimiento de las obligaciones que a tal fin haya contraído, salvo pacto distinto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.- A pagarle la retribución que le corresponda y a hacerle provisión de ella según los usos.

3.- A reembolsarle los gastos efectuados para el desempeño del mandato, con los intereses legales desde el día en que fueron efectuados.

4.- A indemnizarle los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del mandato».

Vamos a estudiar en detalle estas obligaciones.

7.1. A facilitarle los medios necesarios (inciso 1)

El inciso 1 establece que el mandante tiene que facilitar al mandatario los medios necesarios para la ejecución del mandato y para el cumplimiento de las obligaciones que a tal fin haya contraído, salvo pacto distinto.

Dado que el encargo que deberá realizar el mandatario será por cuenta y en interés del mandante, queda claro que el mandatario, además de la contraprestación que perciba del mandante por sus servicios, no deberá gastar nada de su patrimonio para los fines el mandato, y que si lo hiciera, entonces el mandante deberá reembolsarle. Pero, en principio, no hablaremos de reembolso, sino de que el mandante deberá proporcionar esos recursos al mandatario. Esa es la lógica que sigue el inciso 1 del artículo 1796.

Pero nótese cómo esta norma distingue entre los medios necesarios para la ejecución del mandato y aquéllos que requeriría para cumplir con las obligaciones que contraiga en la ejecución de ese mandato. En cualquiera de los casos se trata de recursos que el mandante deberá proporcionar al mandatario con la antelación debida.

7.2. A pagar la retribución y hacerle provisión de ella (inciso 2)

El inciso 2 establece que el mandante está obligado a pagar al mandatario la retribución que corresponda. Ésta es la contraprestación pactada y no tenemos que agregar algo sobre la materia, pues ya la desarrollamos oportunamente.

Pero la norma señala, además, que deberá hacerle provisión de ella, según los usos.

Entendemos que a lo que se refiere es que el pago de la prestación del mandante no debería serle entregado al mandatario al final de la ejecución del contrato, sino según los usos, es decir, por partes.

No obstante, será evidente que dicha prestación se ejecutará conforme a lo pactado y que la norma del artículo 1796, inciso 2, sólo tiene carácter dispositivo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

7.3. A reembolsarle los gastos con intereses legales (inciso 3)

Sobre el tema del reembolso de los gastos efectuados para el desempeño del mandato ya hemos dicho suficiente.

En relación a los intereses legales, el inciso bajo comentario establece que ellos se devengarán desde el día en que fueron efectuados los gastos por el mandatario con fondos propios. Esta solución legal es justa, pues de no existir tendría que aplicarse lo dispuesto por el artículo 1333, primer párrafo, debiendo constituir en mora al mandante para la devolución de los gastos y recién a partir de ese momento se devengarían intereses legales, en calidad de moratorios, obviamente.

7.4. A indemnizarle daños y perjuicios (inciso 4)

El inciso 4 establece que el mandante está obligado a indemnizar al mandatario los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del mandato.

Como se puede apreciar, se trata de una norma de carácter general, reiterativa de lo preceptuado en el artículo 1321 y demás pertinentes del Código Civil.

No tenemos algo que agregar al respecto.

8. Mora del mandante

El artículo 1797 regula lo relativo a la mora del mandante y sus consecuencias. El texto de la norma es el siguiente:

> Artículo 1797.- «El mandatario puede abstenerse de ejecutar el mandato en tanto el mandante estuviera en mora frente a él en el cumplimiento de sus obligaciones».

Es uno de los efectos de los contratos con prestaciones recíprocas la excepción de incumplimiento. Ello está regulado en la parte general de contratos del Código Civil, en el artículo 1426, que establece lo siguiente:

> Artículo 1426.- «En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento».

Este mecanismo de defensa extrajudicial es muy simple, pues si ambas partes tienen que cumplir simultáneamente, protege a quien desea hacerlo frente al contratante que no cumple.

El artículo 1797 busca proteger al mandatario, facultándolo para abstenerse de ejecutar el mandato en tanto el mandante se encontrara en estado moratorio.

La solución nos parece muy justa y responde a la tesis general sobre la materia, que es de aplicación a los contratos en general.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

9. Preferencia del mandatario

El tema de la preferencia del mandatario para satisfacer sus créditos está regulado por el artículo 1798 del Código civil, norma de texto siguiente:

> Artículo 1798.- «El mandatario tiene derecho a satisfacer los créditos que le corresponden según el artículo 1796 con los bienes que han sido materia de los negocios que ha concluido, con preferencia sobre su mandante y sobre los acreedores de éste».

Esta norma otorga una preferencia especial a favor del mandatario, para que pueda cobrar los créditos provenientes de obligaciones incumplidas del mandante, con los bienes que han sido materia de los negocios que ha concluido.

Pero hay que tener cuidado con ella, pues tales bienes podrían encontrarse gravados, garantizando el cumplimiento de obligaciones y en favor de otros acreedores del mandante. En ese caso debería estudiarse cuál sería el orden prelatorio de tales garantías, incluyendo, por supuesto, la otorgada al mandatario por el artículo 1798.

10. Derecho de retención

El derecho de retención en favor del mandatario está regulado por el artículo 1799 del Código Civil, norma de texto siguiente:

> Artículo 1799.- «También puede el mandatario retener los bienes que obtenga para el mandante en cumplimiento del mandato, mientras no cumpla aquél las obligaciones que le corresponden según los incisos 3 y 4 del artículo 1796».

El derecho de retención está regulado, en general, en los artículos 1123 a 1131 del Código Civil.

En la primera de las normas mencionadas se señala que:

> Artículo 1123.- «Por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene».

Queremos subrayar que la establecida por el artículo 1799 es una retención legal. En ella se encontrará muy presente el elemento de conexión entre el crédito y el bien que se retiene. En estricto, no había necesidad del artículo 1799. Bastaba con los preceptos generales sobre el derecho de retención. Pero, seguramente, se dispuso a efectos de que combinara con el artículo 1798, habida cuenta de que sin la retención el contenido de la preferencia del artículo 1798 devendría en inútil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

11. Pluralidad de mandantes. Efectos

El artículo 1800 regula el caso en que exista pluralidad de mandantes. Su texto es el siguiente:

> Artículo 1800.- «Si son varios los mandantes, sus obligaciones frente al mandatario común son solidarias».

En el caso del artículo 1800, la ley establece que todos los mandantes serán válidamente responsables por el cumplimiento de sus obligaciones respecto al mandatario común.

Sería así:

Contrato de mandato

MANDANTE 1
MANDANTE 2 → MANDATARIO
MANDANTE 3

Nótese, sin embargo, que si hubiere pluralidad de mandantes y de mandatarios, seguirá existiendo tal solidaridad de los comandantes, sólo que no en favor del mandatario común, sino de los comandatarios:

Contrato de mandato

MANDANTE 1
MANDANTE 2 → MANDATARIO 1
MANDANTE 3 → MANDATARIO 2

12. Causales de extinción del mandato

El artículo 1801 del Código Civil se encarga de regular las causales de extinción del mandato, y lo hace en los términos siguientes:

> 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».

Veamos las causales.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

12.1. Ejecución total del mandato (inciso 1)

En el mandato, así como en cualquier otra relación contractual, la ejecución total de las obligaciones nacidas del contrato determina su extinción.

12.2. Vencimiento del plazo del contrato (inciso 2)

Al vencer el plazo resolutorio establecido para la vigencia de una relación contractual, ésta devendría en ineficaz. Es lo que el inciso 2 del artículo 1801 entiende como la segunda causal de extinción del mandato.[1628]

12.3. Muerte del mandante o del mandatario (inciso 3)

Al tratarse la obligación del mandatario de una *intuitu personae* (argumento del artículo 1793, inciso 1) se entiende que si muriera, entonces se extinguiría el mandato porque ya no existirían dos partes en el contrato.[1629]

Lo propio ocurriría con la muerte del mandante, pues se parte del entendido de que los actos que debía ejecutar el mandatario eran por cuenta e interés de aquél. Y a pesar de que podría ser una obligación trasmisible a los herederos del mandante, el Código Civil de 1984 comprende que en este caso el contrato se debería extinguir. Aquí y en el caso del mandatario cabría pacto en contrario, pues puede ser que los herederos del mandante sigan interesados en el cumplimiento de los encargos conferidos al mandatario; y, en el otro supuesto, puede ocurrir que el mandante confíe en los eventuales herederos del mandatario tanto como en él, razón por la cual se establezca en el contrato que en estos supuestos no se extingue el contrato.

12.4. Interdicción del mandante o del mandatario (inciso 3)

Existen diversos casos en que las personas con plena capacidad de ejercicio terminan teniéndola restringida en virtud de una resolución judicial que los declare interdictos.

Son los supuestos contemplados en los incisos 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del artículo 44[1630] del Código Civil y son las personas que la ley considera que tienen capa-

1628 Según el criterio adoptado por el II Pleno del Tribunal Registral, Resolución n.° 031-2002-ORLC/TR, «no constituye acto inscribible la extinción del mandato del órgano directivo de una persona jurídica, en virtud a solicitud sustentada en el vencimiento del período por el que fue elegido». Véase en https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1398605/II-PLENO-TR-SUNARP.pdf

1629 La muerte extingue el mandato porque la relación surgida de este contrato es *intuitu personae*. Casación n.° 560-97-Ancash, de 26 de febrero de 1998, de la Sala Civil Permanente. Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1268.

1630 Artículo 44.- «Tienen capacidad de ejercicio restringida:
1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. Derogado.

cidad de ejercicio restringida y para quienes se nombrará un representante legal (argumento del artículo 45-A[1631] del Código Civil).

El legislador de 1984 ha estimado conveniente que si el mandante o el mandatario fuesen declarados interdictos, se extingue el mandato. Convenimos en la solución si el declarado interdicto fuese el mandatario, pero ello no nos parece correcto si el interdicto fuera el mandante.

El Código Civil en su inciso 3 incluye como causal de extinción del mandato si el mandante o el mandatario son inhabilitados. La inhabilitación carece de autonomía conceptual propia, por lo que entendemos que el legislador de 1984 ha empleado este término como motivo de interdicción.

13. Actos posteriores a la extinción del mandato

El artículo 1802 del Código Civil regula el supuesto en el cual, luego de extinguido el contrato de mandato, el mandatario hubiere celebrado otros actos jurídicos:

> Artículo 1802.- «Son válidos los actos que el mandatario realiza antes de conocer la extinción del mandato».

Si el mandato hubiese sido celebrado a plazo determinado, no hay manera de que tengan validez los actos que hubiese seguido celebrando el mandatario.

Si el mandato no tuviere plazo determinado, sino determinable y el mandatario no hubiese conocido oportunamente la producción del hecho que ponía fin al mandato, sí resultaría aplicable la solución del artículo 1802. Lo mismo podríamos decir en caso el fin del mandato estuviere sujeto a condición resolutoria que no hubiese sido conocida oportunamente por el mandatario.[1632]

3. Derogado.
4. Los pródigos.
5. Los que incurren en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.
9. Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad».

1631 Artículo 45-A.- «Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en los numerales 1 al 8 del artículo 44 contarán con un representante legal que ejercerá los derechos según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela».

1632 Si la revocación del poder fue inscrita en los Registros Públicos «antes de que el apoderado celebrara el contrato de hipoteca del inmueble de sus mandantes (...) trae consigo como verdad *iure et de iure* que todos están enterados del contenido del asiento del Registro, (...) incluidos el que actuó como mandatario y el propio banco, es decir, tenían conocimiento que aquél ya no tenía facultad para gravar bienes de su expoderdante». Casación 1738-98-Lambayeque, de 12 de abril de 1998, de la Sala Civil Transitoria. Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1268.

Pero deberá, a entender nuestro, hacerse excepción de lo dispuesto por el artículo 1802 en caso esa falta de conocimiento de la extinción del mandato obedezca a dolo o culpa del propio mandatario.

14. Mandato en interés del mandatario o de tercero

Este tema es abordado por el artículo 1803 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 1803.- «La muerte, interdicción o inhabilitación del mandante no extinguen el mandato cuando éste ha sido celebrado también en interés del mandatario o de un tercero».

Decíamos que el artículo 1801, inciso 3, había contemplado que el mandato se extinguía en caso de muerte del mandante; solución que —de por sí— comentamos era discutible en el terreno jurídico.

Pero más evidente será la no extinción del mandato a la muerte del mandante si el contrato hubiese sido celebrado también en interés del mandatario o de un tercero.

Idéntica solución adopta el artículo 1803 para los casos de interdicción o inhabilitación del mandante. Hacemos de aplicación a este punto los comentarios que vertimos sobre el particular al comentar el artículo 1801, inciso 3.

15. Extinción del mandato por muerte, interdicción o inhabilitación del mandatario

El artículo 1804 se refiere específicamente a las consecuencias colaterales de la extinción del mandato por muerte, interdicción o inhabilitación del mandatario:

> Artículo 1804.- «Cuando el mandato se extingue por muerte, interdicción o inhabilitación del mandatario, sus herederos o quien lo represente o asista, deben informar de inmediato al mandante y tomar entretanto las providencias exigidas por las circunstancias».

En tal caso, tratándose de una situación por lo general fortuita y no deseada, la ley impone a sus herederos (si hubiese muerto), a su representante (en caso hubiese sido interdicto) o a quienes lo asistan (esto último, en caso requiriese de apoyos o ayudas o, simplemente, a quien en los hechos lo apoye o asista), el deber de informar de inmediato al mandante y tomar entretanto las providencias exigidas por las circunstancias. Esto dado que la norma es del Código original, de 1984 y no estuvo pensada para las figuras introducidas por la reforma del 2018 por el Decreto Legislativo n.° 1384 para las personas con discapacidad.

Lo dispuesto por el Código deviene en razonable y justo para que el mandante pueda adoptar las medidas pertinentes para que no se frustren sus intereses y

JESUS MARIO CASTALLO FREYRE

así pueda nombrar tal vez a otro mandatario de inmediato o decida celebrar —él mismo— los actos jurídicos que inicialmente había encomendado al mandatario muerto, interdicto o devenido en discapacitado.[1633]

16. Extinción del mandato conjunto

Este tema se halla regulado por el artículo 1805 del Código Civil, norma de texto siguiente:

> Artículo 1805.- «Cuando hubiera varios mandatarios con la obligación de actuar conjuntamente, el mandato se extingue para todos aun cuando la causa de la extinción concierna a uno solo de los mandatarios, salvo pacto en contrario».

Cuando estemos en presencia de un mandato conjunto, es decir, aquel en el cual todos los mandatarios deban actuar para celebrar los actos jurídicos encomendados, como podría ser el caso en que sean dos mandatarios y los dos deban firmar los cheques de una empresa, resulta natural que si a alguno de ellos le ocurriese cualquiera de los supuestos contemplados en el artículo 1804 ya comentado, entonces, según dispone el artículo 1805, el mandato se extinguirá, salvo pacto en contrario.

Ello tiene lógica en la medida en que por más de que los demás mandatarios podrían seguir desempeñando el encargo, tal desempeño devendría en inútil, habida cuenta de que sin la participación de todos los actos que celebren no tendrían validez alguna.

17. Concepto de mandato con representación y normas aplicables

El artículo 1806 del Código Civil establece el concepto y la normativa aplicable al mandato con representación. Veamos:

> Artículo 1806.- «Si el mandatario fuere representante por haber recibido poder para actuar en nombre del mandante, son también aplicables al mandato las normas del título III del Libro II.
>
> En este caso, el mandatario debe actuar en nombre del mandante».

El mandato con representación es el más común de los mandatos. Ello es así dada la utilidad que brinda, en la medida en que al haber representación el mandatario no sólo es mandatario, sino también apoderado del mandante, quien, a su vez, es poderdante.

1633 Cuando el mandato se extingue por muerte, el mandatario, sus herederos o quien lo represente o asista, quedan relevados de la comunicación inmediata, si el poderdante era padre del mandante y si tenían fijado su domicilio en el mismo lugar. Casación n.° 2236-98-Ica, de 18 de octubre de 2000, de la Sala de Derecho Constitucional y Social. Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1268.

La ventaja radica en que los actos jurídicos que celebre determinarán que se consideren como que han sido celebrados personalmente por el propio mandante y ellos, apenas sean celebrados, repercuten en su esfera jurídica.

Es por esto que el segundo párrafo del artículo 1806 establece que en el mandato con representación el mandatario debe actuar en nombre del mandante. Eso equivale a decir que cuando vaya a celebrar cualquier acto jurídico o contrato con un tercero, deba decirle previamente que ese acto no será celebrado por él, sino que actuará por su representado y que, por tanto, dado el poder en virtud del cual actúa entonces dicho acto repercutiría de inmediato no en la esfera jurídica del mandatario, sino en la del mandante.

Además, esa advertencia previa resultará indispensable para que pueda informar y acreditar a su contraparte los alcances del poder en virtud del cual actúa y la documentación sustentatoria del mismo.

En el caso del mandato sin representación, dado que el mandatario actúa a nombre propio, todos los actos que celebre con terceros únicamente repercutirán en su propia esfera jurídica, lo que implica que ni siquiera tenga la necesidad de informar a quienes vayan a ser sus contrapartes que está actuando a nombre de otro (su mandante). Pero sobre este tema volveremos luego, al actualizar este tipo de mandato.

Por otra parte, es muy relevante que en el artículo 1806 se establezca que son aplicables al mandato con representación las normas de título III del libro II del propio Código Civil. Se trata de los artículos 145 a 167, sobre los cuales haremos una revisión.

18. Origen de la representación

El artículo 145 se refiere al origen de la representación, señalando lo siguiente:

> Artículo 145.- «El acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley.
>
> La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley».

En principio, la regla general es que todo acto jurídico puede ser celebrado por representantes, a menos que la ley disponga lo contrario.[1634] Y ello es así porque al Derecho le interesa que se active el tráfico contractual en una sociedad, independientemente de quién sea la persona que, físicamente, por decirlo de alguna

1634 La Resolución n.° 1219-2009-SUNARP-TR-L, de 10 de agosto de 2009, del Tribunal Registral ha precisado que la representación voluntaria «que otorga una persona a otra para que realice determinados actos jurídicos como si fuera ella misma tiene fundamentos en la confianza. En efecto, solamente en virtud de la confianza determinadas facultades del poderdante son transferidas voluntariamente al apoderado a fin de que realice ciertos actos jurídicos que no pueden ser efectuados directamente por él (...)». Véase en: https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp

manera figurada, celebre el acto. Además, la representación implicará necesariamente actuar con transparencia en la medida que el representante deberá expresar que no está actuando a nombre propio, sino en el de otro. Caso contrario, por más representación que tenga, el acto que celebre sólo repercutirá en su propia esfera jurídica y no en la de su representante. Así, no bastaría tener poder para actuar a nombre de otro, sino que tal situación sea expresada, conocida y aceptada por el interlocutor del representante.

La representación se adquiere por el denominado acto de apoderamiento, que es un acto unilateral.[1635] Para otorgar poder a alguien, el futuro representado podrá hacerlo él solo, incluso sin la participación ni conocimiento de su futuro representante. El problema, claro está, va a surgir en la medida que si el representante no está informado, y de acuerdo en que se le nombre como tal, podrá ocurrir que no desee serlo y jamás ejerza el poder. Se puede otorgar poder de manera unilateral, pero si así fuese, no se podría obligar a quien hubiese sido designado representante, a ejercerlo.

Para estos efectos será necesario que representado y representante celebren un contrato de mandato que obligue al mandatario (apoderado) a ejercer la representación del mandante (poderdante o representado).

Esto es importante, pues determina que el poder y el mandato sean dos figuras jurídicas distintas y, por lo tanto, que no tengan por qué ir juntas. Así, podría haber mandato con representación a la vez que mandato sin representación, y también podrá haber poder sin mandato, lo que podría conllevar incluso a que el poder (acto unilateral por excelencia) se otorgue sin conocimiento del futuro apoderado y que recién se le comunique posteriormente de su existencia.

También podría derivar la representación de la propia ley, como ocurre con los padres, que representan a sus hijos hasta que éstos adquieran la mayoría de edad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1635 Sobre el tema, la Resolución n.° 852-2009-SUNARP-TR-L, de 15 de junio de 2009, estableció lo siguiente: «1. La representación es la facultad otorgada por la ley o la voluntad del representado a una persona (representante) para celebrar negocios jurídicos en nombre e interés de otra (representado), vinculando a éste en sus efectos como si hubiera negociado personalmente. 2. Cuando la representación tiene como fuente la propia voluntad del representado, el negocio jurídico por el cual éste otorga la representación a otra se denomina apoderamiento u otorgamiento de poder, el cual es unilateral, pues basta la voluntad del representado para su perfeccionamiento, no siendo necesario el consentimiento del destinatario del poder o representante. 3. Si bien el apoderamiento no obliga al representante a realizar los actos para los cuales fue facultado, cuando en ejercicio de la facultad conferida realice el negocio o negocios jurídicos respectivos, para que tales negocios surtan efectos directamente respecto del reprsentado, está obligado a manifestar que interviene en nombre de éste , y que el negocio celebrado se encuentre dentro de los alcances del poder conferido, esto es, no se haya apartado o extralimitado en el ejercicio de las facultades conferidas». Véase en: https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp

19. Representación conyugal

Este tema se halla regulado en el artículo 146 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 146.- «Se permite la representación entre cónyuges».

Cuando una pareja contrae matrimonio, en principio, salvo pacto previo en contrario, lo hace bajo la modalidad patrimonial de sociedad de gananciales.

Así, con el matrimonio se constituye una entelequia (sociedad de gananciales), en virtud de la cual los bienes que los cónyuges adquieran durante la vigencia del matrimonio tendrán la condición de bienes comunes. No es el caso estudiar este tema, pero sí señalar que el artículo 312 establece que los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí con respecto a los bienes de la sociedad. Ello es natural, pues se presentaría una situación de imposibilidad jurídica.

De ahí que exista la idea generalizada de que no se puede contratar entre cónyuges. Esto, naturalmente, no se presentaría en caso los cónyuges hubieren contraído matrimonio por el régimen de separación de patrimonios.

Para ambos casos, pero fundamentalmente para salvar el problema en el primero de ellos, es que el artículo 146 establece que se permite la representación entre cónyuges. Esta norma rige sea cual fuere el régimen matrimonial. Además, como sabemos, los poderes no necesariamente tienen que versar sobre temas de esta índole, pues también podrían versar sobre temas relativos a los hijos, como sería el caso de un permiso de viaje al extranjero, a cuyo efecto el cónyuge que se encuentre en el Perú haya recibido poder del otro que viajó hace tiempo a efectos de que decida por los dos y así lo haga constar en el poder notarial que deben otorgar para el viaje del menor.

20. Pluralidad de representantes

Esta materia se halla regulada en el artículo 147 del Código Civil, norma de texto siguiente:

> Artículo 147.- «Cuando son varios los representantes se presume que lo son indistintamente, salvo que expresamente se establezca que actuarán conjunta o sucesivamente o que estén específicamente designados para practicar actos diferentes».

Cuando se nombre más de un representante para los mismos encargos nos hallaremos en presencia de una pluralidad de representantes. Para estos efectos se entiende que el alcance del poder y sus términos son los mismos para todos. Generalmente, en estos casos el poderdante especificará si se trata de un poder para ejercer funciones conjuntamente o si los mismos son alternativos. En el primer caso, todos los apoderados deben concurrir en la celebración del acto jurídico

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

para que éste tenga validez; en el segundo caso, bastará con la actuación de cualquiera de ellos.

Lo que hace el artículo 147 es establecer la presunción de que lo son indistintamente, es decir que su actuación será alternativa. Estamos de acuerdo con la presunción. Ello en la medida que la solución del Código facilita el ejercicio de la representación.[1636]

La presunción es *iuris tantum*, a menos que en el poder se establezca que los apoderados actuarán conjunta o sucesivamente (sería el caso en que se establezca que actuarán uno tras otro) o que estén específicamente designados para practicar actos diferentes.

21. Responsabilidad solidaria de los representantes

El artículo 148 del Código Civil se encarga de abordar este tema de la siguiente manera:

> Artículo 148.- «Si son dos o más los representantes, éstos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común».

El artículo parte del supuesto en que:

- Exista más de un representante.
- Que todos ellos hubiesen sido designados como tales por acto único.
- Que se trate de un objeto de interés común.
- Entendemos que se refiere a un mismo objeto. No entendemos que el interés sea común tanto para el representado como para los representantes.
- En estos casos los representantes serán solidariamente responsables.

1636 Al respecto, la Resolución n.° 1667-2009-SUNARP-TR-L, de 11 de noviembre de 2009, del Tribunal Registral, ha señalado que el otorgamiento de poder a una pluralidad de personas para que actúen conjunta o indistintamente, según lo dispuesto por el poderdante o supletoriamente por aplicación de la regla contenida en el artículo 147 del Código Civil, «abarata costos, además encuentra una lógica relación con el contenido del poder, pues por regla general, cuando acontecen estas circunstancias es porque los poderdantes confían en el apoderado las mismas facultades, o en todo caso, persiguen la misma finalidad o la realización del mismo negocio jurídico. (...) es de tener en cuenta, que no obstante producirse la unidad de acto y unidad documental, no se trata de una sola voluntad otorgante del acto de apoderamiento, sino que en estos casos confluyen varias voluntades que tienen un punto de coincidencia con el apoderado. O en el caso inverso, varios apoderados nombrados por un solo representante en cuyo caso existe la manifestación de voluntad de nombrar a cada uno de ellos. De suerte que esta autonomía de cada confiriente del poder, o de cada conferido, autoriza a que se pueda modificar, ampliar o revocar el poder otorgado, con prescindencia de los otros confirientes o conferidos (...)». Véase en: https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En primer término, hay que precisar que los representantes —como ya hemos dicho— por el solo hecho de serlo no tienen ni siquiera que estar enterados de la existencia del poder.

Es más, podrían no estar de acuerdo con las facultades otorgadas e, incluso, con todo derecho podrían negarse a ejercer el poder conferido. Lo único que podría obligarlos es si hubieran celebrado con el poderdante un contrato de mandato. El poder, como acto unilateral, por sí solo no obliga al apoderado.

Por otra parte debemos decir que el artículo 148 sólo resulta aplicable al caso en que los mandatarios con poder hayan sido contratados para actuar de manera conjunta.

En este caso, la responsabilidad será solidaria. Por lo demás, ello guardaría plena concordancia con lo dispuesto en el propio Código en el artículo 1795 antes comentado.

22. Revocación del poder

El tema de la revocación del poder se encuentra regulado en el artículo 149 del Código Civil, norma que establece lo siguiente:

> Artículo 149.- «El poder puede ser revocado en cualquier momento».

No olvidemos que el acto de apoderamiento es unilateral. En ese sentido, el mismo podría ser revocado por el poderdante en el momento que lo considere conveniente, debiendo ser puesto en conocimiento del exrepresentante a la brevedad posible a efectos de que no continúe ejerciendo un poder que ya no tiene; pero sobre esto volveremos en el artículo 152.

En caso se tratase de un mandato con representación otorgado a plazo indeterminado, el mandante apoderado podrá ponerle fin en cualquier momento, comunicando esta decisión al mandatario representante.[1637]

Si el mandato hubiese sido otorgado a plazo fijo, el mandante no podrá revocar el mandato de modo unilateral por tratarse de un contrato, pero sí podría revocar unilateralmente el poder otorgado, de modo tal que el mandatario seguiría siendo tal, pero habría dejado de ser su representante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1637 La Casación n.° 1552-99-Cajamarca, del 8 de marzo de 2002, de la Sala de Derecho Constitucional y Social, ha precisado que el artículo 149 del Código Civil establece que el poder «puede ser revocado en cualquier momento, estableciendo la figura de la revocación expresa, precisándose que ésta deberá ser comunicada no slo al representante sino a cuantos tengan interés en el acto». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 191.

23. Pluralidad de representados

El artículo 150 del Código Civil regula el supuesto en que exista pluralidad de representados:

> Artículo 150.- «La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto sólo si es realizada por todos».

Establece la norma que si fuesen varios los representados y el poder hubiese sido otorgado para un objeto de interés común, entonces la revocación del poder produce efecto solamente si es realizada por todos los representados.

Cuando el Código Civil se refiere a un objeto de interés común se entiende que el mismo es común a todos los apoderados.

En estos casos no es que alguno de ellos no pueda revocar unilateralmente el poder. Sí lo puede hacer y esa revocación será válida. Lo que no tendría es eficacia, precisamente porque el interés por el que se otorgó el poder era común a todos los representados. Este poder es conjunto con respecto a los representados y el Derecho entiende como que hay un acuerdo entre ellos, al que le concede fuerza contractual, respetando, sin embargo, la unilateralidad y posibilidad de revocación unilateral del poder, reconociendo su validez, mas no su eficacia.

24. Designación de nuevo representante

El artículo 151 del Código Civil se ocupa de regular el supuesto en que el poderdante designe un nuevo representante para el mismo acto o la ejecución de éste por el representado:

> Artículo 151.- «La designación de nuevo representante para el mismo acto o la ejecución de éste por parte del representado, importa la revocación del poder anterior. Esta produce efecto desde que se le comunica al primer representante».

En principio, es perfectamente posible que después de haber otorgado poder a una persona, el poderdante otorgue poder a otra u otras, con lo cual los demás poderes tendrían plena validez y podrían coexistir con el primero, en la medida que tengan objetos fundamentalmente distintos a pesar de que pudieran sobreponer facultades en algunos temas accesorios.

Pero el Código se coloca en el supuesto en el cual el poder o los poderes sobrevinientes contengan, en lo fundamental, las mismas facultades o encargos que el primero. En este caso, poder posterior se entiende que revoca poder precedente. Ello, naturalmente, sin perjuicio de la eventual existencia de contratos de mandato en los que se inserten tales poderes. Los mandatos previos, como contratos, seguirán teniendo existencia, pero no representación. Todo esto, sin perjuicio de la responsabilidad civil que genere la revocación del poder.

EDICIÓN MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 151 concluye señalando que la revocación del poder anterior producirá efecto desde que se le comunica al primer representante.[1638]

25. Comunicación de la revocación

Este tema es abordado por el artículo 152 del Código Civil, en los siguientes términos:

> Artículo 152.- «La revocación debe comunicarse también a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico.
>
> La revocación comunicada sólo al representante no puede ser opuesta a terceros que han contratado ignorando esa revocación, a menos que ésta haya sido inscrita.
>
> Quedan a salvo los derechos del representado contra el representante».

En primer lugar, la norma aborda los alcances personales de la revocación del poder, es decir, a cuántas o a qué personas debería ser comunicada. Y el artículo 152 indica que ello deberá ponerse en conocimiento (además del representante, obviamente) de cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico. Agregamos nosotros: y sobre quienes tenga conocimiento la persona que revoca el poder.

En ese sentido, la norma agrega, de modo pertinente, que si la revocación hubiese sido comunicada sólo al representante, ello no podía oponerse a terceros que hayan contratado ignorando esa revocación, a cuyo efecto se exceptúa si ella hubiera sido inscrita en Registros Públicos. Esto en razón de lo que dispone el artículo 2012 del propio Código, en el sentido de que se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.

El artículo 152 finaliza expresando que quedan a salvo los derechos del representado contra el representante. Estimamos que esta norma no resulta indispensable en la medida que si el poder hubiese sido otorgado en el marco de un contrato de mandato, serán aplicables al caso las normas del artículo 1314 y siguientes del Código Civil relativas a inejecución de obligaciones. Si se tratare de un poder otorgado sin que medie contrato de mandato, pero el poder hubiese sido aceptado por el apoderado, entendemos que de igual modo, y aunque no lo habría

1638 Si los poderdantes celebran directamente la compraventa, se entiende que hay revocación tácita del poder para vender el inmueble. Si bien el artículo 151 del Código Civil establece que la revocación tácita se produce desde que se le comunica al primer representante, pero, «si bien no obra documento alguno respecto de la comunicación de la revocación a la apoderada, se aprecia de (...) la escritura pública (...) que la apoderada tenía conocimiento que la compraventa había sido celebrada por su poderdante». Resolución n.° 171-2009-SUNARP-TR-L, de 6 de febrero de 2009, del Tribunal Registral. Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 193.

percibido así, se hubiera constituido un contrato de mandato, pues el representante estaría obligado a desarrollar los encargos contenidos en el poder. Caso curioso, sin duda. Entendemos, por esa razón, que para este supuesto también resultarían aplicables las normas de inejecución de obligaciones del Código Civil.

26. Poder irrevocable

El artículo 153 regula el supuesto del denominado poder irrevocable. Lo hace en los siguientes términos:

> Artículo 153.- «El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero.
>
> El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año».

Este artículo contempla los supuestos para los cuales se puede convenir poder irrevocable.[1639] Veamos.

26.1. Cuando se estipule para un acto especial

En este caso, el poder —por sí solo— no necesariamente será irrevocable. El poderdante deberá expresarlo de esta manera al otorgar poder o en momento posterior.

Supongamos que se otorga poder para celebrar un contrato de compraventa. Ese sería el caso de un acto especial y muy concreto. Pero por ese solo hecho, el poder no será irrevocable. El poderdante tendría que haberle otorgado esta naturaleza.

26.2. Cuando se estipule por tiempo limitado

El hecho de otorgar poder por tiempo limitado no lo configura con el carácter de irrevocable. El poderdante debería haberlo señalado de manera expresa. Por ejemplo, un poder otorgado para firmar cheques, otorgado por un plazo determinado de seis meses no tendrá, por sí mismo, nada de irrevocable, a menos que el poderdante le otorgue ese carácter.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1639 Al respecto, el precedente de observancia obligatoria en materia registral (criterio adoptado en las Resoluciones n.° 370-2005-SUNARP-TR-L, del 1 de julio de 2005; n.° 098-2003-SUNARP-TR-L, del 20 de febrero de 2003 y n.° 503-2003-SUNARP-TR-L, del 8 de agosto de 2003), establece que para su inscripción, el poder irrevocable debe tener dos características: a) que expresamente se señale que es irrevocable y b) que comprenda cualquiera de los supuestos del artículo 153 del Código Civil. Si falta alguna de estas características, el poder se inscribe sin la calidad de irrevocable. Véase en: https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp

26.3. Cuando es otorgado en interés común del representante o de un tercero

En este caso, sí tiene sentido que el poder sea irrevocable, pero tal irrevocabilidad tampoco aparecería *per se*; ella debería haberse pactado entre las partes, lo que —de seguro— nos situaría ante un contrato de mandato con poder irrevocable.

Somos tan cuidadosos en el tratamiento y admisión de los supuestos de irrevocabilidad del poder porque el poder es, por naturaleza, revocable y la figura de una irrevocabilidad resulta contraria al poder y debe tratarse con pinzas. Por lo demás, ya nos hemos pronunciado sobre el particular en obras precedentes.[1640]

Para concluir, el artículo 153 establece que el plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año. Se trata de un plazo que puede resultar breve para algunos casos comprendidos en el tercer supuesto antes analizado. Recuerdo un proceso arbitral de hace algunos años, en el que actué como abogado defensor, en que los litigantes, que eran varias personas naturales, otorgaron poder irrevocable a los miembros del tribunal arbitral a efectos de que pudieran proceder a efectuar investigaciones sobre el patrimonio de un difunto, del que todos los litigantes eran herederos. El plazo del poder irrevocable fue extenso y se prolongó por toda la duración del arbitraje, pero el poder les fue otorgado en Nueva York, bajo las leyes de este Estado de la Unión Americana.

27. Renuncia del representante

Este tema es abordado por el artículo 154 del Código Civil, norma de texto siguiente:

> Artículo 154.- «El representante puede renunciar a la representación comunicándolo al representado. El representante está obligado a continuar con la representación hasta su reemplazo, salvo impedimento grave o justa causa.
>
> El representante puede apartarse de la representación si notificado el representado de su renuncia, transcurre el plazo de treinta días más el término de la distancia, sin haber sido reemplazado».

El artículo 154 parte del valor entendido de que el representante haya aceptado el poder.

En ese caso ya habría mandato, quiérase o no. Sin embargo, el artículo 154 señala que el representante puede renunciar a la representación comunicándolo al representado.

1640 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas; ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto oficial de Reforma del Código Civil de 1984*. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. Lima: Palestra, 2005; *Por qué no se debe reformar el Código Civil*. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. Lima: Palestra - Cátedra Garrigues - Universidad de Navarra - Estudio Mario Castillo Freyre, 2007.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No estamos de acuerdo con ello en razón de que la representación fue aceptada por contrato (mandato) y los contratos no se pueden «deshacer» de manera unilateral. Seguiría siendo mandatario y a la vez representante.

Consideramos que aquí el legislador se equivocó.

Por lo demás, la norma (el artículo 154) establece que el representante está obligado a continuar con la representación hasta su reemplazo. Esto demuestra que implícitamente se reconoce que sí está obligado. Las excepciones que el propio artículo impone a esta continuación del ejercicio de la representación están dadas por la existencia de impedimento grave (enfermedad grave, por ejemplo) o justa causa (enemistad sobreviniente con el mandante poderdante, por ejemplo).

Además, el segundo párrafo del artículo 154 establece que el representante puede apartarse de la representación si notificado el representante de su renuncia, transcurre el plazo de treinta días más el término de la distancia sin haber sido reemplazado. La ley considera que se trataría de un plazo más que suficiente como para que el representado hubiese adoptado las medidas del caso para proteger sus intereses.

28. Poder general y especial

El tema del poder general y del especial es abordado en el artículo 155 del Código Civil, norma de texto siguiente:

> Artículo 155.- «El poder general sólo comprende los actos de administración.
>
> El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido».

El poder general comprende solamente los actos de administración, lo que equivale a decir que no tendrá efecto alguno para actos de enajenación o gravamen de bienes, a cuyo efecto se requerirá otorgar poder especial, como veremos al analizar el artículo 156 del Código Civil.

El artículo 155 complementa el tema, expresando que el poder especial comprenderá los actos para los cuales ha sido conferido, los que podrán ser de lo más variados, en adición a los ya referidos, que se mencionan en el artículo 156.

Los poderes se rigen, tanto en el plano teórico como en el práctico, por una interpretación literal y restringida. Ello para proteger los derechos e intereses del poderdante, no interpretándose de manera extensiva las facultades otorgadas.[1641]

1641 La Resolución n.° 1460-2009-SUNARP-TR-L, del 23 de septiembre de 2009, del Tribunal Registral, ha precisado que los poderes pueden ser: a) *poder especial*, que son aquellos que se extienden para un acto determinado o para un tipo de actos, es decir, el poder contiene designación de los actos que puede realizar el representante. Véase en: https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

29. Poder por escritura pública para actos de disposición

Este tema se halla regulado en el artículo 156 del Código:

> Artículo 156.- «Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad».

El Código es muy estricto —y está bien que lo sea— con los poderes. Cuando se trata de la enajenación o gravamen de bienes, el artículo 156 exige que estas facultades consten de manera expresa. Ello, sin embargo, no implicará que se detalle el poder para el bien en especial, sino que conste de manera expresa la facultad de vender o gravar bienes.

Además, el artículo 156 establece que esta especie de poder especial deberá constar por escritura pública, bajo sanción de nulidad. Como sabemos, la formalidad solemne de los actos jurídicos obliga al otorgante a pensar mejor en la celebración del acto jurídico, además de que les otorga una fuerza probatoria indiscutible.

30. Carácter *intuitu personae* de la representación

Este tema es abordado por el artículo 157, norma de texto siguiente:

> Artículo 157.- «El representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución».

No cabe duda de que el acto de apoderamiento, es decir, el delegar en otra persona facultades que son propias del otorgante implica que estemos en presencia de un acto de confianza por excelencia, en cuya virtud el apoderado que acepte ejercer el poder deberá hacerlo como un acto de reciprocidad frente al honor por la confianza depositada en él con el otorgamiento de tales facultades.

Por ello, el apoderado no puede delegar las facultades recibidas ni hacerse sustituir por otro, salvo que ello esté comprendido en los alcances del poder, claro está.

Debemos decir que si se le faculta a delegar o sustituir puede darse el supuesto en que el propio apoderado hubiese señalado los nombres de los eventuales delegados o sustitutos, con lo que el apoderado deberá manejarse dentro de esos parámetros. En caso no hubiese establecido sus identidades, el apoderado deberá escogerlos con el cuidado y la pericia con los que actuaría en resguardo de sus propios intereses. Caso contrario, podría responder hacia el acreedor por los actos del delegado o sustituto, por culpa *in eligendo*, tal como establece —en parte— el artículo 158.

31. Sustitución y responsabilidad del representante

Esta materia es abordada por el artículo 158, norma de texto siguiente:

LEDO MARCO CASTILLO FIGUE

> Artículo 158.- «El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que se le designó. Si no se señaló en el acto la persona del sustituto, pero se concedió al representante la facultad de nombrarlo, éste es responsable cuando incurre en culpa inexcusable en la elección. El representante responde de las instrucciones que imparte al sustituto.
>
> El representado puede accionar directamente contra el sustituto».

Este artículo sólo se refiere al supuesto de la sustitución del apoderado. Entendemos que también debió comprender los supuestos de delegación de la representación, sea ésta total o parcial.

El artículo 158 exime de responsabilidad al apoderado cuando se sustituye en la persona que designó el representado o poderdante.

Si el sustituto hubiese sido designado por el propio apoderado, será responsable (se entiende, por los daños y perjuicios que ocasione ese sustituto) cuando el apoderado incurra en culpa inexcusable en la elección.

Obviamente, la norma restringe su responsabilidad, pues no responderá por una elección hecha con culpa leve, pero sí lo hará cuando elija por culpa inexcusable y dolo (si se responde por lo menos grave —culpa inexcusable—, se responderá también por lo más grave —dolo—). Sin embargo, reconocemos que la norma es incompleta y se podía alegar que no respondería en el caso de una elección dolosa por el principio de que no cabe aplicar por analogía las normas que establecen excepciones o restringen derechos (artículo IV del Título Preliminar del Código Civil).

Finalmente, el artículo 158 establece que el representante responde de las instrucciones (lo que resulta obvio), y el representado puede accionar directamente contra el sustituto (lo que también es evidente).

32. Revocación del sustituto

Este tema es abordado por el artículo 159 del Código Civil, norma de texto siguiente:

> Artículo 159.- «La sustitución puede ser revocada por el representante, reasumiendo el poder, salvo pacto distinto».

Si el representante tenía la facultad para sustituir, en uno o más terceros, las facultades conferidas por el apoderado, pues podría ejercerla debido a cualquier causa que le impida seguir ejerciendo el poder a plenitud. Pero, de igual modo, cuando esté en capacidad de reasumir tales facultades, podrá hacerlo en la medida en que —se entiende— la sustitución no necesariamente es definitiva, a menos que así se exprese en el propio acto de sustitución o en el poder original conferido al apoderado.

Dentro de tal orden de ideas, reviste plena lógica que esa sustitución pueda ser revocada por el representante, reasumiendo el poder, salvo pacto distinto, tal como lo establece el artículo 159 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

33. Efectos de la representación

Hemos señalado a lo largo de nuestros comentarios sobre representación que ésta tiene como efecto natural y preeminente el que los actos celebrados por el representante recaen inmediatamente sobre la esfera jurídica del representado, tanto como si él mismo —en persona— celebrara tales actos. Así lo entiende el artículo 160 del Código Civil, estableciendo como única salvedad el que tales actos se encuentren dentro de los límites de las facultades conferidas:

> Artículo 160.- «El acto jurídico celebrado por el representante, dentro de los límites de las facultades que se le haya conferido, produce efecto directamente respecto del representado».

34. Ineficacia del acto jurídico por exceder facultades

Esta materia se halla regulada por el artículo 161, precepto que establece lo siguiente:

> Artículo 161.- «El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.
>
> También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye».

En realidad, son tres los supuestos comprendidos por esta norma, a saber:

- Acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido.
- Acto jurídico celebrado por el representante violando las facultades que se le hubiere conferido.
- Acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye.

Como se puede apreciar, en cualquiera de estos casos quien actúa en nombre de otro no ha sido autorizado para ese objeto en especial por el supuesto representado.

La solución en todos estos casos es la ineficacia del acto celebrado, o su ineficacia parcial si el acto comprendiese materias para las que sí se tenía poder y otras para las que se carecía de representación.[1642]

1642 La Casación n.° 870-2014-Lima Norte, de 17 de abril de 2015, de la Sala Civil Transitoria, ha señalado que, al tratarse de una persona jurídica, «la ausencia de las facultades de representación no constituye causal de nulidad por la venta de un bien ajeno, (...) pues se trata más bien de un supuesto de ineficacia en relación al representado y que se encuentra regulado en el artículo 161 del Código civil (...)». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 205.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

35. Ratificación del acto jurídico

El tema de la ratificación se encuentra regulado en el artículo 162 del Código Civil, precepto de texto siguiente:

> Artículo 162.- «En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración.
>
> La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero.
>
> El tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.
>
> La facultad de ratificar se trasmite a los herederos».

No olvidemos que el acto jurídico celebrado excediendo las facultades otorgadas o careciendo de facultades es un acto ineficaz (artículo 161) y no un acto anulable.[1643] Para los actos anulables, la ley contempla el derecho de confirmar el acto jurídico (artículos 230 a 232 del Código). En cambio, los actos ineficaces son confirmables, tal como establece el artículo 162 del referido cuerpo de leyes.

La ratificación podrá ser hecha por el representado y deberá observar la forma prescrita para su celebración.

La ratificación tendrá efecto retroactivo, lo que significa que una vez notificado el acto jurídico que se encontraba viciado por causal de ineficacia se convertirá en un acto plenamente eficaz, pero retroactivamente, vale decir, desde el momento en que fue celebrado con el vicio que lo hacía ineficaz. El Código, con acierto, se encarga de señalar que quedarán a salvo los derechos de tercero.

Además, se otorga al tercero y a quien haya celebrado el acto jurídico como representante, el derecho de resolver el acto antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1643 La Casación n.° 1135-2013-Lima, de 5 de noviembre de 2013, de la Sala Civil Permanente, ha señalado en su fundamento IV, lo siguiente: «Según nuestro ordenamiento jurídico, al acto jurídico celebrado por el "falsus procurator" se encuentra asociado con ineficacia respecto al falso representado, y no con nulidad absoluta, entendiéndose que dichas categorías de invalidez del acto jurídico difieren una de la otra. En primer término, la nulidad absoluta implica la existencia de un defecto intrínseco en la etapa de formación del acto jurídico, por lo que, ante un vicio de gran magnitud, el acto jurídico viciado no es capaz de generar efecto jurídico alguno, ni entre los intervinientes ni frente a terceros. (...) Empero, la ineficacia que prevé el artículo 161 del Código Civil implica que el acto jurídico únicamente no tendrá validez en determinadas circunstancias y frente a determinadas personas, mas, frente a otras desplegará todos sus efectos (...)». Véase en: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Casaci%C3%B3n-1135-2013-Lima-Legis.pe_.pdf

Por lo demás, el artículo 162 establece que la facultad de ratificar los actos ineficaces comprendidos en este artículo es trasmisible a los herederos. Aquí se aprecia que el legislador aplica el principio de conservación del contrato y de los actos jurídicos, el mismo que hace que se prefiera conservar —en determinados casos— la validez o eficacia de tales actos, que hacérselas perder.[1644]

Además, tiene lógica el que la facultad de ratificación se trasmita a los herederos, habida cuenta de que ellos podrían tener interés en que surta efectos el acto ineficaz.

36. Anulabilidad de los actos celebrados por representante

Este tema se halla regulado por el artículo 163, que establece lo siguiente:

> Artículo 163.- «El acto jurídico es anulable si la voluntad del representante hubiere sido viciada. Pero cuando el contenido del acto jurídico fuese total o parcialmente determinado, de modo previo, por el representado, el acto es anulable solamente si la voluntad de éste fuere viciada respecto de dicho contenido».

Resulta natural que si el representante hubiere viciado su voluntad, el acto jurídico sea anulable. Este sería el caso de un vicio de la voluntad en el que incurriese cualquier persona. Por ejemplo, que el poderdante, simplemente le hubiere encargado comprar una casa que esté ubicada en una playa determinada. Pero que sea cualquier casa. Si el apoderado celebrara un contrato sobre una casa de esa playa, pero se la comprara a alguien que no sea propietario de ella, habiendo incurrido en un error sobre la persona del vendedor, ese acto sería anulable como cualquier acto jurídico.

En cambio, si el apoderado, en el mismo ejemplo, sí celebrara el contrato de compraventa con el propietario de la casa, pero se equivocara y pensara que la playa que le indicó el apoderado (Los Delfines de Bujama) es la misma que Bujama y compra una casa en Bujama, entonces el vicio de la voluntad recae sobre el contenido del acto de apoderamiento, en cuyo caso, el acto jurídico también sería anulable, pues, como indica la segunda parte del artículo 163, el vicio habría recaído respecto del contenido del acto de apoderamiento, pues en él se había predeterminado la playa donde debía estar ubicada la casa a comprar.

1644 La Casación n° 2192-97-Chimbote, de 5 de junio de 1998, de la Sala Civil Transitoria, en su fundamento octavo, señala que «el artículo 162 del Código civil permite la ratificación del acto jurídico del representante, cuando se ha excedido en los límites de las facultades que se le hubiera conferido, lo que determina que se trata de un acto jurídico anulable porque el nulo no puede ser ratificado». En el argumento décimo segundo, se precisa lo siguiente: «como la escritura de poder fue otorgada con posterioridad a la del préstamo con garantía hipotecaria que celebró la apoderada en su beneficio personal y con la garantía de los inmuebles de su representada, ello implica una ratificación del acto jurídico de mutuo con garantía hipotecaria y restricción contractual». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 213.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si quien se hubiese equivocado fuera el poderdante y el vicio estuviese contenido en el acto de apoderamiento, entonces el contrato de compraventa de nuestro ejemplo no sería anulable. Esto por una cuestión elemental de seguridad jurídica, en lo que respecta a los alcances de los poderes y de su literalidad. Si ello no fuera así, nadie aceptaría contratar con otro que actuara por medio de representante.

37. Manifestación de la calidad de representante

Hemos señalado en diversas ocasiones que el apoderado siempre deberá manifestar a sus futuras contrapartes en un acto jurídico, el hecho de que está actuando en representación de otro y, además, especificar quién es ese otro.

Por otra parte, deberá acreditar cuáles son sus facultades. A pesar de que los poderes, en principio, no son actos de formalidad solemne, salvo para los casos de enajenación o gravamen de bienes (artículo 156), por lo general constan por escrito, pues en caso contrario el apoderado no podrá probar ante otras personas su calidad de representante del otorgante del poder y eso frustraría su desempeño como tal.[1645]

En tal virtud, si el representante no señalase que el acto que va a celebrar es en nombre de otro, lo celebrará él mismo como persona natural.

De ahí el contenido del artículo 164 del Código Civil, cuyo texto consignamos:

> Artículo 164.- «El representante está obligado a expresar en todos los actos que celebre que procede a nombre de su representado y, si fuere requerido, a acreditar sus facultades».

38. Presunción legal de representación

Este tema se halla regulado en el artículo 165 del Código Civil, norma de texto siguiente:

> Artículo 165.- Se presume que el dependiente que actúa en establecimientos abiertos al público tiene poder de representación de su principal para los actos que ordinariamente se realizan en ellos.

1645 La Resolución n.° 852-2009-SUNARP-TR-L, de 15 de junio de 2009, del Tribunal Registral, ha precisado que si bien el «apoderamiento no obliga al representante a realizar todos los actos para los cuales fue facultado, cuando en ejercicio de la facultad conferida realice el negocio o negocios jurídicos respectivos, para que tales negocios surtan efectos directamente respecto del representado, está obligado a manifestar que interviene en nombre de éste, y que el negocio celebrado se encuentre dentro de los alcances del poder conferido, esto es, que no se haya apartado o extralimitado en el ejercicio de las facultades conferidas». Véase en: https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 165 es un precepto de mucha utilidad dado que si él no existiese, resultaría muy difícil comprar o celebrar cualquier contrato en una tienda o establecimiento comercial abierto al público, pues no sabríamos si los vendedores o empleados tienen o no poder de la empresa dueña del establecimiento para contratar.

Ahora bien, podríamos preguntarnos si es que la norma también resulta aplicable a establecimientos de carácter informal. Pensamos que sí, puesto que el artículo 165 no efectúa distinción alguna y, además, ellos representan un altísimo porcentaje en el Perú.

39. El denominado «acto jurídico consigo mismo»

Este importante tema se halla regulado por el artículo 166 del Código Civil, que a la letra indica lo siguiente:

> Artículo 166.- «Es anulable el acto jurídico que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otro, a menos que la ley lo permita, que el representado lo hubiese autorizado específicamente, o que el contenido del acto jurídico hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses.
>
> El ejercicio de la acción le corresponde al representado».

¿Qué es el denominado «acto jurídico consigo mismo»?

En primer lugar, hay que descartar que se trate del caso en que una misma persona celebre un acto jurídico con ella misma, conservando, su propia identidad como celebrante A y celebrante B. En otras palabras, Juan no podrá celebrar un contrato por el que le venda a Juan su casa, pues ese acto jurídico sería jurídicamente imposible y su consecuencia sería la nulidad.

De ahí que la denominación de «acto consigo mismo» o «contrato consigo mismo» es errada.

Lo que comprende la figura son actos en que la misma persona actúe en la celebración de un acto jurídico, pero con calidades distintas en lo que respecta a la identidad de los celebrantes.[1646]

Así:

- Juan contrata con la empresa X, de la cual Juan es representante.
- La empresa X, representada por Juan, contrata con la empresa Y, también representada por Juan.

1646 En ese sentido, no se considera un acto jurídico consigo mismo, la constitución de hipoteca sobre un bien del representado para garantizar su propia deuda, siempre que no actúe como acreedor y garante. Casación n.° 1706-2007-Lima, de 1 de abril de 2008, de la Sala Civil Transitoria. Véase en: https://vlex.com.pe/vid/-65023609?_ga=2.212847124.1064930639.1606408176-237378196.1604679742

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La ley y el Derecho, en general, siempre han considerado estas situaciones como muy delicadas en lo que respecta a eventuales conflictos de interés, razón por la cual el artículo 166 del Código de 1984 establece que estos actos serían anulables, salvo que se presenten dos circunstancias:

- Si la ley lo permite.
- Si el representado lo hubiese autorizado específicamente.
- Si el contenido del acto jurídico hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses.

Estimamos que estas excepciones no requieren comentario.

40. Poder especial de los representantes legales para actos de disposición

El tema del poder especial de los representantes legales para actos de disposición se halla regulado por el artículo 167 del Código Civil:

> Artículo 167.- «Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado:
>
> 1.- Disponer de ellos o gravarlos.
>
> 2.- Celebrar transacciones.
>
> 3.- Celebrar compromiso arbitral.
>
> 4.- Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial».

Ya hemos visto que para la representación entre personas naturales, el artículo 156 del Código Civil establece requisitos estrictos en materia de formalidad y contenido del poder.

Para el caso de los representantes legales (se entiende de personas jurídicas), el artículo 167 señala que ellos requieren autorización expresa para celebrar cuatro actos sobre los bienes del representado, a saber:

40.1. Disponer de ellos o gravarlos (inciso 1)

En ello concuerda la norma con lo dispuesto en el artículo 156, antes recordado.

40.2. Celebrar transacciones (inciso 2)

La transacción es un medio extintivo de obligaciones, pero a la vez un medio para solucionar problemas entre las personas. Y conforme lo establecido por el artículo 1302 del Código Civil, a través de ella, las partes se hacen concesiones recíprocas. Es justamente por esto último, que el artículo 167 establece que para transigir se

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

requiere poder especial, a efectos de no perjudicar o poner en riesgo los derechos patrimoniales del representado sin que este último sea consciente de ello.

40.3. Celebrar compromiso arbitral (inciso 3)

El Código Civil, en su texto original, abordaba dentro de los contratos típicos a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral, figuras precursoras de lo que hoy se entiende por convenio arbitral. La regulación de esas materias la hacía entre los artículos 1906 y 1922, derogados desde 1992 por la primera Ley de Arbitraje que rigió en nuestro país (Decreto Ley n.° 25935, publicado el 10 de diciembre de ese año).

Fue larga la discusión en el sentido de si se debía requerir o no poder especial para que los representantes legales obligaran a las personas jurídicas a las que representaban.

Nosotros tomamos parte activa en esa discusión.

Este debate fue zanjado por el Decreto Legislativo n.° 1071, actual Ley de Arbitraje (vigente desde el 1 de septiembre de 2008), la misma que en su artículo 10, inciso 1, establece que, salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica se encuentra facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en el decreto legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales.

Entonces, hoy en día debería entenderse que, desde la entrada en vigencia de la actual Ley de Arbitraje, se encuentra implícito o tácitamente derogado el inciso 3 del artículo 167 del Código Civil.

40.4. Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial (inciso 4)

Se trata de una norma de remisión a aquellos otros casos en que las leyes establezcan supuestos adicionales. Nada tenemos que agregar.

Con esto, además, terminamos el análisis de los artículos en que el Código Civil regula la representación en el libro de acto jurídico.

41. Presunción de representación

El artículo 1807 establece lo siguiente:

> Artículo 1807.- «Se presume que el mandato es con representación».

Este artículo 1807, entonces, señala que se presume que el mandato es con representación. En realidad lo que se está haciendo es establecer esta representación con base en la regla de la experiencia vivida, pues ello generalmente es así.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No obstante, esta presunción no exime en lo absoluto, al apoderado a acreditar sus facultades frente a los terceros con quienes desee celebrar actos jurídicos.

42. Extinción del mandato por revocación o renuncia de poder

Este tema es el último que el Código Civil de 1984 regula en lo que respecta al mandato con representación. Se trata del artículo 1808, que establece lo siguiente:

> Artículo 1808.- «En el mandato con representación, la revocación y la renuncia del poder implican la extinción del mandato».

En realidad la revocación y la renuncia del poder son actos que deberán concernir exclusivamente al poder. Sin embargo, cuando el poder se inscribe en el marco de un mandato (obviamente, con representación), los actos de revocación o renuncia del poder nos situarían exclusivamente en el ámbito del mandato sin representación.

El legislador de 1984 ha entendido que ante la revocación o renuncia del poder no debería subsistir el mandato como uno sin representación, razón por la cual estima que esos actos también implicarán la extinción del mandato. Esto, naturalmente, a menos que las partes convengan lo contrario. Ello será siempre posible, pero en la práctica resultaría muy extraña su ocurrencia.

43. Concepto del mandato de representación

El artículo 1809 recoge el concepto del mandato sin representación. Veamos:

> Artículo 1809.- «El mandatario que actúa en nombre propio adquiere los derechos y asume las obligaciones derivados de los actos que celebra en interés y por cuenta del mandante, aun cuando los terceros hayan tenido conocimiento del mandato».

En el mandato sin representación, el mandatario adquiere los derechos y asume las obligaciones que se deriven de los actos que celebra en interés y por cuenta del mandante. Eso significa que, en sede contractual todos aquellos actos que celebre van a repercutir única y exclusivamente en su esfera patrimonial.

Esta situación es la que hace que el mandato sin representación no tenga la utilidad del mandato con representación.

Esto ocurrirá siempre, no importando si los terceros con quienes celebró tales actos hubieran tenido conocimiento de la existencia del mandato.

El mandato sin representación reviste utilidad, básicamente, cuando el mandante desea ocultar su identidad. Esto resulta muy frecuente en sede comercial, pero podría obedecer a los motivos más variados, por cierto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

44. Transferencia de bienes adquiridos por el mandatario

El artículo 1810 regula este tema, con el siguiente texto:

> Artículo 1810.- «El mandatario queda automáticamente obligado en virtud del mandato a transferir al mandante los bienes adquiridos en ejecución del contrato, quedando a salvo los derechos adquiridos por los terceros de buena fe».

La poca utilidad del mandato sin representación (con la salvedad de las razones que lo pueden motivar) queda de manifiesto en el artículo 1810.

Se trata, en buena cuenta, de una segunda transferencia de derechos sobre los bienes, incluido, si fuese el caso, el derecho de propiedad. Ello podría derivar, naturalmente, incluso, en serias consecuencias de orden tributario.

La norma deja a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe. No podría ser distinto.

45. Obligaciones asumidas por el mandante

El artículo 1811 establece que:

> Artículo 1811.- «El mandante está obligado a asumir las obligaciones contraídas por el mandatario en ejecución del mandato».

Aunque no se produzcan las consecuencias previstas por el artículo 1810, el mandante estará obligado a asumir (sufragar) las obligaciones contraídas por el mandatario en la ejecución del mandato Ello por la sencilla razón de que el mandatario actuó por cuenta y en interés del mandante (argumento del artículo 1790).

46. Responsabilidad del mandatario por incumplimiento de terceros

Este tema está considerado en el artículo 1812 del Código Civil:

> Artículo 1812.- «El mandatario no es responsable frente al mandante por la falta de cumplimiento de las obligaciones asumidas por las personas con quienes haya contratado, a no ser que al momento de la celebración del contrato conociese o debiese serle conocida su insolvencia, salvo pacto distinto».

La solución de este artículo es correcta.

Es obvio que el mandatario no deberá responder por el incumplimiento de los terceros con quienes hubiese celebrado contratos por cuenta y en interés del mandante, es decir, en ejecución del contrato de mandato. Si bien el mandatario será parte en esos contratos y, como tal, tendrá derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones que deriven de ellos, ante el incumplimiento de sus contrapartes contractuales el que finalmente resultará perjudicado sería el mandante, pues es a él a quien interesará que cumplan tales contratantes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero aquí el mandatario no responde, a menos, claro está, que al momento de la celebración del contrato conociese o debiese serle conocida su insolvencia, salvo pacto distinto. Así lo establece el Código Civil.

47. Inafectación de bienes por deudas del mandatario

El artículo 1813, última de las normas del Código Civil de 1984 relativas al contrato de mandato, establece lo siguiente:

> Artículo 1813.- «Los acreedores del mandatario no pueden hacer valer sus derechos sobre los bienes que éste hubiese adquirido en ejecución del mandato, siempre que conste de documento de fecha cierta anterior al requerimiento que efectúen los acreedores a fin de afectar dichos bienes con embargo u otras medidas».

Tema complicado, por cierto, pues los acreedores del mandatario estimarán que los bienes que obren en su patrimonio serán suyos (como, en realidad, lo son). Pero por más que sean de su propiedad, ese mandatario deberá cumplir con la entrega de tales bienes al mandante, considerando que los ha adquirido por cuenta e interés de este último.

En ese orden de ideas, el artículo 1813 requiere, para que tales bienes no resulten afectados por terceros, acreedores del mandatario, la existencia de documento de fecha anterior al requerimiento que efectúen los acreedores a fin de afectarse esos bienes con embargo u otras medidas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CONTRATO DE DEPÓSITO VOLUNTARIO

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El contrato de depósito voluntario

1. Concepto

El Código de 1984 recoge el concepto de este contrato en su artículo 1814:

> Artículo 1814.- «Por el depósito voluntario el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante».

Guillermo Cabanellas[1647] anota que el depósito en general es la «entrega de una cosa, para ser custodiada y devuelta por quien la recibe».

Y el depósito voluntario —siguiendo con el citado profesor— es «el que se efectúa por mutuo consentimiento de las partes; esto es, del que entrega y de quien recibe para custodiar y devolver, sin intervención de ninguna otra circunstancia imperativa; como un deber legal o calamidad (depósito necesario), ni por orden o mandamiento del juez o tribunal (depósito judicial o secuestro)».

En este contrato, entonces, para conseguir el fin perseguido por las partes debe realizarse un desplazamiento posesorio del bien a favor del depositario.[1648]

2. Partes

En el contrato de depósito intervienen dos partes.

Una parte es el depositante, que es quien entrega el bien para que sea cuidado y, posteriormente, para que le sea restituido cuando así lo solicite.

No es necesario que el depositante sea propietario del bien, pero deberá estar legitimado para tal proceder.

Por otra parte, nada impide que el depositante pueda estar constituido por más de una persona; aquí se podría confundir al depósito con el secuestro, ya que en este contrato necesariamente deberán existir dos o más depositantes; sin embargo, en el depósito —de darse el caso de la existencia de dos o más depositantes— éstos no tienen pleito o controversia alguna respecto al bien que están

1647 Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, 1989, tomo II, p. 557 y ss.

1648 La Casación n.° 1736-96-Lima, de 30 de julio de 1998, de la Sala Civil Permanente, ha definido al contrato de depósito como «uno de prestación de servicios, que supone la entrega de un bien al depositario, para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante o al vencimiento del plazo (...)». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1271.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

confiando al depositario; en cambio, en el secuestro estos dos o más depositantes sí tienen una controversia y disputa respecto a dicho bien.

La otra parte es el depositario, quien recibe el bien que le es confiado por el depositante. El depositario se obliga a cuidar y a restituir el bien cuando así lo vea por conveniente el depositante. Tal como en el caso del depositante, el depositario también puede estar constituido por más de una persona. El Código de 1984 prevé en el artículo 1840 el caso de la existencia de dos o más depositarios:

> Artículo 1840.- «Si son varios los depositarios, el depositante pedirá la restitución al que tenga en su poder el bien, dando aviso inmediato a los demás».

Aquí estamos frente al supuesto en el cual el o los depositantes confían un bien a varios depositarios. Generalmente, y por la naturaleza misma del bien, puede ocurrir que sólo uno de los depositarios sea quien tenga en su poder el mismo o que lo tengan varios o, incluso, que lo tengan todos ellos.

De esta manera, la primera tarea que deberán cumplir el o los depositarios que tengan en su poder el bien será la de restituir el mismo a petición y cuando así lo vean por conveniente el o los depositantes.

De otro lado, una segunda tarea, que impone nuestro Código al depositario que tenga en su poder el bien será la de comunicar a los demás depositarios que ya cumplió con efectuar la restitución del bien materia del depósito al o a los depositantes, ello con el objetivo de que tales depositarios sepan que se está exigiendo la devolución del bien y, de esta manera, puedan cautelar sus derechos.

3. Características del contrato de depósito voluntario

Para desarrollar este tema referido, precisamente, a las características del contrato de depósito voluntario, recurriremos —como venimos haciendo a lo largo de este tratado— a la clasificación general de los contratos del profesor Manuel de la Puente y Lavalle.

3.1. En cuanto al nombre

El depósito voluntario es un contrato nominado. El término depósito, etimológicamente, viene del latín *depositum*, que significa «acción de poner en seguridad».

3.2. En cuanto a su regulación

En cuanto a su regulación, el depósito voluntario es un contrato típico, ya que se encuentra regulado en nuestro Código Civil, en el Libro VII, «Fuentes de las Obligaciones», sección segunda, «Contratos nominados», título IX, «Prestación de servicios», capítulo quinto, «Depósito», subcapítulo I, «Depósito voluntario», entre los artículos 1814 y 1853.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El Código Civil de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 trató el tema en el título XII, «Del depósito y del secuestro», capítulo I, «Del depósito en general y de sus diversas especies». El artículo 1272 de este Código definía al depósito voluntario de la siguiente manera:

> 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».

El problema aquí era saber qué se tenía que restituir, ya que el Código sólo hacía referencia al término *especie*. En este caso cabían dos interpretaciones: o se refería a cosas semejantes, en caso de bienes fungibles; o a las mismas cosas dadas en depósito. Para resolver dicha interrogante debíamos remitirnos al numeral 1288 del mismo cuerpo de leyes, el cual se encontraba dentro del capítulo III, denominado «De las obligaciones del depositario», y que a la letra decía lo siguiente:

> Artículo 1288.- «El depositario debe devolver la misma especie que ha recibido [...]».

Así, el depósito —para ese Código— consistía en guardar y luego devolver la cosa depositada, aunque materialmente no se tratase del mismo objeto, sino de cosas idénticas o fungibles, como ocurre con el dinero. El mismo artículo citado luego señalaba 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».

En segundo lugar tenemos al Proyecto de Código Civil elaborado por Manuel Lorenzo de Vidaurre, en donde observamos que el contrato de depósito se encontraba regulado en el título 13, bajo la denominación «Del depósito». Es así que el artículo 1 de dicho título establecía lo siguiente:

> 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 del juez competente; o la que el depositario toma por si 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 hubiesen hecho; para mantener el depósito en su ser, e impedir su deterioro o ruina».

Es evidente que este artículo compila en una sola norma el depósito voluntario, el depósito necesario, el secuestro convencional y el secuestro judicial.

El Código Civil de 1852 trataba sobre el depósito voluntario 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».

FELIPE MARIO CASTILLO TRIVE

De otro lado, tenemos que el numeral 1850 trataba acerca de las cosas que podían ser objeto de depósito:

> Artículo 1850.- «Pueden ser depositadas las cosas y las personas».

Dicho numeral incluso facultaba el depósito de personas, hecho que es comprensible, dado que la esclavitud en el Perú es abolida recién el 3 de diciembre de 1854 por el presidente Mariscal Ramón Castilla.

El Código Civil de 1936 regulaba el depósito, en su título IX, «Del depósito», dando una definición del mismo en el artículo 1603:

> Artículo 1603.- «Por el depósito una persona recibe de otra alguna cosa mueble para custodiarla, obligándose a devolverla cuando la pida el depositario».

Nótese que aquí, a diferencia del Código Civil de 1852, sí se hacía referencia al tipo de cosas sobre las que podía recaer el contrato bajo estudio, y es que sólo se facultaba el depósito sobre muebles.[1649]

3.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, el depósito voluntario es un contrato simple, pues sólo da lugar a una relación jurídica patrimonial.

3.4. En cuanto a su contenido o área

El contrato de depósito, en cuanto a su contenido o área puede revestir distinta denominación. En efecto, podríamos hablar de un depósito de naturaleza civil, comercial y hasta especial.

1649 Como referencia podemos manifestar que el contrato de depósito voluntario se aborda en el Código Civil francés (artículo 1915 y ss.), el Código Civil belga (artículo 1915 y ss.), el Código Civil austríaco (artículo 957 y ss.), el Código Civil boliviano de 1831 (artículo 1275 y ss.), el Código Civil chileno (artículo 211 y ss.), el Código Civil italiano (artículo 1835 y ss.), el Código Civil uruguayo (artículo 2239 y ss.), el Código Civil colombiano (artículo 2236 y ss.), el Código Civil venezolano de 1880 (artículo 1687 y ss.), el Código Civil ecuatoriano (artículo 2143 y ss.), el Código Civil español (artículo 1758 y ss.), el Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón elaborado por G. Boissonade de 1890 (artículo 901 y ss.), el Código Civil (artículo 688 y ss.), el Código Civil nicaragüense de 1903 (artículo 3449 y ss.), el Código Civil hondureño de 1906 (artículo 1939 y ss.), el Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 472 y ss.), el Código Civil brasileño de 1916 (artículo 1265 y ss.), el Código Civil panameño (artículo 1451 y ss.), el Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 686 y ss.), el Código Civil chino de 1930 (artículo 589 y ss.), el Proyecto de Reforma al Código Civil argentino de 1936 (artículo 1161 y ss.), el Código Civil venezolano de 1942 (artículo 1749 y ss.), el Código Civil italiano de 1942 (artículo 1766), el Anteproyecto de Código Civil boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943 (artículo 1310 y ss.), el Código Civil portugués de 1967 (artículo 1185 y ss.), el Código Civil guatemalteco de 1973 (artículo 1974 y ss.), el Código Civil boliviano de 1976 (artículo 838 y ss.), el Proyecto de Código Civil brasileño aprobado por la Cámara de Diputados de 1984 (artículo 627 y ss.) , el Código Civil paraguayo de 1987 (artículo 1242 y ss.), Código Civil y Comercial de la Nación argentino (artículo 1356 y ss.), Código Civil brasileño de 2002 (artículo 647 y ss.) y en la Reforma del Código Civil alemán de 2002 (artículo 688).

Es claro que puede ser civil. Pero también se podría dar el caso de un contrato de depósito voluntario de naturaleza mercantil, como sucedería en el caso de los almacenes generales de depósito de mercaderías.

Finalmente, se podría dar el caso de un depósito de naturaleza especial, como podría ser el depósito bancario, sea éste celebrado en cualquiera de sus modalidades, como en el caso de un contrato de depósito de ahorros, un contrato de depósito en cuenta corriente o un contrato de depósito en caja de seguridad para custodia de valores.

3.5. En cuanto a su autonomía

El depósito voluntario es un contrato fundamentalmente principal; ello debido a que para su existencia no requiere ni está supeditado a otro contrato, es decir, basta que se celebre el contrato de depósito para que se alcancen los efectos queridos por las partes, sin necesidad de realizar acto jurídico adicional.

Sin embargo, existe lo que se conoce como contrato de subdepósito y la cesión de posición contractual del depositario. A continuación analizaremos cada uno de ellos.

El contrato de subdepósito no se encuentra regulado por nuestra legislación civil. Éste se entiende como el depósito total o parcial de un bien depositado que celebra el depositario a favor de un tercero. Este subdepósito puede ser celebrado a título oneroso o gratuito. La figura en mención tiene íntima relación con la cesión de posición contractual del depositario, tal como veremos a continuación.

El artículo 1817 de nuestro Código Civil[1650] regula la cesión de posición contractual del depositario. Dicho artículo señala que esta figura puede darse siempre y cuando el depositante autorice de manera escrita dicha cesión. De no cumplirse con esta formalidad, el acto será nulo, lo que quiere decir que se trata de una formalidad solemne.

3.6. En cuanto a su formación

El depósito, tal como lo establece el numeral 1816 de nuestro Código,[1651] se rige por lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1605.[1652] Es decir, la existencia y contenido del depósito voluntario puede probarse por cualquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento

1650 Artículo 1817.- «No puede cederse el depósito sin autorización escrita del depositante, bajo sanción de nulidad».

1651 Artículo 1816.- «La existencia y el contenido del depósito se rigen por lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1605».

1652 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».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios. Remitimos al lector a las críticas formuladas por nosotros al analizar estas normas y las que se basan en ella.

En el Código Civil de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, el depósito en general (sea éste voluntario, necesario o secuestro convencional o legal) era un contrato real, ya que se celebraba con la entrega de la cosa, ello se desprende del artículo 1275 de dicho cuerpo de leyes:

> 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 dispositivo consagra al depósito como un contrato real ya que se habla de una entrega real o ficta de la cosa. Pero tenemos también el numeral 1277 del mismo Código Civil, en donde se estipulaba que: «El depósito voluntario se forma por el consentimiento recíproco de la persona que hace el depósito, y de la que lo recibe».

Aquí estamos frente a un contrato consensual, categoría que ese Código ofrecía al depósito voluntario.

En segundo lugar, en el Proyecto de Código Civil elaborado por el doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, el contrato de depósito era eminentemente formal. Dicha formalidad podía variar de acuerdo a las circunstancias, pudiendo ser por instrumento público, en papel sellado, etc. Ello se deduce de la lectura de los artículos 12, 13, 14 y 15 del citado proyecto.

El Código Civil de 1852, consideró al depósito como un contrato real. Así lo señalaba el numeral 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».

Por su parte, el Código Civil de 1936, establecía que 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. Así lo establecía el artículo 1608 de dicho cuerpo normativo.

3.7. En cuanto al tiempo

El depósito voluntario es un contrato de duración, ya que su vigencia se prolonga en el tiempo que dure la custodia del bien por parte del depositario.

Dada la naturaleza del depósito, ello siempre fue así, ya que a lo largo del proceso codificador nacional, desde el Código de Santa Cruz de 1836 hasta el

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Código de 1984, el contrato de depósito siempre fue uno de duración, la misma que por regla general es continuada, pudiendo, a su vez, ser de duración determinada (cuando existe un plazo fijo), de duración determinable (cuando esté sujeto a un evento cierto pero no conocido en su fecha) o uno de duración indeterminada (en donde se ha tenido en cuenta el término inicial mas no el final).

Es por ello que el Código de Santa Cruz en su artículo 1298 se refería al hecho de que este contrato era uno de duración continuada, el cual podía ser a plazo fijo o a tiempo determinado o a plazo determinable. Sea cual fuere el caso, en ambos supuestos el depositario estaba obligado a entregar la cosa al momento en que lo solicitara el depositante.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil elaborado por Manuel Lorenzo de Vidaurre establecía también que este contrato era uno de duración continuada, a plazo determinado, determinable o indeterminado (artículo 4 del título trece).

Lo propio ocurría con el Código Civil de 1852 (artículos 1857, 1873 y 1888).

El Código Civil de 1936 también lo consideraba a plazo determinado, indeterminado o determinable (artículos 1622 y 1623).

El Código Civil de 1984 trata sobre este tema en sus artículos 1830, 1832 y 1833, normas que serán analizadas en su oportunidad.

3.8. En cuanto a su negociación

El depósito es un contrato que se celebra tanto por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Evidentemente, respecto a los depósitos que se celebran en los bancos (sea cual fuere su modalidad), cooperativas, financieras, almacenes generales de depósito, mutuales y otras entidades análogas, que se rigen por las leyes especiales que los regulan, estos contratos se celebran por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

3.9. En cuanto al rol económico

El depósito voluntario, en cuanto al rol económico que desempeña, es un contrato de custodia o, como también se le conoce en doctrina, uno de conservación, ya que tiene por finalidad adoptar medidas de seguridad para la conservación de un bien.

De otro lado, también podríamos considerar al depósito voluntario como un contrato de confianza, ya que el factor confianza es determinante en el sentido de la honradez, moralidad, responsabilidad, capacidad administrativa, etc., que deberá tener el depositario.

Finalmente, y para aclarar en algo este punto, tenemos dentro de esta clasificación de los contratos en cuanto al rol económico que existe una subdivisión que los clasifica como contratos de restitución. Evidentemente, el contrato de depósito

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

voluntario sería uno de ellos, ya que obliga al que recibe el bien —en este caso, al depositario— a devolverlo cuando termine la finalidad temporal de la entrega. Sin embargo, la devolución del bien en el contrato de depósito voluntario no constituye la obligación principal, sino únicamente se trata de una consecuencia de haber terminado la finalidad principal del mismo, la cual es la custodia del bien.

3.10. En cuanto a su función

El depósito voluntario es un contrato fundamentalmente constitutivo, ya que se trata de un acto creador de obligaciones. Excepcionalmente podrá ser un contrato modificatorio o regulatorio, pero jamás podrá ser un contrato extintivo o resolutorio; ello, en virtud de que el depósito generará la obligación del depositario de recibir el bien para cuidarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante.

3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El depósito es un contrato individual, ya que las obligaciones creadas (modificadas o reguladas) por éste, sólo afectarán a las partes que intervinieron en la celebración de dicho contrato.

3.12. En cuanto a la prestación

El depósito voluntario en cuanto a su prestación, puede ser un contrato con prestación unilateral o uno con prestaciones recíprocas.

En efecto, estaremos frente a un contrato de depósito con prestación unilateral, llamado también bilateral imperfecto, cuando el depositante no tenga que cumplir con prestación alguna; aquí el depositario solamente deberá cumplir con su obligación de custodia del bien que le fue entregado por el depositante.

También podría darse el caso de que estemos frente a un contrato de depósito bilateral o con prestaciones recíprocas en donde tanto depositante como depositario están obligados uno frente a otro a ejecutar determinada prestación y contraprestación.

3.13. En cuanto a la valoración

De lo expuesto en el punto anterior se deduce que, en cuanto a la valoración, el depósito voluntario puede ser un contrato celebrado a título oneroso, como también a título gratuito. En efecto, el artículo 1818 del propio Código establece que por regla general el depósito voluntario se celebra a título gratuito, salvo que por acto distinto, por la calidad profesional, por la actividad del depositario u otras circunstancias se deduzca que es celebrado a título oneroso, es decir, que tenga que ser remunerado.

Es de precisar, por otra parte, que el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 establecía que el contrato de depósito se celebra a título gratuito (artículo 1274).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por su parte, el Proyecto De Vidaurre señalaba que el depósito, en cuanto a su valoración, estaba supeditado a lo dicho por las partes contratantes, es decir, dependía de las partes si ellas querían celebrar un contrato a título oneroso o a título gratuito. Así lo establecía el artículo 2 del título 13.

El Código Civil de 1852 sindicaba en su numeral 1847 que el depósito era fundamental, pero no esencialmente gratuito.

Para el Código Civil de 1936, la regla general era —a diferencia de los otros Códigos— que el depósito voluntario se celebraba a título oneroso y la excepción era que se celebrara a título gratuito. Así lo señalaba el artículo 1604.

Finalmente, y como ya fue manifestado, el Código Civil vigente establece que por regla general el depósito voluntario es celebrado a título gratuito y, excepcionalmente, el mismo será celebrado a título oneroso. Ello se desprende de lo establecido por el numeral 1818.

3.14. En cuanto al riesgo

El contrato de depósito voluntario es eminentemente conmutativo, ello debido a que las partes conocen de antemano los alcances de las prestaciones que deberán cumplir, las mismas que son ciertas, es decir, son conocidas con antelación.

No se plantea ni legislativa ni doctrinariamente el tema del depósito aleatorio; no obstante ello, no encontramos impedimento alguno para que se pueda suscitar un caso que revista tal característica.

3.15. En cuanto a sus efectos

El depósito voluntario es un contrato meramente obligatorio u obligacional.

4. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE DEPÓSITO VOLUNTARIO Y OTROS CONTRATOS

4.1. Con el contrato de hospedaje

4.1.1. En cuanto al nombre

El contrato de depósito, al igual que el contrato de hospedaje, es un contrato nominado.

4.1.2. En cuanto a su regulación

Ambos contratos son típicos.

4.1.3. En cuanto a su estructura

Ambos, en principio, son contratos simples.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.1.4. En cuanto a su contenido o área

El contrato de depósito puede revestir diversa naturaleza, ya sea civil, comercial o especial. En cambio, en el contrato de hospedaje, si bien una de las partes —el hospedante— será generalmente una persona jurídica, la otra —el huésped— será una persona natural (no obstante lo cual podría tratarse de una persona natural que se aloje por cuenta y cargo de una persona jurídica, caso en el cual, obviamente, sería la persona jurídica la parte contratante y no la natural). Sin embargo, y sin perjuicio de lo antes señalado, creemos que este contrato no escapa a la naturaleza civil.

4.1.5. En cuanto a su autonomía

El depósito y el hospedaje, en cuanto a su autonomía, son contratos principales, ya que no dependen de la celebración de contrato alguno. Empero, debe tenerse muy en cuenta que existen las figuras del subhospedaje y del subdepósito, estos últimos, contratos derivados.

4.1.6. En cuanto a su formación

El contrato de depósito, así como el de hospedaje, son consensuales. Debe tenerse presente la remisión que en depósito se hace al artículo 1605 del Código Civil.

4.1.7. En cuanto al tiempo

Tanto el depósito como el hospedaje son contratos de duración. El hospedaje se prolonga en el tiempo, por lo menos en lapsos de horas, días, semanas, etc. Dicha duración puede ser determinada, determinable o indeterminada, según sea el caso.

4.1.8. En cuanto a su negociación

El depósito es un contrato celebrado tanto por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Por su parte, el contrato de hospedaje es generalmente uno arreglado a cláusulas generales de contratación, de allí que el numeral 1714 de nuestro Código Civil establezca que el hospedaje se sujeta además a las normas reglamentarias y a las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad competente; pero nada impide que el hospedaje sea celebrado por negociación previa.

4.1.9. En cuanto al rol económico

El depósito es un contrato de custodia y conservación; también es uno de restitución. El hospedaje es un contrato de goce, ya que importa el disfrute del bien sin tener la disposición del mismo.

Sin embargo, es usual que el huésped desee que el hospedante reciba en custodia bienes tales como dinero, joyas y otros similares. En tal caso el hospedante

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

responde como depositario por tales objetos; de esta manera estaríamos también ante un contrato que implicaría la custodia y la conservación de tales bienes por parte del hospedante.

4.1.10. En cuanto a su función

Tanto el depósito como el hospedaje son contratos constitutivos.

Sería bastante raro que se presenten casos en los cuales tengan el carácter de regulatorios o modificatorios; sin embargo, y dada la naturaleza de los mismos, nada impediría que ese supuesto se pueda presentar.

Difícilmente serán extintivos o resolutorios.

4.1.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El depósito como el hospedaje son contratos individuales, ello debido a que las obligaciones que nacen de la celebración de los mismos afectan únicamente a las partes intervinientes.

4.1.12. En cuanto a la prestación

El depósito y el hospedaje pueden ser contratos bilaterales, sinalagmáticos o con prestaciones recíprocas. Ello siempre y cuando tanto el depositante como el huésped asuman, como contraprestación a los servicios brindados por el depositario y el hospedante, el pago de una suma de dinero u otra prestación equivalente. Pero nada impediría que ambos contratos puedan celebrarse con prestación unilateral.

4.1.13. En cuanto a la valoración

El depósito y el hospedaje pueden ser contratos onerosos o gratuitos, tal como se advirtió en el punto anterior.

4.1.14. En cuanto al riesgo

Tanto el depósito como el hospedaje son contratos conmutativos, pero nada impediría que los mismos puedan revestir carácter aleatorio.

4.1.15. En cuanto a sus efectos

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

4.2. Con el contrato de comodato

4.2.1. En cuanto al nombre

Por el nombre, tanto el depósito como el comodato son —evidentemente— contratos nominados.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.2.2. En cuanto a su regulación

Ambos contratos son típicos.

4.2.3. En cuanto a su estructura

El depósito y el comodato son contratos simples, pues dan lugar a una sola relación jurídica patrimonial.

4.2.4. En cuanto a su contenido o área

Mientras el depósito puede ser un contrato de naturaleza civil, mercantil o especial, el comodato es —fundamentalmente — de naturaleza civil.

4.2.5. En cuanto a su autonomía

El depósito es un contrato principal; sin embargo, puede darse el hipotético caso del contrato de subdepósito (contrato derivado), así como también la figura de la cesión de posición contractual del depositario. Respecto al comodato, tenemos que éste es un contrato principal, pero teóricamente también podemos plantearnos la existencia de un subcomodato (contrato derivado).

4.2.6. En cuanto a su formación

Tanto el depósito como el comodato, respecto a su contenido y existencia, se remiten a lo establecido por el primer párrafo del numeral 1605 de nuestro Código Civil, norma que señala que 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. Todo ello con nuestras reservas respecto a los alcances del artículo 1605.

4.2.7. En cuanto al tiempo

El depósito es un contrato de duración, la cual puede ser fijada tanto a plazo determinado, determinable o indeterminado. Lo mismo ocurre con el comodato; sin embargo, el artículo 1737 del Código de 1984 establece que si no se ha determinado la duración del contrato, el comodatario estará obligado a restituir el bien cuando el comodante se lo solicite.

4.2.8. En cuanto a su negociación

El depósito se celebra tanto por negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, mientras el comodato, fundamentalmente, por negociación previa.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.2.9. En cuanto al rol económico

El depósito es un contrato —como ya se explicó— de custodia, conservación y restitución. Caso distinto es el del comodato, ya que éste es un contrato de goce; ello en virtud de que el mismo implica el uso del bien prestado. También podríamos estar frente a un contrato de restitución, pues tal como establece el artículo 1728 de nuestro Código, el comodatario deberá devolver el bien recibido.

Ambos contratos son de confianza.

4.2.10. En cuanto a su función

Ambos contratos son constitutivos, pues se trata de actos creadores de obligaciones. No obstante, excepcionalmente, podrán ser contratos modificatorios o regulatorios, mas no resolutorios, ya que el depósito genera la obligación del depositario de custodiar y restituir el bien que le fue confiado por el depositante y, por su parte, el comodato implica que el comodante deba entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible para que lo use por cierto tiempo y para cierto fin y luego lo devuelva.

4.2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El depósito y el comodato son contratos eminentemente individuales. Decimos esto ya que las obligaciones creadas por ellos afectan única y exclusivamente a las partes que los celebran.

4.2.12. En cuanto a la prestación

El depósito puede ser un contrato bilateral perfecto cuando se celebra a título oneroso, o bilateral imperfecto cuando se celebra a título gratuito. El comodato siempre será un contrato bilateral imperfecto.

4.2.13. En cuanto a la valoración

El contrato de depósito se podrá celebrar tanto a título oneroso como a título gratuito. El contrato de comodato siempre se celebra a título gratuito.

4.2.14. En cuanto al riesgo

Ambos contratos son generalmente conmutativos, pero es de recalcar que no se plantea el tema de la aleatoriedad de los mismos. Por nuestra parte creemos que no habría impedimento alguno para que ello sea así.

4.2.15. En cuanto a sus efectos

Tanto el depósito como el comodato son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.3. Con el contrato de compraventa

4.3.1. En cuanto al nombre

El depósito y la compraventa son contratos nominados.

4.3.2. En cuanto a su regulación

El depósito y la compraventa son contratos típicos.

4.3.3. En cuanto a su estructura

Tanto el depósito como la compraventa son contratos simples, ya que dan lugar a una sola relación jurídica patrimonial.

4.3.4. En cuanto a su contenido o área

Ambos contratos pueden ser de naturaleza civil, mercantil o especial.

4.3.5. En cuanto a su autonomía

El depósito es un contrato principal; sin embargo se ha planteado la figura del subdepósito (contrato derivado) y el de la cesión de posición contractual, temas a los que ya hemos hecho referencia. La compraventa es un contrato principal, pues para tener existencia jurídica no depende de ningún otro contrato.

4.3.6. En cuanto a su formación

Tanto el contrato de depósito como el contrato de compraventa son actos fundamentalmente consensuales. Respecto al depósito debemos recordar que si éste se celebra por escrito, ese documento prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios (remisión al artículo 1605, de suministro).

4.3.7. En cuanto al tiempo

El depósito es un contrato de duración, la que puede ser fijada a plazo determinado, determinable o indeterminado.

La compraventa es un contrato de ejecución instantánea, pero podría convenirse de ejecución diferida.

4.3.8. En cuanto a su negociación

Tanto el depósito como la compraventa pueden ser contratos de negociación previa, por adhesión o celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación.

4.3.9. En cuanto al rol económico

El depósito es un contrato de custodia, conservación, así como de restitución de un bien. La compraventa es un contrato de cambio, pues su principal función es

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la circulación de la riqueza; asimismo, es un contrato de disposición debido a que el vendedor tiene la obligación de transferir la propiedad del bien al comprador, obteniendo a cambio la correspondiente contraprestación.

4.3.10. En cuanto a su función

Tanto el depósito como la compraventa son contratos constitutivos; por excepción, podrían tornarse en contratos regulatorios o modificatorios, pero difícilmente serán resolutorios.

4.3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Respecto a los sujetos a quienes obligan, ambos contratos son individuales, ya que tanto depositante como depositario, así como comprador y vendedor, serán los únicos afectados con la celebración de sus respectivos contratos.

4.3.12. En cuanto a la prestación

El depósito puede ser celebrado tanto con prestación unilateral o con prestaciones bilaterales, según sea el caso. La compraventa siempre será un contrato bilateral, sinalagmático o con prestaciones recíprocas.

4.3.13. En cuanto a la valoración

De lo expresado se puede deducir que el depósito es un contrato que —por regla general— es gratuito, pero también podría darse el caso —muy común en la práctica— que sea oneroso.

La compraventa será un contrato oneroso.

4.3.14. En cuanto al riesgo

El depósito es un contrato conmutativo, pero nada impediría que sea aleatorio.

La compraventa, en principio, también es un contrato conmutativo; no obstante, como hemos estudiado, también podemos hablar de contratos de compraventa aleatorios. Dicha aleatoriedad puede girar tanto en torno al bien como al precio.

4.3.15. En cuanto a sus efectos

Respecto a sus efectos, tanto el depósito como la compraventa son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

4.4. Con el contrato de mutuo

4.4.1. En cuanto al nombre

Respecto al nombre, estamos frente a contratos nominados.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.4.2. En cuanto a su regulación

Tanto el depósito como el mutuo son contratos típicos.

4.4.3. En cuanto a su estructura

El depósito y el mutuo son contratos simples, pues cada uno de ellos da lugar a una sola relación jurídica.

4.4.4. En cuanto a su contenido o área

El depósito es un contrato civil, mercantil o especial. Respecto al mutuo, éste puede ser tanto civil como mercantil.

4.4.5. En cuanto a su autonomía

Respecto a su autonomía, estamos frente a contratos principales debido a que no dependen jurídicamente de contrato alguno para su existencia. Sin embargo, en lo que atañe al depósito existe también la figura del subdepósito (contrato derivado) y la figura de la cesión de posición contractual, a las que hicimos referencia oportunamente.

4.4.6. En cuanto a su formación

Tanto el depósito como el mutuo se rigen por lo dispuesto en el primer párrafo del numeral 1605, artículo que trata sobre la existencia y contenido de los mismos, estableciendo que éstos 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.

4.4.7. En cuanto al tiempo

El contrato de depósito, así como el contrato de mutuo, son de duración, la cual puede ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un evento cierto pero no conocido en su fecha) o indeterminada (supuesto en el cual se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final).

4.4.8. En cuanto a su negociación

En cuanto a su negociación, tanto el depósito como el mutuo, son contratos de negociación previa, por adhesión o celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación. Evidentemente, este último supuesto será el de mayor frecuencia, sobre todo en lo que respecta a operaciones financieras y bancarias.

4.4.9. En cuanto al rol económico

El depósito es un contrato de custodia, conservación y de restitución de un bien. También es un contrato de confianza.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El mutuo es un contrato de disposición, pues implica una disminución en el patrimonio del mutuante, que luego se verá compensada con la devolución de lo mutuado. También estaremos frente a un contrato de cambio, pues el mutuo está destinado a la circulación de los bienes. Finalmente, también será 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.

4.4.10. En cuanto a su función

Tanto el depósito como el mutuo son —por regla general— constitutivos; sin embargo, nada impide que estemos frente a contratos regulatorios o modificatorios. Pero difícilmente serán resolutorios o extintivos.

4.4.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Ambos son contratos individuales, pues las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes intervinientes en su celebración.

4.4.12. En cuanto a la prestación

El depósito es un contrato bilateral o unilateral. El mutuo es bilateral o con prestaciones recíprocas, ya que la obligación principal del mutuante es la de entregar el bien, y la obligación principal del mutuatario es la de restituirle a aquél un bien de la misma especie, calidad y cantidad, generalmente con intereses.

4.4.13. En cuanto a la valoración

Respecto a la valoración, el depósito es un contrato gratuito o, en su defecto y si así lo dispusieron las partes, oneroso. De conformidad al artículo 1663 del Código, «El mutuatario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto». En ese sentido, el mutuo es un contrato celebrado —por regla general— a título oneroso, a menos que se convenga de manera expresa la no obligación del pago de intereses; en tal caso, el mutuo sería un contrato celebrado a título gratuito.

4.4.14. En cuanto al riesgo

Tanto el depósito como el mutuo son contratos fundamentalmente conmutativos, pero nada impediría que puedan revestir carácter aleatorio.

4.4.15. En cuanto a sus efectos

El depósito y el mutuo son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

ESTUDIO MARÍA CASTILLO FREYRE

4.5. Con el contrato de arrendamiento

4.5.1. En cuanto al nombre

Tanto el depósito como el arrendamiento son contratos nominados. Sin embargo, a lo largo del proceso codificador nacional, el contrato de arrendamiento fue conocido también con el nombre de *locación-conducción.*

4.5.2. En cuanto a su regulación

Ambos contratos son típicos.

4.5.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, son contratos simples, pues ambos dan lugar a una sola relación jurídica patrimonial.

4.5.4. En cuanto a su contenido o área

El depósito y el arrendamiento pueden ser contratos de naturaleza civil, mercantil o especial, según sea el caso.

4.5.5. En cuanto a su autonomía

Por su autonomía, tanto el depósito como el arrendamiento son contratos principales, pues no dependen de ningún otro contrato para tener existencia jurídica.

Sin embargo, en ambos casos existe la figura del subdepósito y del subarrendamiento (contratos derivados), así como la figura de la cesión de posición contractual del depositario y la cesión de posición contractual del arrendatario.

4.5.6. En cuanto a su formación

El depósito y el arrendamiento son —por regla general— contratos consensuales.

4.5.7. En cuanto al tiempo

Ambos contratos son de duración, pudiendo ser la misma determinada, determinable o indeterminada.

4.5.8. En cuanto a su negociación

Tanto el depósito como el arrendamiento pueden ser de negociación previa, por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

4.5.9. En cuanto al rol económico

El depósito es un contrato de custodia, conservación, restitución y de confianza.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El arrendamiento es un contrato de goce, debido a que está destinado al disfrute del bien por el arrendatario, sin tener éste la disposición del mismo. También estamos frente a un contrato de restitución, pues obliga a quien recibe el bien a devolverlo.

4.5.10. En cuanto a su función

Respecto a su función, el depósito y el arrendamiento son contratos constitutivos, también podrían ser contratos regulatorios o modificatorios. Difícilmente serán contratos resolutorios, ello debido a su propia naturaleza.

4.5.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

Ambos contratos son individuales, pues las obligaciones creadas por ellos afectan únicamente a las partes que los celebran.

4.5.12. En cuanto a la prestación

El depósito, como ya se manifestó, puede ser un contrato bilateral o unilateral.

No obstante, el arrendamiento siempre será un contrato bilateral pues 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.

4.5.13. En cuanto a la valoración

En cuanto a su valoración, el contrato de depósito puede ser oneroso o gratuito. El arrendamiento siempre será un contrato oneroso.

4.5.14. En cuanto al riesgo

Tanto el depósito como el arrendamiento son contratos fundamentalmente conmutativos, pero nada impediría que los mismos puedan también ser contratos que revistan la modalidad de aleatoria.

4.5.15. En cuanto a sus efectos

El depósito, así como el arrendamiento, son contratos meramente obligatorios u obligacionales.

5. La formalidad en el contrato de depósito voluntario

Respecto a la formalidad que deberá revestir el contrato de depósito, nuestro Código Civil establece en su artículo 1816, lo siguiente:

> Artículo 1816.- «La existencia y el contenido del depósito se rigen por lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1605».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por su parte, como se recuerda, el numeral 1605 del mismo cuerpo de leyes establece que:

> 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.
>
> [...]».

De lo transcrito tenemos que el numeral 1605 es una regla propia del contrato de suministro; sin embargo, ésta también se hace extensiva al contrato de depósito, así como a otros contratos nominados contenidos en nuestro Código Civil. Dicho ello tenemos que —en principio y por regla general— el contrato de depósito es un contrato eminentemente consensual.

En tal sentido, remitimos al lector a nuestros comentarios formulados con ocasión del análisis de dicha norma.

6. Cesión de posición contractual

El Código Civil de 1984 establece que no se puede ceder el depósito. Aquí estamos frente a lo que nuestro ordenamiento jurídico conoce como cesión de posición contractual, figura que se encuentra regulada en el Libro VII, «Fuentes de las Obligaciones», sección primera, «Contratos en general», título VII, «Cesión de posición contractual», precisamente entre los artículos 1435 y 1439 del propio Código.

Según el artículo 1817, la cesión del depósito está prohibida, salvo autorización escrita del depositante o depositantes. Veamos:

> Artículo 1817.- «No puede cederse el depósito sin autorización escrita del depositante, bajo sanción de nulidad».

Por regla general, el Código prohíbe la cesión del depósito. No obstante, de darse el caso en que el depositante o depositantes autoricen de manera escrita dicha cesión tenemos que el cedente sería el depositario, el cedido sería el depositante y, finalmente, el cesionario sería un tercero a quien el depositario transferiría la titularidad de su relación. Decimos esto debido a que, al establecer nuestro Código el carácter gratuito de dicho contrato, el único que podría ceder su posición sería el depositario ya que éste está obligado a cumplir con la obligación adquirida para con el depositante. Pero de darse el caso de un depósito oneroso creemos que también podría ceder su posición el depositante, aunque ello resulta menos probable.

De otro lado, existe otra figura que tiene similares características a la cesión de posición contractual, nos referimos al subcontrato. En este caso, podríamos hablar de subdepósito, contrato de carácter derivado.

No vemos problema alguno en que se pueda contratar un subdepósito; claro está, siempre y cuando exista una autorización escrita por parte del depositante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

7. Capacidad

En lo que concierne al tema de la capacidad es evidente que la exigida por nuestro Código Civil en general, y por el contrato bajo análisis en particular, es la requerida para la celebración de todo acto jurídico, vale decir, la capacidad para contratar y a la que precisamente hace referencia el artículo 42 del mismo cuerpo de leyes:

> Artículo 42.- «Capacidad de ejercicio plena. Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.
>
> Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad».

Las partes intervinientes en la celebración del contrato de depósito deberán cumplir con las estipulaciones que al respecto establece nuestro Código y de las que hiciéramos mención anteriormente. Sin embargo, ello no sucede siempre así y es que existen tres artículos que abordan el tema de la incapacidad de las personas que celebran el depósito, estableciendo soluciones distintas para tales casos. Nos referimos a los artículos 1815 y 1846 del Código de 1984.

El artículo 1815 a la letra dice:

> Artículo 1815.- «No hay acción civil por el depósito hecho a un incapaz, sino únicamente para recobrar lo que existe y para exigir el valor de lo consumido en provecho del depositario».

Aquí estamos frente al supuesto en que el depositante (quien sí posee plena capacidad de ejercicio) confía un bien a un depositario que, evidentemente, es una persona incapaz, para que éste lo cuide y lo restituya cuando lo solicite el primero. Dentro de este supuesto de incapacidad se puede hablar, a su vez, de dos hipótesis; en primer lugar, si el depositario es una persona absolutamente incapaz, caso en el cual el contrato celebrado con el depositante debería considerarse nulo, a pesar de encontrarse derogado el inciso 2 del artículo 219 de nuestro Código Civil. Aquí cabría la acción a la que hace referencia el artículo transcrito. En segundo lugar, si el depositario es un sujeto con capacidad de ejercicio restringida y actúa sin el auxilio de sus apoyos, caso en el cual habría dos caminos por los que se podría optar: el primero de ellos está referido a que dicho contrato será susceptible de anularse (argumento del artículo 221 del Código vigente), supuesto en el cual la acción para recobrar el bien y exigir el valor de lo consumido será perfectamente válida. Pero si así lo desean las partes, dicho contrato podrá ser confirmado y, por consiguiente, no habría acción alguna.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El contenido del artículo 1815 podría abarcar dos supuestos, a saber:

- El interponer una acción civil para recobrar lo que existe, es decir, lo que efectivamente tiene el depositario al momento en que el depositante se da cuenta de que aquél es una persona incapaz o con capacidad de ejercicio restringida. Aquí estaremos frente al supuesto en el cual el depositario no ha consumido de manera alguna el bien que le fue confiado por el depositante y lo mantiene de manera intacta.
- El interponer una acción civil para exigir el valor de lo consumido por el depositario. Aquí, aparte de exigir que el bien le sea devuelto, el depositante tiene derecho a exigir el monto del bien que ha sido consumido o aprovechado por el depositario.

Al ser el depositario un incapaz o una persona con capacidad de ejercicio restringida que hubiese actuado sin el auxilio de sus apoyos, no tendría por qué responder por la pérdida o deterioro del bien; sólo tendría la obligación de devolver lo que esté en su poder y, de ser el caso, abonar el importe de lo que le ha favorecido.

El depositario incapaz solamente deberá restituir el bien y, de ser el caso, devolver el valor de lo consumido. No se le podrá exigir que responda por los daños y perjuicios que eventualmente hubiere podido sufrir el depositante.

También podría darse el caso en el que el depositario, luego de celebrar el contrato, se convierta en una persona con capacidad de ejercicio restringida, es decir, al momento de la celebración del contrato de depósito ambas partes eran capaces legalmente, pero con el transcurrir del tiempo, el depositario, por causas ajenas a su voluntad, devenga en una persona con capacidad de ejercicio restringida. Respecto a este punto, la solución sería que el representante de dicho depositario deberá devolver el bien al depositante, ello sin perjuicio de interponer las acciones pertinentes y a las que hiciéramos referencia en el lugar oportuno.

Para estos efectos, tenemos el artículo 1835 del Código Civil. Veamos qué nos dice el citado precepto:

> Artículo 1835.- «Si el depositario deviene 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».

Esta norma deberá ser interpretada de manera muy cuidadosa, en concordancia con las normas sobre capacidad operadas con la reforma del Código Civil del año 2018, por el Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de ese año.

Finalmente, nuestro Código establece en el artículo 1846 otro supuesto. Esta norma hace referencia a que sea el depositante el sujeto incapaz y aun con esa incapacidad confíe un bien a un depositario que, por el contrario, sí posee capacidad:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> Artículo 1846.- «En el depósito hecho por un incapaz, el bien no puede ser devuelto sino a quien lo represente legalmente, aun cuando la incapacidad se haya producido con posterioridad al contrato».

Aquí nos encontramos frente a dos supuestos distintos, pero que a la vez tienen una misma solución. En primer lugar tenemos que el depositante es una persona incapaz al momento mismo de celebrar el contrato y el depositario conoce de dicha incapacidad. En segundo lugar tenemos que la incapacidad del depositante es sobreviniente a la fecha de la celebración del acto jurídico, es decir, que al momento de la celebración del contrato el depositante era una persona capaz, pero por diversas razones dicha persona deviene en incapaz (o en una persona con capacidad de ejercicio restringida). El Código establece la misma solución para ambos casos, la cual consiste en que el depositario deberá devolver el bien que le fue confiado por aquel incapaz a quien lo represente legalmente. Esto significa que lo devolverá al tutor, al curador o a la propia persona con discapacidad, si está asistida por sus apoyos correspondientes.

Aunque fuese el depositante un incapaz absoluto, ello no importa para efectos de que el depositario deba cumplir con su obligación. Dicho depositario deberá seguir con el cumplimiento de su obligación como si nada hubiera pasado, es decir, tal como si se tratase de un contrato perfectamente válido.

En opinión de los Mazeaud,[1653] respecto al Código Napoléon, el depositante incapaz puede exigir al depositario el cumplimiento de las obligaciones originadas por el depósito, ya que la nulidad se establece en su interés.

Siguiendo con el artículo 1846 del Código Civil, se presenta el supuesto en el cual el depositario ignore la identidad del depositante y, por ende, no pueda restituir el bien que le fue confiado; también el caso en el cual el representante legal del depositante incapaz se niegue a recibir el bien por parte del depositario.

En estos supuestos, el depositario estará facultado para consignar el bien.[1654]

No vemos problema alguno en el hecho de que el depositario pueda liberarse de su deuda a través de este medio extintivo de las obligaciones, y es que en los supuestos descritos con anterioridad —vale decir, en el caso en el cual el representante legal del depositante injustificadamente no reciba el bien o en el supuesto en el cual se desconozca la identidad del depositante— creemos que podría ser perfectamente válido el hecho de que el depositario se libere de su deuda mediante el pago por consignación, cumpliendo, obviamente, los requisitos de ley.

1653 Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud y Jean Mazeaud. *Lecciones de Derecho Civil. Los principales contratos*. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, parte tercera, vol. IV, 1959, p. 485.

1654 Remitimos al lector a nuestros comentarios formulados en: Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*, vol. XVI, tomo VII, p. 162 y ss.

CONTRATO DE DEPÓSITO NECESARIO

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El contrato de depósito necesario

1. Concepto

El depósito necesario es conocido en doctrina también como *depósito miserable* (*depositum miserabile*). Respecto a estas dos distintas maneras de llamar al depósito necesario, creemos importante citar a Guillermo Cabanellas[1655] quien realiza una distinción entre el depósito miserable y el depósito necesario. En adelante sus expresiones:

> Los legisladores, y los autores como eco de ello, suelen tratar bajo el epígrafe de *depósito necesario* dos situaciones distintas, aunque en ambas quepa apreciar una *necesidad* que fuerza a efectuar el *depósito*, considerado desde el depositante, o a aceptarlo, en enfoque desde el depositario. Quizás lo más correcto sea diferenciar, incluso por el nombre, ambas clases. Entonces debe reservarse la calificación de *depósito miserable* —por la acepción que ese adjetivo posee como desdichado o infeliz— cuando se origina por una calamidad. En este aspecto, los ejemplos típicos, y desgraciadamente reiterados, provienen de incendios de casas, que fuerzan a dejar en la vecindad los objetos que pueden salvarse del siniestro; y también los efectos salvados de naufragio y que se depositan en el litoral, cuando no es la franja estricta de dominio público, sino una propiedad privada.
>
> Opuestamente, parece recomendable reservar la expresión de *depósito necesario* para aquel otro en que el depositario no puede negarse a recibir y custodiar las cosas, por existir al respecto disposición legal o reglamentaria.

El Código Civil de 1984 trata esta figura en tres artículos, 1854, 1855 y 1856. El primero de ellos establece el concepto del depósito necesario:

> 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».

A diferencia del Código de 1936 y de otros ordenamientos jurídicos, el Código de 1984 establece dos causales para que se configure el depósito necesario,

1655 Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, 1989, tomo II, p. 562 y 563.

a saber: que el mismo se haga en cumplimiento de una obligación legal; y que éste se haga bajo el apremio de un hecho o situación imprevistos.

La primera causal se halla referida a un depósito que ha sido ordenado por una ley, como sucede con la consignación y otros casos. Evidentemente, aquí sería la ley la que estaría imponiendo dicho depósito; la voluntad y el consentimiento de las partes se estaría dejando de lado. Sin embargo, debido al carácter de guarda y conservación, que es bastante similar al del depósito voluntario, nuestro Código ha optado por regular dicha situación.

En segundo lugar, tenemos que el depósito necesario se puede configurar cuando exista apremio de un hecho o situación imprevistos.

2. Características del contrato de depósito necesario

Para desarrollar este tema recurriremos —como siempre— a la clasificación general de los contratos, elaborada por Manuel de la Puente y Lavalle.

2.1. En cuanto al nombre

El depósito necesario es un contrato nominado.

2.2. En cuanto a su regulación

En cuanto a su regulación, el depósito necesario es un contrato típico, regulado por nuestro Código Civil.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 trató el tema en el título XII, «Del depósito y del secuestro». El artículo 1305 de este Código establecía que el depósito necesario se regía por las normas establecidas para el depósito voluntario.

El Proyecto de Código Civil elaborado por Manuel Lorenzo de Vidaurre, regulaba en un solo artículo el depósito voluntario y el necesario, así como también el secuestro convencional y el judicial. Se trataba del artículo 1 del título 13, «Del depósito»:

> 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 del 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 hubiesen hecho; para mantener el depósito en su ser, e impedir su deterioro o ruina». (La cursiva es nuestra).

El Código Civil de 1852 también regulaba el contrato de depósito necesario, haciendo de aplicación las normas del depósito voluntario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El Código Civil de 1936 regulaba el depósito necesario en su título IX, denominado «Del depósito».[1656]

2.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, el depósito necesario es un contrato simple, pues únicamente da lugar a una relación jurídica patrimonial.

2.4. En cuanto a su contenido o área

El depósito necesario, en cuanto a su contenido o área, puede ser de naturaleza civil, comercial y hasta especial.

2.5. En cuanto a su autonomía

El depósito necesario es un contrato principal debido a que para su existencia no requiere de otro contrato, bastando con que se celebre el mismo para que se alcancen los efectos queridos por las partes, sin necesidad de celebrar un acto jurídico previo.

2.6. En cuanto a su formación

Tal como lo establece el numeral 1865 de nuestro Código, el contrato de depósito necesario se rige supletoriamente por las reglas del depósito voluntario. En ese orden de ideas, tenemos el artículo 1816, que indica que la existencia y el contenido del depósito se rigen por lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1605. Remitimos al lector a nuestros comentarios sobre el artículo 1605, propio del contrato de suministro.

2.7. En cuanto al tiempo

El depósito necesario es un contrato de duración, ya que su vigencia se prolonga en el tiempo que dure la custodia del bien por parte del depositario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1656 Como referencia mencionaremos que los siguientes códigos civiles abordan el contrato de depósito necesario: Código Civil francés (artículo 1949 y ss.), el Código Civil belga (artículo 1949 y ss.), el Código Civil italiano de 1865 (artículo 1864), el Código Civil uruguayo (artículo 2273), el Código Civil colombiano (artículo 2260), el Código Civil venezolano de 1880 (artículo 1714), el Código Civil ecuatoriano (artículo 2168), el Código Civil español (artículo 1781), el Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón elaborado por G. Boissonade, de 1890 (acápite especial), el Código Civil nicaragüense de 1903 (artículo 3502 y ss.), el Código Civil hondureño de 1906 (artículo 1963 y ss.), el Código Civil brasileño de 1916 (artículo 1282), el Código Civil panameño de 1917 (artículo 1474), el Código Civil venezolano de 1942 (artículo 1775), el Anteproyecto de Código Civil boliviano, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1326), el Código Civil boliviano de 1976 (artículo 858), el Proyecto de Código Civil brasileño, aprobado por la Cámara de Diputados, de 1984 (artículo 647), el Código Civil y Comercial de la Nación argentino (artículo 1368 y ss), Código Civil brasileño de 2002 (artículo 649).

2.8. En cuanto a su negociación

Creemos, respecto a este punto que el contrato de depósito necesario tiene carácter unilateral ya que, tal como lo establece el numeral 1854 al hacer referencia a su definición, dicho contrato es el que se hace en cumplimiento de una obligación legal o bajo el apremio de un hecho o situación imprevistos. Es decir, no existe voluntad del depositante, ya que únicamente es el depositario quien toma el bien para custodiarlo y posteriormente entregarlo, cuando así lo decida el depositante que fue sujeto de una situación imprevista.

2.9. En cuanto al rol económico

El depósito necesario es un contrato de custodia o, como también se le conoce en doctrina, uno de conservación, ya que tiene por finalidad adoptar medidas de seguridad para la conservación de un bien.

2.10. En cuanto a su función

El depósito voluntario es un contrato fundamentalmente constitutivo, ya que se trata de un acto creador de obligaciones. Excepcionalmente, podrá ser un contrato modificatorio o regulatorio, pero difícilmente podría ser un contrato extintivo o resolutorio, ello en virtud de que el depósito generará la obligación del depositario de recibir el bien para cuidarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante.

2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El depósito necesario es un contrato individual, ya que las obligaciones creadas (modificadas o reguladas) por éste sólo afectarán a las partes que intervinieron en su celebración.

2.12. En cuanto a la prestación

El depósito necesario puede ser un contrato con prestación unilateral o uno con prestaciones recíprocas.

Estaremos frente a un depósito necesario con prestación unilateral, cuando el depositante no tenga que cumplir con prestación alguna; aquí el depositario solamente deberá cumplir con su obligación de custodia del bien que le fue entregado por el depositante.

En el contrato de depósito con prestaciones recíprocas tanto depositante como depositario se hallan obligados a ejecutar determinadas prestaciones.

2.13. En cuanto a la valoración

El artículo 1818 del Código de 1984 establece como regla la gratuidad para el contrato bajo estudio, regla general que ha estado vigente a lo largo de los diversos Códigos que rigieron nuestro país como es el caso del Código Civil del Estado

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, que establecía que el contrato de depósito —voluntario o necesario— se celebra a título gratuito, ya que se generaban obligaciones para una sola de las partes (artículo 1274).

El Proyecto De Vidaurre establecía que el depósito, en cuanto a su valoración, estaba supeditado a lo dicho por las partes contratantes, es decir, dependía de las partes si ellas querían celebrar un contrato a título oneroso o a título gratuito (artículo 2 del título 13).

El Código Civil de 1852 establecía en su artículo 1847 que el depósito era fundamentalmente gratuito.

Para el Código Civil de 1936, la regla general era —a diferencia de los otros Códigos— que el depósito voluntario se celebraba a título oneroso y la excepción era que éste se celebrase a título gratuito (artículo 1604).

Finalmente, el Código Civil de 1984 establece que por regla general el depósito —voluntario o necesario— es celebrado a título gratuito y excepcionalmente será celebrado a título oneroso. Ello se desprende de lo establecido por el numeral 1818.

2.14. En cuanto al riesgo

El depósito necesario es un contrato conmutativo debido a que las partes conocen de antemano los alcances de las prestaciones que deberán cumplir.

A pesar de no plantearse el tema del depósito aleatorio, no encontramos impedimento alguno para que se pueda presentar un caso en que revista tal característica.

2.15. En cuanto a sus efectos

El depósito necesario es un contrato meramente obligatorio u obligacional.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CONTRATO DE SECUESTRO

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El contrato de secuestro

1. Antecedentes, historia y concepto

El secuestro, si bien es cierto está regulado por el Código Civil de 1984, no es un contrato muy conocido.

Tampoco hemos encontrado jurisprudencia nacional al respecto.

A lo largo del proceso de elaboración del Código de 1984, tanto en la Comisión Reformadora como en la Comisión Revisora del Código Civil de 1936, y en palabras de Arias-Schreiber y Cárdenas:[1657]

> [...] se llegó a la conclusión de que, con el actual Código Civil de 1984, el secuestro debería reincorporarse a nuestro ordenamiento legal civil, pues, podría ser de utilidad, una vez divulgadas sus ventajas [...] corrigiendo así el sistema de medidas precautelatorias existentes en el Perú.

El contrato de secuestro se halla regulado por nuestro Código Civil entre los artículos 1857 y 1867. Sin embargo, en ellos se alude también al secuestro judicial, figura que está regulada por el Código Procesal Civil y a la que también haremos referencia en este análisis.

El contrato de secuestro tuvo raíces remotas en el Derecho Romano clásico, donde se le conocía con el *nomen iuris* de *sequestrum*.

Dicho contrato no tuvo una regulación clara y diferenciada en los diversos códigos civiles que rigieron en nuestro país.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 regulaba el contrato de secuestro en sus artículos 1310, 1316 y 1317.

El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre regulaba el contrato de secuestro en el título 13, que tenía la denominación «Del depósito», artículo 1. Es necesario señalar que dicho proyecto ya confundía el contrato bajo análisis con el contrato de depósito.

Lo mismo sucedió con el Código Civil de 1936.

Antes de analizar el concepto que el Código de 1984 otorga al contrato de secuestro debemos recordar el que brinda la Real Academia Española. Es así que

1657 Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Op. cit.*, p. 227.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

dicho término importa «el depósito judicial por embargo de bienes, o como medida de aseguramiento en cuanto a los litigiosos». Nótese que aquí también se confunden los términos depósito y secuestro.

Finalmente, el Código Civil de 1984 regula en un título diverso al del depósito el contrato de secuestro, entre sus artículos 1857 y 1867. Brinda un concepto en la primera de las normas citadas: «Por el secuestro, dos o más depositantes confían al depositario la custodia y conservación de un bien respecto del cual ha surgido controversia».[1658]

El contrato de secuestro constituye una modalidad más de la prestación de servicios nominados, tal como lo establece el artículo 1756 de nuestro Código Civil. Dicho contrato está contenido entre los artículos 1857 y 1867, en el capítulo sexto denominado «Secuestro», del título IX «Prestación de Servicios», de la sección segunda «Contratos nominados», del libro VII «Fuentes de las obligaciones» de nuestro Código Civil de 1984.

Guillermo Cabanellas[1659] en su *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, entiende que secuestro es el «depósito de cosa litigiosa que las partes convienen en un tercero».

Arias-Schreiber y Cárdenas,[1660] por su parte, se refieren al contrato de secuestro diciendo que:

> [...] es aquél en virtud del cual dos o más personas confían a un tercero la custodia y conservación de un bien o una pluralidad de bienes, respecto de los cuales ha surgido controversia, con la obligación de entregarlos a quien corresponda, una vez que haya quedado definida.

Así entendido, el contrato de secuestro tiene los siguientes elementos:

(a) La existencia de dos o más personas, que en adelante se denominarán depositantes.

(b) La existencia de una controversia o litigio entre los depositantes respecto del bien materia del contrato de secuestro.

1658 Los antecedentes legislativos del secuestro en los códigos civiles consultados son los siguientes: el Código Civil francés (artículo 1955 y ss.), el Código Civil belga (artículo 1955 y ss.), el Código Civil boliviano de 1831 (artículo 1313 y ss.), el Código Civil italiano de 1865 (artículo 1869 y ss.), el Código Civil uruguayo (artículo 2285), el Código Civil colombiano (artículo 2273), el Código Civil venezolano de 1880 (artículo 1719 y ss.), el Código Civil ecuatoriano (artículo 2181 y ss.), el Código Civil español (artículo 1785 y ss.), el Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón elaborado por G. Boissonade, de 1890 (artículo 918), el Código Civil nicaragüense de 1903 (artículo 3514), el Código Civil hondureño de 1906 (artículo 1967 y ss.), el Código Civil panameño de 1917 (artículo 1478), el Código Civil del Distrito Federal de México, de 1927 (artículo 2393), el Código Civil venezolano de 1942 (artículo 1780 y ss.), el Código Civil italiano de 1942 (artículo 1798), el Código Civil boliviano de 1976 (artículo 869).

1659 Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, 1989, tomo VI, p. 48.

1660 Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Op. cit.*, tomo II, p. 227.

(c) La voluntad de los depositantes de confiar y poner el bien en manos de un tercero, que en adelante se denominará depositario, para que custodie y conserve el bien.

(d) La aceptación del depositario, quien se obliga a custodiar y conservar en buen estado el bien y a restituirlo posteriormente a quien corresponda, una vez aclarado el derecho.

El secuestro exige, entonces, pluralidad de depositantes.

Los antecedentes nacionales no nos permiten apreciar en la historia codificadora nacional que el contrato de secuestro haya sido distinguido claramente del depósito voluntario, tanto en su concepto como en su inclusión en el Código que cada época nos ofrece, y es que es sólo con el Código Civil de 1984 que se establece claramente la diferencia entre estas dos figuras, regulándolas de manera distinta y en capítulos separados.

El hecho de que se entregue el bien materia de la controversia a un tercero tiene por objeto evitar que los litigantes dispongan de dicho bien mientras dure el proceso en los tribunales, ya que se podría dar el caso de que si no se hubiera entregado el bien al depositario, quien posee el bien lo enajene o, tal vez, con manifiesta intención lo deteriore para que la otra persona desista de reclamar el bien.

Es necesario recalcar que el artículo 1857 del Código de 1984 no hace distinción alguna respecto a los bienes sobre los cuales puede recaer el contrato de secuestro. Es así que el mismo puede recaer sobre toda clase de bienes en la medida en que sean susceptibles del deber de custodia.

2. Características del contrato de secuestro

A efectos de abordar este punto recurriremos —como venimos haciendo a lo largo de este tratado— a la clasificación general de los contratos del doctor Manuel de la Puente y Lavalle.

2.1. En cuanto al nombre

El secuestro es un contrato nominado. Así, Arias-Schreiber y Cárdenas[1661] señalan que:

> [...] el secuestro convencional tiene raíces antiguas, pues se le encuentra en el derecho romano clásico donde se le conocía como *sequestrum*.

2.2. En cuanto a su regulación

Es un contrato típico, por cuanto recibe tratamiento legal.

1661 *Idem*.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.3. En cuanto a su estructura

Por su estructura, el contrato de secuestro es uno simple, ya que da lugar a una sola relación jurídica patrimonial en donde el depositario se obliga a cuidar, custodiar y conservar el bien que le ha sido entregado por los depositantes, y estos últimos se obligan a pagar una contraprestación por dicho servicio.

2.4. En cuanto a su contenido o área

El secuestro es un contrato fundamentalmente civil, ello debido a que no persigue un fin lucrativo o comercial. Sin embargo, creemos que nada impide que también pueda ser uno mercantil o de otra diversa de naturaleza.

2.5. En cuanto a su autonomía

El secuestro es un contrato principal debido a que no depende de otro que lo preceda.[1662]

2.6. En cuanto a su formación

El secuestro viene a ser un contrato esencialmente formal, ya que reviste formalidad *ad solemnitatem* según lo dispuesto por el artículo 1858 de nuestro Código Civil, que a la letra dice:

> Artículo 1858.- «El contrato debe constar por escrito bajo sanción de nulidad».

2.7. En cuanto al tiempo

El contrato de secuestro, en cuanto al tiempo, es uno de duración continuada, ello en virtud de que las prestaciones que surgen del mismo se ejecutarán necesariamente en el transcurrir del tiempo ya que, como es evidente, dichas prestaciones no son susceptibles de ejecutarse instantánea e inmediata.

Finalmente, debemos recordar que existe otra subclasificación de los contratos de duración, los cuales, a su vez, pueden ser de duración determinada, de duración determinable y de duración indeterminada.

El contrato de secuestro se enmarca dentro de los contratos de duración determinable, ya que sin ser éste de duración determinada, su vigencia está referida a un evento cierto que permitirá establecer la duración del contrato. En este caso ese evento será el término del litigio en el que los depositantes serán partes, es decir, que el contrato se extenderá durante el tiempo de duración que tiene el litigio, el mismo que servirá para determinar a quién corresponde el derecho de propiedad (u otros que sean materia controvertida) del bien materia de secuestro.

1662 Flores Polo, Pedro. *Diccionario jurídico fundamental*. Lima: Grijley, 2001, p. 244.

2.8. En cuanto a su negociación

El secuestro es un contrato de negociación previa, es decir, las partes tienen la absoluta libertad de moldear su contenido e incluir en él lo que crean conveniente regular.

Sería prácticamente imposible encontrar un contrato de secuestro celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación; sin embargo, en teoría nada impide que ello se pueda dar.

2.9. En cuanto al rol económico

El secuestro, en cuanto a su rol económico, vendría a ser un contrato de custodia o, llamado también, de conservación, ya que tiene por finalidad adoptar medidas de seguridad para la conservación del bien, es decir, el depositario debe actuar con la diligencia exigida para que el bien no se pierda ni se deteriore, cuidándolo y conservándolo.

Se trata de un contrato *intuitu personae* respecto del depositario pues, como veremos, los depositantes escogen al depositario en razón de sus cualidades personales, es decir, de acuerdo a su honorabilidad, seriedad, capacidad administrativa, experiencia, etc., de modo que éste no puede ceder su función a un tercero sin el conocimiento y la aceptación de los depositantes.

Finalmente, dentro de los contratos existentes, en cuanto a su rol económico, también están los llamados contratos de restitución. El contrato de secuestro sería también uno de restitución; sin embargo, el hecho de que el bien materia del contrato de secuestro vaya a ser devuelto a quien resulte vencedor en el litigio no implica que sea ésta la obligación principal del depositario. Esta restitución del bien es, nada más, una consecuencia de haber cumplido con la finalidad principal del contrato, que es la custodia y conservación de dicho bien hasta que termine el encargo o la controversia.

2.10. En cuanto a su función

El contrato de secuestro es uno de carácter fundamentalmente constitutivo, ya que crea una relación jurídica de donde se desprenden deberes y obligaciones, así como derechos para ambas partes contratantes que, en este caso, vendrían a ser los depositantes y el depositario.

Por otro lado, el contrato de secuestro podría ser modificatorio o regulatorio, pero difícilmente extintivo.

2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

El secuestro es un contrato individual, ya que única y exclusivamente obliga a las partes que han intervenido en su celebración.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.12. En cuanto a la prestación

El secuestro es un contrato bilateral, sinalagmático o, como nuestro Código Civil lo denomina —siguiendo al Código Civil italiano de 1942—, contrato con prestaciones recíprocas.

Así tenemos, pues, que las obligaciones que surgen del contrato de secuestro son recíprocas, ello debido a que nacen unidas entre sí en razón de la celebración del contrato. El depositario se obliga a custodiar y conservar el bien, a cambio de que los depositantes asuman recíprocamente la obligación de pagar una remuneración por el servicio de cuidado y custodia que el primero realizará. Aquí, como vemos, cada una de las partes cumple con el contrato asumiendo su respectiva obligación. En el caso de la prestación, la reciprocidad se manifiesta no sólo mediante la existencia de prestaciones a cargo de cada una de las partes, sino también en el vínculo existente entre ellas, de tal manera que tienen así la calidad de prestación y contraprestación.

No concebimos al contrato de secuestro como uno plurilateral ya que, si bien es cierto existen de dos a más personas como depositarios, ello no implica que existan más de dos partes.

Nos explicamos.

En el contrato de secuestro quienes se encuentran en disputa respecto del bien que luego será materia del contrato son dos sujetos de derechos, es decir A y B. Estas dos personas constituyen *una parte* contractual, denominada depositante, que luego celebrará el contrato. Ahora bien, en segundo lugar, tenemos que el tercero, es decir, la persona que custodiará y conservará el bien será la otra parte interviniente en la celebración del contrato. Esta parte será conocida con el nombre de depositario.

2.13. En cuanto a la valoración

El contrato de secuestro es oneroso. No obstante, en el plano teórico y en virtud del principio de la libertad contractual, nada impide que éste también pueda ser un contrato celebrado a título gratuito.

Dentro de este esquema analizaremos el primer supuesto mencionado, es decir que el contrato de secuestro se celebre a título oneroso.

Como ya sabemos, los depositantes entregan al depositario un bien respecto del cual ha surgido controversia, obligándose éste (el depositario) a custodiar y conservar el bien hasta que el derecho haya sido aclarado por el órgano jurisdiccional, entregando, luego de emitida la sentencia, el bien a quien haya resultado vencedor en el litigio. De ello se desprende que los depositarios deben efectuar una contraprestación o, en todo caso, algún tipo de retribución o remuneración por el servicio de custodia y conservación que vaya a realizar el depositario respecto del bien.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este carácter se halla íntimamente relacionado con el artículo 1863 de nuestro Código Civil de 1984.[1663] Dicha norma establece el derecho que tiene el depositario de exigir la retribución convenida, siendo los depositantes solidariamente responsables por el pago de ésta.

Creemos conveniente resumir brevemente qué se entiende[1664] por la *solidaridad* de los depositantes:

> [...] podríamos definirla (a la solidaridad) como aquella obligación de sujeto plural, en la cual, por la voluntad o por mandato de la ley, y con prescindencia de la naturaleza divisible o indivisible de su objeto, a cualquiera de los deudores puede serle exigido y cualquiera de los acreedores puede exigir el cumplimiento total de la prestación. El primer caso sería uno de solidaridad pasiva y el segundo, de solidaridad activa [...].

En este contrato si uno de los deudores (es decir, uno de los depositantes) carece de medios para poder satisfacer el crédito que ha adquirido con el depositario, puede reclamar (el depositario) el pago íntegro de dicha deuda al otro depositante, teniendo este último la obligación de satisfacer no sólo la parte que le corresponde (en este caso, como son dos los depositantes, el 50 % de dicha prestación), sino más bien la totalidad del crédito ya que, como hemos advertido, el otro depositante no se encuentra en capacidad de pago.

El pago que deben realizar los depositantes no sólo está referido a la remuneración que se ha convenido en un principio, sino que ésta contempla todos los gastos, costos y, en general, toda erogación que se haya producido como consecuencia de la custodia y conservación del bien que el depositario haya tenido que satisfacer (argumento del artículo 1863).

Finalmente, creemos que se puede presentar el supuesto en que las partes convengan en que el depositario no reciba remuneración alguna.

2.14. En cuanto al riesgo

El contrato de secuestro es fundamentalmente conmutativo, ello debido a que el mismo parte de hechos ciertos y determinados por las partes contratantes. Es decir se trata de un contrato en el que las partes conocen desde el momento de su celebración el alcance de sus respectivas prestaciones.

No obstante, no existiría obstáculo teórico que impida plantear la aleatoriedad de este contrato.

1663 Artículo 1863.- «Los depositantes son solidariamente responsables por el pago de la retribución convenida, los gastos, costas y cualquier otra erogación que se derive del secuestro. El depositario puede retener el bien en tanto no le haya sido satisfecho su crédito».

1664 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*, primera parte, vol. XVI, tomo III, p. 37.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.15. En cuanto a sus efectos

El secuestro es un contrato meramente obligatorio u obligacional.

3. Clases de secuestro

El Código Civil de 1984 contempla una sola clase de secuestro (artículos 1857 a 1867), conocida en doctrina también como *secuestro convencional*.

Sin embargo, a lo largo del proceso codificador nacional se han planteado diversas posiciones en torno al tema bajo estudio.

Muchas de estas discusiones han estado referidas a las diversas clases de secuestro que pudieran existir, como es el caso del secuestro convencional, el secuestro legal, el secuestro necesario y el secuestro judicial.

El Código Civil de 1984 no regula el secuestro judicial, materia tratada por el artículo 643 del Código Procesal Civil, que establece que: «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».

En esta modalidad de secuestro, es el juez quien dispone la desposesión del tenedor del bien para designar a un tercero que lo custodie hasta que el proceso haya terminado, y con ello se haya decidido a quién corresponde entregar el bien.

Es evidente que no se trata de un contrato, razón por la cual no correspondía que fuese regulado por el Código Civil.

Estimamos necesario referirnos al embargo en forma de depósito y secuestro, materia regulada en el artículo 649 del Código Procesal Civil:

> Artículo 649.- «Embargo en forma de depósito y secuestro sobre bienes muebles
>
> Cuando el embargo en forma de depósito recae en bienes muebles del obligado, éste será constituido en depositario, salvo que se negare a aceptar la designación, en cuyo caso se procederá al secuestro de los mismos, procediendo de la manera como se indica en el párrafo siguiente.
>
> Cuando el secuestro recae en bienes muebles del obligado, éstos serán depositados a orden del Juzgado. En este caso, el custodio será de preferencia un almacén legalmente constituido, el que asume la calidad de depositario, con las responsabilidades civiles y penales previstas en la ley. Asimismo, está obligado a presentar los bienes dentro del día siguiente al de la intimación del juez, sin poder invocar derecho de retención.
>
> Tratándose de dinero, joyas, piedras y metales preciosos u otros bienes similares, serán depositados en el Banco de la Nación».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este tema recibe el nombre de secuestro conservativo en razón de que el objetivo de esta medida es que el bien dado en depósito o secuestro es sólo una garantía del pago de una obligación.

Si bien es cierto, en el tiempo se han considerado distintas clases de secuestro, la doctrina contemporánea ha superado el tema y ha delimitado y establecido la distinción entre el secuestro convencional y el secuestro judicial. Y es que sólo el primero es verdaderamente un contrato, en tanto que las demás clases de secuestro (judicial, conservativo, legal) no son figuras contractuales, pues carecen de manifestación de voluntad y, por ende, de consentimiento.

4. Responsabilidad derivada de la celebración del contrato de secuestro

El Código Civil establece, en los once artículos que destina al secuestro, una serie de obligaciones que deberán ser cumplidas y satisfechas por ambas partes: depositantes y depositario. Veamos.

4.1. Obligaciones de los depositantes

En primer lugar, tenemos que el artículo 1857[1665] hace referencia al hecho de entregar el bien objeto del contrato, es decir por ser finalidad del contrato de secuestro la custodia y conservación del bien materia de la controversia por parte del depositario. El citado artículo alude a que los depositantes deberán confiar al depositario el bien para que éste lo custodie y conserve.

De otro lado tenemos que en caso de muerte o de incapacidad del depositario los depositantes deberán designar a su reemplazante (artículo 1862),[1666] ya que en el desafortunado supuesto en que el depositario se convierta en una persona incapaz o, peor aún, muera, los depositantes deberán designar a su reemplazante, seguramente, teniendo en cuenta su experiencia y capacidad.

En seguida tenemos el artículo 1863,[1667] precepto que establece que los depositantes deberán efectuar el pago de la remuneración convenida entre éstos y el depositario, así como rembolsar a este último todos los gastos que haya efectuado con motivo de la custodia y conservación del bien.

Como ya lo hemos explicado, el contrato de secuestro, al ser uno de prestaciones recíprocas, conlleva a que cada una de las partes se obligue frente a la otra

1665 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».

1666 Artículo 1862.- «Si el depositario deviene en incapaz o muere, los depositantes designarán a su reemplazante. En caso de discrepancia, la designación la hace el juez».

1667 Artículo 1863.- «Los depositantes son solidariamente responsables por el pago de la retribución convenida, los gastos, costas y cualquier otra erogación que se derive del secuestro. El depositario puede retener el bien en tanto no le haya sido satisfecho su crédito».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

a cumplir con algo. Así, el depositario se compromete a custodiar y conservar el bien, mientras los depositantes se comprometen a pagar una remuneración a aquél por el servicio que les va a prestar (artículo 1863).

Como lo establece el artículo citado, es natural que el depositario, al prestar el servicio de cuidado y custodia del bien, tenga que gastar cierta cantidad de dinero en el cumplimiento de dicha tarea. Si bien es cierto se ha convenido el pago de una remuneración por el servicio que éste va a prestar a los depositantes, ello no implica que dicha remuneración incluya los gastos que ocasione sus servicios, como sería el caso en que el depositario deba cuidar un perro muy fino que le entregaron dos depositantes que se disputan su propiedad.

El artículo 1863 establece que los depositantes son solidariamente responsables por el pago de cualquier erogación que se derive del secuestro. De esta forma es evidente que la remuneración y los gastos que vaya a realizar el depositario en el cumplimiento de sus funciones son dos conceptos distintos y, salvo pacto en contrario, el primero no incluye al segundo.

Los depositantes, por otra parte, tienen la obligación de no desposeer al depositario del bien, una vez que lo hubieren entregado. Ello implicaría el incumplimiento del contrato, dado que los depositantes aceptan entregar el bien a un tercero imparcial hasta que los tribunales determinen quién tiene mejor derecho sobre él.

En la eventualidad de que el depositario se vea afectado porque alguien lo prive de la posesión del bien, tendría el derecho de hacer uso de la defensa extrajudicial de la posesión (artículo 920 del Código Civil).[1668]

4.2. Obligaciones del depositario

En primer término, el depositario deberá custodiar y conservar el bien (argumento del artículo 1857).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1668 Artículo 920.- «Defensa posesoria extrajudicial
El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él o el bien y recobrarlo, si fuere desposeído. La acción se realiza dentro de los quince (15) días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión. En cualquier caso, debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.
El propietario de un inmueble que no tenga edificación o esta se encuentre en dicho proceso, puede invocar también la defensa señalada en el párrafo anterior en caso de que su inmueble fuera ocupado por un poseedor precario. En ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años.
La Policía Nacional del Perú así como las Municipalidades respectivas, en el marco de sus competencias previstas en la Ley Orgánica de Municipalidades, deben prestar el apoyo necesario a efectos de garantizar el estricto cumplimiento del presente artículo, bajo responsabilidad.
En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción, regulada en el artículo 950 de este Código».

El término custodia implica guardar con cuidado y vigilancia el bien materia del contrato. El depositante deberá poner sobre el bien debido cuidado y esmero, tal como si estuviese cuidando sus propios bienes.

La custodia importa que el bien no salga de la esfera posesoria del depositario.

La segunda obligación principal del depositario es la de conservar el bien. Ello implica mantener el bien en el mismo estado en el que se encontraba cuando fue entregado por los depositantes.

Estos dos términos se complementan para otorgar al depositario los recursos necesarios para que pueda cumplir con su objetivo sin problema alguno.

La materia tiene directa relación con lo establecido por los artículos 1134 y 1141 del Código Civil en torno al principio de identidad y al deber de conservación, respectivamente. Remitimos al lector a nuestros comentarios al respecto.[1669]

Otra obligación del depositario es la de no hacer uso del bien depositado, ello bajo responsabilidad, salvo que haya consentimiento de los depositantes o del juez.

Esto también se relaciona directamente con el principio de identidad.

El bien puede ser usado sólo en casos que lo ameriten, cuando de ello dependa su conservación y cuidado. Existe una excepción a esta regla: si los depositantes o el juez autorizan dicho uso.

En tercer lugar, conforme al artículo 1859,[1670] cuando la naturaleza del bien lo exija, el depositario tiene la obligación de administrarlo. Esta obligación también se relaciona directamente con el principio de identidad y tiene por objeto que el depositario realice las coordinaciones correspondientes para que el bien no se pierda o deteriore, como si alguien tuviera que administrar un hotel en disputa, para que éste no pierda la clientela.

Finalmente, el depositario deberá devolver el bien a quien corresponda cuando termine la duración del contrato, es decir, cuando termine la controversia; en este caso, al depositante que resulte vencedor en el litigio (artículo 1867).[1671]

Entre la notificación de la sentencia que ponga fin al litigio y la entrega del bien deberá mediar sólo el lapso razonable para tales efectos. Debe tenerse cuidado con la traslación de los riesgos. Por tales consideraciones será importante apreciar qué pasaría si se constituyera en mora, sea al deudor, sea al acreedor.[1672]

1669 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Thomson Reuters, 2014, vol. I, pp. 19 a 22 y pp. 155 a 162.

1670 Artículo 1859.- «Cuando la naturaleza del bien lo exija, el depositario tiene la obligación de administrarlo».

1671 Artículo 1867.- «El bien debe ser entregado, conforme al resultado de la controversia, a quien corresponda».

1672 No es materia del presente trabajo explicar el significado y la aplicación del tema referido a la mora. Para ello remitimos al lector a lo legislado en nuestro Código Civil entre los artículos 1333

Por otra parte, el artículo 1866[1673] establece que el bien debe ser entregado cuando los tribunales hayan decidido a quién le corresponde el mejor derecho sobre el mismo.

En principio, este derecho sólo asistiría a uno de los depositantes, ya que sólo será uno de los depositantes declarado como vencedor en el litigio, debiendo el otro u otros depositantes renunciar al bien. Es por ello que hablamos del depositante y no de los depositantes. No obstante podría darse el caso en que la sentencia judicial ordene que la entrega se realice a favor de dos o más de los litigantes.

No debemos olvidar que 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 (argumento del artículo 1861).

Se trata de una obligación del depositante ante una desafortunada eventualidad como la descrita.

Y —como ya hemos estudiado— el depositario goza del derecho a recibir el pago de la remuneración convenida y a que se le reembolse toda erogación que derive del cumplimiento de su obligación.

5. Formalidad *ad solemnitatem*

El artículo 1858 del Código de 1984 hace referencia a que el contrato de secuestro debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.

Hacemos de aplicación lo expuesto cuando abordamos las características del contrato de secuestro.

6. Carácter *intuitu personae* del depositario

El secuestro es *intuitu personae* respecto al depositario, habida cuenta de que los depositantes escogen al depositario en razón de cualidades personales, seriedad, capacidad administrativa, experiencia, etc., de modo que éste no puede ceder su función a un tercero sin el conocimiento y la aceptación de los depositantes.

Si el depositario cediera su posición contractual a otro sin el consentimiento de los depositantes o sin la autorización justificada del juez, estaría incumpliendo sus obligaciones.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

y 1340 del capítulo segundo «Mora», del título IX «Inejecución de obligaciones», de la sección segunda «Efectos de las obligaciones», del Libro VI «Las obligaciones», y a las opiniones vertidas por Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre en el *Tratado de las obligaciones*, tomo XIV, 2003.

1673 Artículo 1866.- «El bien debe ser entregado, conforme al resultado de la controversia, a quien le corresponda».

El juez no podrá variar la decisión de las partes, salvo causa justificada en caso de fallecimiento o incapacidad del depositario para desarrollar dicha tarea, siendo esta designación temporal hasta que los depositantes nombren al reemplazante del depositario.

7. Supuesto de muerte o incapacidad del depositario

El artículo 1862 del Código contempla el supuesto en que el depositario devenga en incapaz o muera:

> 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».

Ocurrido cualquiera de estos desafortunados sucesos, los depositantes —de inmediato— deberán designar a un nuevo depositario, ya que, al tratarse de una función de confianza, el bien no podría pasar a manos de los herederos del depositario o, en su defecto, a manos de su representante o persona que represente su apoyo en los términos de la reforma del año 2018 sobre esta materia.

Surge aquí la interrogante en el sentido de qué pasaría con el bien en el tiempo que medie entre la muerte o incapacidad del depositario y la designación del nuevo depositario por los depositantes. Aquí el Código no prevé solución alguna.

En el año 1998 escribimos sobre este vacío legal en *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*.[1674] Decíamos que: «El texto actual del artículo 1852 no contempla cuáles son las obligaciones del representante o herederos del depositario, en el ínterin desde la incapacidad o muerte y la designación de los mismos».

Opinábamos que en el artículo 1852 deberían otorgarse ciertas facultades respecto del bien a los herederos o al representante del depositario que devenga en incapaz o muera ya que, por ejemplo, si el depositario fallece, los depositantes deberán designar a uno nuevo. Y es precisamente entre el fallecimiento y la nueva designación que corre un tiempo, tal vez pueda ser de un día, de una semana o de un mes, no lo sabemos con exactitud. Ello dependerá de varios factores como la rapidez con que los depositantes se enteren de que el depositario ha fallecido o el tiempo que demoren éstos en ponerse de acuerdo para nombrar a un nuevo depositario o, en su defecto, si no se ponen de acuerdo, el tiempo que tome el juez para designar al nuevo depositario. Es por ello que en ese ínterin deberán asumir —los herederos o su representante— la obligación que contrajo el depositario y, de esta manera, evitar que el bien se pierda o deteriore considerablemente.

1674 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas*, tomo II, p. 1048.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por último, y para terminar con el desarrollo de este tema, resulta conveniente subrayar el hecho de que al ser el secuestro un contrato de carácter personalísimo, consideramos que, al devenir en incapaz o morir el depositario, la relación contractual existente entre éste y los depositantes quedará resuelta, pudiendo celebrarse un nuevo contrato entre quienes se disputen derechos sobre el bien (exdepositantes) y un nuevo depositario.

8. Conclusión del contrato

8.1. Conclusión del litigio en los tribunales

En primer lugar, tenemos a la manera más común o natural en que concluye el secuestro. Nos referimos a que el litigio llegue a su fin y, por ende, se reconozca a uno de los depositantes como el vencedor.

Entre las tantas obligaciones que contrajo el depositario, como son la custodia y la conservación, se encuentra la referida a la restitución del bien que éste debe hacer al depositante que encuentre amparado su derecho en los tribunales. Finalmente, los depositantes deberán realizar el pago de la remuneración convenida, así como cualquier otra erogación que haya derivado del secuestro. Con todo ello, la relación contractual habrá llegado a su fin.

8.2. Por el asentimiento de los depositantes

En segundo término, el contrato de secuestro puede llegar a su fin con el asentimiento de los depositantes. Así lo establece el artículo 1865 del Código Civil[1675] al estipular que el depositario puede ser liberado sólo antes de la terminación de la controversia con el asentimiento de todos los depositantes.

Es natural que el Código conceda al depositario el derecho de liberarse de la obligación que impone la celebración de un contrato de secuestro.

Tal asentimiento podría producirse por las más variadas razones. Por ejemplo, por haber llegado los depositantes a un acuerdo transaccional que ponga fin a la controversia que había entre ellos. También podría producirse, por ejemplo, por convenir en que otra persona cuidará el bien como depositaria, en mejores condiciones que el actual depositario, pero sin imputarle incumplimiento.

Resulta evidente que en estos casos el depositario no verá afectados sus derechos, ya que son los depositantes quienes quieren poner fin al contrato celebrado de modo unilateral.

1675 Artículo 1865.- «El depositario puede ser liberado sólo antes de la terminación de la controversia con el asentimiento de todos los depositantes [...]».

8.3. Causa justificada a criterio del juez

En tercer lugar tenemos que el contrato de secuestro también puede llegar a su fin cuando el juez, con criterio justificado, así lo decida. Ello se desprende de lo establecido por la última parte del artículo 1865 del Código Civil.[1676]

Este podría ser el caso en que los depositantes demanden y ganen un proceso de resolución del contrato seguido contra el depositario y que se base en el incumplimiento de sus obligaciones de custodia.

Podría ocurrir también que sea el propio depositario quien solicite al juez, por causas justificadas, que lo libere de dicha obligación si es que los depositantes no quieren aceptar la justificación que aquél les ofrece.

8.4. Pérdida o deterioro del bien

El contrato de secuestro puede llegar a su fin cuando el bien se pierda o se deteriore de manera tal que ya no tenga valor alguno para los depositantes (artículo 1137).

La pérdida del bien importa dejar sin objeto al contrato y al ser el objeto uno de los requisitos esenciales-especiales del contrato, éste quedaría sin efecto. Sin embargo, en este punto cabe hablar de dos tipos de pérdida del bien. En primer lugar tenemos a la pérdida objetiva, que es la referida a la pérdida material del bien, el mismo que ha desaparecido real y efectivamente. De otro lado tenemos la pérdida subjetiva. Aquí se habla del valor del bien, es decir, de la percepción subjetiva e interna que tenga cada uno de los depositantes respecto al bien, ya que si para A el bien vale 100, para B puede valer 200.

En seguida tenemos que el bien también puede ser objeto de deterioro; no obstante, no nos estamos refiriendo a cualquier deterioro y es que el mismo deberá ser de tal magnitud que conlleve a que los depositantes pierdan interés en él (artículo 1137, inciso 1, segunda parte).

8.5. Muerte de alguna de las partes

Si muriese el depositario, el contrato dejará de surtir efectos y llegará a su fin; sin embargo, se deberá celebrar un nuevo contrato con un tercero, surgiendo así una nueva relación jurídica obligacional con nuevas partes y, tal vez, con nuevas estipulaciones. Esto se deduce del artículo 1862 del Código Civil.

1676 Artículo 1865.- «El depositario puede ser liberado sólo antes de la terminación de la controversia [...] por causa justificada a criterio del juez».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

9. Aplicación supletoria

El artículo 1867 del Código de 1984[1677] establece que rigen para el contrato de secuestro las normas del depósito voluntario en cuanto le sean aplicables.

Dichas normas son los artículos 1817, 1819, 1820, 1821, 1822, 1823, 1824, 1825, 1826, 1827, 1828, 1837, 1841, 1842, 1843, 1847, 1848, 1849 y 1851.

Cabe señalar que tales normas están referidas, en su mayoría, a las responsabilidades que asumen las partes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1677 Artículo 1867.- «Rigen para el secuestro las normas del depósito voluntario, en cuanto le sean aplicables».

CONTRATO DE FIANZA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El contrato de fianza

1. Concepto

Este contrato está regulado en el título X de la sección segunda, «Contratos nominados» del Código Civil, artículos 1868 a 1905.

La primera de las normas, el artículo 1868, establece lo siguiente:

> Artículo 1868.- «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.
>
> La fianza puede constituirse no sólo en favor del deudor sino de otro fiador».

Pasemos a analizar el tema.

En primer término, a diferencia de los demás contratos típicos regulados por el Código de 1984, la fianza no es un contrato principal, sino uno accesorio, de garantía, pero con características especiales.

Por la fianza, una parte, denominada fiador, se obliga a garantizar el cumplimiento de una obligación que un tercero ha asumido o que asumirá en el futuro.

Debe precisarse que la fianza nunca podría ser constituida para garantizar una obligación propia, por una razón muy sencilla, y es que, como se sabe, cuando cualquier persona contrae una obligación su patrimonio responderá —*in totum*— por el cumplimiento de esa obligación.

Es el caso de cualquier acreedor quirografario, es decir, aquel que no ha garantizado con garantías reales, el cumplimiento de su deuda.

Entonces queda en evidencia que si el deudor responde con todo su patrimonio por el incumplimiento de sus obligaciones, carecería de todo sentido que ese deudor constituya fianza en favor de un acreedor, pues esa garantía estaría volviendo a garantizar aquello que el patrimonio del deudor ya garantiza —de por sí— cuando ha contraído la obligación.[1678]

1678 Cabe precisar que «la fianza, en tanto pacto por el cual un sujeto se obliga a responder ante el acreedor por el cumplimiento de una obligación a cargo del deudor, puede distinguirse en fianza simple y fianza solidaria; en la primera, el fiador goza del beneficio de excusión y si existiese varios fiadores, goza además del beneficio de división de la deuda entre ellos; en cambio en la fianza solidaria no opera el beneficio de excusión, de tal modo que el acreedor puede dirigirse

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por eso es que la fianza se constituye para garantizar el cumplimiento de una obligación ajena. En este caso, el acreedor no sólo tendrá como garantía el patrimonio de su deudor, sino también el de su fiador.[1679]

La regla establecida por el artículo 1868 es que la fianza funciona con el beneficio de excusión, lo que equivale a decir que el acreedor sólo podría recurrir al fiador para exigirle el pago de la obligación garantizada, en la medida que el deudor ya hubiere sido requerido para tal efecto y no hubiere honrado su deuda.

Nos podríamos cuestionar qué se requiere acreditar con respecto a ese ofrecimiento de pago al deudor.

Aparentemente, no se requerirá acreditar la insolvencia del deudor. El artículo 1868 del Código Civil sólo establece que el deudor no deberá haber cancelado su deuda, pero esto debemos relacionarlo con lo dispuesto por el artículo 1879, en el sentido de que se haga excusión de los bienes del deudor.

Como veremos más adelante, esta es la principal diferencia entre la fianza simple —que es la que venimos comentando—, que constituye la regla, y la fianza solidaria, que estudiaremos luego y en la cual el fiador no goza del beneficio de excusión.

Por otra parte, el artículo 1868 marca la pauta en lo que respecta a quiénes son parte en el contrato de fianza. Por un lado, tenemos al acreedor de una obligación cualquiera y, por otro, al fiador, quien se obliga con ese acreedor —que no era su acreedor— a pagar esa obligación en caso el deudor de la misma incumpla con pagarla.

Queda en evidencia que el contrato de fianza carecería de objeto si no existiera obligación que garantizar. En ese sentido, la mayoría de veces estaremos ante fianzas que garanticen obligaciones existentes o coexistentes al tiempo de contraer la fianza, pero también podríamos encontrarnos frente a fianzas que garanticen obligaciones determinables o futuras.

Por otra parte, debemos decir que en el contrato de fianza, al igual que en muchos otros, pueden ser varios los acreedores garantizados, como ocurriría en el caso de una obligación indivisible y/o solidaria en la que el fiador garantice su cumplimiento.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

directamente contra el fiador sin necesidad de ejecutar los bienes del deudor principal y además puede demandar por el total a cualquiera de los fiadores solidarios (...)». Casación n.° 2750-2005-Lima, de 14 de junio de 2006, de la Sala Constitucional y Social Transitoria. Véase en : https://vlex.com.pe/vid/casacion-constitucional-social-transitoria-34749190

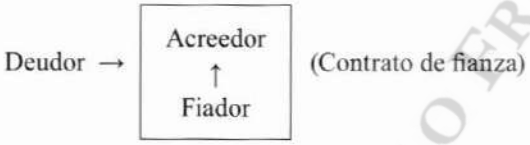
1679 La Casación n.° 691-99-Lambayeque, de 9 de julio de 1999, de la Sala Civil Permanente, señaló que la fianza «es un contrato accesorio, porque éste presupone necesariamente la existencia de una obligación principal distinta e independiente a la que contrae el fiador, o sea, se encuentra obligado en defecto del deudor principal». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1280.

De igual manera, los fiadores pueden ser más de uno, como si los fiadores garantizaran, frente al acreedor, el cumplimiento de la obligación de su deudor, pero sobre esto nos ocuparemos más adelante.

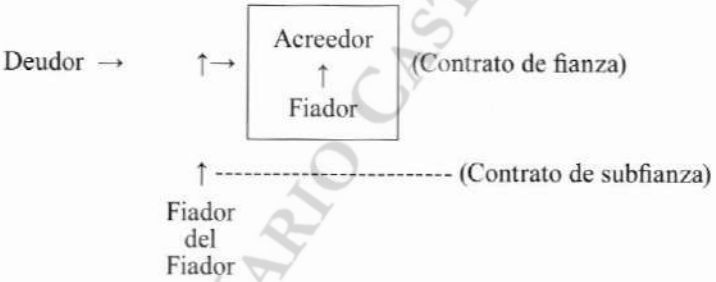
Finalmente, el segundo párrafo del artículo 1868 establece que la fianza puede constituirse no sólo en favor del deudor, sino de otro fiador.

Esta situación, perfectamente posible y de presencia en el mundo jurídico, se denomina subfianza y nos situará en el siguiente esquema:

Fianza tradicional



Fianza a fiador



La fianza a favor del fiador garantiza el cumplimiento de la obligación de garantía del fiador en favor del acreedor. Pero si nos ponemos a pensar, en realidad, ese subfiador, indirectamente, también está garantizando el cumplimiento de la obligación del deudor, ya que el tema se puede apreciar en cascada.

- Si el deudor no paga al acreedor,
- el acreedor puede recurrir al fiador para que le pague;
- si el fiador no le paga al acreedor,
- el acreedor puede recurrir al subfiador para que le pague.

2. Fianza sin intervención del deudor

Este tema se halla regulado en el artículo 1869, norma de texto siguiente:

> Artículo 1869.- «Se puede afianzar sin orden y aun sin noticia o contra la voluntad del deudor».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Hemos dicho al analizar el concepto de fianza, que es un contrato en el que las partes son el fiador y el acreedor de otra obligación, cuyo cumplimiento se garantiza.

Entonces, desde el concepto mismo de este contrato queda en evidencia que para su celebración no es necesario que participe el deudor que termina siendo garantizado por la fianza.

Sin embargo, debemos señalar que es muy común que cuando se constituye la fianza participe también el deudor, en la medida que el acreedor no desearía encontrarse descubierto (sin garantía alguna) desde el momento del nacimiento de la obligación.

Así, en el acto de nacimiento de esa obligación también participarán el deudor, el acreedor y el fiador.

Lo propio ocurriría si hablásemos de una sola fianza.

No obstante, queda sentado por el artículo 1869 que se puede afianzar sin asentimiento, e incluso sin conocimiento (sin noticia) o contra la voluntad del deudor. Agregamos en este razonamiento las mismas consideraciones con relación al primer fiador si termina siendo afianzado por un segundo fiador (esta vez no del deudor, sino del primer fiador).[1680]

En verdad, podríamos imaginar una cadena infinita de subfianzas a las que se les aplicaría idéntico razonamiento.

La razón de lo establecido por el artículo 1869 bajo comentario tiene su base en que al Derecho le interesa que las obligaciones se ejecuten, independientemente de quién realiza el pago. Ello, en tanto, obviamente, no se trate de obligaciones *intuitu personae*. Por lo demás, remitimos al lector a nuestros comentarios vertidos sobre esta norma en nuestro *Tratado de Derecho de las Obligaciones*.[1681]

Dentro de tal orden de ideas, poco o, mejor dicho, nada importaría la voluntad del deudor o del fiador que se quiera afianzar.

La pregunta que resulta relevante en este tema es si ese acto del fiador perjudicaría en algo al deudor o al fiador afianzado; y la respuesta es que no. Dicha fianza sólo acarrearía beneficios al acreedor, quien verá garantizada su obligación. Pero también saldría beneficiado el deudor o el fiador o quien se afiance, pues se le

1680 Al respecto, la Casación n.° 691-99-Lambayeque, de 9 de julio de 1999, de la Sala Civil Permanente, ha precisado que la fianza es un acto jurídico bilateral, pues se forma mediante el acuerdo de dos voluntades: fiador y acreedor, «no obstante que sólo se origina una sola prestación, la del fiador que cumple con las obligaciones del deudor principal frente al acreedor, entonces la manifestación de voluntad del deudor no es necesaria para la validez del contrato y, por ende, tampoco es imprescindible su intervención (...)». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1281.

1681 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*, vol. II, pp. 799 a 814.

estaría cubriendo en la eventualidad de que no pueda efectuar el pago de la deuda (o de la garantía, según el caso) en el momento que corresponda.

Naturalmente, si el fiador pagase la deuda del deudor, se subrogaría en el lugar del acreedor, en virtud de lo establecido por el artículo 1220 del Código Civil y podría dirigirse contra el deudor para que le pague aquello que pagó el fiador al acreedor.

Idéntica situación se producirá con respecto al subfiador que pague la deuda del fiador.

3. Fianza de personas jurídicas

Este tema se encuentra regulado por el artículo 1870 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 1870.- «Los representantes de las personas jurídicas pueden otorgar fianza en nombre de sus representados, siempre que tengan poder suficiente».

Dado que la fianza implica una garantía personal, es decir, una por la que no se comprometa todo el patrimonio del fiador para el cumplimiento de la obligación, el legislador de 1984 ha considerado conveniente establecer que para el caso de las personas jurídicas, los representantes de los mismos requerirán poder suficiente.

Creemos que, en realidad, lo que se ha querido establecer es que se requiere de poder especial para estos efectos. Ello en la medida en que la expresión «poder suficiente» por sí sola no indica nada, pues no se sabrá si los poderes con los que cuenta el representante de la empresa son o no suficientes a efectos de constituir fianza.

Dentro de tal orden de ideas no nos queda duda de que lo que se requiere, en estos casos, es de un poder especial que faculte expresamente al representante para estos efectos.

Pero este defecto no resulta importante en la medida en que la interpretación que siempre ha tenido la norma es aquella que acabamos de señalar. No se trata, en buena cuenta, de un precepto polémico.

4. Formalidad de la fianza

El tema de la formalidad de este contrato se encuentra contenido en el artículo 1871, norma de texto siguiente:

> Artículo 1871.- «La fianza debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad».

Al establecer que la fianza debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad, lo que se quiere decir es que ella se debe celebrar por escrito. Se trata, en buena

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

cuenta, de un contrato solemne, lo que se deduce con facilidad de la sanción de nulidad establecida por el artículo 1870.[1682]

Consideramos que el legislador de 1984 ha procedido en este sentido porque estamos en presencia de un contrato de mucha importancia, pues implica responder por la obligación garantizada con el íntegro del patrimonio del fiador. De ahí que la formalidad solemne da la oportunidad al futuro fiador de arrepentirse de otorgar fianza hasta que hubiese firmado el documento donde constaría aquélla. Todo «compromiso» verbal anterior simplemente carecería de valor jurídico y, por tanto, no resultaría exigible.

Por otra parte, la formalidad escrita otorga al acreedor beneficiado con la fianza la existencia de un instrumento que le permita hacer valer su derecho frente al fiador.

5. Fianza de obligaciones futuras, condicionales y a plazo

El artículo 1872 del Código Civil establece la regulación para la fianza de obligaciones futuras, condicionales o a plazo. Su texto es el siguiente:

> Artículo 1872.- «Puede prestarse fianza en garantía de obligaciones futuras determinadas o determinables cuyo importe no sea aún conocido, pero no se puede reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida.
>
> Es igualmente válida la fianza por una obligación condicional o a plazo».

5.1. Obligaciones futuras

Ya hemos señalado que a través de la fianza se puede garantizar obligaciones futuras. Sobre esto no hay discusión. El único requisito que impone la ley es que estas obligaciones sean determinadas o determinables.

Obligación determinada es aquella que se conoce con exactitud. En el caso concreto, «la deuda, por el monto "X", que el deudor contraerá con fecha tal con respecto al acreedor y cuyas demás características son las siguientes».

Se conoce todas las características de la futura deuda. Esa es la obligación futura determinada.

Obligación futura determinable será aquella sobre la cual se establezcan determinados parámetros que permitan, ya sea al deudor (no partícipe del contrato), al fiador o al acreedor, la determinación de la obligación que, finalmente, quedará

1682 La Casación n.° 347-96- Lima, de 13 de octubre de 1997, de la Sala Civil, ha precisado que la fianza, al afectar todo el patrimonio de quien la ofrece, reviste un carácter solemne, «es decir, que debe constar por escrito bajo sanción de nulidad, no pudiendo presumirse su aceptación ni sus alcances». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1282.

afianzada. Para estos efectos remitimos al lector a nuestros comentarios al respecto formulados con ocasión del tratamiento de las obligaciones alternativas.[1683]

Al requerir el artículo 1872 que al menos la obligación futura sea determinable, lo que está haciendo es descartar aquellas obligaciones que fueren indeterminadas, es decir, aquellas que no resulten susceptibles de determinación en el futuro, dada la vaguedad de los términos en que ha sido mencionada a efectos de constituir fianza sobre ella. La indeterminación absoluta nos sitúa en un terreno ajeno a los predios del Derecho de las Obligaciones y el Derecho de Contratos, los mismos que se guían por el signo de la seriedad; esto, porque, como dice el propio artículo 1872, podría tratarse de deudas de importe aún no conocido.

Por último, es necesario reparar en la parte final del artículo 1872 cuando establece que el acreedor no podría reclamar contra el fiador hasta que, en el caso de las deudas determinables cuyo monto no se conozca al momento de constituir la fianza, ese monto ya sea conocido. A esto es a lo que el artículo 1872 alude con «pero no se puede reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida».

Pero no sólo eso, pues al tratar el artículo 1872 sobre obligaciones futuras es evidente que el acreedor no podrá reclamar, aunque resulte redundante, hasta que tenga la condición de tal, lo que ocurrirá cuando, en el caso de las obligaciones determinadas, se contraiga la obligación; y, en el caso de las obligaciones determinables cuyo importe no sea aún conocido, hasta que estas obligaciones hayan sido contraídas por deudor y acreedor y, además, hasta que la deuda se liquide, es decir, hasta que se conozca el monto, cuantía y condiciones de la misma.

De igual manera, el segundo párrafo del artículo 1872 se ocupa de la fianza que garantice obligaciones condicionales o a plazo.

Veámoslas por separado.

5.2. Obligaciones condicionales

Estas obligaciones son aquellas sujetas a la condición, como modalidad del acto jurídico.

Si se tratase de una condición suspensiva, eso significaría que la obligación no sería exigible hasta que se verifique o produzca la condición. En el mismo sentido, la fianza sólo será exigible desde este momento.

En el caso de las obligaciones contraídas con condición resolutoria, esto significa que ellas resultarán exigibles desde su nacimiento y hasta el momento en que se produzca la condición. Así, como correlato, la fianza seguirá esa misma suerte.

1683 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*, vol. I, pp. 306-315.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

5.3. Obligaciones a plazo

Las obligaciones a plazo pueden ser contraídas a plazo suspensivo o resolutorio, en cuyo caso se seguirá idéntica mecánica que la expuesta con relación a las obligaciones condicionales.

En el caso del plazo, éste también puede ser determinado, es decir, aquel en el cual se ha pactado su término inicial y su término final; determinable, es decir, aquel en el cual se ha pactado el término inicial, pero el término final queda sujeto a un evento futuro pero cierto, como sería el caso de la muerte de una persona; y obligaciones con plazo indeterminado, que son aquellas en las cuales si bien se ha pactado el término inicial, no se ha pactado nada en torno al término final. No olvidemos, sin embargo, que los contratos con estas obligaciones pueden ser resueltos con la anticipación debida por cualquiera de las partes.

Es evidente que las fianzas que garanticen obligaciones a plazo seguirán la suerte de éste en cuanto a su exigibilidad con respecto al fiador.

6. Extensión de la obligación del fiador

Este tema se encuentra regulado por el artículo 1873, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 1873.- «Sólo queda obligado el fiador por aquello a que expresamente se hubiese comprometido, no pudiendo exceder de lo que debe el deudor. Sin embargo, es válido que el fiador se obligue de un modo más eficaz que el deudor».

6.1. La literalidad de la fianza

El Código Civil peruano es muy cuidadoso con respecto a los derechos del fiador. Se cuida de que éstos no sean vulnerados al establecer que sólo queda obligado por aquello a que expresamente se hubiese comprometido. Esto significa, en otras palabras, que se estará a lo que figure, literalmente, en el contrato de fianza. Ni más, ni menos. No hay otra interpretación válida para el término «expresamente».

No está de más decir que por tal razón aquí sólo se podría interpretar los alcances de la fianza de acuerdo a la literalidad del documento en el que ella se haya celebrado. No hay juego posible. La ley no admite maromas al respecto para intentar disminuir o aumentar la responsabilidad del fiador.

6.2. Alcances de la fianza

Es evidente que el fiador podría afianzar parcialmente la obligación, pero el artículo 1873 establece que ella no podría exceder de lo que debe el deudor; esto resulta natural en la medida que al ser la fianza un contrato accesorio de aquel que contiene la obligación garantizada no podría garantizar más, pues estaría

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

afianzando la nada y la nada no es susceptible de ser garantizada, dado que es, precisamente, nada.[1684]

6.3. Mayor eficacia que la obligación principal

La última parte del artículo 1873 establece que es válido que el fiador se obligue de un modo más eficaz que el deudor.

¿Cuáles son los alcances de esta mayor eficacia?

El Código Civil no se pronuncia al respecto, pero podríamos pensar, por ejemplo, que la garantía (la fianza) pueda ser exigible por un plazo mayor que la obligación principal o que se trate de una fianza en la que el fiador pague la deuda con intereses, a pesar de que la obligación principal fue contraída sin ellos, o que la fianza, otorgada por dos fiadores lo haya sido de manera solidaria, a pesar de que la obligación principal (contraída por dos deudores frente a un acreedor común) lo haya sido de manera mancomunada.

No dudamos de que estos ejemplos —como cualquier otro— podrían ser discutibles en el sentido de que se esté excediendo lo que debe el deudor, pero estimamos que la indefinición legal nos concede estas licencias.

7. Exceso en la obligación del fiador

El artículo 1874 regula este tema y su texto es el siguiente:

> Artículo 1874.- «Si se produce el exceso a que se refiere el artículo 1873 la fianza vale dentro de los límites de la obligación principal».

En verdad, este artículo no era necesario, ya que su contenido se deduce del propio artículo 1873. Sin embargo, el legislador de 1984 estimó conveniente legislar respecto a este tema, obvio, pero —al fin y al cabo inútil—, a efectos de que bajo ninguna circunstancia se entienda lo contrario.

Es necesario precisar que esta norma es de aplicación inmediata y podría ser invocada extrajudicialmente por el fiador a quien el acreedor le reclamase el exceso. Es evidente que este precepto también podría ser invocado judicialmente en la contestación de la demanda.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1684 El artículo 1873 se refiere, primordialmente, a la extension de la fianza, «la que no puede interpretarse de manera extensiva por su carácter oneroso, como así se ha establecido en reiterada jurisprudencia». Casación n.° 2821-2005-Lima, de 2 de mayo de 2006, de la Sala Constitucional y Social Transitoria Civil Permanente. Véase en: https://lpderecho.pe/corte-suprema-define-persona-juridica-casacion-2821-2005-lima/

8. Accesoriedad de la fianza

El artículo 1875 del Código Civil se encarga de regular el carácter accesorio de la fianza. Veamos:

> Artículo 1875.- «La fianza no puede existir sin una obligación válida, salvo que se haya constituido para asegurar una obligación anulable por defecto de capacidad personal».

Hemos señalado, desde que comenzamos el estudio de este contrato, que la fianza tiene por naturaleza la de ser un contrato accesorio. En ese sentido, se sobreentiende que la obligación que garantice tiene que tratarse de una obligación válida.

No obstante, el artículo 1875 establece que, por excepción, podría constituirse fianza para asegurar una obligación anulable por defecto de capacidad personal. Nos preguntamos si podría haber otro caso de excepción. Estimamos que sí, en la medida que no habría problema para afianzar cualquier obligación sobre la que se esté discutiendo su carácter anulable (por el vicio que fuere) o su carácter de nula (también por el vicio o causal que fuere). No vemos obstáculo teórico o práctico alguno para convenir una fianza en cualquiera de estos casos.

Lo que no sería posible es pactar una fianza para asegurar el cumplimiento de una obligación que ya hubiese sido declarada nula. Hemos subrayado que no es posible asegurar o garantizar la nada.

9. Requisitos del fiador y sustitución de la garantía

Estos y otros temas son abordados por el artículo 1876 del Código Civil:

> Artículo 1876.- «El obligado a dar fianza debe presentar a persona capaz de obligarse, que sea propietaria de bienes suficientes para cubrir la obligación y realizables dentro del territorio de la República. El fiador, en este caso, queda sujeto a la jurisdicción del juez del lugar donde debe cumplirse la obligación del deudor.
>
> El obligado puede sustituir la fianza por prenda, hipoteca o anticresis, con aceptación del acreedor o aprobación del juez, salvo disposición distinta de la ley».

Veamos los temas abordados por este artículo.

9.1 El deber del deudor de presentar a persona capaz de obligarse

En caso el deudor se hubiere comprometido con su acreedor a constituir fianza en garantía del cumplimiento de su obligación, el Código Civil establece, como primer requisito, que debería tratarse de alguien capaz de obligarse.

Entonces, no será el caso de los incapaces absolutos (menores de dieciséis años) del artículo 43 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Dudamos, también, que se trate de personas con alguna discapacidad o de aquellas señaladas en el artículo 44 del Código, en la medida que para constituir fianza requerirán de la concurrencia de sus apoyos o auxiliares, quienes colaborarían con ellas para expresar su voluntad o de sus representantes, según corresponda. Consideramos, en protección de estas personas, que no tendría interés para ellas constituir fianza, que —por definición— es un contrato en resguardo de una obligación ajena, es decir, de un tercero. Entendemos que ellas están excluidas por el artículo 1876, pues no son capaces —por sí mismas o por sí solas— de asumir la condición contractual de fiadores.

9.2. El futuro fiador debe tener bienes suficientes para cubrir la obligación

Este requisito es básico, pues, si el futuro fiador careciese de un patrimonio lo suficientemente sólido como para responder ante la falta de pago del deudor, la fianza se convertiría en algo más o menos simbólico.

9.3. Los bienes deben ser realizables dentro del Perú

El artículo 1876 agrega que los bienes que conformen el patrimonio del fiador deberán poder ser realizables, es decir, ejecutables, dentro del territorio de la República. Ello pues si el fiador tuviera un sólido patrimonio, pero en el extranjero el mismo no es que no sea realizable, pero le complicaría procesal y económicamente al acreedor el cobro de la deuda.

9.4. Jurisdicción

El artículo 1876 señala que, en estos casos, el fiador queda sujeto a la jurisdicción del juez del lugar donde debe cumplirse la obligación del deudor.

En este supuesto, el Código Civil ha seguido, con respecto al domicilio, el principio que reza que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Sin embargo, ello no siempre será así. En primer lugar, porque el precepto no es de orden público; y, en segundo término, y relacionado con lo primero, porque el fiador y el acreedor tendrían libertad para pactar una jurisdicción diferente.

Se entiende, entonces, que la posición del artículo 1876, a este respecto, rige únicamente de manera supletoria.

9.5. Sustitución de la garantía

El artículo 1876 establece, en su segundo párrafo, que el obligado (a constituir fianza) puede sustituir la fianza por prenda, hipoteca o anticresis, con aceptación del acreedor o aprobación del juez, salvo disposición distinta de la ley.

Se trata, no lo olvidemos, de un deudor que se ha obligado con su acreedor a constituir fianza en garantía del cumplimiento de su obligación. No obstante, dentro del orden de probabilidades está que no consiga una persona idónea que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

esté de acuerdo en convertirse en su fiador. En este caso, obviamente, ese deudor no quedaría desobligado de garantizar su obligación. Así, la ley dispone que ese deudor podría constituir prenda, hipoteca o anticresis. Si bien la mención de la prenda está desfasada, hemos expresado —en múltiples ocasiones— nuestra opinión en el sentido de que en el Perú se siguen celebrando prendas. Se entiende, claro está, que la garantía mobiliaria también debería asumirse comprendida dentro de los alcances del artículo 1876, al igual que cualquier otra garantía —típica o atípica— que resultare suficiente a criterio del acreedor.

La intervención del juez, a que hace referencia el artículo 1876, se presentaría en la medida en que el acreedor no acepte ninguna de las garantías (fianza o alguna otra en sustitución de aquella) que le hubiese ofrecido el deudor. Allí, este último tendrá todo el derecho de recurrir al Poder Judicial para que se le autorice a constituir la garantía (fianza o garantía sustitutoria) a que se ha obligado.

Todo esto, naturalmente, salvo disposición distinta de la ley.

10. Insolvencia del fiador

Esta materia es abordada por el artículo 1877 del Código Civil, que establece lo siguiente:

> Artículo 1877.- «Cuando el fiador ha devenido insolvente, el deudor debe reemplazarlo por otro que reúna los requisitos establecidos en el artículo 1876.
>
> Si el deudor no puede dar otro fiador o no ofrece otra garantía idónea, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento inmediato de la obligación».

El artículo 1877 regula el supuesto de la insolvencia sobreviniente del fiador.

Nótese que no se trata de una insolvencia preexistente, pero entendemos que si este fuese el caso, el deudor que se hubiere obligado a constituir fianza igualmente tendría que conseguir un nuevo fiador para que lo reemplace, tan igual como ocurriría en el supuesto de insolvencia sobreviniente del fiador, que es el regulado en el artículo 1877.

Será evidente que aquel a quien se consiga para ser nuevo fiador deberá cumplir con todos los requisitos establecidos por el artículo 1876, que analizamos en detalle.

En caso de que el deudor no pudiese dar otro fiador o no ofreciere otra garantía idónea, el crédito quedaría desprotegido y, en ese supuesto, el acreedor tendrá derecho a exigir el cumplimiento inmediato de la obligación.

La ley entiende que aquí carecería de sentido el seguir esperando el vencimiento de un plazo suspensivo para cobrar. Ello, por dos razones. La primera porque la obligación carece de garantía, y esperar se convierte en un peligro; y, en

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

segundo lugar, porque el Derecho ya le perdió confianza a ese deudor, tal y como ocurre con los supuestos de los artículos 1323[1685] y 1561[1686] del propio Código.

11. Extensión de la fianza

El artículo 1878 del Código Civil se ocupa de este tema en los siguientes términos:

> Artículo 1878.- «La fianza, si no fuere limitada, se extiende a todos los accesorios de la obligación principal, así como a las costas del juicio contra el fiador, que se hubiesen devengado después de ser requerido para el pago».

Veamos.

11.1. Fianza limitada

Es aquella que se contrae para garantizar el cumplimiento de una obligación, pero hasta por un monto determinado. Esto significa que no se podría reclamar un céntimo más al fiador.[1687]

11.2. Fianza ilimitada

Es la que se constituye para garantizar el cumplimiento íntegro de la obligación, pero con sus accesorios, como es el caso de los intereses, así como las costas del juicio que se hubieren devengado después de ser el fiador requerido para el pago.

Entendemos que la enumeración que establece el artículo 1878 es meramente enunciativa y no limitativa, pues ello sería contrario a la naturaleza de una fianza ilimitada que debe cubrir o responder por el pago no sólo del íntegro de la obligación, sino también por sus intereses, demás accesorios, costas y costos del proceso judicial, y cualquier otro gasto o erogación en que hubiese tenido que incurrir el acreedor para cobrar.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1685 Artículo 1323.- «Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el incumplimiento de tres cuotas, sucesivas o no, concede al acreedor el derecho de exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuviesen pendientes, salvo pacto en contrario».

1686 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».

1687 La Casación n.° 1517-99-Junín, de 18 de noviembre de 1999, de la Sala Civil Permanente, ha precisado en su argumento segundo, que «la fianza puede ser limitada o ilimitada, según la extension de la obligación del fiador (...) el fiador, contrae su obligación señalando un monto máximo por el cual responderá, es decir, se compromete a responder por el pago de la obligación, intereses, gastos, costas judiciales, etc., en el segundo caso, el fiador se obliga a responder por toda la obligación principal, incluso sus accesorios». Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1284.

12. Beneficio de excusión

El beneficio de excusión está regulado en el artículo 1879 del Código Civil, norma de texto siguiente:

> Artículo 1879.- «El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de los bienes del deudor».

El beneficio de excusión es una figura jurídica aplicable a la fianza simple (no solidaria), a través de la cual se distingue la situación jurídica del deudor con respecto a la del fiador.

El beneficio de excusión no permite al acreedor de la obligación dirigirse a su voluntad tanto con respecto al deudor como con respecto al fiador.

El acreedor deberá realizar una búsqueda de bienes realizables dentro del patrimonio de su deudor. Así, en caso de existir bienes que, una vez ejecutados, puedan cubrir todo el monto de la deuda impaga, entonces el acreedor deberá cobrarle al deudor exclusivamente y no tocar el patrimonio del fiador.

El beneficio de excusión favorece, entonces, al fiador siempre.

Si los bienes del deudor alcanzaren para efectuar sólo un pago parcial, entonces el beneficio sólo favorecerá parcialmente al fiador, a quien se le podría exigir el pago del saldo de la deuda que resulte impago.

Es evidente que cuando el Derecho exige al acreedor que haga excusión de los bienes del deudor, lo que en buena cuenta le está exigiendo es que actúe con la mayor diligencia, a efectos de ubicar todos los bienes libres que el deudor tuviere en su patrimonio dentro del territorio de la República.

Decimos que el actuar del acreedor debe ser diligente y exhaustivo en la medida que para dirigirse extrajudicial o judicialmente contra el fiador, tendría que acreditar frente a él o frente al Poder Judicial, respectivamente, que ha hecho previa excusión de los bienes del deudor.

No olvidemos que, en caso contrario, el fiador puede negarse a pagar legítimamente. En sede judicial lo que correspondería es deducir excepción de excusión, lo que implica que los jueces puedan detener el curso del proceso hasta que se haga tal excusión o hasta que ello se haga correctamente. Recién después es que si los bienes del deudor no fuesen suficientes para cubrir todo el crédito, se podrá ir al cobro de la deuda con el patrimonio del fiador, según corresponda, en todo o en parte.

Con relación a otros aspectos de la excusión nos pronunciaremos conforme sigamos analizando la normativa del Código nacional. Sólo restaría decir que si el deudor hubiese sido declarado insolvente de manera formal, esa declaración de insolvencia será prueba suficiente para dirigirse contra el patrimonio del fiador. En tal caso no será necesario proceder adicional alguno por parte del acreedor, antes de dirigirse contra el fiador.

FONDO EDITORIAL CASTILLO FREYRE

Resulta necesario advertir que el beneficio de excusión también es aplicable en la subfianza simple. En este caso, el subfiador deberá hacer excusión de bienes, tanto del fiador como del deudor. Ello en la medida en que estará protegido por esas dos vallas previas. Si alguno de los dos, o los dos, tuvieran bienes libres, el acreedor debería cobrar ejecutando tales bienes, y solamente podría dirigirse contra el subfiador por el saldo impago de la deuda, si lo hubiere.

13. Oponibilidad del beneficio de excusión

Este tema se encuentra regulado en el artículo 1880, norma de texto siguiente:

> Artículo 1880.- «Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de la excusión, debe oponerlo al acreedor luego que éste lo requiera para el pago y acreditar la existencia de bienes del deudor realizables dentro del territorio de la República, que sean suficientes para cubrir el importe de la obligación».

El artículo establece tres requisitos para que proceda que el fiador (o el subfiador, en su caso) deduzca el beneficio de excusión. Veamos.

13.1. Debe oponerse al acreedor luego de que éste lo requiera para el pago

Es importante el momento en que se opone el beneficio de excusión. Si se tratase de un cobro extrajudicial el que haga el acreedor al fiador, éste deberá deducir el beneficio de excusión acto seguido del intento de cobro. Ahí corresponderá que el acreedor demuestre frente al fiador la manera como ha realizado la búsqueda de bienes libres en el patrimonio del deudor y cuál ha sido el resultado de esa búsqueda. Entendemos que ello bastaría para acreditar si los bienes son insuficientes para cobrar toda la deuda o, incluso, que no existen tales bienes.

Si el requerimiento fuese judicial, el fiador deberá deducir el beneficio de excusión como una excepción procesal. Al fin y al cabo, se trata de una cuestión previa, de orden formal, a través de la cual el fiador tratará de evitar que se toque su patrimonio para efectos de que sus bienes respondan por el pago de la obligación afianzada. Como hemos señalado, el beneficio de excusión demuestra que en la fianza simple el patrimonio del fiador responderá de manera supletoria o subsidiaria con respecto al patrimonio del deudor. Ambos patrimonios no se hallan en igual situación jurídica a efectos de la responsabilidad por el pago de la obligación.

13.2. Debe acreditar la existencia de bienes del deudor dentro del territorio de la República

Como hemos señalado, ésta es la única forma en que el fiador podría liberarse parcial o totalmente de responder ante el acreedor, en calidad de fiador.

No interesa si el deudor tiene bienes en el extranjero, por más que ellos resulten suficientes para el pago de la deuda. El procedimiento judicial al respecto

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sería tan largo y engorroso que la ley exime al acreedor del mismo y lo faculta a dirigirse contra su fiador.

13.3. Que los bienes sean suficientes para cubrir el importe de la obligación

Ya nos hemos pronunciado en el sentido de que si los bienes del deudor resultan ser suficientes para cubrir la deuda, el fiador quedará incólume. Si tales bienes únicamente cubren una parte de esa deuda, el fiador deberá responder por el saldo, lo que resulta evidente.

14. Responsabilidad del acreedor negligente en la excusión

Este tema es abordado por el artículo 1881, norma de texto siguiente:

> Artículo 1881.- «El acreedor negligente en la excusión de los bienes del deudor es responsable hasta donde ellos alcancen, de la insolvencia que resulte de su descuido».

Si el acreedor no hubiese actuado con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias, sea en tiempo, sea en acuciosidad y no hubiese advertido algunos bienes en el patrimonio del deudor, de los cuales luego éste dispone en favor de terceros y tales bienes resultan irrecuperables, la ley sanciona a ese acreedor dando por castigada su obligación por los valores en que alcanzaren tales bienes.

Este castigo significa, en buena cuenta, que el acreedor no podrá dirigirse contra el fiador para cobrar tales cantidades de dinero (si fuese el caso). El fiador no responderá jamás por tales montos. Es evidente que sí lo hará por el saldo, si éste superase el valor de los bienes perdidos por negligencia del acreedor.

En buena cuenta, la negligencia del acreedor sólo lo perjudica a él; no se trasladará jamás en detrimento del patrimonio del fiador y de su responsabilidad frente al acreedor.

Pero debemos aclarar que la negligencia del acreedor al respecto no lo perjudicaría en lo absoluto si los demás bienes que ubique en la excusión del patrimonio del deudor alcanzan para cubrir el íntegro del pago de la obligación y así ocurriere.

15. Bienes no considerados en la excusión

Este tema es abordado en el artículo 1882 del Código Civil, norma de texto siguiente:

> Artículo 1882.- «No se tomarán en cuenta para la excusión, los bienes embargados, litigiosos, hipotecados, dados en anticresis o prendados, por deudas preferentes, en la parte que fuere necesario para su cumplimiento.
>
> Si los bienes del deudor no producen más que un pago parcial de la deuda, el acreedor puede accionar contra el fiador por el saldo, incluyendo intereses y gastos».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Se entiende que los bienes objeto de excusión son aquellos libres, es decir que no exista sobre ellos algún embargo, litigio, o garantía por deudas preferentes. Todo ello en la parte que fuere necesaria para su cumplimiento. El artículo 1882 menciona a la prenda y no a la garantía mobiliaria, pero entendemos que ambas garantías están comprendidas en los alcances de la norma, por razones obvias.

Resultaría muy injusto que los bienes mencionados en el primer párrafo del artículo 1882 formaran parte de la excusión. Decimos esto porque la idea es que los bienes identificados en la excusión sirvan —al ser liquidados— para pagar la obligación. En ese sentido, los referidos bienes, simplemente, no servirían para el pago. Es por esa razón que no se les debe considerar a efectos de la excusión.

El segundo párrafo establece algo que resulta obvio y que hemos venido señalando en este estudio. Indica la norma que si los bienes del deudor no producen más que un pago parcial de la deuda, el acreedor puede accionar contra el fiador por el saldo, incluyendo intereses y gastos.

Está explicado que el fiador responde por el saldo no cubierto por el deudor.

Ahora bien, si el fiador responde por los intereses y gastos, ello no siempre será así. Es evidente que dependerá de los alcances del contrato de fianza, no de lo que establece el artículo 1882.

16. Improcedencia del beneficio de excusión

El artículo 1883 del Código Civil regula los casos en que no procede el beneficio de excusión. Su texto es el siguiente:

> Artículo 1883.- «La excusión no tiene lugar:
>
> 1.- Cuando el fiador ha renunciado expresamente a ella.
>
> 2.- Cuando se ha obligado solidariamente con el deudor.
>
> 3.- En caso de quiebra del deudor».

Estudiemos los supuestos en orden.

16.1. Cuando el fiador ha renunciado expresamente a la excusión (inciso 1)

Se entiende que estamos frente a una fianza simple. Ello, en principio, como hemos visto, otorga al fiador el beneficio de excusión. Sin embargo, podría ocurrir que, ya sea al momento de la constitución de la fianza o en uno posterior, el fiador haya renunciado al beneficio de excusión. Según establece la norma bajo comentario, tal renuncia debería ser expresa, es decir, que literalmente se haya señalado tal renuncia. Este es otro de aquellos casos en que el intérprete no podría ir más allá de la literalidad del texto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No obstante, si el fiador procediera de esa forma, la fianza se habría convertido en una de carácter solidario. Pero de este tipo de fianza nos ocuparemos posteriormente.

16.2. Cuando al fiador se ha obligado solidariamente con el deudor (inciso 2)

Este supuesto nos parece jurídicamente imposible. Veamos.

Si el fiador fuese un fiador solidario, no es que necesariamente se haya obligado solidariamente con el deudor, pues —como hemos visto— el contrato de fianza puede ser celebrado sin la participación del deudor, caso en el cual, obviamente, el fiador no habría pactado solidaridad con él. Podría haber pactado con el acreedor, en el propio contrato de fianza, que responderá solidariamente con el deudor por su deuda, pero hay que convenir que aquí el fiador no se ha obligado solidariamente con el deudor.

En caso el deudor sí hubiese participado en la celebración del contrato de fianza, sí podría haber ocurrido que el fiador se hubiere obligado con el deudor a responder solidariamente por el cumplimiento de su obligación, lo que también nos situaría ante una fianza solidaria.

Pero lo que hay que subrayar es que en ningún supuesto de los mencionados estamos frente a una obligación solidaria típica, esto habida cuenta de que el fiador solidario no es, en estricto, un codeudor solidario, ya que el vínculo jurídico que lo obliga con el acreedor está en el contrato de fianza, es decir, en la obligación que ha asumido como garante y no en el contrato principal que liga al deudor con el acreedor. Ello, incluso, si todo, es decir, obligación principal y obligación de garantía, hubiese surgido o nacido en un solo momento y a través de un solo acto jurídico que constase en un documento único.

Sin embargo, debe tenerse en consideración que la solidaridad del fiador con el deudor, en la fianza solidaria se regirá, *mutatis mutandis*, por las normas del Código Civil sobre solidaridad, que son los artículos 1183 a 1204.[1688]

16.3. En caso de quiebra del deudor (inciso 3)

Debemos señalar que en 1984, cuando se promulga y entra en vigencia el Decreto Legislativo n.° 295, es decir, el Código Civil en actual vigencia, regía la Ley de Quiebras. Hoy en día esta legislación se halla derogada. La norma vigente es la Ley n.° 27809 y sus modificatorias, que ya no emplea la expresión quiebra, sino insolvencia.

1688 En ese sentido, remitimos al lector a nuestras consideraciones sobre el particular en Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*, vol. II, pp. 499 a 646.

Entendemos, entonces, que ello debe ser interpretado de esta forma en la actualidad.

La lógica de la norma es que si el deudor es insolvente, entonces carecería de todo sentido hablar de beneficio de excusión, ello en la medida que ya no habría excusión alguna que realizar habida cuenta de que la declaración de insolvencia constituye la prueba por excelencia de que el deudor no puede responder por el pago de esa obligación. En este caso, el acreedor podría dirigirse contra el fiador y este último no podría oponerle el beneficio de excusión.

17. Riesgos para el acreedor negligente, con respecto a los bienes que señale el fiador

El artículo 1884 se encarga de regular otro supuesto de riesgo para el acreedor, en adición a lo dispuesto —y ya estudiado— en el artículo 1881.

Esta vez los riesgos se refieren a los bienes que señale el fiador. Veamos el contenido del artículo 1884:

> Artículo 1884.- «El acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados por el fiador asume el riesgo de la pérdida o no persecución de estos bienes para los fines de la excusión».

Entendemos que esta norma se refiere al supuesto en el cual el fiador colabore con el acreedor en el proceso de excusión de bienes del deudor. Es claro que el fiador tendrá un evidente legítimo interés en detectar la mayor cantidad de bienes libres en el patrimonio del deudor, para evitar que el acreedor se dirija contra su propio patrimonio para cobrar, ya sea el íntegro o parte de la deuda.

En ese sentido, el artículo 1884 se coloca en el supuesto en el cual el fiador hubiese colaborado con el acreedor en el proceso de excusión y que, además, haya detectado algunos bienes libres del deudor y se lo haya comunicado al acreedor.

Si este fuere el caso, el acreedor deberá actuar con la mayor rapidez y diligencia para evitar que el deudor pueda disponer de tales bienes en favor de terceros. Si por su inacción se perdieren esos bienes, el acreedor asumirá las consecuencias de dicha pérdida en el sentido de que si el patrimonio del deudor resultase insuficiente para el pago de la deuda, el acreedor no podrá cobrar al fiador la deuda en los montos de los bienes de que venimos hablando. En otras palabras, se reducirá la responsabilidad del fiador por los montos equivalentes al valor de tales bienes.

18. Excepciones que el fiador puede oponer contra el acreedor

El artículo 1885 se encarga de abordar el tema de las excepciones que el fiador puede oponer al acreedor. Su texto es el siguiente:

GUSTAVO MARIO CASTILLO FREYRE

> Artículo 1885.- «El fiador puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que corresponden al deudor, aunque éste haya renunciado a ellas, salvo las que sean inherentes a su persona».

La norma citada permite al fiador oponer todas las excepciones que corresponden al deudor, aunque éste hubiere renunciado a ellas.

El Código Civil se refiere a las excepciones propias de la obligación que tiene el deudor para con el acreedor, vale decir, de la obligación principal.

Podría tratarse tanto de excepciones procesales como sustantivas. Veamos.

18.1. Excepciones procesales

Son las relativas a cuestiones formales.

Sería el caso de la prescripción o de la caducidad si cualquiera de ellas hubiese acaecido con respecto a la obligación principal. Es evidente que si ello fuera así, el fiador podría deducir estas excepciones a su favor, a pesar de que el deudor hubiere renunciado a ellas. Esto es así en la medida que el fiador sólo responde ante el acreedor si el deudor no le puede pagar. No interesaría, entonces, si el deudor hubiera renunciado a tales excepciones, pues podría haberse coludido con el acreedor de la obligación para ser liberado y cargar el peso de la deuda, en exclusiva, sobre los hombros del fiador.

18.2. Excepciones sustantivas

Son las referidas a defensas de fondo.

Sería el caso en que el deudor hubiese pagado todo o parte de la deuda o la hubiese honrado con el acreedor, caso en el cual se extinguiría la fianza por ser un contrato accesorio y de garantía sobre una obligación que habría dejado de existir.

Lo propio ocurriría si la obligación del deudor se hubiese extinguido por cualquiera de los medios extintivos de las obligaciones o por un medio distinto.

La regla de las excepciones que puede oponer el fiador al acreedor encuentra, a su vez, una excepción consistente en aquellas excepciones que sean inherentes a la persona del propio deudor, como sería el caso en el cual dicho deudor fuese acreedor, en otra obligación, de su deuda en la obligación bajo análisis. Si ambas obligaciones consistiesen en dinero, entonces esa persona (el deudor afianzado) podría oponer la compensación contra su acreedor y así extinguir la obligación. Pero es evidente que se trata de una excepción personal al deudor de nuestro ejemplo, la misma que nunca podría oponer el fiador al acreedor.

En ese sentido, concordamos con la solución que brinda a este tema la parte final del artículo 1885.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

19. Fianza indivisible y mancomunada

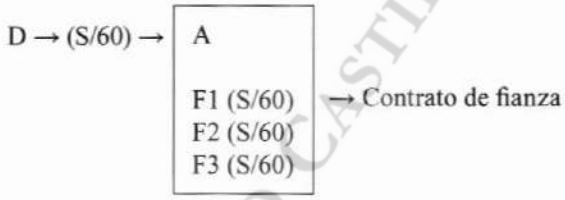
El artículo 1886 aborda el tema de la responsabilidad indivisible de los fiadores. El texto es el siguiente:

> Artículo 1886.- «Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda y todos ellos se hubieran obligado a prestaciones iguales, cada uno responde por el íntegro de su obligación, salvo que se haya pactado el beneficio de la división».

Este es uno de los pocos supuestos en que la indivisibilidad de la obligación proviene del mandato de la ley.

El supuesto es que se trate de una obligación en la que la deuda ha sido garantizada por más de un fiador, pero todos ellos se hubiesen obligado a responder por el íntegro.

Veamos.



En este caso, si los tres fiadores se hubiesen obligado por el íntegro de la deuda, entonces nos encontraríamos frente a una fianza de carácter indivisible, por lo que el acreedor podría dirigirse contra cualquiera de ellos para cobrar el íntegro de la fianza. En el ejemplo propuesto se trataría de una obligación indivisible y mancomunada, prevaleciendo las reglas de las obligaciones indivisibles.

Debemos señalar que el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) se equivoca al señalar en la sumilla del artículo 1886 que se trata de una responsabilidad solidaria. No olvidemos lo dispuesto por el artículo 1183 del propio Código Civil, en el sentido de que la solidaridad no se presume y que sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa. Y ocurre que el artículo 1886 del Código en ningún extremo establece solidaridad. La solidaridad no se puede deducir del hecho de que los fiadores respondan por el todo. Esto es indivisibilidad y nada más.

No hay norma legal expresa que establezca para este caso la solidaridad, razón por la cual estamos frente a una obligación indivisible y mancomunada. Es claro que en la relación interna entre los cofiadores cada uno de ellos debe cargar con el peso de un tercio de la fianza.

FONDO MARIO CASTILLO FREYRE

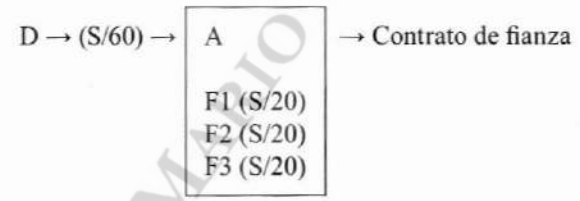
La excepción a la indivisibilidad legal que impone para estos fiadores el artículo 1886, se presenta, como lo establece la propia norma, cuando se haya pactado (entre fiadores y acreedor) el beneficio de la división. En este caso, estaremos en presencia de una obligación divisible y mancomunada.

20. Fianza divisible y mancomunada

El artículo 1887 del Código Civil aborda la fianza divisible y mancomunada. Su texto es el siguiente:

> Artículo 1887.- «Si se ha estipulado el beneficio de la división, todo fiador que sea demandado para el pago de la deuda puede exigir que el acreedor reduzca la acción a la parte que le corresponde.
>
> Si alguno de los fiadores es insolvente en el momento en que otro ha hecho valer el beneficio de la división, éste resulta obligado únicamente por esa insolvencia, en proporción a su cuota».

Esta norma, a diferencia del artículo 1886, trata acerca de una fianza divisible y mancomunada. Sería el caso en el cual cada uno de los fiadores se hubiese obligado a garantizar solamente una parte de la deuda principal. Así como en el siguiente ejemplo:



En el ejemplo, cada cofiador se habría obligado a cubrir un tercio de la deuda. Es decir que sus garantías sólo cubrirían una parte de la obligación principal.

Sin embargo, el ejemplo citado es sólo un caso de divisibilidad, pues bien podría ocurrir que los fiadores, sumando sus garantías, no cubran el 100 % de la obligación principal.

Pero volviendo a nuestro ejemplo, en él se trataría de una fianza divisible, dado que cada cofiador sólo responderá por 20 soles, lo que significa que el acreedor sólo podría cobrar esa cantidad a cada uno de ellos y que aquél que hubiere pagado esa suma, se libera de responsabilidad, independientemente de si sus otros cofiadores terminan pagando o no.

El artículo 1887 incurre en un error conceptual al señalar que si alguno de los fiadores es insolvente en el momento en que otro ha hecho valer el beneficio

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de la división, éste resulta obligado únicamente por esa insolvencia, en proporción a su cuota. Esto significa que a pesar de ser cofiadores divisibles y mancomunados, la insolvencia de uno de ellos debería ser asumida por los otros. En nuestro ejemplo, si F1 fuese insolvente, ello significaría que tanto F2 como F3 tendrían que responder por esa insolvencia en proporciones iguales. Así, F2 terminaría obligado por sus 20 soles originales más los 10 soles del 50 % de la insolvencia de F1. Lo propio ocurriría con F3.

Esta solución es injusta y antitécnica. Ello no debería corresponder al artículo 1887, sino al 1886, dado que este último sí regula el caso de fiadores de fianza indivisible, lo que implica que ante la insolvencia de cualquiera de ellos, los demás pagan siempre el íntegro, pero en la relación interna acrece la participación de los solventes de manera proporcional a su garantía. En el caso de nuestro ejemplo, en el artículo 1886, cada cofiador en la relación interna terminará asumiendo 20 soles + 10 soles. Todo esto, por lo demás, concuerda con lo expresado al analizar, en otra obra, lo relativo al artículo 1204 del Código Civil.[1689]

Debemos señalar, antes de concluir estos comentarios al artículo 1887, que en el caso de este artículo, así como en el de 1886, los fiadores siempre gozarán del beneficio de excusión, al no ser una fianza solidaria, sino simple.

21. Beneficio de excusión en la subfianza

El artículo 1888 del Código Civil regula el beneficio de excusión en la subfianza. Su texto es el siguiente:

> Artículo 1888.- «El subfiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor».

Ya había sido explicado por nosotros que el beneficio de excusión no sólo beneficia al fiador en la fianza simple, sino también al subfiador, quien tiene el beneficio de excusión tanto con respecto al fiador (lo que resulta evidente), como también con respecto al deudor. Ello es correcto en la medida de que el subfiador es el tercero en la fila para responder frente al acreedor. En este caso se sigue la misma lógica que con el fiador respecto al deudor. No habría razón alguna para que ello sea diferente.

22. Subrogación del fiador

El artículo 1889 del Código Civil regula la subrogación del fiador. El texto de la norma es el siguiente:

1689 *Idídem*, vol. II, pp. 642 a 646.

> Artículo 1889.- «El fiador que paga la deuda queda subrogado en los derechos que el acreedor tiene contra el deudor.
>
> Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente ha pagado».

De conformidad a lo establecido por el inciso 2 del artículo 1260 del Código Civil, la subrogación opera de pleno derecho en favor de quien por tener legítimo interés cumple la obligación.

No cabe duda de que el fiador califica como un tercero interesado, razón por la cual se encuadra en el supuesto del inciso 2 del artículo 1260 del Código Civil.

Por lo demás, remitimos al lector a nuestras apreciaciones sobre el particular.[1690]

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 1889 establece que si el deudor hubiere transigido con el fiador, no podrá pedir al deudor más de lo que realmente ha pagado. Esto es lógico, pues si la transacción ha beneficiado al fiador, es natural que ella beneficie también al deudor de la obligación. Si se permitiera al fiador reclamar al deudor, vía subrogación, por más de lo que efectivamente ha pagado, se le estaría concediendo un enriquecimiento indebido o sin causa.

23. Indemnización al fiador. Alcances

El artículo 1890 del Código Civil regula los alcances de la indemnización que deberá pagar el deudor al fiador. El texto de la referida norma es el siguiente:

> Artículo 1890.- «La indemnización que debe serle pagada al fiador comprende:
>
> 1.- El total de lo pagado por el fiador.
>
> 2.- El interés legal desde que hubiese hecho saber el pago al deudor, aunque no lo produjese para el acreedor.
>
> 3.- Los gastos ocasionados al fiador, después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago.
>
> 4.- Los daños y perjuicios, cuando procedan».

Este artículo aborda varios temas. Los analizaremos en detalle.

23.1. El total de lo pagado por el fiador (inciso 1)

Esta obligación es mero efecto de la subrogación operada por el artículo 1260, inciso 2 del Código Civil. La solución resulta evidente. Es, además, redundante,

1690 *Ibidem*, vol. III, pp. 1261 a 1301.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

pero no perjudicial, para que se encuentren claros los alcances de las obligaciones del deudor frente al fiador que pagó el íntegro o una parte de su deuda. En este caso, habrá subrogación total o parcial, según corresponda.

23.2. Interés legal (inciso 2)

El inciso 2 establece que el deudor también deberá pagar al fiador el interés legal desde que hubiese hecho saber del pago al deudor, aunque no lo produjese para el acreedor.

Debe repararse en que el interés legal aquí no se generará desde que se hubiere constituido en mora al deudor, lo que sería congruente con la intimación y la teoría recogida por el Código Civil peruano de 1984 en su artículo 1333. Pero aquí los intereses legales correrán desde que el fiador ponga en conocimiento del deudor que ha pagado la obligación. Esta norma equipara los efectos de esta simple notificación a un requerimiento de pago. Interesante, pues está asumiendo que una vez que fuese notificado del pago, el deudor deberá pagar de inmediato al fiador. Pero mucho cuidado, pues debe tenerse en cuenta el principio de localización o lugar de pago, que parte de la idea de que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario (artículo 1238 del Código Civil). Entonces, si el fiador (en este caso, acreedor) no va a cobrar al domicilio del deudor, entonces no podría haber mora.

Complicado tema, pues, como vemos, el precepto especial de fianza (artículo 1890, inciso 2) se opone a la regla general de mora (artículo 1333) y a la de lugar de pago (artículo 1238). Consideramos que el precepto especial resulta impracticable, por lo que deberían regir las normas generales.

Finalmente, el inciso 2 del artículo 1890 establece que el deudor deberá tales intereses legales aunque no los produjese para el acreedor. Ello resulta lógico, en la medida que se trata de resarcir la mora del deudor con respecto al fiador que honró su obligación, lo que —en este estado de cosas— nada tiene que ver con las características que revestía en esta materia (intereses legales) la obligación que tiene el deudor para con el fiador.

23.3. Los gastos ocasionados al fiador (inciso 3)

El inciso 3 establece que el deudor también deberá pagar al fiador los gastos ocasionados a este último después de poner en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago.

Nótese cómo aquí sí se habla de requerimiento de pago, a diferencia del inciso 2 en que sólo se habla de una puesta en conocimiento del deudor de que se ha pagado. El inciso 3 sí reviste coherencia con el artículo 1333 del propio Código Civil y se tratará de gastos moratorios, lo que, al fin y al cabo, no es otra cosa que daños y perjuicios moratorios, de los indicados en el inciso 4 del propio artículo 1890, que veremos seguidamente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

23.4. Los daños y perjuicios (inciso 4)

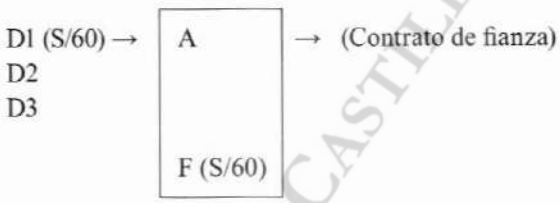
Esta norma se refiere a los daños y perjuicios. Ellos podrían ser, como resulta obvio, compensatorios o moratorios. Sobre el particular remitimos al lector a nuestros comentarios vertidos en una obra anterior.[1691]

24. Subrogación de fiador de codeudores solidarios

El artículo 1891 del Código Civil trata acerca de este tema y su texto es el siguiente:

> Artículo 1891.- «Si son varios los deudores obligados solidariamente, el fiador que ha garantizado por todos puede subrogarse contra cualquiera de ellos por el íntegro de lo pagado».

Este es el supuesto en el cual tengamos como deudores a más de uno y ellos tengan la condición de solidarios. Veamos:



En tal caso, si el fiador terminara pagando la deuda al acreedor, el artículo 1891 establece que ese fiador se podría subrogar en el lugar del exacreedor, para dirigirse contra cualquiera de los fiadores solidarios, y cobrar el íntegro. En buena cuenta, lo que quiere decir el artículo 1891 es que la solidaridad que tenían los deudores con respecto al acreedor común se mantendrá con respecto al fiador que hubiese pagado la deuda de tales codeudores.

Suena lógico y es una precisión pertinente con respecto al tema de la subrogación. Creemos que el artículo 1260 cubre el tema, pero al ser una materia compleja, no está de más la aclaración.

25. Improcedencia de la acción contra el deudor principal

El artículo 1892 regula este tema. La norma tiene el siguiente texto:

> Artículo 1892.- «El fiador no tiene acción contra el deudor si, por haber omitido comunicarle el pago efectuado, éste ha cancelado igualmente la deuda.
>
> Lo expuesto es sin perjuicio del derecho de repetición del fiador contra el acreedor».

1691 *Ibidem*, vol. V, pp. 2205 a 2213.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este artículo es importante, pues de manera implícita indica que es deber del fiador que paga la deuda el comunicarlo de inmediato al deudor de la obligación principal, a efectos —naturalmente— de que no la pague.

Nótese cómo de no efectuar el fiador esta comunicación al deudor estará dejando la posibilidad de que el deudor pague una segunda vez, claro está, si nos encontrásemos frente a un acreedor nada serio, esto pues resulta evidente que el acreedor debería negarse a recibir ese segundo pago.

En caso lo hubiese aceptado, el deudor habría pagado bien, pues no era adivino para conocer el primer pago hecho por el fiador. Así, el fiador que no notificó al deudor del pago realizado carecerá de acción contra ese deudor.

Todo ello, como lo indica la parte final del artículo 1892, será sin perjuicio del derecho de repetición del fiador contra el acreedor. Esto es lógico, pues de no poder accionar contra el acreedor, éste se estaría enriqueciendo indebidamente a costa del fiador.

26. Repetición del fiador contra cofiadores

El artículo 1893 aborda este tema de la siguiente manera:

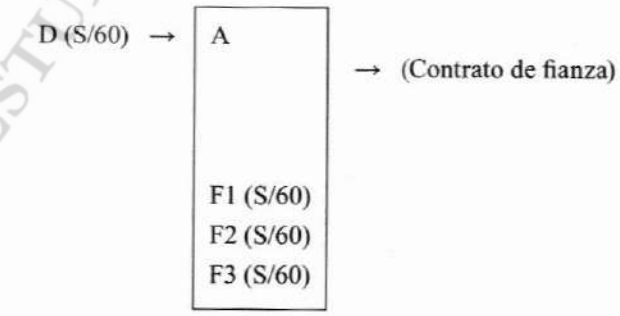
> Artículo 1893.- «Cuando varias personas otorgan fianza a un mismo deudor por la misma deuda, el fiador que haya pagado tiene acción contra los demás fiadores por su parte respectiva. Si alguno de ellos resulta insolvente, la parte de éste se distribuye proporcionalmente entre los demás».

Cuando varias personas otorgan fianza a un mismo deudor por la misma deuda, nos encontraremos en el supuesto de la norma.

En ese sentido, podría tratarse de cofiadores o de fiadores independientes.

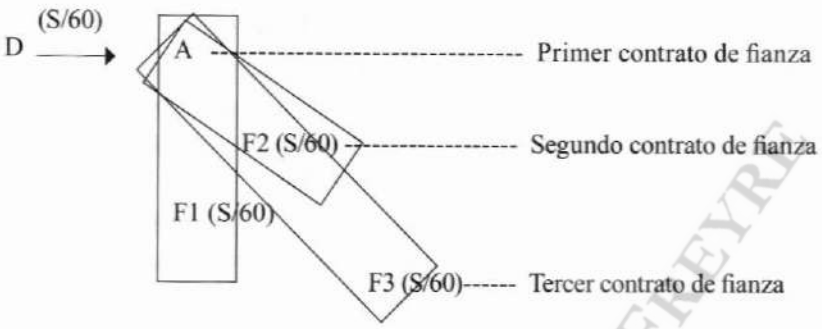
Veamos.

Cofiadores



ESTUDIO MARIO CASTILLO FEVRE

Fiadores independientes



En cualquiera de estos casos, en el entendido de que, tanto en la cofianza como en el supuesto de fiadores independientes, todos los fiadores hubiesen garantizado el íntegro de la obligación principal, el fiador que haya pagado tiene acción contra los demás fiadores por su parte respectiva.

En el supuesto de la cofianza será claro, en función de que estamos hablando de la relación interna entre diferentes fiadores de prestación indivisible.

Para la hipótesis de fiadores independientes, la ley está aplicando idéntica solución, lo que equivale a decir que, a pesar de tratarse de fiadores que han celebrado con el acreedor distintos contratos de fianza, deberán arreglar cuentas en una relación interna similar a si fuesen cofiadores, es decir, si hubiesen pactado en conjunto una fianza con el acreedor.

La insolvencia de alguno de los cofiadores o de alguno de los fiadores independientes se resolverá distribuyendo la parte del insolvente de manera proporcional entre los demás; a cuyo efecto hacemos aplicables las consideraciones de nuestro estudio del artículo 1204 del Código Civil.[1692]

27. Excepciones del deudor contra el fiador

Este tema se encuentra regulado en el artículo 1894, norma de texto siguiente:

> Artículo 1894.- «Si el fiador paga sin comunicarlo al deudor, éste puede hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor».

Como se recuerda, el artículo 1885, ya estudiado, establece que el fiador puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que corresponden al deudor, aunque éste haya renunciado a ellas, salvo las que sean inherentes a su persona.

1692 *Ibidem*, vol. II, pp. 642 a 646.

En el caso del artículo 1894 hablamos de las excepciones que puede oponer el deudor contra el fiador.

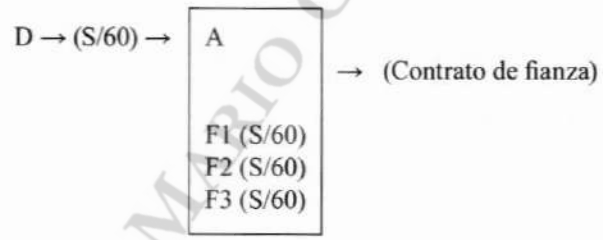
La solución es muy justa, pues si el fiador paga sin comunicarlo al deudor (se entiende, sin haberle consultado antes de realizar el pago), entonces es de justicia que el deudor pueda oponer al fiador tanto las excepciones comunes como las que le eran inherentes a su relación con el acreedor. En tal caso, el fiador asumirá las consecuencias de su inconsulto proceder. Creemos que el fiador que paga sin consultar al deudor (titular de la deuda y quien más conoce sobre la situación en que se encuentra la obligación), en realidad está procediendo de manera temeraria y debe asumir las consecuencias de ello.

28. Excepciones entre cofiadores

El artículo 1895 regula esta materia de la siguiente manera:

> Artículo 1895.- «Los cofiadores pueden oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor contra el acreedor y que no sean inherentes al deudor».

El supuesto sería, por ejemplo, el siguiente:



Lo que se establece en el artículo 1895 es que si uno de los cofiadores hubiese pagado, por ejemplo, el íntegro de la obligación y de esa fianza indivisible, cuando ese exfiador se subrogue en el lugar del acreedor para cobrar a sus excompañeros de fianza, estos últimos le podrán oponer al excofiador que pagó, las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor contra el acreedor (es decir, las excepciones comunes), pero no le podrán oponer las que sean inherentes a la relación personal entre el deudor y el acreedor.

Esta norma guarda plena sintonía con los demás preceptos del contrato de fianza que regulan temas similares.

29. Pago anticipado del fiador

El artículo 1896 regula el supuesto del pago anticipado por parte del fiador.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Su texto es el siguiente:

> Artículo 1896.- «El fiador que pagó anticipadamente la obligación principal no puede subrogarse contra el deudor sino después de vencido el plazo de aquélla».

En sede de pago con subrogación es menester recordar lo establecido por el artículo 1262 del Código Civil, en el sentido de que la subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado.

Todo lo expresado incluye, naturalmente, el tema de los plazos que afectasen a la obligación. Así, si ella estuviese sujeta a un plazo suspensivo, a partir del cual el cobro de la deuda recién resultara exigible, es evidente que si el fiador pagara antes de vencer el plazo, tendría que esperar dicho vencimiento para recién ahí poder cobrar al deudor. Por más pago anticipado que hubiese hecho el fiador, ello no altera los términos de la obligación principal y, por ende, los efectos de la subrogación.

30. Acciones del fiador antes del pago

Este tema es abordado por el artículo 1897 del Código Civil, norma de texto siguiente:

> Artículo 1897.- «El fiador puede accionar contra el deudor, antes de haber pagado, para que éste lo releve o, en su defecto, preste garantía suficiente para asegurarle la satisfacción de sus eventuales derechos de subrogación en los casos siguientes:
>
> 1.- Cuando el deudor es citado judicialmente para el pago.
>
> 2.- Cuando el deudor deviene insolvente o realiza actos tendientes a la disminución de su patrimonio.
>
> 3.- Cuando el deudor se obligó a relevarlo de la fianza dentro de un plazo determinado y éste ha vencido.
>
> 4.- Cuando la deuda se ha hecho exigible».

El hecho de ser fiador no implica solamente el deber de pagar a falta de cumplimiento del deudor. La ley se encarga de proteger también los derechos del fiador a efectos de que no quede desprotegido frente al deudor, cuando le corresponda cobrarle vía subrogación en la posición del acreedor.

De esta forma, el artículo 1897 se encarga de establecer una serie de supuestos en los cuales el fiador podrá accionar contra el deudor antes de haber pagado al acreedor.

El objeto de estas acciones (pretensiones) podrá consistir en:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

a) Pedir que el deudor releve al fiador, lo que implica que lo dispense de la garantía. Una situación curiosa, por cierto, en la medida que la obligación del fiador está contraída con el acreedor y no necesariamente con la participación del deudor, en cuya ausencia o incluso contra su voluntad se puede afianzar (argumento del artículo 1869 del Código Civil).

b) Exigir que el deudor preste garantía suficiente al fiador para asegurarle la satisfacción de sus eventuales derechos de subrogación.

Los supuestos en que el fiador puede proceder de esta manera serán los siguientes.

30.1. Cuando el deudor es citado judicialmente para el pago (inciso 1)

Esta sería, tal vez, una situación en la que el deudor se verá constreñido a pagarle de manera inminente. De ahí que el Código Civil otorga al fiador la posibilidad de tutelar sus derechos frente a esa deuda.

30.2. Cuando el deudor deviene insolvente (inciso 2)

Para tales efectos se requerirá que el deudor sea declarado formalmente insolvente. Sería la mejor prueba para que el fiador necesite proteger su futura eventual subrogación contra ese deudor.

30.3. Cuando el deudor realiza actos tendientes a la disminución de su patrimonio (inciso 2)

Esta situación alertaría el peligro para el fiador. La lógica de que en este caso se le permita accionar para el resguardo de su patrimonio es incuestionable.

30.4. Cuando el deudor se obliga a relevarlo de la fianza dentro de un plazo determinado y éste ha vencido (inciso 3)

El vencimiento de ese plazo y el no relevo del fiador encenderá todas las señales de alarma y facultará al fiador para accionar contra el deudor en la protección de sus derechos frente al deudor. En este supuesto en concreto, el fiador ha debido dejar de tener tal condición y ya haber sido reemplazado por otro. Así de simple.

30.5. Cuando la deuda se ha hecho exigible (inciso 4)

Entendemos que la aplicación de este supuesto será posible en tanto y en cuanto hubiese ocurrido eso, pero, además, el deudor hubiere sido requerido para el pago por el acreedor y el deudor no hubiera pagado, lo que lo colocaría en estado moratorio. Lo propio ocurriría en cualquier supuesto en que se hubiese producido mora automática (argumento del artículo 1333).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es natural que si el deudor ya se halla en estado moratorio, el fiador tendrá todas las razones para preocuparse, pues será inminente que el acreedor se dirija contra él, previa excusión, en caso de ser fiador simple, o directa y conjuntamente con el deudor, en caso ser fiador solidario.

31. Fianza por plazo determinado

Este tema se encuentra regulado en el artículo 1898, norma de texto siguiente:

> Artículo 1898.- «El fiador que se obliga por un plazo determinado, queda libre de responsabilidad si el acreedor no exige notarial o judicialmente el cumplimiento de la obligación dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo, o abandona la acción iniciada».

La fianza por plazo determinado tiene para el fiador la ventaja de obligarlo como garante sólo hasta el vencimiento del plazo. Así, en razón de lo dispuesto por el artículo bajo comentario, el fiador quedaría liberado si el acreedor no le exige notarial o judicialmente el cumplimiento de la obligación dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo (plazo más quince días naturales) o si abandona la acción iniciada (es decir, si el proceso judicial cae en abandono), lo que implicará que el acreedor ha perdido interés en el cobro al fiador.[1693] Por lo menos, así lo entiende la ley (artículo 1898).

32. Fianza a plazo indeterminado

Este tema es tratado por el artículo 1899 del Código Civil, precepto de texto siguiente:

> Artículo 1899.- «Si la fianza se ha otorgado sin plazo determinado, puede el fiador pedir al acreedor que cuando la deuda sea exigible, haga efectivo su derecho y demande al deudor. Si el acreedor no ejercita ese derecho en el plazo de treinta días después de requerido o si abandona el procedimiento, el fiador queda libre de su obligación».

Contraer una fianza a plazo indeterminado no significa que la fianza deba ser eterna. El fiador tiene, como es de esperar, todo el derecho de liberarse de la garantía en un lapso razonable. En ese sentido, el artículo bajo comentario concede al

1693 La Casación n.° 2750-2005-Lima, de 14 de junio de 2006, de la Sala Civil Transitoria, ha señalado que en el caso de la fianza a plazo determinado la ley ha previsto «que el fiador queda libre de responsabilidad si el acreedor no exige notarial o judicialmente el cumplimiento de la obligación dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo, o si abandona la acción iniciada; en cambio, en la fianza a plazo indeterminado, como no hay plazo, el fiador puede pedir al acreedor que cuando la deuda sea exigible, haga efectivo su derecho y demande al deudor. Si el acreedor no ejercita ese derecho en el plazo de treinta días después de requerido o si abandona el procedimiento, el fiador quedará libre de su obligación». Véase en https://vlex.com.pe/vid/casacion-constitucional-social-transitoria-34749190

fiador a plazo indeterminado el derecho de pedir al acreedor que cuando la deuda sea exigible, haga efectivo su derecho y demande al deudor.[1694]

Nótese cómo este pedido del fiador al acreedor podrá realizarse antes o después de vencido el plazo de la obligación principal.

Si el fiador hubiese procedido en ese sentido y el acreedor le hubiese hecho caso omiso y no ejerciera ese derecho en el plazo de treinta días (entendemos después del requerimiento), si ya hubiese vencido el plazo; o después del vencimiento del plazo, si el requerimiento se hubiera efectuado antes de que el mismo venciera, el fiador quedará liberado de su obligación, lo que equivale a decir que la fianza se habrá extinguido.

Lo propio ocurrirá si el acreedor abandona el proceso de cobro que hubiere iniciado contra el deudor. Se entenderá que ante esa falta de interés de cobrar en el acreedor, lo que correspondería en justicia sería liberar al fiador.

33. Liberación del fiador por dación en pago

Este tema se halla abordado en el artículo 1900 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 1900.- «Queda liberado el fiador si el acreedor acepta del deudor un bien en pago de la deuda, aunque después lo pierda por evicción».

El artículo 1900 trata sobre las consecuencias de que el acreedor libere al deudor por dación en pago. La consecuencia que asigna a esta situación es la liberación del fiador. Esto es natural, en virtud de que ya no existiría obligación alguna que garantizar, pues ésta ya se habría extinguido por un medio de extinción distinto al pago, en estricto.

Lo propio ocurriría si el acreedor y el deudor hubiesen extinguido la obligación vía novación, transacción u otro medio típico o atípico de extinción de las obligaciones.

El artículo 1900 se coloca en el caso de que el bien recibido por dación en pago, luego se pierda por evicción.

Es natural que el acreedor pueda accionar contra su exdeudor, pero por las acciones propias del saneamiento por evicción. Ello, por lo demás, también

1694 «La renuncia expresa al beneficio de excusión, faculta al acreedor a dirigirse en primer término al fiador, o al deudor principal, o a ambos simultáneamente, a efecto de concretizar el cobro de su crédito, mas no puede interpretarse que dicha renuncia implica que el fiador no obstante haber otorgado fianza a plazo indeterminado, no pueda liberarse de su obligación bajo los términos precisados en el artículo 1899 (...)». Casación n.° 1312-2014-Lima, de 27 de enero de 2015, de la Sala Civil Permanente. Pozo Sánchez, J. *Op. cit.*, p. 1288.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

podría presentarse si el bien se perdiera por un vicio oculto o por hecho propio del trasferente.

Pero ninguna de esas situaciones podría hacer que la obligación extinguida resucite, ni que la fianza vuelva a la vida jurídica.

Los garantes no pueden estar sujetos a vicisitudes o inequidades de esta naturaleza.

34. Extinción de la fianza por prórroga al deudor

Este tema es abordado por el artículo 1901 del Código Civil, norma de texto siguiente:

> Artículo 1901.- «La prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el asentimiento del fiador extingue la fianza, salvo que éste la haya aceptado anticipadamente».

Con base en el principio de identidad, cualquier modificación que hiciere más gravosa la obligación a garantizar, extinguiría la fianza, dentro de lo que se incluye lo señalado por el artículo 1901, en el sentido de que la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el asentimiento del fiador extingue la fianza.

El único cambio inconsulto que entendemos no extinguiría la fianza, sería si el deudor y el acreedor acuerden la extinción parcial de la obligación. Ello sería evidente. En los demás casos, al alterarse el contenido de la obligación garantizada se extinguiría la fianza.

La excepción a esta extinción de la fianza se presenta cuando el fiador hubiese participado en el acuerdo o hubiera dado su asentimiento previo.

35. Liberación del fiador por no ser posible su subrogación

Esta materia es abordada por el artículo 1902 del Código Civil:

> Artículo 1902.- «El fiador queda liberado de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no pueda subrogarse».

La liberación del fiador se produce en caso por algún hecho imputable al acreedor no pueda subrogarse. No resulta fácil el pensar en supuestos que calcen dentro del ámbito del artículo 1902 del Código nacional. Ello en la medida que luego de recibir el pago, al acreedor solo le corresponderá, otorgar al fiador el recibo correspondiente, dando por cancelada la obligación. En ese sentido, le corresponderá la automática aplicación del inciso 2 del artículo 1260 del Código Civil, produciéndose un caso de subrogación legal o de pleno derecho.

Es más, el artículo 1260 no necesita de requisito adicional para que proceda la subrogación. No olvidemos que ella opera de pleno derecho.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

36. Consolidación entre deudor y fiador

El artículo 1903 del Código Civil aborda este tema. Su texto es el siguiente:

> Artículo 1903.- «La consolidación del deudor con el fiador, no extingue la obligación del subfiador».

Como sabemos, la consolidación, en Derecho de Obligaciones, es la figura por la cual se reúnen en una misma persona las calidades contradictorias de acreedor y deudor, situación que extinguirá la obligación. Pero esta figura también se suele emplear cuando concurren en una misma persona las calidades contradictorias de dos partes contratantes. Como ocurriría, por ejemplo, si muere el arrendador y su único heredero es el arrendatario. Aquí, será evidente que se extinguirá el contrato de arrendamiento, pues no se puede ser, a la vez, arrendador y arrendatario de sí mismo.

Lo que plantea el artículo 1903 es la consolidación entre el deudor y el fiador, lo que se podría graficar de la siguiente manera:



En ese sentido, lo que se extinguirá será la fianza, pues el deudor no podría ser fiador de una obligación propia. Así, luego de la consolidación, sólo tendremos:

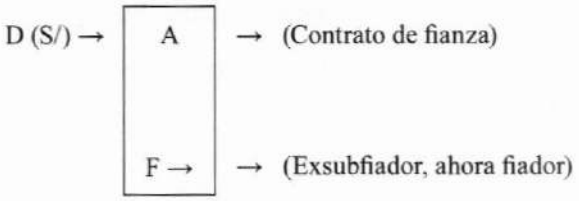
$$D \rightarrow A$$

Pero lo que plantea el artículo 1903 es la eventual existencia de un subfiador, caso en el cual la consolidación del deudor con el fiador no extinguirá la obligación del subfiador, pero lo que debemos aclarar es que éste ya no tendrá tal condición, sino la de fiador, pues, como acordamos, luego de la consolidación la obligación ha dejado de tener fiador.

$$D \rightarrow A$$

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Así, ahora tendremos el siguiente esquema:



Para terminar, es necesario decir que la eventual consolidación entre deudor y acreedor extingue la obligación y, como ineludible correlato, extinguiría también la fianza y cualquier otra garantía que pudiere existir.

37. Documentos que no constituyen fianza

El artículo 1904 del Código Civil se ocupa de este tema:

> Artículo 1904.- «Las cartas de recomendación u otros documentos en que se asegure o certifique la probidad o solvencia de alguien no constituyen fianza».

Esta norma representa un exceso de celo del legislador de 1984, dado que las cartas de recomendación, tarjetas de presentación de terceros o documentos similares sólo forman parte de los usos sociales y nunca se ha entendido como que constituyen contratos de fianza, así como tampoco que quien los otorgue deba responder por eventuales obligaciones o contratos incumplidos por el sujeto merecedor de esa confianza, tal vez defraudada en el futuro.

Esta norma es, sin lugar a dudas, una demasía, pero, en verdad, hay que reconocer que jamás ha acarreado problemas prácticos, razón por la cual nunca se ha propuesto su derogatoria.

38. Fianza legal. Normas supletorias

El artículo 1905 del Código Civil trata acerca de la fianza legal:

> Artículo 1905.- «Los artículos 1868 a 1904 rigen, en cuanto sean aplicables, la prestación de la fianza en los casos en que ésta es necesaria por disposición de la ley».

Señala que para la fianza legal resultarán aplicables, *mutatis mutandis*, los artículos 1868 a 1904 que son, precisamente, aquellos que regulan la fianza convencional y que nos hemos encargado de comentar.

Consideramos pertinente esta disposición.

La fianza legal es aquella que se tiene que otorgar por mandato o disposición de la ley.

Según sea el caso, habrá que ver qué artículos resulten aplicables y cuáles no.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CONTRATO DE RENTA VITALICIA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El contrato de renta vitalicia

1. Concepto

El artículo 1923 del Código Civil recoge, aunque a medias, el concepto de contrato de renta vitalicia. Veamos:

> 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».

Este contrato tiene dos partes. Por un lado, tenemos al constituyente de la renta vitalicia, que es quien se obliga con el beneficiario de esa renta a entregársela en los periodos que pacten.

A su vez, hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 1926 del propio Código, cuando establece que para la duración de la renta vitalicia, como su nombre lo indica, debe señalarse la vida de una o varias personas, las mismas que podrán ser las de los contratantes o, incluso, de terceras personas.

La prestación que deberá ejecutar el obligado a pagar la renta consistirá en dinero u otro bien fungible. Por ejemplo, esa renta se podrá pactar en frutas, como manzanas, o menestras, como garbanzos. Lo importante es que esta renta sirva al beneficiario de la misma, en su sustento o para cualquier otro efecto.

Entendemos que, a pesar de no establecerlo el artículo 1923, no habría impedimento conceptual alguno en que la renta vitalicia se convenga en bienes inciertos (determinables) o incluso en bienes ciertos, con cuya renta el beneficiario podría obtener una renta líquida con la que satisfaga sus necesidades.

La renta vitalicia es un contrato de duración, en la modalidad periódica, pues la renta se pagará en periodos de tiempo, semanas, meses, etc.

2. Clases de renta vitalicia

El artículo 1924 establece lo siguiente:

> Artículo 1924.- «La renta vitalicia puede constituirse a título oneroso o gratuito».

Conforme a la norma citada, la renta vitalicia se celebra a título gratuito o a título oneroso. Sin embargo, dada la naturaleza de este contrato, en la gran mayoría de casos se celebrará a título gratuito.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Un ejemplo de renta vitalicia a título oneroso sería aquel por el cual quien pagara la renta se obligue con otras personas, por lo que dure la vida del segundo y este último se comprometa a transferir la propiedad de un inmueble determinado a favor de los herederos de su contraparte apenas hubiere fallecido.

3. Formalidad

La renta vitalicia es un contrato de formalidad solemne, pues se deberá constituir por escritura pública, bajo sanción de nulidad. No vamos a ahondar acerca de las razones por las cuales el legislador de 1984 ha establecido esta formalidad para algunos contratos, pues ya lo hemos hecho al estudiar varios de ellos.

En el caso de la renta vitalicia lo hace en el artículo 1925:

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

4. Duración de la vida a consignar

El artículo 1926 establece lo 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 concluya la renta, cuando se hubiere fijado en cabeza de varias personas».

En primer lugar, este artículo indica que para la duración de la renta vitalicia deberá señalarse la vida de una o varias personas, y agrega que si se hubiese fijado la vida de varias personas, deberá establecerse en el contrato la vida en que concluya la renta. En estos casos, podrá ser la de alguna persona en especial o la que termine primera de todas, la que termine última o cualquier otra solución que deseen las partes.

No está de más recordar que las vidas a considerar para estos efectos serán las de los contratantes o de terceros.

5. Causales de nulidad

El artículo 1927 del Código Civil establece lo siguiente:

> 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 constituida 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».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es evidente que la renta vitalicia podría estar afecta, como ocurre con cualquier acto jurídico, a cualquier causal de nulidad. Lo que hace el artículo bajo comentario es referirse a causales especiales de nulidad. Se trata de dos casos.

5.1. Aquella renta vitalicia cuya duración se fijó en cabeza de una persona que hubiera muerto a la fecha de la escritura pública (primer párrafo)

Esta nulidad no representa, en verdad, novedad alguna, pues se trataría de un caso de acto jurídico con objeto jurídicamente imposible, pues no sería posible computar el plazo de la renta vitalicia.

5.2. Aquella renta vitalicia constituida 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 (segundo párrafo)

Esta sí es una causal de nulidad especial y, en realidad, inútil, pues en caso no existiera, el contrato sería válido, pero se extinguirá cuando muera la persona en cuya cabeza se constituyó. Con la norma del artículo 1927 será nulo, dejando sin validez unos cuantos días de ejecución contractual.

Pensamos que esta norma tal vez hubiera podido centrarse en las rentas vitalicias a título oneroso, pero no en las celebradas a título gratuito.

6. Renta en favor de los herederos del acreedor si se tomó como referencia la vida de un tercero

El artículo 1928 del Código Civil establece lo siguiente:

> Artículo 1928.- «Cuando el acreedor de una renta constituida en cabeza de un tercero muere antes que éste, la renta pasa a sus herederos hasta la muerte del tercero».

Como sabemos, la renta vitalicia podrá ser constituida tomando como término final la vida de un tercero.

En este caso, cuando el acreedor de la renta vitalicia constituida en favor de tercero muere antes que el tercero, la renta pasará a los herederos del acreedor hasta la muerte del tercero. Ello por cuanto el plazo de la renta vitalicia continúa vigente al seguir vivo el tercero en cuya cabeza se constituyó.

La solución es justa.

7. Trasmisión de la obligación

El artículo 1929 del Código Civil trata sobre esta materia y establece lo siguiente:

> Artículo 1929.- «Cuando el deudor de la renta muere antes que el tercero en cuya cabeza se ha establecido su duración, la obligación se trasmite a los herederos de aquél».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Debemos recordar que el artículo 1218 del Código Civil establece que la obligación se trasmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario.

El artículo 1929 sigue la regla general del 1218 al establecer que cuando el deudor de la renta muere antes que el tercero en cuya cabeza se ha establecido su duración, la obligación se trasmite a los herederos del deudor de la renta. No existe inconveniente conceptual al respecto.

8. Cláusulas valoristas

El artículo 1235 del Código Civil se encarga de regular las cláusulas valoristas. Así, establece que:

> Artículo 1235.- «No obstante lo establecido en el artículo 1234, las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante.
>
> El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación.
>
> Si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago».

Esta norma resulta de aplicación a todo contrato típico o atípico en el que las partes quieran someter una deuda a valor constante, reajustándola con base en un valor de referencia determinado.[1695] Por esa razón, el artículo 1930 constituye una demasía al existir una norma general al respecto:

> Artículo 1930.- «Es válida la cláusula que permite el reajuste de la renta a fin de mantenerla en valor constante».

9. Pluralidad de beneficiarios

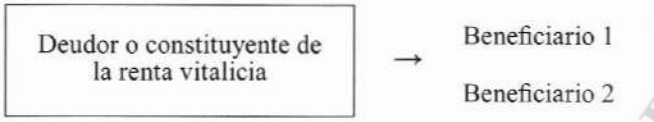
El artículo 1931 del Código Civil establece lo siguiente:

> Artículo 1931.- «Si al constituirse la renta en favor de varias personas, no se expresa la porción de que gozará cada una, se entiende que ellas se benefician por cuotas iguales».

1695 Sobre el particular hemos escrito en extenso en: Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*, vol. III, pp. 931 a 965.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este artículo parte del entendido de que se trata de más de un beneficiario de la renta vitalicia. Supongamos que sean dos.



Si la renta se hubiese convenido en dinero, se trataría de una obligación divisible y mancomunada. Igual ocurriría si se hubiese convenido en bienes fungibles que fueren divisibles entre los coacreedores, supuesto en el cual la obligación también sería divisible y mancomunada. Si los bienes no fueren divisibles, sería indivisible y mancomunada, en tanto que si las partes hubieren pactado solidaridad, se trataría de una obligación solidaria, más allá de si el objeto de la obligación fuese divisible o indivisible.

El artículo 1931 parte del valor entendido de que la renta vitalicia, como en la mayoría de casos, consiste en dinero y, por lo tanto, establece que los beneficiarios lo serán por cuotas iguales, norma concordante con lo establecido con carácter general para las obligaciones divisibles, en el artículo 1173, que señala lo siguiente:

> Artículo 1173.- «En las obligaciones divisibles, el crédito o la deuda se presumen divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores existan, reputándose créditos o deudas distintos e independientes unos de otros, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso».

10. Nulidad de la prohibición de cesión o embargo de la renta

El artículo 1932 del Código Civil establece lo siguiente:

> Artículo 1932.- «Es nulo el pacto que prohíbe la cesión de la renta constituida a título oneroso o el embargo de ésta por deuda de la persona a quien favorece».

Esta norma establece dos prohibiciones, a saber:

10.1. Del pacto que prohíbe la cesión de la renta constituida a título oneroso

Se considera que si el beneficiario de la renta se ha obligado a pagar una contraprestación por la renta que se han obligado a pagarle, pues tendrá todo el derecho de ceder la renta (cesión de derechos) a un tercero. Si se pactase que este pacto está prohibido, tal prohibición sería nula.

10.2. Del embargo de la renta vitalicia constituida a título oneroso por deuda que tuviere el beneficiario de la renta con el deudor de la renta

El Código estima que un embargo de estas características sería poco ético.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

11. Prueba de supervivencia

El artículo 1933 aborda este tema:

> Artículo 1933.- «El acreedor no puede pedir el pago de la renta si no justifica que vive la persona en cuya cabeza se constituyó, a no ser que la vida del acreedor fue la señalada para la duración del contrato».

Esta norma contempla dos supuestos:

11.1. El acreedor no puede pedir el pago de la renta si no justifica que vive la persona en cuya cabeza se constituyó

Este precepto tiene plena lógica, sobre todo cuando la edad de esta persona sea muy avanzada o cuando, por alguna otra circunstancia, resultara incierta su supervivencia, como sería el caso del padecimiento de una grave enfermedad.

11.2. El acreedor sí puede pedir el pago de la renta, si es que la vida del propio acreedor fue la señalada para la duración del contrato

Este supuesto se explica por sí solo, por lo que no requiere mayor detalle.

12. Falta de pago

El artículo 1934 establece lo siguiente:

> 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».

La regla general en torno al vencimiento de cuotas impagas está constituida por el artículo 1323 del Código Civil, que establece que:

> Artículo 1323.- «Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el incumplimiento de tres cuotas, sucesivas o no, concede al acreedor el derecho de exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuviesen pendientes, salvo pacto en contrario».

Nótese cómo el contrato de compraventa adopta similar principio en el artículo 1561, norma de texto siguiente:

> 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».

Como se puede observar, en sede de renta vitalicia el legislador de 1984 no ha procedido de la misma forma y, es más, ha establecido un precepto diferente que no autoriza el cobro de las cuotas sucesivas aún no vencidas. Esto por una

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

razón muy sencilla, y es que al ser el contrato de renta vitalicia uno de duración determinable (incierta), entonces al momento del incumplimiento de las rentas, ello sólo dará derecho al cobro de las pensiones ya vencidas y no al cobro de las no vencidas. Como decimos, ello obedecerá a que no se conoce siquiera si ellas se seguirán devengando, en tanto se desconoce cuánto vivirá la persona en cuya cabeza se constituyó la renta vitalicia.

De ahí que el artículo 1934 sólo conceda al acreedor el derecho a reclamar el pago de las pensiones vencidas y el aseguramiento de las futuras.

13. Resolución del contrato por no otorgamiento de garantía

El artículo 1935, que regula este tema, establece lo siguiente:

> 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».

Esta norma parte del supuesto en que la renta vitalicia se celebró a título oneroso y que el beneficiario de la renta, al inicio de la relación contractual, entregó un bien al deudor de la renta vitalicia. Sería el caso, por ejemplo, en el que le hubiere transferido la propiedad de un inmueble.

Si ese fuese el caso y el que se obligó a pagar la renta vitalicia no hubiere otorgado las garantías estipuladas en el contrato, el beneficiario de la renta podrá resolver la relación contractual.

14. Pago por plazo adelantado

El artículo 1936 regula este tema:

> Artículo 1936.- «Si se pactó que el pago se haría por plazos adelantados, se tiene por vencido el transcurrido desde la muerte de la persona sobre cuya vida se pactó la renta.
>
> Si el acreedor muere mientras transcurre la próxima prestación a pagar, se abonará la renta en proporción a los días en que ha vivido el sujeto en cuya cabeza se pactó.
>
> Si la prestación se paga anticipadamente, la renta es debida en su integridad».

Debe entenderse por plazo adelantado aquél en el cual el pago se tiene que efectuar el primer o los primeros días hábiles del periodo pactado. Así, si la renta vitalicia se hubiese pactado por periodos semanales, estaríamos hablando del lunes o martes de cada semana. Si fuera mensual, el primer o segundo día hábil del mes; y, así, sucesivamente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Entonces, lo que podría ocurrir en estos casos es que se efectúe el pago por parte del deudor de la renta vitalicia y, dentro de ese periodo ya pagado, muera la persona en cuya cabeza se ha constituido la renta vitalicia.

Así, el artículo 1936 establece dos supuestos distintos que veremos a continuación.

14.1 Si se pactó que el pago se haría por plazos adelantados, se tiene por vencido el transcurrido desde la muerte de la persona sobre cuya vida se pactó la renta

Esto significaría que el contrato dejará de tener efecto a la muerte de la persona en cuya cabeza se constituyó la renta, y el beneficiario de la misma que ya hubiese recibido el pago de la renta de ese periodo tendrá derecho a cobrar esa pensión recibida, pero ya no recibirá alguna más.

14.2. Si el acreedor muere mientras transcurre la próxima prestación a pagar, se abonará la renta en proporción a los días en que ha vivido el sujeto en cuya cabeza se pactó

Sería el caso en que habiéndose pactado el pago de la renta por periodo adelantado, el deudor de la renta aún no la hubiera pagado y, en esas circunstancias, muriese el acreedor. En este caso se abonará la renta en favor de los herederos del acreedor en proporción a los días en que ha vivido ese acreedor.

Entendemos que el segundo párrafo del artículo 1936 parte de la idea de que la persona en cuya cabeza se pactó la renta coincide con la del acreedor. En este caso, se aplicaría muy bien la solución del artículo 1936, segundo párrafo. Aquí la renta se pagaría en proporción a los días en que ha vivido el acreedor.

Pero si el acreedor fuese una persona distinta de aquélla en cuya cabeza se pactó la renta, se aplicaría el artículo 1928 en el sentido de que la renta pasará a los herederos del acreedor hasta la muerte de aquella persona en cuya cabeza se constituyó la renta vitalicia.

Por último, el artículo 1936 indica que si la prestación se paga anticipadamente, la renta es debida en su integridad.

Se trata de una norma de carácter general al pago pactado por plazo adelantado y no tiene que ver con las soluciones ni con los supuestos analizados en los dos casos precedentes (que son los dos primeros párrafos del artículo 1936, bajo comentario).

15. Extinción de la renta

El artículo 1937 regula el supuesto de muerte de la persona cuya vida se designó para el pago de la renta:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> Artículo 1937.- «Si muere la persona cuya vida se designó para el pago de la renta, se extingue ésta sin que exista obligación de devolver los bienes que sirvieron de contraprestación».

Venimos comentando este supuesto desde el principio del análisis del este contrato. Resulta evidente que si muere la persona en cuya cabeza se constituyó la renta vitalicia, es decir, aquella cuya muerte determinaría el cese de los efectos del contrato, entonces fallecida esta persona se extinguirá esa relación contractual. Sobre esto no existe discusión.

El artículo 1937 agrega que en tal caso no existirá la obligación (por parte del deudor de la renta vitalicia) de devolver al exacreedor de ella (si siguiera vivo, es decir, si la renta vitalicia se hubiese constituido en cabeza de un tercero) o a sus herederos (en el caso contrario) los bienes que sirvieron de contraprestación. Obviamente, estamos hablando de una renta vitalicia celebrada a título oneroso y considerando la salvedad del caso de nulidad del contrato de renta vitalicia constituida 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 (segundo párrafo del artículo 1927).

16. Supuesto de muerte causada por el obligado

Este tema es abordado por el artículo 1938 del Código Civil, norma de texto siguiente:

> Artículo 1938.- «El obligado a pagar la renta vitalicia que causa intencionalmente la muerte de la persona por cuya vida la constituyó, restituirá los bienes recibidos como contraprestación con sus frutos, sin que pueda exigir la devolución de la renta que antes hubiese satisfecho».

Si el deudor de la renta vitalicia ocasionara, por negligencia, la muerte de la persona en cuya cabeza se constituyó la renta vitalicia, no se aplicaría el artículo 1938.

Si hubiere ocasionado la muerte de esta persona dolosamente, sí se aplicaría el artículo 1938. En este caso restituirá al acreedor de la renta vitalicia los bienes recibidos como contraprestación, con sus frutos. Nótese que no necesariamente existirá identidad entre el acreedor de la renta vitalicia y la persona en cuya cabeza o vida se constituyó dicha renta.

Si coincidiesen esas calidades en el acreedor de la renta, entonces la devolución de los bienes recibidos como contraprestación con sus frutos se hará a los herederos del exacreedor, en tanto si no coincidieran ambas calidades en el acreedor de la renta vitalicia y el deudor de ella hubiese causado la muerte del tercero en cuya cabeza se constituyó la renta vitalicia, dicha devolución de bienes con sus frutos debería hacerse en la persona del exacreedor de la renta vitalicia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

17. Efectos del suicidio del deudor de la renta

Este tema es abordado por el artículo 1939 del Código Civil, norma de texto siguiente:

> Artículo 1939.- «Si se constituye la renta en cabeza de quien paga y éste pierde la vida por suicidio, el acreedor tiene derecho a que se devuelvan los bienes con sus frutos, deducidas las cantidades que hubiese recibido por renta».

La solución del Código Civil, aunque drástica, es justa.

Decimos esto porque el artículo parte de la idea de que la renta vitalicia (tomando como referencia la vida) se constituye en cabeza del deudor de la renta vitalicia. Además, parte del entendido que se tratase de un contrato celebrado a título oneroso y el deudor ya hubiese recibido bienes en contraprestación, entregados por el acreedor de la renta vitalicia. En estos casos, con la muerte del deudor de la renta vitalicia causada por suicidio lo que va a ocurrir es que, evidentemente, llega a su fin la relación contractual, pero los herederos del suicida deberán devolver al acreedor los bienes recibidos con sus frutos, deduciendo las cantidades que hubiese recibido por renta.

Lo que se busca con el artículo 1939 es que el constituyente (deudor) de la renta vitalicia no se aproveche con su constitución a título oneroso si —a lo mejor— tenía en mente suicidarse y así beneficiar a sus herederos con los bienes recibidos del acreedor de la renta vitalicia, quien contrató con él en un entendido diferente, vale decir, que la muerte del deudor se produjese de modo natural, es decir, siguiendo el curso normal de los acontecimientos.

18. Derecho de acrecer

Este tema se halla regulado en el artículo 1940 del Código Civil:

> Artículo 1940.- «En caso de establecerse la renta en favor y en cabeza de dos o más personas o sólo en favor de éstas, excepto entre cónyuges, la muerte de cualquiera de ellas no acrece la parte de quienes sobrevivan, salvo pacto distinto».

La norma parte del entendido de que la renta vitalicia se establezca en favor de dos o más personas. Los supuestos en ella comprendidos son los siguientes.

18.1. Renta en favor y en cabeza de dos o más personas

En este caso, si muriese alguno de ellos, la renta acrecerá a los demás. Así:

Deudor de la renta → S/ 100 → Beneficiario 1
Beneficiario 2

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si se produjera la muerte de B1, entonces B2 acrecerá la renta que reciba en S/50 más, es decir, recibirá un total de S/100.

18.2. Renta en favor de dos o más personas, pero constituida en cabeza de un tercero

En este caso, si se produjera la muerte de B1, ocurrirá exactamente lo mismo que en el caso anterior, es decir, que B2 acrecerá la renta que reciba en S/50 más, es decir, recibirá S/100.

18.3. Renta constituida en favor de los cónyuges

En este caso, no importando si la renta se constituye en cabeza de uno de los cónyuges y muere aquel en cuya cabeza se constituyó, entonces entendemos que el otro no acrecerá la renta en la medida que la sociedad conyugal se habrá extinguido con la muerte de aquél y era, precisamente, la sociedad conyugal la beneficiaria de dicha renta.

En cambio, si los cónyuges tenían el régimen de separación de patrimonios, la renta acrecerá en favor del cónyuge supérstite.

En verdad, no nos parece justa esta solución, pues en ambos casos (es decir, en ambos regímenes patrimoniales) la renta vitalicia debería acrecer al cónyuge supérstite.

Todo ello, según el artículo 1940 del Código Civil, admite pacto distinto. Se trata, entonces, de normas de carácter meramente dispositivo.

19. Renta vitalicia testamentaria

Este tema se halla regulado por el artículo 1941 del Código Civil, norma de texto siguiente:

> Artículo 1941.- «La renta vitalicia constituida por testamento se sujeta a lo dispuesto en los artículos 1923 a 1940, en cuanto sean aplicables».

Como sabemos, los testamentos tienen reglas propias contenidas en el libro de Derecho de Sucesiones del Código Civil. Sin embargo, estas normas no contienen disposiciones relativas a eventuales rentas vitalicias que el causante hubiere podido constituir por testamento.

Lo que hace el artículo 1941 es establecer la aplicación supletoria a este tipo de disposiciones testamentarias, *mutatis mutandis*, del articulado que acabamos de estudiar sobre el contrato de renta vitalicia (artículos 1923 a 1940).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CONTRATO DE JUEGO Y APUESTA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El contrato de juego y apuesta

1. Concepto

El artículo 1942 del Código Civil se encarga de recoger el concepto de este contrato:

> Artículo 1942.- «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.
>
> El juez puede reducir equitativamente el monto de la prestación cuando resulta excesiva en relación con la situación económica del perdedor».

Según la Real Academia Española,[1696] *juego* es:

1. Acción y efecto de jugar por entretenimiento.

2. Ejercicio recreativo o de competición sometido a reglas, y en el cual se gana o se pierde. [...]

3. Práctica del juego de azar.

Estos son los tres primeros significados, que son aquellos que consideramos pertinentes a efectos de nuestro estudio.

Por su parte, siempre con la Real Academia Española,[1697] *apuesta* es:

1. Acción y efecto de apostar[1].

2. Cosa que se apuesta.

[...]

Apostar, según la Real Academia Española,[1698] es:

ESTUDIO MARIO CASTILLO GREYRE

1696 Real Academia Española. «Juego». En: *Diccionario de la lengua española*. DLE 23.3. Recuperado de https://dle.rae.es/juego?m=form

1697 Real Academia Española. «Apuesta». En: *Diccionario de la lengua española*. DLE 23.3. Recuperado de https://dle.rae.es/apuesta?m=form

1698 Real Academia Española. «Apostar[1]». En: *Diccionario de la lengua española*. DLE 23.3. Recuperado de https://dle.rae.es/apostar#1ObTHCy

> 1. Dicho de una persona. Pactar con otra u otras que aquel que se equivoque o no tenga razón, perderá la cantidad de dinero que se determine o cualquier otra cosa.
>
> 2. Arriesgar cierta cantidad de dinero en la creencia de que algo, como un juego, una contienda deportiva, etc., tendría tal o cual resultado, cantidad que en caso de acierto se recupera aumentada a expensas de las que han perdido quienes no acertaron.
>
> [...]

El Código Civil de 1984 trata de manera conjunta el contrato de juego y apuesta, entre sus artículos 1942 y 1949. Pero veamos primero las diferencias entre el juego y la apuesta.

El practicar un juego no implica necesariamente hacer alguna apuesta, salvo que se trate de la práctica de juegos de azar. Pero admitamos que aquello que se juegue también podrá ser objeto de juegos gratuitos, incluidos los de azar; vale decir que el que gane no se convierta en acreedor de una suma de dinero y que los que pierdan no tengan algo que pagar. Además, se podría apostar sólo con el ánimo de ser quien gana.

Y quienes podrían apostar serían aquellos que practiquen el juego (como ocurriría en el caso de dos jugadores sobre un partido de tenis que ellos disputen) o también podrían apostar terceros, es decir, personas que apuesten sobre un juego que practiquen otros. Por ejemplo, el que pierde le paga al otro una botella de whisky Old Parr de doce años. Y la apuesta recae sobre cuál de los dos equipos que van a disputar el día siguiente el Campeonato Mundial de Fútbol de la FIFA es el que resultará campeón. Aquí habrá apuesta, pero sobre un juego practicado por terceros.

Pero no se requiere que toda apuesta tenga que estar vinculada a un juego. Hay casos en que se apuesta por temas de otro orden. Por ejemplo, que un amigo le apueste a otro sobre quién saldrá elegido Presidente de la República en un país determinado, en un proceso electoral. Esta apuesta nada tendrá que ver con un juego, sino con un tema de naturaleza distinta.

Si la apuesta implicara que quien pierde pagará al otro una suma de dinero o ejecutará a su favor una prestación cualquiera (de la naturaleza que fuere), no habrá la menor duda de que se tratará de una apuesta celebrada a título oneroso. Se puede apostar por apostar, es decir que no habrá algo que pagar, como también por un almuerzo o por sumas de dinero de cualquier monto. Sobre esto las partes gozarán de la más absoluta libertad.

Deportes en los que han sido tradicionales las apuestas son el boxeo y, luego, el fútbol.

No olvidemos, también las apuestas derivadas de las carreras de caballos, de gallos y, en otros países, hasta carrera de perros galgos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En el Perú hace ya dos décadas fueron prohibidas las peleas de perros.[1699] No recordamos otras prohibiciones específicas, pero queda claro que estarán prohibidos los juegos o apuestas que se encuentren reñidos con la moral y las buenas costumbres (artículo V del Título Preliminar del Código Civil).

Es necesario advertir que el juego y la apuesta es regulado de manera unívoca por el Código Civil y consistirá en un contrato en el cual se apuesta que el perdedor pagará al ganador alguna prestación de contenido patrimonial.

Los juegos y apuestas a título gratuito, es decir, aquellos que no impliquen la obligación de pagar algo si se perdiera no son considerados contratos por el Código Civil y sólo serán tratados como pactos sin contenido patrimonial, fruto de los usos sociales. Carecerán, en buena cuenta, de trascendencia para el Derecho.

Esto se aprecia claramente del contenido del artículo 1942, cuando subraya que el perdedor del juego y la apuesta permitidos, queda obligado a satisfacer la prestación convenida, como resultado de un acontecimiento futuro o de uno no realizado, pero desconocido para las partes.

Sobre la última parte del artículo 1942 podemos decir que no sólo se podrá apostar sobre acontecimientos futuros, sino sobre acontecimientos que ya hubiesen ocurrido, pero cuyo resultado no conocieren los apostadores, como, por ejemplo, el resultado de un partido de fútbol que ellos no conocieron por encontrarse sin un teléfono celular a la mano. Es verdad que hallarse en supuestos similares a éste eran muy frecuentes en 1984, año en que entró en vigencia el Código Civil. Pero en nuestros días tales situaciones resultarán de muy extraña dación, en virtud del inmenso volumen de información que está disponible en las redes sociales.

El artículo 1942 hace referencia en su primer párrafo a que lo expresado tendrá lugar en el juego y apuesta permitidos.

Esto nos obliga a distinguir tres tipos de juegos y apuestas en el Perú. Veamos.

1.1. Permitidos y regulados por el Estado

Con este tema la ley se refiere a los que se encuentran no sólo permitidos, sino también regulados por el Estado. A ellos se refieren los artículos 1947 y 1948 del propio Código, y tales juegos y apuestas se rigen por las normas legales o administrativas pertinentes (apuestas hípicas, peleas de gallos y otros espectáculos y concursos similares). También sería hoy el caso de los casinos, los mismos que estaban prohibidos en el Perú en 1984 y hoy se encuentran regulados y supervisados administrativamente.

1699 Ley n.° 27596, del 14 de diciembre del 2001, complementada por la Ley n.° 30407, del 16 de diciembre del 2015.

Las apuestas hípicas sí están reguladas; lo que no ocurre con las peleas de gallos, las mismas que no tienen regulación estatal, pero tampoco se hallan prohibidas.

Lo propio ocurre con las rifas, loterías y demás concursos públicos eventuales que serán autorizados previamente por los órganos estatales pertinentes (artículo 1948).

En lo que respecta a los juegos de casino y máquinas tragamonedas, el tema fue regulado en un inicio por la Ley n.° 27153, del 9 de julio de 1999, modificada por la Ley n.° 27796, promulgada el 26 de julio del 2002 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo n.° 009-2002-MINCETUR, del 13 de diciembre del 2002.

El órgano encargado de supervisar su cumplimento es la Dirección General de Máquinas Tragamonedas del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

Tratándose de estos juegos y apuestas, el ganador tendrá todo el respaldo del Estado para cobrar, pues se trata de obligaciones comunes y corrientes (obligaciones civiles).

1.2. Permitidos pero no regulados por el Estado

En el Derecho peruano, aquello que no está prohibido por la ley, está permitido.

En ese sentido, en el caso del juego y apuesta, estarían permitidos también todos aquellos que no estando regulados tampoco se encuentran prohibidos de manera expresa.

Para todos estos juegos y apuestas regirá lo establecido en el artículo 1943 del Código Civil, en el sentido de que no otorgarán ocasión al acreedor para reclamar por su resultado. Pero volveremos sobre esta particularidad en nuestro análisis del artículo 1943.

1.3. Prohibidos por ley

En estos casos, quien gane será acreedor de una obligación nula, nacida de un contrato de las mismas características (artículo 1944), razón por la cual nada podría cobrar.

El artículo 1942, al terminar el tratamiento general del juego y la apuesta regulados por el Estado, señala que el juez podrá reducir equitativamente el monto de la prestación cuando ello resulte excesivo en relación con la situación económica del perdedor.

Entendemos que tal reducción no podría realizarse de oficio, pues ello sería *extra petita*. Debería haber sido solicitada por el deudor en la reconvención.

2. Juego y apuesta no autorizado, pero no prohibido

El artículo 1943 regula el tema de la siguiente manera:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> Artículo 1943.- «El juego y la apuesta no autorizados son aquellos que tienen carácter lucrativo, sin estar prohibidos por la ley, y no otorgan acción para reclamar por su resultado.
>
> El que paga voluntariamente una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados, no puede solicitar su repetición, salvo que haya mediado dolo en la obtención de la ganancia o que el repitente sea incapaz».

Cuando el Derecho otorga acción y respaldo de su sistema de justicia para cobrar las deudas nacidas del juego y la apuesta regulados, ello obedece a que el Estado, a través, precisamente, de dicha regulación se encarga de que tales juegos y apuestas se desarrollen en condiciones de idoneidad, lo que en buena cuenta significa que se respeten las reglas establecidas y que no se haga trampa. De ahí que quien gane tendrá todo el derecho de cobrar y quien pierda (la institución o casa de juegos), tendrá todo el deber de pagar. En buena cuenta, se trata de una obligación civil más.

El artículo 1943, en cambio, trata acerca del juego y apuesta no prohibidos, pero que carecen de regulación y supervisión administrativa por parte del Estado.

Al vencedor en estos juegos y apuestas, el Estado no lo apoya para que cobre, pues se tratará de obligaciones naturales, es decir de obligaciones que carecen del rasgo de exigibilidad propio de las obligaciones civiles.[1700]

El Derecho actúa así, pues no le consta que el juego y la apuesta hayan sido transparentes. Si el deudor paga, habrá pagado bien, pues al fin y al cabo pagó una obligación (por más obligación natural que fuere) y si no desea hacerlo, el acreedor de la obligación no podrá obligarlo, pues el deudor gozará de la posibilidad de deducir esta excepción, basada en el carácter de la obligación.

El único caso en que quien pague podría repetir contra el acreedor para que le devuelva lo pagado sería si hubiese mediado dolo en la obtención de la ganancia (es decir, si pudiera probar que el juego fue ganado con trampa, lo que sería muy difícil) o si el repitente fuere incapaz. En este último caso, se entiende, también, la solución del segundo párrafo del artículo 1943, en la medida que dicha persona no actuó representada por quien debía hacerlo o con la asistencia o apoyo de quienes debieron (dada la reforma del 2018 sobre discapacidad) haber actuado junto a ella.

3. Juego y apuesta prohibidos

Este tema es abordado por el artículo 1944 del Código Civil:

> Artículo 1944.- «El juego y la apuesta prohibidos son los expresamente indicados en la ley. No existe acción para reclamar por su resultado y, en caso de producirse el pago, es nulo de pleno derecho».

1700 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*, vol. I, pp. cxv a clxxiii.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ya hemos comentado acerca de este tema.

Los juegos y apuestas prohibidos por la ley son contratos nulos, y los contratos de esta naturaleza no podrán generar obligaciones válidas. Por tanto, si alguien desea cobrar una deuda nacida de estos contratos, deberá recibir la negativa del supuesto deudor, y si por cualquier circunstancia ese deudor pagase, podría repetir por lo pagado, tal como establece el artículo 1944.

4. Formalización o transformación de deudas de juego y apuesta

Esta materia es abordada en el artículo 1945 del Código Civil:

> Artículo 1945.- «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.
>
> 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».

Si nos encontrásemos ante una obligación nacida de juegos y apuestas regulados y supervisados por el Estado, al tratarse de obligaciones válidas, tales obligaciones podrán ser materia de novación, otorgamiento de garantía para su pago o de cualquier otro acto jurídico que implique su reconocimiento. Es obvio que no habrá problema alguno al respecto.

Pero si tales actos se realizasen con respecto a una obligación nacida de los casos regulados por el artículo 1943, tales actos serán nulos y, por tanto, la obligación conservará su carácter de obligación natural.

Y si se tratase de la ejecución de tales actos con respecto a una obligación de las contempladas como nulas en el artículo 1944, la consecuencia sería también su nulidad. En ambos casos, la nulidad no puede oponerse al tercero de buena fe.

Sin embargo, pensamos que la consecuencia legal del artículo 1945 en torno a las obligaciones naturales (artículo 1943) pudo haber sido que los actos celebrados también tendrían el carácter de obligaciones naturales. No vemos razón para que sean nulos.

Por último, tanto para los actos celebrados con respecto a las obligaciones reguladas por los artículos 1943 y 1944, el Código Civil en el segundo párrafo del artículo 1945, establece que tales 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.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

5. Deuda pagada por tercero

El artículo 1946 establece lo siguiente:

> Artículo 1946.- «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 tercero que pagase una obligación natural, paga bien, porque pagó una deuda existente y pendiente de pago. Pero seguramente, ese tercero quiera repetir contra el exdeudor de la obligación natural (segundo párrafo del artículo 1222 del Código Civil). Aquí el artículo 1946 le niega expresamente cualquier acción (pretensión) para reclamar su reintegro. El supuesto, naturalmente, es que haya pagado sin asentimiento del deudor. Pero si hubiese pagado con su asentimiento, se habría producido un supuesto de subrogación convencional (artículo 1261, inciso 2), a través del cual se subrogaría inútilmente en la posición del acreedor, pues el deudor de obligación natural siempre podrá negarse a pagar invocando el carácter de su obligación (convertida en un deber jurídico de contenido patrimonial, no exigible por el acreedor o por quien se subrogue en su lugar).

Pero si el perdedor le cancelara el importe abonado, no podrá solicitar su repetición, salvo que haya mediado dolo en la obtención de la ganancia o que el repitente sea incapaz (argumento del segundo párrafo del artículo 1943).

6. Juego y apuesta masivos

El artículo 1947 del Código Civil regula este tema de la siguiente manera:

> Artículo 1947.- «Los contratos de lotería, pronósticos sobre competencias deportivas, apuestas hípicas, peleas de gallos y otros espectáculos y concursos similares, se rigen por las normas legales o administrativas pertinentes. En estos casos no es de aplicación la reducción prevista en el segundo párrafo del artículo 1942».

Ya hemos hablado de los juegos y apuestas que son objeto de tratamiento y regulación administrativos. Remitimos al lector a lo expresado al respecto en nuestro análisis del artículo 1942.

Sólo restaría agregar que, dada su naturaleza de obligaciones civiles derivadas de operaciones de juego y apuesta con empresas dedicadas al rubro, el perdedor carecería de la posibilidad de reconvenir, solicitando al juez que reduzca equitativamente el monto de la prestación cuando resulte excesivo con respecto a la situación económica del deudor (perdedor).

ESTUDIO MARIO CASTILLO TAVARA

7. Rifas y concursos

El artículo 1948 del Código Civil establece lo siguiente:

> Artículo 1948.- «Las rifas y demás concursos públicos eventuales serán autorizados previamente por la autoridad correspondiente».

Remitimos al lector a nuestro análisis del artículo 1942, donde nos hemos referido a la normativa sobre el particular.

8. Caducidad del derecho

El artículo 1949 establece lo siguiente:

> Artículo 1949.- «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».

En general, las obligaciones civiles tienen un plazo prescriptorio de diez años (argumento del artículo 2001, inciso 1, del Código Civil).

Puede llamar la atención por qué para el caso de algunas obligaciones civiles, como son las nacidas del juego y apuestas autorizados y regulados por el Estado, se haya contemplado un plazo de caducidad, el mismo que —como todo plazo de caducidad— es breve y, además, no sólo extingue la pretensión, sino el derecho mismo.

Lo que ocurre es que las empresas o instituciones que se dedican a la organización de juegos y apuestas, no podrían estar esperando por diez años si el acreedor decide cobrar, pues esos son fondos que se pueden destinar a nuevos juegos y apuestas, en lugar de mantenerlos inmovilizados.

Y, por otra parte, en muchas ocasiones los juegos y apuestas son organizados por instituciones con vocación de poca permanencia en el tiempo. En tal virtud, la espera de diez años del artículo 2001, inciso 1, sería para ellos más que eterna.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Bibliografía general

Abelenda, César A. y otros. *Contratos*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1999.

Adame Goddard, Jorge. *Formación del contrato de compraventa. Centenario del Código de Comercio*. México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.

Aguilar Carbajal, Leopoldo. *Contratos civiles*. México D. F.: Porrúa, 1977.

Albaladejo, Manuel. *El negocio jurídico*. Barcelona: Librería Bosch, 1993.

Albaladejo, Manuel. *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1980.

Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Curso de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Nascimiento, 1942.

Alonso Pérez, Mariano. *El riesgo en el contrato de compraventa*. Madrid: Montecorvo, 1972.

Alonso Pérez, Mariano. *Sobre la esencia del contrato de compraventa*. Madrid: Montecorvo, 1972.

Alterini, Atilio Aníbal. «El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual». En *Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Mayor de San Marcos*, vol. 49, años 1991-1992.

Alterini, Jorge Horacio. «Efectos de la resolución del contrato por incumplimiento». En *Temas de Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1980.

Alterini, Jorge Horacio. «Obligaciones de resultado y de medios». En *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, tomo XX, 1955.

Alterini, Atilio, Óscar José Ameal y Roberto López Cabana. *Curso de obligaciones*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988.

Álvarez, José María. *Instituciones de derecho real de España*. Madrid: Imprenta de don José M. Repuyés, 1839.

Álvarez Vigaray, Rafael. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Granada: Comares, 1986.

Alves Morgado, Guilherme. *Código Civil de Portugal*. Lisboa: Empresa Nacional de Publicidad, 1972.

Alzamora Silva, Lizardo. *El dolo en nuestra legislación civil*. Lima: 1926.

Aparicio y Gómez Sánchez, Germán. *Código Civil. Concordancias*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1938.

Arana Courrejoles, Carmen. *La interpretación del acto jurídico*. Lima: Cultural Cuzco, 1992.

Arangio-Ruiz, Vincenzo. *La compravendita in Diritto Romano*, seconda edizione. Napoli: Casa editrice Jovene, 1954.

FELIPE MARIO CASTILLO TREVE

ARIAS, José. *Contratos civiles. Teoría y práctica*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1939.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. «Errores detectados en el área de los contratos en el nuevo Código Civil peruano de 1984». En *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco, 1986.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *La compraventa*. Copias de mimeógrafo. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 1961.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Luces y sombras del Código Civil*. Lima: Librería Studium, 1992.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, Elvira MARTÍNEZ COCO y Ángela ARIAS-SCHREIBER MONTERO. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Librería Studium, tomo I, 1986.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, Elvira MARTÍNEZ COCO y Ángela ARIAS-SCHREIBER MONTERO. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: San Jerónimo Ediciones, tomo II, 1998.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: San Jerónimo Ediciones, tomo III, 1989.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, Elvira MARTÍNEZ COCO y Ángela ARIAS-SCHREIBER MONTERO. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Studium, tomo IV, 1991.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, Elvira MARTÍNEZ COCO y Ángela ARIAS-SCHREIBER MONTERO. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Walter Gutiérrez C. Editor, tomo V, 1993.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, Elvira MARTÍNEZ COCO y Ángela ARIAS-SCHREIBER MONTERO. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, tomo VI, 1995.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Ángela ARIAS-SCHREIBER MONTERO. *Los contratos modernos*. Lima: W. G. Editor, tomo I, 1994.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max; Ángela ARIAS-SCHREIBER MONTERO y Manuel MURO ROJO. *Los contratos modernos*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, tomo II, 1994.

AUBRY, Charles y Charles RAU. *Cours de Droit Civil français*. París: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal, Billard et Cie. Imprimeurs-Editeurs, 1871.

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Derechos reales. Materiales de enseñanza*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Oficina de Publicaciones, 1986.

AYLLÓN VALDIVIA, César. *La permuta: una nueva visión*. Lima: Palestra, 2007.

BADANI CHÁVEZ, Rosendo. *Obligaciones y contratos*. Primera parte: Obligaciones, Tercer Curso de Derecho Civil, dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Imprenta Atlántida, s/f.

BADENES GASSET, Ramón. *El contrato de compraventa*. Barcelona: Bosch, 1979.

BANCHIO, Enrique Carlos. *Obligaciones de valor*. Buenos Aires: Ediciones Lerner, 1975.

BARASSI, Lodovico. *Instituciones de Derecho Civil*. Barcelona: José María Bosch, 1955.

BARBERO, Doménico. *Sistema del Derecho Privado*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. «La modificación objetiva de la relación obligatoria: replanteando la dación en pago». En *Revista Peruana de Derecho El Jurista*, año 1, n.° 3, Lima, agosto de 1991.

BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. *Curso de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Imprenta Cervantes, 1921.

BATIZA, Rodolfo. *Los orígenes de la codificación civil y su influencia en el Derecho mexicano*. México D. F.: Porrúa, 1982.

BAUDRY-LACANTINERIE, Marie Paul Gabriel de. *Précis de Droit Civil*. París: Librairie de la Société du Recueil Gal-Des Lois et des arrêts, 1896.

BAUDRY-LACANTINERIE, Marie Paul Gabriel de, avec la collaborations de plusieurs professeurs. *Traité de Droit Civil*. París: Librairie de la Société du Recueil J-B Sirey et du Journal du Palais, Ancienne Maison La Rose et Foicel, 1908.

BAZÁN, Ana Carolina y María Elena BENITES. *Ejecutorias*. Lima: Cultural Cuzco, tomo V, 1999.

BECERRA TORO, Rodrigo. *Obligaciones civiles. Fuentes y formas*. Bogotá: Temis, 1987.

BELLO, Andrés. *Obras completas de Andrés Bello*. (Código Civil). Caracas: Ministerio de Educación. Comisión Editora de las Obras Completas de Andrés Bello. Biblioteca Nacional, vol. I y vol. II, tomo XIII, 1955.

BELLO, Andrés. *Proyecto inédito de Código Civil de Chile*. Santiago de Chile: 1890.

BELLO JANEIRO, Domingo. *El retracto de comuneros y colindantes en el Código Civil*. Navarra: Aranzadi Editorial, 1995.

BENAVIDES TORRES, Eduardo. «La contratación moderna y el Código Civil peruano». En *Ius et Veritas*, año VII, n.° 12, 1996.

BENAVIDES TORRES, Eduardo. *La excesiva onerosidad de la prestación*. Lima: Cultural Cuzco, 1991.

BENAVIDES TORRES, Eduardo. «La oferta y la defensa del consumidor». En *Ius et Veritas*, año IV, n.° 6, Lima, junio de 1993.

BENITO, Lorenzo. *Manual de Derecho Mercantil*. Valencia: Establecimiento Tipográfico Domenech, 1908.

BERNAL, Beatriz y José de Jesús LEDESMA. *Historia del Derecho Romano y de los derechos neorromanistas (de los orígenes de la alta edad media)*. México D. F.: Porrúa, 1992.

BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Traducción y notas de Derecho español por José Luis DE LOS MOZOS. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Livraria Francisco Alves, 1917.

BIANCA, Cesare Massimo. *La vendita e la permuta*. Torino: U.T.E.T., 1972.

BIBILONI, Juan Antonio. *Anteproyecto de reforma al Código Civil*. Presentado a la Comisión Encargada de Redactarlo, Buenos Aires: Valerio Abeledo-Editor, 1929.

BIGIO CHREM, Jack. *El contrato de arrendamiento*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1995.

BOCCHINI, Fernando. *La vendita di cose mobili*. Milano: Giuffrè Editore, 1994.

BOFFI BOGGERO, Luis María. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Astrea, 1979.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

BOISSONADE, Gustave. *Code Civil pour l'Empire du Japon*. Tokio: Kokubunsha, 1890.

BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. *Los principales contratos civiles*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1984.

BONNECASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil*. Traducción de José M. Cajica Jr. Puebla: Biblioteca Jurídico-Sociológica, 1945.

BONNECASE, Julien. *Suplemento al Tratado de G. Baudry-Lacantinerie*, 1924-1925.

BORDA, Guillermo Antonio. *Manual de obligaciones*. Buenos Aires: Perrot, 1975.

BORDA, Guillermo Antonio. *Manual de contratos*. Buenos Aires: Perrot, 1989.

BORDA, Guillermo Antonio. *Tratado de Derecho Civil, obligaciones*. 8ª ed. actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, tomo I, 1986.

BORDA, Guillermo Antonio. *Tratado de Derecho Civil: contratos*. Buenos Aires: La Ley, tomo II, 2012.

BORRELL Y SOLER, Antonio M. *El contrato de compraventa según el Código Civil español*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1952.

BOZA PRO, Guillermo. «Algunas consideraciones acerca de las obligaciones facultativas en el Código Civil peruano de 1984». En *Thémis*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda época, n.º 6, Lima, 1987.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Lima: San Marcos, 1994.

BRANCA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Privado*. México D. F.: Porrúa, 1978.

BUERES, Alberto J. *Objeto del negocio jurídico*. Buenos Aires: Hammurabi, 1986.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *La relación jurídico patrimonial. Reales vs. obligaciones*. Lima: Lluvia Editores, 1990.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Un mundo sin propiedad. Análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble». En *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, n.º 45, diciembre de 1991.

BUSSO, Eduardo B. *Código Civil anotado*. Buenos Aires: Ediar, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, 1951.

CABALLERO LOZANO, José María. *Las prohibiciones de disponer. Su proyección como garantía de las obligaciones de disponer*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1993.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*. Buenos Aires: Heliasta, 1982.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*. Buenos Aires: Heliasta, 1989.

CABRERA YDME, Edilberto. *Registro Fiscal de Ventas a Plazos. Situación actual y perspectivas*. Ponencia presentada al Primer Congreso Nacional de Derecho Registral, Lima, 28 de octubre de 1998.

CAGNASSO, Oreste. «La permuta». En *Obligazioni e contratti*, dirigido por Pietro Resigno. Torino: U.T.E.T., 1984.

CALAMARI, John D. y Joseph M. PERILLO. *Contracts*. St. Paul: West Publishing Co., 1983.

CALLE, Juan José. *Código Civil de 1852*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1928.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CALONGE, Alfredo. *La compraventa civil de cosa futura desde Roma hasta la doctrina europea actual*. Salamanca: Talleres Gráficos Imprenta Núñez, 1963.

CALVO ANTÓN, Marianelle. *La venta a prueba*. Barcelona: Editor José María Bosch, 1995.

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL - CCI. *Reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios*. París: Cámara de Comercio Internacional, 1993. Traducción española, Barcelona, 1993.

CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN ARGENTINA. COMISIÓN DE LEGISLACIÓN GENERAL. *Orden del Día 1322*, Unificación de la legislación civil y comercial. Impresa el 28 de julio de 1993.

CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Redacción final del Proyecto de Lei 634 - B, de 1975 que institutye el Código Civil*, Brasilia, 1984.

CANCINO, Fernando. *Estudios de Derecho Privado*. Bogotá: Temis, 1979.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Retracto: réquiem de un derecho económico y social». En *Thémis* n.º 24, segunda época, Lima, 1992.

CAPOZZI, Guido. *Dei singoli contratti*. Milano: Editore S.P.A. Giuffrè, 1988.

CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1971.

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «El pago con títulos valores (a propósito del artículo 1233 del nuevo Código Civil)». En *Para leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. I, 1984.

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «El pago de intereses en el Código Civil de 1984». En ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: San Jerónimo Ediciones, tomo II, 1988.

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «La mora del deudor en las obligaciones de no hacer». En *Libro homenaje al doctor Ulises Montoya Manfredi*. Lima: Cultural Cuzco, 1989; y también en *Thémis*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda época, n.º 12, Lima, 1988.

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Con la colaboración de Juan RIVADENEYRA SÁNCHEZ. *Lecturas y casos de Derecho de Obligaciones*. Recopilación de textos de diversos autores. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Oficina de Publicaciones, 1989.

CARPINO, Brunetto. «La vendita con patto di riscatto». En *Obligazioni e contratti*, dirigido por Prieto Resigno. Torino: U.T.E.T., 1984.

CARRANZA V., Humberto. *Código Penal*. 2ª ed. Lima: Rhodas, 1995.

CARRARA, Giovanni. *Formazioni dei contratti*. Milano: Casa Editrice Doctor Francesco Vallardi, 1915.

CARRESI, Franco. *Il contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1987.

CASELLA, Mario. *Nullitá parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil español, común y foral*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1954.

CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Código Civil*. Lima: Talleres Gráficos Villanueva, 1978.

CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. Teoría general de las Obligaciones*. Lima, 1957.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CASTILLO FREYRE. Mario. *Análisis de la Ley de la Garantía Mobiliaria*. Lima: Palestra, Estudio Mario Castillo Freyre y Colegio de Notarios de Lima, 2006.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Cuatro temas de hoy*. En colaboración con Verónica ROSAS BERASTAIN. Lima: Derecho & Sociedad Asociación Civil, 2005.

CASTILLO FREYRE, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa*. Volumen XIII de la Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.

CASTILLO FREYRE, Mario. *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.

CASTILLO FREYRE, Mario. *La transferencia de la propiedad inmueble y la seguridad jurídica*. Lima: Palestra, Estudio Mario Castillo Freyre y Colegio de Notarios de Lima, 2007.

CASTILLO FREYRE, Mario (editor). *Libro homenaje al doctor Felipe Osterling Parodi*. Lima: Palestra, volumen II, 2008.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*. Lima: Concytec, 1990.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Por qué no se debe reformar el Código Civil*. Con la colaboración de Verónica ROSAS BERASTAIN. Lima: Palestra, Cátedra Garrigues, Universidad de Navarra, Estudio Mario Castillo Freyre, 2007.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Código Civil de 1984. Texto original. Normas modificatorias y complementarias (del 24 de julio de 1984 al 30 de abril de 1998)*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Entre el Derecho Civil y de Arbitraje (Cuarta parte)*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 75. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2020.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la venta*. Lima: Palestra, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010.

CASTILLO FREYRE, Mario. Con la colaboración de Verónica ROSAS BERASTAIN. *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto oficial de Reforma del Código Civil de 1984*. Lima: Palestra, 2005.

CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Analizando el análisis: autopsia del análisis económico del Derecho por el Derecho Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Estudio Mario Castillo Freyre, 2004.

CASTRO Y BRAVO, Federico D. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Madrid: Civitas, 1975.

CATAUDELLA, Antonio. *Sul contenuto del contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974.

CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. La Plata: Editorial Platense, 1986.

CHACÓN, Jacinto. *Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil chileno*. Santiago de Chile: Imprenta Nacional, 1891.

CHIRONI, G.P. *La culpa en el Derecho Civil moderno. Culpa contractual*. Madrid: Hijos de Reus, 1907.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CLARIZIA, Renato. *Informatica e conclusione del contrato*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1985.

COLIN, Ambroise y Henri CAPITANT. *Curso elemental de Derecho Civil*. Madrid: Reus, 1955.

COLIN, Ambroise y Henri CAPITANT. *Cours élémentaire de Droit Civil français*. París: Librairie Dalloz, 1924.

COLMO, Alfredo. *De las obligaciones en general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

COLMO, Alfredo. *Tratado teórico práctico de las obligaciones en el Derecho Civil argentino. De las obligaciones en general*. Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez Bernardo de Irigoyen, 1920.

COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. *Actas de las sesiones*. Lima: Imprenta Castrillón, 1928.

COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. *Actas de las sesiones*. Copias mecanográficas. Lima, 1936.

COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM, Jack. *Exposición de Motivos del Código Civil. Compraventa sobre medida*. En diario oficial *El Peruano*, separata especial, Lima, 20 de septiembre de 1988.

COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM, Jack. *Exposición de Motivos del Código Civil. Contrato de permuta*. En diario oficial *El Peruano*, separata especial, Lima, 27 de noviembre de 1989.

COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM, Jack. *Exposición de Motivos del Código Civil. Derecho de retracto*. En diario oficial *El Peruano*, separata especial, Lima, 26 de noviembre de 1990.

COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM, Jack. *Exposición de Motivos del Código Civil. El bien materia de la venta*. En diario oficial *El Peruano*, separata especial, Lima, 14 de enero de 1989.

COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM, Jack. *Exposición de Motivos del Código Civil. La transacción*. En diario oficial *El Peruano*, separata especial, Lima, 3 de diciembre de 1990.

COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM, Jack. *Exposición de Motivos del Código Civil. Libro VI Las Obligaciones*. En diario oficial *El Peruano*, separata especial, Lima, 9 de noviembre de 1992.

COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM, Jack. *Exposición de Motivos del Código Civil. Mutuo discenso*. En diario oficial *El Peruano*, separata especial, Lima, 12 de diciembre de 1990.

COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM, Jack. *Exposición de Motivos del Código Civil. Pactos que pueden integrar la compraventa*. En diario oficial *El Peruano*, separata especial, Lima, 24 de marzo de 1990.

COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM, Jack. *Exposición de Motivos del Código Civil. Rescisión y resolución de contratos*. En diario oficial *El Peruano*, separata especial, Lima, 8 de abril de 1989.

COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM, Jack. *Exposición de Motivos del Código Civil. Resolución por incumplimiento*. En diario oficial *El Peruano*, separata especial, Lima, 8 de abril de 1989.

ISAAC HUMBERTO CASTILLO FREYRE

COMMISSIONE REALE PER LA RIFORMA DEI CODICI. COMMISSION FRANÇAISE D'ETUDES DE L'UNION LEGISLATIVE ENTRE LES NATIONS ALLIES ET AMIES. *Projet de Code des Obligations et des Contrats*. Roma: Provveditorato Generale dello Stato Libreria, anno VI, 1928.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Constitución Política de la República del Perú de 1979*. Edición oficial del Ministerio de Justicia. Lima: 1986.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Constitución Política de la República del Perú de 1993*. Edición oficial. Lima: Editora Perú, 1993.

CONSENTINI, Francesco. *Code International des Obligations*. París: Institut Americain de Droit et de Legislation Comparée, Librairie Marchal et Billard, 1937.

CORBIN, Arthur Linton. *Corbin on contracts*. St. Paul: West Publishing Co., 1952.

CORNEJO, Ángel Gustavo. *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*. Lima: Gil, 1938.

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. Lima: Ediciones Studium, tomo II, 1984.

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. 8ª ed. Lima: Librería Studium, 1991.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. *Jurisprudencia civil*. Coordinadores generales: Marcos Ibazeta Marino y Vladimir Paz de la Barra. Colaboradores: Marianella Ledesma Narváez y Mario Romero Valdivieso. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1989.

CRUZADO BALCÁZAR, Alejandro. *Diccionario de sinónimos jurídicos*. Lima: San Marcos, 1989.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

DALLOZ, Armand. *Code Civil: annoté d'apres la doctrine et la jursprudence*. 15ª ed. París: Libraire Dalloz, 1914.

DALLOZ, Armand. *Dictionnaire général et raisonné de legislation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de Droit Public*. París: Bureau de la Jurisprudence Générale, 1844.

DE COSSÍO, Alfonso. *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Madrid: Alianza Editorial, tomo I, 1975.

DE COSSÍO, Manuel. *Frustaciones y desequilibrios contractuales*. Granada: Comares, 1994.

DE DIEGO, Felipe Clemente. *Instituciones de Derecho Civil español*. Madrid: Artes Gráficas Julio San Martín, 1959.

DE FOLLEVILLE, Daniel. *Essai sur la vente de la chose d'autrui*. A. Maresq Ainé, París: Libraire - Editeur 17, 1872.

DE GÁSPERI, Luis. *Anteproyecto de Código Civil paraguayo*. Asunción: El Gráfico, 1964.

DE GÁSPERI, Luis. *Tratado de Derecho Civil. Teoría general de los hechos y actos jurídicos*. Buenos Aires: Editora Tipográfica Argentina, 1964.

DE GÁSPERI, Luis. *Tratado de las obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino*. Buenos Aires: Depalma, 1945 y 1946.

DE LA FLOR MATOS, Manuel. *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Tesis para optar el título de abogado sustentada en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú el martes 7 de enero de 1997.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De la Puente y Lavalle, Manuel. «Compraventa sobre documentos». En *Ius et Veritas*, año VII, n.º 13, Lima, noviembre de 1996.

De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, primera parte, vol. XI, tomos I, II y III, 1991.

De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda parte, vol. XV, tomos IV, V y VI, 1993.

De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Lima: Gaceta Jurídica, 1999.

De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato privado*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1983.

De la Puente y Lavalle, Manuel. «Exposición de motivos y comentarios de la prestación de servicios». En Revoredo Marsano, Delia. *Código Civil*. Lima: Okura Editores, tomo VI, 1985.

De la Puente y Lavalle, Manuel. «La teoría del riesgo en el Código Civil de 1984». En *Para leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. I, 1984.

De la Puente y Lavalle, Manuel. «Pago de intereses usurarios». En *Themis*, Revista de Derecho, segunda época, n.º 12, Lima, 1988.

De la Vega Vélez, Antonio. *Bases del Derecho de Obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis, 1978.

De Lacerda, Paulo. *Código Civil brasileiro*. Río de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922.

De Maleville, Jacques. *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au conseil d'Etat*. París: Librairie de la Cour de Cassation, 1822.

De Marino y Borregó, Rubén. *El suministro: teoría general del Derecho*. Salamanca: Talleres Gráficos Núñez, 1959.

De Nova, Giorgio y otros. *Recesso e risoluzione nei contratti*. Milano: Giuffrè, 1994.

De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1944.

De Vidaurre, Manuel Lorenzo. *Proyecto de Código Civil para el Perú*. Segunda parte. Lima: Imprenta del Constitucional por Justo León, 1836.

Degni, Francisco. *La compraventa*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957.

Demante, Antoine y Édouard Colmet de Santerre. *Cours analytique de Code Civil*. París, 1887.

Demogue, René. *Traité des obligations en général*. París: Librairie Arthur Rousseau, 1923.

Demolombe, Charles. *Cours de Code Napoléon*. París: Auguste Durand y L. Hachette et Cie., 1870.

Díaz Bravo, Arturo. *Contratos mercantiles*. México: Harla, 1983.

Díez-Picazo, Luis. *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*. Barcelona: Bosch, 1957.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1979.

DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1985.

DORAL GARCÍA, José Antonio. *El contrato como fuente de las obligaciones*. Pamplona: Ediciones Eunate, 1993.

DUPICHOT, Jacques. *Derecho de las Obligaciones*. Versión castellana de Rosangela Calle. Bogotá: Temis, 1984.

DURANTON, Alexander. *Cours de Droit Civil suivant le Code français*. Bruxelles: Société Typographique Belge, 1841.

EDITORIAL BIBLIOGRÁFICA ARGENTINA. *Diccionario jurídico Omeba*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1966.

EMILIANI ROMÁN, Raimundo. *Conferencias de obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis, 1980.

ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martin WOLFF. *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1950.

ESPÍN, Diego. *Manual de Derecho Civil español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1976.

ESPINO PÉREZ, Julio D. *Código Penal peruano. Concordancias*. Lima: Editorial Jurídica, 1968.

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. *Derecho Comercial y Económico. Contratos. Parte Especial*. Buenos Aires: Astrea, 1991.

FALCÓN, Modesto. *Exposición doctrinal del Derecho Civil español común y foral*. Barcelona: Imprenta Cervantes, 1893.

FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles». En *Revista Derecho*, n.° 41, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, diciembre de 1987.

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, María del Carmen. *Compraventa de cosa ajena*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1994.

FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente. *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho Civil español*. Madrid: Librería de Leocadio López, 1880.

FERNÁNDEZ-HIERRO, J. Manuel. *La modificación del contrato*. Navarra: Aranzadi, 1972.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. «Naturaleza jurídica de la dación en pago». En *Anuario de Derecho Civil*, serie 1, n.° 2, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, s/f.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. Lima: Librería Studium, 1986.

FERNÁNDEZ, Julio. «Actualización de deudas pecuniarias. Implicancias civiles». En *Thémis*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda época, n.° 14, Lima, 1989.

FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de Derecho de Obligaciones*. Lima: Cultural Cuzco, 1986.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

FERRI, Giovanni B. «La vendita». En *Obligazioni e contratti*, dirigido por Pietro Resigno. Turín: U.T.E.T., 1984.

FERRI, Luigi. *Lezioni Sul contratto*. Bologna: Nicola Zanichelli S.P.A., 1982.

FLORES POLO, Pedro. *Diccionario jurídico fundamental*. Lima: Grijley, 2001.

FLORES POLO, Pedro. *Ley de Títulos Valores*. 2ª ed. Lima: Ediciones Justo Valenzuela, 1986.

FOIGNET, René. *Manuel élémentaire de Droit Civil*. París: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1904.

FORNO FLÓREZ, Hugo. «El contrato con efectos reales». En *Ius et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 7, Lima, 1993.

FORNO FLÓREZ, Hugo. «El principio de la retroactividad de la resolución contractual». En *Thémis*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda época, n.º 30, Lima, 1994.

FUENTES, Manuel y Miguel DE LA LAMA. *Código Civil peruano de 1852*. Lima: Imprenta del Estado, 1870.

FURNISH, Dale Beck. «Formación del contrato mercantil y el problema del riesgo». En *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 40, Lima, 1986.

GACEA REIDNER, Eugenio. «Imposibilidad de la prestación y teoría del riesgo». En *Thémis*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda época, n.º 6, Lima, 1987.

GALGANO, Francesco. *Degli effetti del contrato*. Bologna: Zanichelli Editore, 1993.

GARCÍA AMIGO, Manuel. *Teoría general de las obligaciones y contratos*. Madrid: Mc Graw-Hill, 1995.

GARCÍA BANON, Amador. «Concepción unitaria del contrato». En *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1969.

GARCÍA CALDERÓN, Manuel. *Código de Comercio de 1902*. 2ª ed. Lima: Imprenta de la UNMSM, 1967.

GARCÍA CANTERO, Grabriel. «Artículos 1445 a 1541». En *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Dirigido por Manuel Alabadalejo. Madrid: Edersa, 1980.

GARCÍA GIL, P. Javier. *La compraventa de vivienda*. Madrid: Dikynson, 1994.

GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfica Editorial, 1852.

GARCÍA MOLINA, Antonio. *La resolución de la compraventa de inmuebles*. Granada: Comares, 1995.

GARO, Francesco J. *Tratado de las compraventas comerciales y marítimas*. Buenos Aires: Ediar, 1945.

GARRIDO, Roque Fortunato. *Contratos típicos y atípicos*. Buenos Aires: Universidad, 1984.

GARRIDO, Roque Fortunato y Rosa CORDOBERA GONZALES DE GARRIDO. *Compraventa*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982.

FONDO EDITORIAL PUCP

GARRIDO, Roque Fortunato y Jorge Alberto ZAGO. *Contratos civiles y comerciales*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1989.

GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. México D. F.: Porrúa, 1984.

GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Madrid: 1983.

GASTALDI, José María. *Contratos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

GAYO. *Instituciones*. Madrid: Civitas, 1985.

GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990.

GHERSI, Carlos Alberto. *Responsabilidad civil del vendedor*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1988.

GHESTIN, Jacques. *Le contrat: formation*. París: L.G.D.J., 1988.

GIORGI, Giorgio. *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, tomo VII, 1909.

GIORGIANNI, Michele. *La obligación*. Barcelona: Bosch, 1958.

GOLDSTEIN, Mateo y Manuel OSORIO Y FLORIT. *Código Civil y leyes complementarias anotadas y comentadas*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1943.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Río de Janeiro: Compañía Editora Forense, 1986.

GÓMEZ, Eusebio. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 1939.

GONZALES, María del Refugio. *El Derecho Civil en México 1821-1871 (apuntes para su estudio)*. México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

GONZÁLEZ POVEDA, Pedro. *Compraventa y opción de compra*. Madrid: Actualidad Editorial, 1994.

GOUVERNEMENT DE FRANCE. *Recueil complet des discours prononcés lors de la presentation du Code Civil par les divers orateurs du Conseil d'Etat et du Tribunat, et discussion particulière de ces deux corps avant la rédaction definitive de chaque project de loi*. París: Firmin Didot Frères, Fils et Cie., 1867.

GRANDJEAN, G. *Estudio práctico del delito de estafa en las sociedades por acciones*. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1907.

GRATES. *Diccionario de sinónimos castellanos*. Buenos Aires: Sofrena Argentina, 1972.

GRECO, Paolo y Gastote COTTINO. *Della vendita*. Bologna: Incola Zanichelli Editore, 1981.

GUILLOUARD, Louis. *Traité de la vente et de l'échange*. París: A. Pedone, 1902.

GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código Civil*. Lima: Editorial Científica, 1987.

GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código Civil de 1936*. 4ª ed. Lima: Editorial Científica, 1982.

HEDEMANN, J. W. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

HERNÁNDEZ GAZZO, Juan Luis. «Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores». En *Ius et Veritas*, año IV, n.° 7, Lima, 1993.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1983.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Huc, Théophile. *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*. París: Librairie Cotillon, 1897.

Ilustre Colegio de Abogados de Lima y Associazione di Studi Latinoamericani (ASSLA). *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1989.

Irigoyen Troconis, Martha Patricia. *Julio Paulo. Sentencias a su hijo. Libro Segundo. Interpretatio*. México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

Izquierdo Alcolea, Ignacio. «A propósito de la promulgación del Código Civil peruano». En *Thémis*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda época, n.º 4, Lima, 1986.

Jara Flores, Humberto. «El derecho de retracto: dos comentarios». En *Thémis*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda época, n.º 9, Lima, 1987.

Jaramillo V., Hernando. *La acción pauliana. Resolución contractual por incumplimiento*. Bogotá: Temis, 1986.

Jiménez, José Alfredo, Alberto Rebaza y Verónica Zavala. «Indexación y Derecho». En *Thémis*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda época, n.° 14, Lima, 1989.

Jimeno Escobar, Gustavo. *El contrato de suministro y su responsabilidad civil derivada*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, 1987.

Jordán de Asso, Ignacio y Miguel de Manuel y Rodríguez. *El Fuero Viejo de Castilla*. Madrid, 1847.

Jordán de Asso, Ignacio y Miguel de Manuel y Rodríguez. *Ordenamiento de leyes*. Madrid, 1847.

Josserand, Louis. *Cours de Droit Civil positif français*. París: Librairie du Recueil Sirey, 1933.

Josserand, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá: Temis Librería, 1982.

Josserand, Louis. *Derecho Civil*. Buenos Aires: Bosch y Cía., 1952.

Justiniano, Emperador romano de Oriente. *Cuerpo del Derecho Civil romano*. Barcelona: Jaime Molinas, 1889.

Justiniano, Emperador romano de Oriente. *Instituciones*. Lima: Mesa Redonda Editores, 1986.

Kemmelmajer de Carlucci, Aida. *La cláusula penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981.

Lacruz Berdejo, José Luis. *Nociones de Derecho Civil patrimonial e introducción al Derecho*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1980.

Lacruz Berdejo, José Luis. *Teoría general del contrato*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1994.

Lafaille, Héctor. *Curso de contratos*. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina, 1927-1928.

Estudio Mario Castillo Freyre

LAFAILLE, Héctor. *Curso de obligaciones*. Buenos Aires: Tipografía A. G. Rezzónico, 1926.

LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1943.

LAMARCA MARQUÉS, Albert (director y traductor). *Código Civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil*. Marcial Pons, 2013.

LANGLE Y RUBIO, Emilio. *El contrato de compraventa mercantil*. Barcelona: Bosch, 1958.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LAROMBIÈRE, Léobon. *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III du Code Civil. Articles 1101 A 1386*. París: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885.

LAROUSSE. *Diccionario práctico de sinónimos y antónimos*. Buenos Aires: Ediciones Larousse, 1986.

LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1993.

LATOUR BROTONS, Juan. «Notas sobre la dación en pago». En *Revista de Derecho Privado*, n.° 436-437, 1953.

LAURENT, François. *Principes de Droit Civil français*. París: Librairie A. Maresq Ainé, 1875-1893.

LAVALLE COBO, Jorge E. «De los contratos en general». En *Código Civil y leyes complementarias*. Dirigido por Augusto C. Belluscio. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, tomo V, 1990.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Ejecutorias*. Lima: Cultural Cuzco Editores, tomo I, 1994-1995.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Ejecutorias*. Lima: Cultural Cuzco Editores, tomo II, 1995.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Ejecutorias*. Lima: Cultural Cuzco Editores, tomo III, 1995.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Ejecutorias*. Lima: Cultural Cuzco Editores, tomo IV, 1996.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisprudencia actual*. Lima: Gaceta Jurídica, tomo I, 1997.

LEDGARD JIMÉNEZ, Carlos Alberto. *La teoría de la imprevisión en el Derecho contemporáneo y el Código Civil de 1936*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil peruano, obligaciones. Modalidades y efectos*. Buenos Aires: Ediar, tomo II, 1954.

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Contratos en el Derecho Civil peruano*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, tomo I, 1965.

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Contratos en el Derecho Civil peruano*. Lima: Imprenta UNMSM, tomo II, 1975.

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Curso del acto jurídico con referencia al proyecto de Código Civil peruano*. Lima: Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1983.

LEÓN BARANDIARÁN, José. «En torno a la novación objetiva». En *Libro homenaje al doctor Mario Alzamora Valdez*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1988, pp. 1-6.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

León Barandiarán, José. *Tratado de Derecho Civil*. Lima: WG Editor, tomo V, 1992,

Leser, H. G. *L'evolution du contrat en Droit Allemand. Hommages au Doyen René Savatier*. París: Presses Universitaires de France, 1986.

Levenhagen, Antonio José de Souza. *Código Civil, comentarios didácticos. Derecho de las Obligaciones*. San Paulo: Editora Atlas, 1978.

Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil*. 4ª ed. actualizada por Patricio Raffo Benegas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, tomo II-B, 1983.

Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. 2ª ed. Lima: Grijley, 1994.

Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Temas de Derecho Civil*. Lima: Universidad de Lima, 1991.

Lopes de Andrade, Everaldo Gaspar. «La dimensión ético-social del trabajo humano en el contexto de la sociedad post-industrial». En *Work as key to the social question. The great social and economic transformations and the subjective dimension of work*. Recuperado de http://www.stthomas.edu/cathstudies/cst/mgmt/LE/papersnp/lopes.htm

López Cabana, Roberto M. *La demora en el Derecho Privado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.

López de Zavalía, Fernando J. *Teoría de los contratos*. Parte especial. Buenos Aires: Zavalía-Editor, 1991.

López de Zavalía, Fernando J. *Teoría de los contratos*. Parte general. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1984.

Lubón, Miguel. *Legislación soviética moderna*. México, D. F.: Uteha, 1947.

Luiz Alvez, Joao. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. Río de Janeiro: F. Briguiet e Cía., 1917.

Lund Ojeda, Juan Antonio. *Derecho Marítimo*. Serie: Materiales de Enseñanza n.º 2. Lima: Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Facultad de Derecho, Ediciones Jurídicas UNIFÉ, 1999.

Luzzato, Ruggero. *La compraventa*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953.

Machado, José Olegario. *Exposición y comentario del Código Civil argentino*. Buenos Aires: Félix Lajouane Editor, 1889.

Maduro Luyando, Eloy. *Curso de Obligaciones*. Derecho Civil III. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Manuales de Derecho, 1993.

Maisch von Humboldt, Lucrecia. *De los derechos reales. Proyecto para un nuevo Libro IV del Código Civil y Exposición de Motivos*. Lima: Editorial Desarrollo, 1982.

Maisch von Humboldt, Lucrecia. *El Código Civil sumillado*. 2ª ed. Lima: Tipografía Sesator, 1982.

Maisch von Humboldt, Lucrecia. *El Código Civil sumillado*. Lima: Tipografía Sesator, 1984.

Maisch von Humboldt, Lucrecia. *Los derechos reales*. 2ª ed. Lima: 1980.

Malaurie, Philippe y Laurent Aynés. *Cours de Droit Civil. Les obligations*. 3ª ed. París: Editions Cujas, 1992.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil español*. Madrid: Reus, 1967.

MARCADÉ, Victor. *Explication théorique et pratique du Code Napeléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudente et un traité résumé aprés le commentaire de chaque titres*. París: Libraraire de Jurisprudente de Cotillon, 1852.

MARGADANT, Guillermo F. *Panorama de la historia universal del Derecho*. México D. F.: Miguel Ángel Porrúa, Grupo Editorial, Librero Editor, 1991.

MARTÍN PÉREZ, José Antonio. *La rescisión del contrato (en torno a la lesión y el fraude de acreedores)*. Barcelona: Biblioteca de Derecho Privado n.° 52, José María Bosch Editor, 1995.

MARTÍNEZ DE MÁRMOL, Grabriel. *Legislación de venta a plazos*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, s/f.

MAZEAUD, Henri, Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil. Los principales contratos*. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, parte tercera, vol. IV, 1959.

MAZEAUD, Henri, Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD. *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

MELÓN INFANTE, Fernando. *La adquisición de mercaderías en establecimiento comercial*. Barcelona: Bosch, 1958.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. *El contrato de permuta*. Madrid: Tecnos, 1978.

MERLIN, M. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, ouvrage de plusieurs jurisconsultes. Revue, corrigé et fondue avec les additions faites depuis 1815 aux* éditions *précédents par* [...]. París: Garnery, 1827.

MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.

MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1973.

MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.

MINISTERIO DE JUSTICIA - PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980.

MIRABELLI, Giuseppe. *Delle obligazioni - dei contratti in generale*. Turín: U.T.E.T., 1980.

MIRANDA CANALES, Manuel. *Derecho de los contratos*. Lima: Librería Studium, 1983.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Estudios de Derecho Civil. Cartas y polémicas*. Córdoba: Víctor P. de Zavalía, 1982.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Ramón Daniel PIZARRO y Carlos Gustavo VALLESPINOS. *Inflación y actualización monetaria*. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1981.

MONTENEGRO BACA, José. *Ejecutorias supremas de Derecho Civil peruano*. Trujillo: Obra en seis tomos auspiciada por el Colegio de Abogados de La Libertad y por la Universidad Nacional de Trujillo. Editada por Librería y Editorial Bolivariana, 1936-1960.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

MONTIEL, Luis Beltrán y Marino DOLCE. *Curso de Derecho de la Navegación*. 5ª reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1987.

MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Comentarios a la Ley de Títulos Valores*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1970.

MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Derecho Comercial*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1988.

MORDEGLIA, Eugenio. *Inmutabilidad de la indemnización pactada en la llamada cláusula penal*. Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, año XIV, n.º 3. Córdoba, República Argentina, julio-septiembre de 1950.

MORELLO, Augusto M. *Ineficacia y frustración del contrato*. Buenos Aires: Editora Platense, Abeledo-Perrot, 1975.

MORELLO, Augusto M. y Néstor L. PORTAS (coordinadores), Luis F. BOUZAT, Jorge CARRANZA, Pedro N. CAZEAUX, Manuel A. LAQUIS, Augusto M. MORILLO, Néstor PORTAS, Félix A. TRIGO REPRESAS y Antonio A. TROCCOLI (redactores). *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*. La Plata: Editora Platense, 1971.

MOSQUEIRA MEDINA, Edgardo. «La venta de bien ajeno en el Código Civil peruano». En *Thémis*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda época, n.º 8, Lima, 1987.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Compraventa inmobiliaria*. Buenos Aires: 1976.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*. Buenos Aires: Ediar, 1988.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos en dólares*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1990.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Interpretación económica de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1994.

MOURLON, Frédéric. *Répétitions écrites sur le Code Civil*. París: Marescq Ainé, 1878.

MUÑOZ, Luis. *Contratos*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1960.

MUÑOZ, Luis. *Contratos y negocios jurídicos financieros*. Buenos Aires: Universo, 1981.

MUÑOZ, Luis. *Derecho Comercial. Contratos*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1960.

NAVARRO PÉREZ, José Luis. *La compraventa civil*. Granada: Comares, 1993.

NEGRI, Héctor. *La obligación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2003.

NOGUERA, Rodrigo. *Estudio de las obligaciones naturales*. Bogotá: Temis 1980.

ODERIGO, Mario N. *Sinopsis de Derecho Romano*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1964.

OLAECHEA DU BOIS, Eduardo. *Inflación y Derecho*. Lima: 1975.

OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. «Carta abierta». En *El Comercio*. Lima, 29 de noviembre de 1993.

OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. «El defectuoso Código Civil de 1984». En *El Comercio*. Lima, 18 de noviembre de 1993.

OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. *Estudio Olaechea 1878-1978*. Lima: 1978.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Olaechea du Bois, Manuel Pablo. *Hacia un nuevo Código Civil. La Constitución de 1993 y la deficiencia del Código Civil de 1984 lo exigen*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1993.

Olaechea du Bois, Manuel Pablo. «Inconstitucionalidad de la Ley General de Sociedades Ley 26887». En *El Comercio*. Lima, 6 de marzo de 1998, p. E-3.

Olaechea du Bois, Manuel Pablo. «La libertad de contratar». En *El Comercio*. Lima, 4 de agosto de 1993, p. A-2.

Olaechea du Bois, Manuel Pablo. «La profunda crisis de nuestro Código Civil». En *El Comercio*. Lima, 28 de abril de 1995, p. A-2.

Olaechea du Bois, Manuel Pablo. *Proyecto de nueva Ley General de Sociedades. Su inconstitucionalidad y deficiencia*. Lima: Estudio Olaechea, 1997.

Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. *Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1936.

Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. *Segundo Anteproyecto del Libro V del Código Civil*. Lima: Imprenta Minerva, 1926.

Orelle, José M. R. *Compra de inmuebles por y para terceros*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1977.

Ortega Torres, José. *Código Civil colombiano*. Bogotá: Temis, 1981.

Orti Vallejo, Antonio. *La protección del comprador*. Granada: Ediciones T.A.T., 1987.

Ortúzar Santa Maria, Álvaro. «Nulidad del contrato de transacción». En Enrique Barros Bourie (coordinador). *Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991.

Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis, 1987.

Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*. 3ª ed. Bogotá: Temis, 1987.

Ossorio y Gallardo, Ángel. *Anteproyecto del Código Civil boliviano*. Buenos Aires: Imprenta López, 1943.

Osterling Parodi, Felipe. «¿Cómo opera la compensación en el Derecho Civil comparado?». En *Thémis*. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año 3, n.° 5, Lima, 1967.

Osterling Parodi, Felipe. «De las obligaciones divisibles e indivisibles y de las obligaciones mancomunadas y solidarias». En *Para leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985, vol. II.

Osterling Parodi, Felipe. «De las obligaciones y de sus modalidades y efectos. Anteproyecto». En *Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tomo II, 1980.

Osterling Parodi, Felipe. «Draft Civil Code of Peru». En *Lawyers of the Americas. The University of Miami. Journal of International Law*, vol. 14, n.° 3, 1983.

Osterling Parodi, Felipe. «El pago con efectos de cambio». En *Thémis*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año 1, n.° 1, Lima, 1965.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

OSTERLING PARODI, Felipe. «Inejecución de obligaciones». En *Para leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984, vol. I.

OSTERLING PARODI, Felipe. «Inejecución de obligaciones: dolo y culpa». En *Libro homenaje al doctor Rómulo Lanatta Guilhem*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1986.

OSTERLING PARODI, Felipe. «Inejecución de obligaciones. El caso fortuito o fuerza mayor y la ausencia de culpa». En *Libro de estudios jurídicos en honor de los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias-Schreiber Pezet*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1988.

OSTERLING PARODI, Felipe. «Inejecución de obligaciones en el Código Civil peruano de 1984». En *Derecho Civil. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 16 al 18 de noviembre de 1989*, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.

OSTERLING PARODI, Felipe. *Inejecución de las obligaciones contractuales en el Código Civil peruano de 1936: la indemnización de daños y perjuicios*. Tesis de doctor en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1967.

OSTERLING PARODI, Felipe. «Inmutabilidad de la cláusula penal». En *Derecho*, Órgano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.° XXIV, Lima, 1965.

OSTERLING PARODI, Felipe. «La indemnización de daños y perjuicios». En *Libro homenaje al doctor José León Barandiarán*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1985.

OSTERLING PARODI, Felipe. «La mora del deudor». En *Thémis*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda época, n° 8, Lima, 1987.

OSTERLING PARODI, Felipe. «La revisión de los contratos por el Poder Judicial». En *Revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima*. Nuevas orientaciones del Derecho, Lima, 1965.

OSTERLING PARODI, Felipe. *Las obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tomo VI, 1988.

OSTERLING PARODI, Felipe. *Materiales de enseñanza del curso de obligaciones*. Recopilación de lecturas de diversos autores. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Oficina de Publicaciones, 1982.

OSTERLING PARODI, Felipe. «Obligaciones con cláusula penal». En *Libro homenaje al doctor Mario Alzamora Valdez*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1988.

OSTERLING PARODI, Felipe. «Ponencia presentada en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de septiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA). Contratación contemporánea. Efectos de la inflación. Nominalismo y valorismo». En *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, 1988.

OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. «El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil». En *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.° 53, Lima, diciembre del 2000.

OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Estudio sobre las obligaciones dinerarias en el Perú*. México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. «Las obligaciones de hacer y de no hacer». En *Libro homenaje al doctor Javier Vargas y Vargas*. Lima: Academia Peruana de Derecho, 2000.

Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*. Primera parte, tomos I, II, III y IV. Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. XVI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994.

Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*. Segunda parte, tomos V, VI y VII. Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. XVI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.

Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*. Tercera parte, tomo VIII. Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. XVI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las obligaciones*. Tercera Parte, tomo IX. Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. XVI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. Thomson Reuters, 2014.

Pacchionni, Giovanni. *Dei contratti in generale*. Papua: Casa Editrice Dott. A. Milani, 1939.

Pacifici-Mazzoni, Emidio. *Instituzioni di Diritto Civile italiano*. Florencia: Eugenio e Filippo Carmmelli Editori-Librai-Piaggi Della Signara, 1873.

Palacio Pimentel, Gustavo. *Las obligaciones en el Derecho Civil peruano*. Lima: Editora y Distribuidora de Libros Huallaga, tomo I, 1990.

Pau Pedrón, Antonio. *Curso de práctica registral*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, Gráficas Alberdi, 1995.

Peirano Facio, Jorge. *Estructura de la mora en el Código Civil*. Bogotá: Temis, 1983.

Peirano Facio, Jorge. *Obligaciones divisibles e indivisibles del Código Civil*. Bogotá: Temis, 1983.

Piantoni, Mario A. *Contrato de compraventa. Negocio jurídico. Venta*. Buenos Aires: La Ley, 1982.

Plácido Vilcachagua, Alex Fernando. «Tanteo y retracto sucesorio». En *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, n.º 13, Lima, junio de 1989.

Planiol, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Civil*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1907.

Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Traité pratique de Droit Civil français*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1927.

Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado elemental de Derecho Civil: teoría general de los contratos. Contratos especiales*. México D. F.: Cárdenas Editor y Distribuidor, tomo V, 2003.

Postigo Cáceres, Roberto. *Jurisprudencia*. Arequipa: Imprenta Portugal, s/f.

Pothier, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Traducido al español por M. Dupin y M. C. De las Cuevas. Buenos Aires: Atalaya, tomo I, 1948.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de los contratos. Del contrato de venta*. Traducido al español por M. Dupin y M.C. de las Cuevas. Buenos Aires: Atalaya, 1948.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de los contratos*. Tomo II. Tratado de los retractos y tratado del contrato de arrendamiento de renta. Buenos Aires: Atalaya, 1948.

POZO SÁNCHEZ, J. *Summa civil*. 2ª ed. Lima: Nomos & Tesis, 2019.

PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1954.

PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1973.

RAMÍREZ GRONDA, Juan D. *Diccionario jurídico*. Buenos Aires: Claridad, 1982.

RAVAZZONI, Alberto. *La formazione del contratto*. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 20ª ed. Madrid: Espasa Calpe, 1984.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. DLE 23.3. Recuperado de https://dle.rae.es/

REVOREDO MARSANO, Delia. *Código Civil*. Lima: Okura Editores, 1985.

REZZÓNICO, Luis María. *Estudio de las obligaciones en nuestro Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1961.

REZZÓNICO, Luis María. *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1967.

REZZÓNICO, Luis María. *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil. Locación de cosas, locación de servicios y locación de obra*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1959.

RINESSI, Antonio J. «Préstamo de consumo. Breves antecedentes históricos». En EDITORIAL BIBLIOGRÁFICA ARGENTINA. *Diccionario jurídico Omeba*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1966.

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1927.

RIPERT, Georges y Jean BOULANGER. *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: La Ley, 1958.

RIVADENEYRA SÁNCHEZ, Juan y José Álvaro QUIROGA LEÓN. «Las obligaciones facultativas». En *Thémis*, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda época, n° 5, Lima, 1986.

RIVERA, Manuel. *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

RODRÍGUEZ FONNEGRA, Jaime. *Del contrato de compraventa y materias aledañas*. Bogotá: Ediciones Lerner, 1960.

RODRÍGUEZ LLERENA, Dario. *Código Civil*. Chiclayo: 1938.

RODRÍGUEZ MORATA, Federico. *Venta de cosa ajena y evicción*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1990.

ROGEL VIDE, Carlos. *La compraventa de cosa futura*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975.

ROGRON, Joseph. *Code Civil expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence*. París: E. Plon et Cie., 1877.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Romero Romaña, Eleodoro. *Derecho Civil, los derechos reales*. Lima: s/e, 1950. 2ª ed. aumentada, 1950.

Roppo, Vicenzo. *Il contratto*. Bolonia: Societá Editrice Il Mulino, 1997.

Rossel, Virgile. *Code des Obligations de Suisse*. Lausanne: Librairie Payot et Cie., 1911.

Rossel, Virgile y F. H. Mentha. *Manuel de Droit Civil Suisse*. Lausanne: Librairie Payot et Cie., 1922.

Rousset, R. F. *Apuntes de Derecho Civil*. Buenos Aires: Valerio Abeledo Editor Librería Jurídica, 1916.

Roy Freyre, Luis E. *Derecho Penal peruano*. Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales, 1983.

Rubio Correa, Marcial. *Error e ignorancia. El saber jurídico sobre la ignorancia humana*. Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. X. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991.

Rubio Correa, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, tomos I, II, III, IV, V y VI, 1999.

Rubio Correa, Marcial. *Nulidad y anulabilidad. La invalidez del acto jurídico*. Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. IX. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.

Rubio Correa, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. 3ª ed. Lima: Desco - Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, 1994.

Rubio Correa, Marcial. *Prescripción y caducidad. Extinción de acciones y derechos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989.

Rubio Correa, Marcial. *Título Preliminar*. Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. III. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986.

Rubio Garrido, Tomás. *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1993.

Rubio Garrido, Tomás. *La doble venta y la doble disposición*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1994.

Rubio Torrano, Enrique. *El pacto de retroventa*. Madrid: Tecnos, 1990.

S/a. «Expediente n.º 935/54. Ejecutoria de fecha 21 de marzo de 1957». En *Revista de Jurisprudencia Peruana*, n.º 161, año XV, Lima, junio de 1957.

Sacco, Rodolfo y Giorgio de Nova. *Il contratto*. U.T.E.T., 1993.

Saleilles, Raymond. *Introduction à l'étude du Droit Civil Allemand*. París: s/f.

Salerno, Marcelo Urbano. *Nulidad absoluta y prescripción*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978.

Salvat, Raymundo. *Tratado de Derecho Civil argentino*. Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, tomo II, 1952.

Sánchez Medal, Ramón. *De los contratos civiles*. México, D. F.: Porrúa, 1978.

Sánchez Román, Felipe. *Estudios de Derecho Civil*. Estudio Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra». Madrid: Impresores de la Real Casa, 1899.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sancho Rebullida, Francisco de Asís. *Estudios de Derecho Civil*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1978.

Sanguineti Raymond, Wilfredo. *El contrato de locación de servicios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000.

Sanojo, Luis. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*. Caracas: Imprenta Nacional, 1873.

Santoro Passarelli, Francesco. *Doctrinas generales de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1964.

Santos Briz, Jaime. *Derecho Civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1973.

Sapena Pastor, Raúl. *Fuentes próximas del Código Civil*. Asunción: Editorial El Foro, 1986.

Scognamiglio, Renato. *Teoría general del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993.

Schneider, A. y H. Fick. *Commentaire du Code Féderal des Obligations du 30 mars 1911*. Neuchatel, Delachaux et Niestlé, Editeurs, 1915.

Schröder Romero, Christian. *Rescisión y anulabilidad*. Trabajo monográfico. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986.

Sierralta Ríos, Aníbal. *Informe sobre la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y el Derecho positivo peruano*. Lima: CIAC, 1996.

Sierralta Ríos, Aníbal y Luis Olavo Baptista. *Aspectos jurídicos del comercio internacional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Academia Diplomática del Perú, 1993.

Silva, Armando V. En *Enciclopedia jurídica Omeba*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1955.

Sopena. *Diccionario de sinónimos y antónimos, ideas afines y parónimos*. Barcelona: Ramón Sopena, 1983.

Spota, Alberto G. *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980.

Spota, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984.

Spota, Alberto G. *Tratado de locación de obra*. Buenos Aires: Depalma, 1952.

Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. *Obligations*. 4ª ed. París: Iitec. Librairie de la Cour de Cassation, 1992.

Stolfi, Nicola. *Diritto Civile*. Turín: U.T.E.T., 1934.

Terán Lomas, Roberto A. M. *Derecho Penal*. Buenos Aires: Astrea, 1980.

Tola, Fernando. *Curso de Derecho de Obligaciones*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Versión mimeografiada, s/f.

Torres Méndez, Miguel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Primera parte. Lima: Grijley, 1993.

Torres Méndez, Miguel. «Pacto comisorio, resolución por incumplimiento e intimación resolutoria». En *Ius et Veritas*, año III, n.º 4, Lima, mayo de 1992.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *El contrato de suministro en el Derecho Civil y el Derecho Administrativo*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1988.

TOULEMON, André. *El menosprecio del contrato y la crisis*. Traducción de José María Cantillo. Buenos Aires: Sudamericana, 1945.

TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones del Derecho Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, tomo II, 1967.

TRIGO REPRESAS, Félix A. y Rubén S. STIGLITZ. *Contratos*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1989.

TROPLONG, Raymond. *Droit Civil expliqué. De la vente*. París: Charles Hingray, 1856.

UNIVERSIDAD DE LIMA. *Código Civil peruano. Diez años. Balance y perspectivas. Congreso Internacional*. Lima: W.G. Editor, 1995.

URIBE RESTREPO, Luis Fernando. *Las obligaciones pecuniarias frente a la inflación*. Bogotá: Temis, 1984.

VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Teoría general de la compraventa*. Bogotá: Temis, 1983.

VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*. Bogotá: Temis, 1988.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Estudios varios sobre obligaciones, contratos, empresas y sociedades*. Madrid: Montecorvo, 1980.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, María R. *Derecho de Obligaciones y Contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de Derecho Civil español*. Valladolid: Talleres Tipográficos «Cuesta», 1920.

VÁSQUEZ VILLACORTA, María Isabel. *Contratos a futuro* (monografía presentada como parte del curso Comercio Exterior en la Maestría de Derecho Civil y Comercial de la Escuela de Posgrado de la Universidad de San Martín de Porres). Lima: 1999.

VEGA GARCÍA, Jorge, Felipe OSTERLING PARODI y Max ARIAS-SCHREIBER. *Ponencias de obligaciones y contratos. (Parte general)*. Lima: diciembre de 1977.

VELASCO GALLO, Francisco. *Derecho Procesal Civil. Juicios especiales y procedimientos no contenciosos concordados con el nuevo Código Civil*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1986.

VIADA Y VILASECA, Salvador. *Código Penal español reformado de 1870*. Madrid: 1890.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Acto jurídico». En UNIVERSIDAD DE LIMA. *Tratado de Derecho Civil*, vols. I y II. Lima: Cultural Cuzco, tomo III, 1994.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La prescripción y la caducidad en el Código Civil peruano*. Lima: Cultural Cuzco, 1985.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Prescripción extintiva y caducidad*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría general del acto jurídico*. Lima: Cultural Cuzco, 1985.

VIFOREANN, Pierre C. *Contribution a l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en Droit Comparé. Formation et éléments du contrat*. París: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne. Edouard Duchemin. L. Chauny et L. Quinsac, 1932.

VILLA-GARCÍA NORIEGA, Manuel. «El contrato de viaje». En *Ius et Praxis*, n.º 17, Universidad de Lima, 1991.

EDICIONES JURÍDICAS MARIO CASTILLO FREYRE

Villavicencio Cúneo, Víctor. *Las donaciones indirectas o atípicas*. Tesis elaborada y sustentada para optar el grado académico de bachiller en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1965.

Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Intereses y tasas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

Von Thur, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Reus, 1934.

Wayar, Ernesto Clemente. *Compraventa y permuta*. Buenos Aires: Astrea, 1984.

Wayar, Ernesto Clemente. «Convertibilidad del austral». En Moisset de Espanés, Luis (coordinador). *Estudios jurídicos primera serie*. Buenos Aires: Zavalía Editor, 1991.

Wayar, Ernesto Clemente. *Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990.

Wayar, Ernesto Clemente. *El pago por consignación. Doctrina y jurisprudencia*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Wayar, Ernesto Clemente. *Evicción y vicios redhibitorios. Evicción en los contratos en particular, vicios redhibitorios. Parte general*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alberto y Ricardo Depalma, tomo II, 1992.

Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1981.

Wayar, Ernesto Clemente. *Evicción y vicios redhibitorios. Teoría general de la evicción*. Buenos Aires: Astrea, tomo I, 1989.

Weill, Alex y François Terre. *Droit Civil. Les obligations*. 4ª ed. París: Précis Dalloz, 1986.

Zamora y Valencia, Miguel Ángel. *Contratos civiles*. México, D. F.: Porrúa, 1994.

Zusman Tinman, Shoschana. «La teoría del riesgo». En *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.° 34, Lima, 1980.

Códigos y proyectos

Code Civil de la Province de Québec. Revue et modifié en conformité de la legislation. Mai 1979 inclusivement, par Lise Saintonge-Poitevin, LL., L. Montréal: Wilson et Lafleur Limitée, 1979.

Code Civil de la Republique de Chine. París: Librairie du Recueil Sirey, 1930.

Code Civil Français. París: Librairie Dalloz, 1914.

Code Civil Suisse. Berne: Office Central Fédéral des imprimés et du matériel, 1983.

Code des Obligations de Suisse. Berne: Office central fédéral des imprimés et du matériel, 1983.

Code des Obligations de la République de Pologne. Traducido por Stefan Sieczkowski y Jean Wasilkowski, con la colaboración de Henri Mazeaud. Prefacio de Henri Capitant. París: Librairie de Recueil Sirey, 1935.

Código Civil argentino y leyes complementarias. Buenos Aires: A.Z. Editora, 1985.

Código Civil austriaco (A.B.G.B.). Viena: edición oficial, 1983.

Código Civil brasileño. San Pablo: Editora Revista dos Filmes, 1988.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Código Civil brasileño de 2002: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70327/C%C3%B3digo%20Civil%202%20ed.pdf

Código Civil chileno. Santiago de Chile: Editora Jurídica de Chile, 1987.

Código Civil cubano. La Habana: edición oficial, 1988.

Código Civil de Bélgica. Bruselas: Marabout, 1986.

Código Civil de Costa Rica. Instituto de Cultura Hispánica. Estudio preliminar, compendio y concordancias a cargo de los licenciados Héctor Beeche Luján y Fabio Fournier Jiménez. Madrid, 1962.

Código Civil de Costa Rica. San José: Tipografía Lehmann, 1916.

Código Civil de El Salvador. Estudio preliminar de Mauricio Guzmán. Madrid: Instituto de Cultura Hispánica, 1959.

Código Civil de Guatemala. Ciudad de Guatemala: edición oficial, 1986.

Código Civil de Honduras. Tegucigalpa: Centro Técnico Tipográfico Nacional, 1982.

Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires: Félix Lajouane Editor, 1889.

Código Civil de la República Argentina y legislación complementaria. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

Código Civil de la República de Chile. Santiago de Chile y Valparaíso: Librería del Mercurio, 1877.

Código Civil de la República del Paraguay. Asunción: edición oficial, 1985.

Código Civil de la República de Nicaragua. Managua: Tipografía Nacional, 1903.

Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Montevideo: Editorial Acali, 1980.

Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1964. Con prólogo de Raisa Khalfina. Moscú, 1988.

Código Civil del Reino de Italia. Stab. Tip. Milán: Libreria Sitta Edit. F. Mancini, 1865.

Código Civil de Panamá. Edición oficial. Barcelona: Harrich, 1917.

Código Civil de Puerto Rico. Estudio preliminar de Félix Ochoteco Jr. Instituto de Cultura Hispánica. Madrid, 1960.

Código Civil ecuatoriano. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, s/f.

Código Civil español. Madrid: Ediciones Universo y Cultura, 1987.

Código Civil para el E. L. y S. de México con sus reformas. Puebla: Cajica, 1977.

Código Civil peruano de 1984. Lima: Editora Perú, 1984.

Código Civil. República Argentina. Buenos Aires: Zavalía Editor, 1991.

Código Civil uruguayo. Montevideo: Librería Nacional A. Barreiro y Ramos, 1914.

Código Civil venezolano. Caracas: La Torre, 1982.

Código Civil venezolano. Caracas: Imprenta de Vapor La Opinión Nacional, 1880.

Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina: http://www.saij.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion

Código Civil y de Enjuiciamientos. Lima: Imprenta del Estado, 1870.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Código Penal peruano. Diario oficial *El Peruano*. Lima, abril de 1991.

Código Procesal Civil del Perú de 1993. Edición oficial. Lima: Editora Perú, 1997.

Código Civil peruano. Edición oficial conmemorativa del décimo aniversario. Ministerio de Justicia. Lima: 1994.

Proyecto de Código Civil argentino, según texto aprobado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Buenos Aires: Astrea, 1987.

Proyecto de Código Civil de Colombia. Edición oficial. Bogotá, s/f.

Proyecto de Código Civil para la República del Perú. Lima: Imprenta de J. Francisco Solís, 1890.

Proyecto de Código Civil peruano del 7 de mayo de 1936. Elaborado por la Comisión creada por Resolución Suprema del 22 de agosto de 1922. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1936.

Reforma del Código Civil argentino. Proyecto del Código Civil. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1936.

The Code Civil of Japan. EHS Law Bulletin Series. Tokio, 1980.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ÍNDICE GENERAL

CONTRATO DE SUMINISTRO

1. Historia. Consideraciones generales 7
   1.1. Los suministros públicos 7
   1.2. Suministros entre particulares 7
   1.3. Partes en el suministro 14
   1.4. Las obligaciones del suministrante 15
   1.5. Las obligaciones del suministrado 15
2. Autonomía conceptual 21
   2.1. Diferencias con el contrato de compraventa 21
   2.2. Diferencias con el contrato de donación 26
   2.3. Diferencias con el contrato de arrendamiento 28
   2.4. Diferencias con el contrato de mutuo 29
   2.5. Diferencias con el contrato de locación de servicios 31
   2.6. Diferencias con el contrato de permuta 32
   2.7. Diferencias con el contrato de renta vitalicia 32
3. Principales características del contrato de suministro 34
   3.1. En cuanto al nombre 34
   3.2. En cuanto a su regulación 34
   3.3. En cuanto a su estructura 34
   3.4. En cuanto a su contenido o área 35
   3.5. En cuanto a su autonomía 35
   3.6. En cuanto a su formación 35
   3.7. En cuanto al tiempo 35
   3.8. En cuanto a su negociación 36
   3.9. En cuanto al rol económico 36
   3.10. En cuanto a su función 36

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 36
3.12. En cuanto a la prestación 36
3.13. En cuanto a la valoración 37
3.14. En cuanto al riesgo 37
3.15. En cuanto a sus efectos 37
4. Probanza de la existencia y contenido del suministro 37
5. Volumen del suministro 38
6. Pago del precio en el suministro 40
6.1. Suministro con prestaciones periódicas 41
6.2. Suministro con prestaciones continuadas 41
7. Determinación del precio en el suministro periódico de entrega de bienes en propiedad 42
8. Establecimiento del plazo del suministro en interés de ambas partes 42
9. Suministrado con facultad de fijar el vencimiento de las prestaciones singulares 43
10. Suministro a plazo indeterminado 45
11. Pacto de preferencia 46
11.1. Contrato de suministro con cláusula de preferencia en favor del suministrante 47
11.2. Contrato de suministro con cláusula de preferencia en favor del suministrado 48
12. Cláusula de exclusividad en favor del suministrante 50
13. Cláusula de exclusividad en favor del suministrado 51
14. Cláusula de exclusividad en favor del suministrado con obligación de promover la venta de los bienes 52
15. Incumplimiento de escasa importancia del contrato de suministro 53
16. Incumplimiento de importancia de las prestaciones en el contrato de suministro 55

Contrato de donación

1. Concepto 59
2. Características 59
2.1. En cuanto al nombre 59
2.2. En cuanto a su regulación 60

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.3. En cuanto a su estructura 60
2.4. En cuanto a su contenido o área 60
2.5. En cuanto a su autonomía 60
2.6. En cuanto a su formación 60
2.7. En cuanto al tiempo 62
2.8. En cuanto a su negociación 62
2.9. En cuanto al rol económico 62
2.10. En cuanto a su función 62
2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 62
2.12. En cuanto a la prestación 62
2.13. En cuanto a la valoración 63
2.14. En cuanto al riesgo 63
2.15. En cuanto a sus efectos 63
3. Actos de liberalidad distintos a la donación 63
3.1. Los actos jurídicos en general 63
3.2. Patrimonio familiar 63
3.3. Renuncia de herencia 64
3.4. Los legados testamentarios 65
3.5. El derecho de acrecer 65
3.6. El anticipo de legítima 66
3.7. El usufructo gratuito 66
3.8. El cuasi usufructo gratuito 67
3.9. El derecho de uso gratuito 67
3.10. El derecho de habitación gratuito 67
3.11. El derecho de superficie gratuito 67
3.12. El derecho de servidumbre gratuito 67
3.13. La prenda gratuita 68
3.14. La anticresis gratuita 68
3.15. La hipoteca gratuita 68
3.16. El pago de una obligación natural 68
3.17. Cesión de créditos 70
3.18. Cesión de derechos no crediticios 70
3.19. La condonación 71
3.20. La cesión de posición contractual gratuita 71

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3.21. Contrato a favor de tercero celebrado a título gratuito 72
3.22. La promesa de la obligación o del hecho de un tercero celebrada a título gratuito 73
3.23. El contrato por persona a nombrar celebrado a título gratuito 73
3.24. El suministro gratuito 73
3.25. La donación indirecta o atípica 74
3.26. La donación con cargo 75
3.27. Mutuo sin intereses 75
3.28. El hospedaje gratuito 76
3.29. El comodato 76
3.30. El contrato de locación de servicios gratuito 76
3.31. El contrato de obra gratuito 77
3.32. El contrato de mandato gratuito 77
3.33. Contrato de depósito voluntario gratuito 77
3.34. El contrato de fianza gratuito 78
3.35. Contrato de renta vitalicia gratuito 78
3.36. Promesa unilateral a título gratuito 78
3.37. Cualquier otro acto de liberalidad no mencionado anteriormente 79
4. La donación *inter vivos* y la donación *mortis causa* 79
5. La formalidad en el contrato de donación 81
5.1. La formalidad en la donación de bienes muebles de escaso valor 81
5.2. La formalidad en el caso de la donación de bienes muebles de relativo valor 82
5.3. La donación de bienes muebles con ocasión de bodas o acontecimientos similares 87
5.4. La donación de inmuebles 90
6. Los bienes que pueden ser donados 93
7. La donación efectuada a favor de tutores o curadores 96
7.1. Si los tutores o curadores se encuentran en funciones 96
7.2. Si los tutores o curadores ya han dejado de estar en funciones 97
8. La donación inoficiosa 98
8.1. Lógica del precepto 98
8.2. Insuficiencia de los alcances del precepto 99
8.3. Alcances de la inoficiosidad 99

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

8.4. El problema temporal 100
8.5. Momento a considerar para la inoficiosidad 101
9. La acción de inoficiosidad 102
10. Plazo de interposición de la acción 102
10.1. ¿Sería conveniente modificar el artículo 1629 del Código Civil peruano de 1984? 103
11. Forma o manera de proceder con la reducción en las donaciones inoficiosas 104
12. Donaciones conjuntas 105
12.1. Concepto 106
12.2. El derecho de acrecer 106
13. La cláusula de reversión 107
13.1. Concepto 107
13.2. Personas a quienes puede favorecer la reversión 108
13.3. Supuestos de renuncia a la reversión 108
14. Supuesto del donante que desmejora de fortuna 109
14.1. Ámbito de aplicación de la norma 109
14.2. Momento de empobrecimiento del donante 110
14.3. Magnitud del empobrecimiento 110
14.4. Ámbito temporal del beneficio 111
14.5. Magnitud de aquello cuya entrega puede ser materia de reserva 112
15. Supuesto de supervivencia de un hijo 112
15.1. Sentido del precepto 112
15.2. Consecuencias de la invalidación de la donación 113
16. Supuesto de sobreviniencia de hijos 115
16.1. Sentido del precepto 115
17. La revocación en la donación 116
17.1. Causales de revocatoria 116
17.2. Carácter intransmisible de la facultad de revocar la donación 127
17.3. Plazo para revocar la donación 129
17.4. ¿Cómo se revoca la donación? 133
17.5. La revocatoria de la donación en las donaciones remuneratorias o sujetas a cargo 140
17.6. El tratamiento de los frutos en la revocatoria de la donación 141

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CONTRATO DE MUTUO

1. Antecedentes, historia y concepto 145
   1.1. Obligaciones del mutuante 148
   1.2. Las obligaciones del mutuatario 152
2. Características del contrato de mutuo 154
   2.1. En cuanto al nombre 154
   2.2. En cuanto a su regulación 154
   2.3. En cuanto a su estructura 155
   2.4. En cuanto a su contenido o área 155
   2.5. En cuanto a su autonomía 156
   2.6. En cuanto a su formación 157
   2.7. En cuanto al tiempo 159
   2.8. En cuanto a su negociación 160
   2.9. En cuanto al rol económico 160
   2.10. En cuanto a su función 160
   2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 161
   2.12. En cuanto a la prestación 162
   2.13. En cuanto a la valoración 167
   2.14. En cuanto al riesgo 170
   2.15. En cuanto a sus efectos 170
3. La formalidad en el contrato de mutuo 170
   3.1. Regla general 170
   3.2. El mutuo entre cónyuges 172
   3.3. El mutuo de incapaces o ausentes 173
4. Momento de entrega del bien 177
5. Efectos de la entrega del bien 180
   5.1. La transferencia de propiedad 180
   5.2. Presunción de buen estado del bien 182
6. Momento de devolución del bien 184
   6.1. Pacto de partes 184
   6.2. Ausencia de pacto de partes 185
   6.3. Pago a mejor fortuna 186
   6.4. Plazo de devolución del bien en el mutuo gratuito 187

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

7. Lugar de devolución y entrega 190
8. Supuestos de devolución de valor 191
9. El mutuo y los intereses 195
9.1. Precisiones necesarias 195
10. El falso mutuo 196

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

1. Conceptos generales 201
1.1. Antecedentes, historia y concepto 201
2. Características del contrato de arrendamiento 210
2.1. En cuanto al nombre 210
2.2. En cuanto a su regulación 210
2.3. En cuanto a su estructura 211
2.4. En cuanto a su contenido o área 211
2.5. En cuanto a su autonomía 211
2.6. En cuanto a su formación 214
2.7. En cuanto al tiempo 215
2.8. En cuanto a su negociación 223
2.9. En cuanto al rol económico 223
2.10. En cuanto a su función 223
2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 223
2.12. En cuanto a la prestación 224
2.13. En cuanto a la valoración 230
2.14. En cuanto al riesgo 230
2.15. En cuanto a sus efectos 230
3. ¿Se puede arrendar un bien ajeno? 231
4. ¿Quién puede ser arrendatario? 235
5. Concurrencia de arrendatarios 236
6. El principio de identidad 239
7. Supuesto en que el bien requiera de reparaciones urgentes 241
8. Lugar de entrega y restitución de los bienes arrendados 244
9. El pago de la renta 244
9.1. El pago de la renta como obligación conjuntiva 245

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

9.2. El pago de la renta apreciado como obligación alternativa 245
9.3. Momento de pago de la renta 247
10. El arrendamiento financiero 249
11. El arrendamiento-venta 250
11.1. Por su nombre 250
11.2. Por su regulación 250
11.3. Por su estructura 257
11.4. Por su contenido 257
11.5. Por su autonomía 257
11.6. Por su función 258
11.7. Por los sujetos a quienes obliga 258
11.8. Por la prestación 258
11.9. Por la valoración 258
11.10. Por el riesgo 258
11.11. Por su formación 258
11.12. Por el tiempo 259
11.13. Por la negociación 259
11.14. Por el rol económico 259
11.15. Por sus efectos 259
12. Obligaciones del arrendador 259
12.1. Obligación de entrega del bien 260
12.2. Los gastos que ocasione la entrega 263
12.3. Presunción de buen estado del bien 265
12.4. Obligación de mantener al arrendatario en el uso del bien 266
12.5. Obligación de realizar las reparaciones necesarias 267
13. Obligaciones del arrendatario 267
13.1. Obligación de recibir el bien 267
13.2. Obligación de cuidar diligentemente el bien 268
13.3. Obligación de usar el bien para el destino que se le concedió en el contrato o el que pueda presumirse de las circunstancias 268
13.4. Obligación de pagar puntualmente la renta 269
13.5. Obligación de pagar puntualmente los servicios públicos 270
13.6. Obligación de dar aviso inmediato al arrendador en torno a actos perturbatorios 271

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

13.7. Obligación de permitir al arrendador que inspeccione el bien 272
13.8. Obligación de efectuar reparaciones 273
13.9. Obligación de no hacer uso imprudente del bien 273
13.10. Obligación de no hacer uso del bien que sea contrario al orden público ... 274
13.11. Obligación de no hacer con el bien un uso contrario a las buenas costumbres 274
13.12. Obligación de no introducir cambios ni modificaciones en el bien 275
13.13. Obligación de no subarrendar el bien sin asentimiento escrito del arrendador 276
13.14. Obligación de no ceder la posición contractual del arrendatario sin el asentimiento escrito del arrendador 276
13.15. Obligación de devolver el bien al arrendador al vencerse el plazo del contrato 276
13.16. Obligación de dar aviso sobre reparaciones requeridas 278
13.17. Obligación de responder por la pérdida o deterioro del bien 283
13.18. Obligación general de indemnización en caso de incendio 285
13.19. Obligación especial de indemnización proporcional en caso de incendio. 286
13.20. Obligaciones adicionales 287
14. Duración del arrendamiento 288
14.1. Posibilidades 288
15. Supuestos de presunción de plazo determinado 292
15.1. Arrendamiento para una finalidad específica 292
15.2. Arrendamiento en lugares de temporada 293
16. Los periodos forzosos y voluntarios 294
17. El contrato de subarrendamiento 295
17.1. Características 295
17.2. La autorización escrita del arrendador 298
17.3. Responsabilidad solidaria entre subarrendatario y arrendatario con respecto al arrendador 301
17.4. Consolidación 303
18. La cesión de posición contractual y el arrendamiento 304
19. Resolución del arrendamiento 307
19.1. Causales de resolución 307
20. Conclusión del arrendamiento 313
20.1. Consideraciones generales 313

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

20.2. Conclusión de arrendamiento de duración determinada 313
20.3. Consecuencias de la conclusión del arrendamiento de duración determinada 314
20.4. Conclusión del arrendamiento que incluya periodos forzosos y voluntarios 316
20.5. Conclusión del arrendamiento de duración indeterminada 318
20.6. Consecuencias de la no restitución del bien ante cualquier supuesto de conclusión del arrendamiento 319
20.7. Otros supuestos de conclusión del arrendamiento sin necesidad de declaración judicial 324
21. Mora del arrendador 331
22. Supuestos de enajenación del bien arrendado por parte del arrendador a un tercero 334
22.1. Enajenación de bien cuyo arrendamiento ha sido inscrito 334
22.2. Enajenación del bien cuyo arrendamiento no ha sido inscrito 335
22.3. Enajenación de bien mueble 336
23. Efectos indemnizatorios de la enajenación del bien arrendado 337
24. Razones por las cuales se exige al arrendatario recabar previa autorización para la desocupación del bien 337
25. Regulación supletoria de los contratos de arrendamiento regidos por leyes especiales 338

CONTRATO DE HOSPEDAJE

1. Concepto 341
2. Partes 341
3. Características 341
3.1. En cuanto al nombre 342
3.2. En cuanto a su regulación 342
3.3. En cuanto a su estructura 346
3.4. En cuanto a su contenido o área 346
3.5. En cuanto a su autonomía 346
3.6. En cuanto a su formación 346
3.7. En cuanto al tiempo 346
3.8. En cuanto a su negociación 347
3.9. En cuanto al rol económico 347

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4. Diferencias y semejanzas entre el contrato de hospedaje y otros contratos... 347
4.1. Con el contrato de arrendamiento 347
4.2. Con el contrato de comodato 351
4.3. Con el contrato de depósito 354
4.4. Con el contrato de compraventa 357
4.5. Con el derecho real de uso y habitación 360
4.6. Con el contrato de suministro 362
4.7. Con el contrato de locación de servicios 366
5. De las prestaciones del hospedante 369
6. De la prestación del huésped 370
7. Normatividad legal aplicable al contrato de hospedaje 371
8. Condiciones de la habitación y de los alimentos 371
9. Obligación de exhibir tarifas y cláusulas generales de contratación 372
10. Derecho de retención en favor del hospedante 373
11. Responsabilidad del hospedante como depositario 378
12. Responsabilidad del hospedante por los objetos introducidos por el huésped .. 379
13. Declaración escrita de objetos del huésped 380
14. Límites en cuanto a la custodia de bienes 381
15. Extensión de la responsabilidad del hospedante 382
16. Obligación del huésped de comunicar al hospedante sobre la sustracción, pérdida o deterioro de sus bienes 382
17. Ausencia de responsabilidad del hospedaje en la sustracción, pérdida o deterioro de los bienes del huésped 383
18. Caducidad del crédito del hospedante 383
19. Servicio de estacionamiento de vehículos 384
20. Aplicación supletoria de las normas sobre hospedaje a otros contratos 386
21. Las relaciones existentes entre el contrato de hospedaje, el contrato de viaje y el Derecho Turístico o Derecho de Turismo 386

CONTRATO DE COMODATO

1. Concepto 391
2. Características 391

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.1. En cuanto al nombre 391
2.2. En cuanto a su regulación 391
2.3. En cuanto a su estructura 393
2.4. En cuanto a su contenido o área 393
2.5. En cuanto a su autonomía 393
2.6. En cuanto a su formación 393
2.7. En cuanto al tiempo 394
2.8. En cuanto a su negociación 394
2.9. En cuanto al rol económico 394
2.10. En cuanto a su función 394
2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 395
2.12. En cuanto a la prestación 395
2.13. En cuanto a la valoración 395
2.14. En cuanto al riesgo 395
2.15. En cuanto a sus efectos 395
3. Diferencias y semejanzas entre el contrato de comodato y otros contratos 396
3.1. Con el contrato de mutuo 396
3.2. Con el contrato de arrendamiento 399
3.3. Con el contrato de depósito 402
3.4. Con la prenda 406
3.5. Con el contrato de compraventa 408
4. Bienes que pueden constituir objeto del comodato 410
4.1. El comodato que tiene por objeto bienes ciertos 411
4.2. Si el comodato recae sobre bienes inciertos 416
4.3. Si el comodato recae sobre bienes fungibles 416
5. El comodato sobre bienes consumibles 418
6. El comodato sobre bienes futuros 422
7. Comodato sobre bienes ajenos 423
8. Los sujetos en el contrato de comodato 423
9. El plazo en el contrato de comodato 424
10. La formalidad en el contrato de comodato 426
11. Presunción de adecuado uso y conservación del bien 427
12. El riesgo en el contrato de comodato 429

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

13. Carácter *intuitu personae* del comodato 431
14. El contrato de subcomodato 432
14.1. En cuanto al nombre 432
14.2. En cuanto a su regulación 432
14.3. En cuanto a su estructura 432
14.4. En cuanto a su contenido o área 432
14.5. En cuanto a su autonomía 433
14.6. En cuanto a su formación 433
14.7. En cuanto al tiempo 433
14.8. En cuanto a su negociación 434
14.9. En cuanto al rol económico 434
14.10. En cuanto a su función 434
14.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 434
14.12. En cuanto a la prestación 435
14.13. En cuanto a la valoración 435
14.14. En cuanto al riesgo 435
14.15. En cuanto a sus efectos 435
15. La autorización del comodante en el subcomodato 435
16. Naturaleza de la responsabilidad existente entre el subcomodatario y el comodatario con respecto al comodante 437
17. Carácter derivado del subcomodato 438
18. Consolidación 439
19. La cesión de posición contractual y el comodato 441
20. Obligaciones del comodante 442
20.1. Obligación de entrega del bien 443
20.2. Comunicar al comodatario sobre la existencia de algún vicio 444
20.3. No solicitar la devolución anticipada del bien 445
20.4. Pagar los gastos extraordinarios 446
21. Obligaciones del comodatario 449
21.1. Custodiar y conservar el bien 449
21.2. Dar adecuado empleo al bien 451
21.3. Permitir la inspección del bien 452
21.4. Pagar los gastos ordinarios de conservación 454
21.5. Devolver el bien al comodante 454

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

22. Ausencia de responsabilidad por deterioro o por modificación del bien 455
23. Gastos de recepción y restitución del bien 456
24. Supuestos excepcionales de responsabilidad del comodatario derivada de causas no imputables 457
25. Pago de valor en caso especial de perecimiento 458
26. Pérdida o deterioro en caso el bien hubiere sido tasado 459
27. Lugar de devolución del bien 460
28. Persona a quien debe devolverse el bien 461
29. Imposibilidad de suspender la devolución del bien 461
30. Supuesto excepcional de obligatoriedad de consignar el bien 463
31. Presunción de futura comisión de un delito 464
32. Supuesto de suspensión de devolución del bien a título de retención por falta de pago de gastos extraordinarios 465
33. Supuesto de enajenación del bien por los herederos del comodatario 465
34. Supuesto de imposibilidad de devolución del bien. Consecuencias 467
35. Supuesto de aparición del bien perdido luego de pagado su valor 468
36. Comodato conjunto 470
37. Caducidad de las acciones del comodante 471
38. Caducidad de las acciones del comodatario 472

CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

1. Introducción 477
1.1. El contrato de prestación de servicios como contrato genérico 477
2. Objeto de la prestación de servicios 479
3. Las obligaciones de hacer y de no hacer 480
3.1. Las obligaciones de hacer 480
3.2. Las obligaciones de no hacer 481
4. El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados 482
4.1. René Demogue, los medios y los resultados 482
5. Partes en los contratos de prestación de servicios 493
6. Características de los contratos de prestación de servicios 495
6.1. En cuanto al nombre 495
6.2. En cuanto a su regulación 495

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

6.3. En cuanto a su estructura 497
6.4. En cuanto a su contenido o área 497
6.5. En cuanto a su autonomía 497
6.6. En cuanto a su formación 497
6.7. En cuanto al tiempo 498
6.8. En cuanto a su negociación 498
6.9. En cuanto al rol económico 498
6.10. En cuanto a su función 498
6.11. En cuanto a los sujetos a quienes obligan 498
6.12. En cuanto a la prestación 498
6.13. En cuanto a la valoración 498
6.14. En cuanto al riesgo 499
6.15. En cuanto a sus efectos 499
7. Las modalidades de prestación de servicios 500
8. Contratación entre personas que no se encuentran en comunicación inmediata 500
8.1. Teorías que rigen la formación del consentimiento 500
8.2. Plazo para aceptar 501
8.3. Inicio de ejecución sin respuesta previa 502
8.4. El silencio circunstanciado 502
8.5. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente 502
8.6. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta 502
8.7. Excepción a la obligatoriedad de la oferta 502
8.8. Supuestos de caducidad de la oferta 503
8.9. Supuesto de inexistencia de la aceptación 503
8.10. El sentido del artículo 1758 503
9. Oportunidad de pago de la contraprestación 505
10. Idoneidad del servicio 507
11. Aceptación tácita de variaciones en el servicio 508
12. Limitación de la responsabilidad en caso de servicios de especial dificultad... 510
13. Extinción de los contratos de prestación de servicios 513
14. Apreciación final sobre las disposiciones generales de los contratos de prestación de servicios 516

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS

1. Importancia 521
   1.1. Diferencia con otras figuras 521
2. Concepto 525
3. Objeto de las prestaciones de los contratantes 526
4. Características del contrato de prestación de servicios 531
   4.1. En cuanto al nombre 531
   4.2. En cuanto a su regulación 532
   4.3. En cuanto a su estructura 533
   4.4. En cuanto a su contenido o área 533
   4.5. En cuanto a su autonomía 533
   4.6. En cuanto a su formación 534
   4.7. En cuanto al tiempo 534
   4.8. En cuanto a su negociación 535
   4.9. En cuanto al rol económico 535
   4.10. En cuanto a su función 536
   4.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 536
   4.12. En cuanto a la prestación 536
   4.13. En cuanto a la valoración 538
   4.14. En cuanto al riesgo 538
   4.15. En cuanto a sus efectos 538
5. Carácter *intuitu personae* de la locación de servicios 540
6. La retribución 543
7. Plazo máximo del contrato 547
8. Posibilidad de vencimiento anticipado del plazo del contrato 549
9. Normas aplicables al contrato de locación de servicios 553

CONTRATO DE OBRA

1. Concepto 557
2. Objeto de las prestaciones de los contratantes 559
3. Características del contrato de obra 562
   3.1. En cuanto al nombre 562

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3.2. En cuanto a su regulación 562
3.3. En cuanto a su estructura 563
3.4. En cuanto a su contenido o área 563
3.5. En cuanto a su autonomía 563
3.6. En cuanto a su formación 563
3.7. En cuanto al tiempo 564
3.8. En cuanto a su negociación 564
3.9. En cuanto al rol económico 564
3.10. En cuanto a su función 564
3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 564
3.12. En cuanto a la prestación 565
3.13. En cuanto a la valoración 565
3.14. En cuanto al riesgo 565
3.15. En cuanto a sus efectos 565
4. El subcontrato de obra 566
4.1. Características 567
4.2. La autorización escrita del comitente 569
5. Los materiales necesarios para la elaboración de la obra 572
6. Obligaciones del contratista 574
6.1. Obligación de ejecutar la obra conforme a los principios que inspiran el pago 574
6.2. Obligación de dar aviso al comitente sobre eventuales defectos 575
6.3. Obligación de pagar los materiales si éstos se perjudican 576
7. Prohibición de introducir variaciones 578
8. Obra por ajuste alzado 579
9. Derecho de inspección por el comitente 580
9.1. El derecho de inspección propiamente dicho 581
9.2. Cuando se compruebe que la obra no está siendo ejecutada conforme a lo convenido 581
9.3. Condiciones del inspector en obras destinadas a tener larga duración 582
9.4. Supuesto en el cual se compruebe la ejecución defectuosa de la obra 583
10. Derecho a la comprobación 584
10.1. Descuido del comitente en realizar la comprobación 585
10.2. Descuido del comitente en comunicar el resultado de la comprobación. 585

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

11. Recepción sin reserva 586
12. Obra a satisfacción del comitente 586
13. Obra por pieza o medida 588
14. Responsabilidad por diversidades y vicios exteriores de la obra 590
14.1. Las diversidades 590
14.2. Los vicios de la obra 591
14.3. Descargo de responsabilidad 591
15. Acciones derivadas por diversidades o vicios exteriores 592
15.1. Supuesto en el cual las diversidades o vicios exteriores no hacen inútil la obra para el comitente 592
15.2. Supuesto en el cual las diversidades o vicios exteriores hacen inútil la obra para el comitente 593
15.3. Deber de comunicar la existencia de diversidades o vicios de la obra 593
16. Responsabilidad del contratista por destrucción, vicios o ruina sobreviniente .. 594
16.1. La destrucción o ruina de la obra 595
16.2. El plazo establecido por el artículo 1784 del Código Civil es de caducidad y no de prescripción 595
16.3. La responsabilidad civil de los constructores 596
17. Liberación de responsabilidad del contratista 597
18. Separación de la relación contractual por parte del comitente 599
19. Pago proporcional en caso de muerte del contratista 600
20. Pérdida de la obra sin culpa de las partes 601
21. Deterioro sustancial por causa no imputable a las partes 603

CONTRATO DE MANDATO

1. Concepto 607
1.1. El encargo debe consistir en la celebración de uno o más actos jurídicos 607
1.2. Los actos jurídicos deberán ser celebrados por cuenta del mandante .. 608
1.3. Los actos jurídicos deberán ser celebrados en interés del mandante ... 608
2. Presunción de onerosidad 608
3. Extensión de mandato 610
3.1. Los actos que implica el mandato 611
3.2. Alcances del mandato general 611
4. Obligaciones del mandatario 612

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.1. Practicar personalmente los actos (inciso 1) 612
4.2. A comunicar al mandante la ejecución del mandato (inciso 2) 612
4.3. A rendir cuentas de su actuación (inciso 3) 613
5. Responsabilidad del mandatario 613
6. Mandato conjunto 614
7. Obligaciones del mandante 614
7.1. A facilitarle los medios necesarios (inciso 1) 615
7.2. A pagar la retribución y hacerle provisión de ella (inciso 2) 615
7.3. A reembolsarle los gastos con intereses legales (inciso 3) 616
7.4. A indemnizarle daños y perjuicios (inciso 4) 616
8. Mora del mandante 616
9. Preferencia del mandatario 617
10. Derecho de retención 617
11. Pluralidad de mandantes. Efectos 618
12. Causales de extinción del mandato 618
12.1. Ejecución total del mandato (inciso 1) 619
12.2. Vencimiento del plazo del contrato (inciso 2) 619
12.3. Muerte del mandante o del mandatario (inciso 3) 619
12.4. Interdicción del mandante o del mandatario (inciso 3) 619
13. Actos posteriores a la extinción del mandato 620
14. Mandato en interés del mandatario o de tercero 621
15. Extinción del mandato por muerte, interdicción o inhabilitación del mandatario 621
16. Extinción del mandato conjunto 622
17. Concepto de mandato con representación y normas aplicables 622
18. Origen de la representación 623
19. Representación conyugal 625
20. Pluralidad de representantes 625
21. Responsabilidad solidaria de los representantes 626
22. Revocación del poder 627
23. Pluralidad de representados 628
24. Designación de nuevo representante 628
25. Comunicación de la revocación 629
26. Poder irrevocable 630

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

26.1. Cuando se estipule para un acto especial 630
26.2. Cuando se estipule por tiempo limitado 630
26.3. Cuando es otorgado en interés común del representante o de un tercero.. 631
27. Renuncia del representante 631
28. Poder general y especial 632
29. Poder por escritura pública para actos de disposición 633
30. Carácter *intuitu personae* de la representación 633
31. Sustitución y responsabilidad del representante 633
32. Revocación del sustituto 634
33. Efectos de la representación 635
34. Ineficacia del acto jurídico por exceder facultades 635
35. Ratificación del acto jurídico 636
36. Anulabilidad de los actos celebrados por representante 637
37. Manifestación de la calidad de representante 638
38. Presunción legal de representación 638
39. El denominado «acto jurídico consigo mismo» 639
40. Poder especial de los representantes legales para actos de disposición 640
40.1. Disponer de ellos o gravarlos (inciso 1) 640
40.2. Celebrar transacciones (inciso 2) 640
40.3. Celebrar compromiso arbitral (inciso 3) 641
40.4. Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial (inciso 4) 641
41. Presunción de representación 641
42. Extinción del mandato por revocación o renuncia de poder 642
43. Concepto del mandato de representación 642
44. Transferencia de bienes adquiridos por el mandatario 643
45. Obligaciones asumidas por el mandante 643
46. Responsabilidad del mandatario por incumplimiento de terceros 643
47. Inafectación de bienes por deudas del mandatario 644

Contrato de depósito voluntario

1. Concepto 647
2. Partes 647

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3. Características del contrato de depósito voluntario 648
3.1. En cuanto al nombre 648
3.2. En cuanto a su regulación 648
3.3. En cuanto a su estructura 650
3.4. En cuanto a su contenido o área 650
3.5. En cuanto a su autonomía 651
3.6. En cuanto a su formación 651
3.7. En cuanto al tiempo 652
3.8. En cuanto a su negociación 653
3.9. En cuanto al rol económico 653
3.10. En cuanto a su función 654
3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 654
3.12. En cuanto a la prestación 654
3.13. En cuanto a la valoración 654
3.14. En cuanto al riesgo 655
3.15. En cuanto a sus efectos 655
4. Semejanzas y diferencias entre el contrato de depósito voluntario y otros contratos 655
4.1. Con el contrato de hospedaje 655
4.2. Con el contrato de comodato 657
4.3. Con el contrato de compraventa 660
4.4. Con el contrato de mutuo 661
4.5. Con el contrato de arrendamiento 664
5. La formalidad en el contrato de depósito voluntario 665
6. Cesión de posición contractual 666
7. Capacidad 667

CONTRATO DE DEPÓSITO NECESARIO

1. Concepto 673
2. Características del contrato de depósito necesario 674
2.1. En cuanto al nombre 674
2.2. En cuanto a su regulación 674
2.3. En cuanto a su estructura 675

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.4. En cuanto a su contenido o área 675
2.5. En cuanto a su autonomía 675
2.6. En cuanto a su formación 675
2.7. En cuanto al tiempo 675
2.8. En cuanto a su negociación 676
2.9. En cuanto al rol económico 676
2.10. En cuanto a su función 676
2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 676
2.12. En cuanto a la prestación 676
2.13. En cuanto a la valoración 676
2.14. En cuanto al riesgo 677
2.15. En cuanto a sus efectos 677

CONTRATO DE SECUESTRO

1. Antecedentes, historia y concepto 681
2. Características del contrato de secuestro 683
2.1. En cuanto al nombre 683
2.2. En cuanto a su regulación 683
2.3. En cuanto a su estructura 684
2.4. En cuanto a su contenido o área 684
2.5. En cuanto a su autonomía 684
2.6. En cuanto a su formación 684
2.7. En cuanto al tiempo 684
2.8. En cuanto a su negociación 685
2.9. En cuanto al rol económico 685
2.10. En cuanto a su función 685
2.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 685
2.12. En cuanto a la prestación 686
2.13. En cuanto a la valoración 686
2.14. En cuanto al riesgo 687
2.15. En cuanto a sus efectos 688
3. Clases de secuestro 688

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4. Responsabilidad derivada de la celebración del contrato de secuestro 689
4.1. Obligaciones de los depositantes 689
4.2. Obligaciones del depositario 690
5. Formalidad *ad solemnitatem* 692
6. Carácter *intuitu personae* del depositario 692
7. Supuesto de muerte o incapacidad del depositario 693
8. Conclusión del contrato 694
8.1. Conclusión del litigio en los tribunales 694
8.2. Por el asentimiento de los depositantes 694
8.3. Causa justificada a criterio del juez 695
8.4. Pérdida o deterioro del bien 695
8.5. Muerte de alguna de las partes 695
9. Aplicación supletoria 696

CONTRATO DE FIANZA

1. Concepto 699
2. Fianza sin intervención del deudor 701
3. Fianza de personas jurídicas 703
4. Formalidad de la fianza 703
5. Fianza de obligaciones futuras, condicionales y a plazo 704
5.1. Obligaciones futuras 704
5.2. Obligaciones condicionales 705
5.3. Obligaciones a plazo 706
6. Extensión de la obligación del fiador 706
6.1. La literalidad de la fianza 706
6.2. Alcances de la fianza 706
6.3. Mayor eficacia que la obligación principal 707
7. Exceso en la obligación del fiador 707
8. Accesoriedad de la fianza 708
9. Requisitos del fiador y sustitución de la garantía 708
9.1 El deber del deudor de presentar a persona capaz de obligarse 708
9.2. El futuro fiador debe tener bienes suficientes para cubrir la obligación. 709
9.3. Los bienes deben ser realizables dentro del Perú 709

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

9.4. Jurisdicción 709
9.5. Sustitución de la garantía 709
10. Insolvencia del fiador 710
11. Extensión de la fianza 711
11.1. Fianza limitada 711
11.2. Fianza ilimitada 711
12. Beneficio de excusión 712
13. Oponibilidad del beneficio de excusión 713
13.1. Debe oponerse al acreedor luego de que éste lo requiera para el pago 713
13.2. Debe acreditar la existencia de bienes del deudor dentro del territorio de la República 713
13.3. Que los bienes sean suficientes para cubrir el importe de la obligación ... 714
14. Responsabilidad del acreedor negligente en la excusión 714
15. Bienes no considerados en la excusión 714
16. Improcedencia del beneficio de excusión 715
16.1. Cuando el fiador ha renunciado expresamente a la excusión (inciso 1).. 715
16.2. Cuando al fiador se ha obligado solidariamente con el deudor (inciso 2).. 716
16.3. En caso de quiebra del deudor (inciso 3) 716
17. Riesgos para el acreedor negligente, con respecto a los bienes que señale el fiador 717
18. Excepciones que el fiador puede oponer contra el acreedor 717
18.1. Excepciones procesales 718
18.2. Excepciones sustantivas 718
19. Fianza indivisible y mancomunada 719
20. Fianza divisible y mancomunada 720
21. Beneficio de excusión en la subfianza 721
22. Subrogación del fiador 721
23. Indemnización al fiador. Alcances 722
23.1. El total de lo pagado por el fiador (inciso 1) 722
23.2. Interés legal (inciso 2) 723
23.3. Los gastos ocasionados al fiador (inciso 3) 723
23.4. Los daños y perjuicios (inciso 4) 724
24. Subrogación de fiador de codeudores solidarios 724
25. Improcedencia de la acción contra el deudor principal 724

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

26. Repetición del fiador contra cofiadores 725
27. Excepciones del deudor contra el fiador 726
28. Excepciones entre cofiadores 727
29. Pago anticipado del fiador 727
30. Acciones del fiador antes del pago 728
30.1. Cuando el deudor es citado judicialmente para el pago (inciso 1) 729
30.2. Cuando el deudor deviene insolvente (inciso 2) 729
30.3. Cuando el deudor realiza actos tendientes a la disminución de su patrimonio (inciso 2) 729
30.4. Cuando el deudor se obliga a relevarlo de la fianza dentro de un plazo determinado y éste ha vencido (inciso 3) 729
30.5. Cuando la deuda se ha hecho exigible (inciso 4) 729
31. Fianza por plazo determinado 730
32. Fianza a plazo indeterminado 730
33. Liberación del fiador por dación en pago 731
34. Extinción de la fianza por prórroga al deudor 732
35. Liberación del fiador por no ser posible su subrogación 732
36. Consolidación entre deudor y fiador 733
37. Documentos que no constituyen fianza 734
38. Fianza legal. Normas supletorias 734

CONTRATO DE RENTA VITALICIA

1. Concepto 737
2. Clases de renta vitalicia 737
3. Formalidad 738
4. Duración de la vida a consignar 738
5. Causales de nulidad 738
5.1. Aquella renta vitalicia cuya duración se fijó en cabeza de una persona que hubiera muerto a la fecha de la escritura pública (primer párrafo) 739
5.2. Aquella renta vitalicia constituida 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 (segundo párrafo) 739
6. Renta en favor de los herederos del acreedor si se tomó como referencia la vida de un tercero 739

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

7. Trasmisión de la obligación 739
8. Cláusulas valoristas 740
9. Pluralidad de beneficiarios 740
10. Nulidad de la prohibición de cesión o embargo de la renta 741
10.1. Del pacto que prohíbe la cesión de la renta constituida a título oneroso 741
10.2. Del embargo de la renta vitalicia constituida a título oneroso por deuda que tuviere el beneficiario de la renta con el deudor de la renta 741
11. Prueba de supervivencia 742
11.1. El acreedor no puede pedir el pago de la renta si no justifica que vive la persona en cuya cabeza se constituyó 742
11.2. El acreedor sí puede pedir el pago de la renta, si es que la vida del propio acreedor fue la señalada para la duración del contrato 742
12. Falta de pago 742
13. Resolución del contrato por no otorgamiento de garantía 743
14. Pago por plazo adelantado 743
14.1. Si se pactó que el pago se haría por plazos adelantados, se tiene por vencido el transcurrido desde la muerte de la persona sobre cuya vida se pactó la renta 744
14.2. Si el acreedor muere mientras transcurre la próxima prestación a pagar, se abonará la renta en proporción a los días en que ha vivido el sujeto en cuya cabeza se pactó 744
15. Extinción de la renta 744
16. Supuesto de muerte causada por el obligado 745
17. Efectos del suicidio del deudor de la renta 746
18. Derecho de acrecer 746
18.1. Renta en favor y en cabeza de dos o más personas 746
18.2. Renta en favor de dos o más personas, pero constituida en cabeza de un tercero 747
18.3. Renta constituida en favor de los cónyuges 747
19. Renta vitalicia testamentaria 747

Contrato de juego y apuesta

1. Concepto 751
1.1. Permitidos y regulados por el Estado 753
1.2. Permitidos pero no regulados por el Estado 754
1.3. Prohibidos por ley 754

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2. Juego y apuesta no autorizado, pero no prohibido 754
3. Juego y apuesta prohibidos 755
4. Formalización o transformación de deudas de juego y apuesta 756
5. Deuda pagada por tercero 757
6. Juego y apuesta masivos 757
7. Rifas y concursos 758
8. Caducidad del derecho 758

Bibliografía 759

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este libro se terminó de imprimir
en marzo de 2021, en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto Nº 201, Surquillo
Central: 242-2281
Lima, Perú

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE